



Arzt, Zahnarzt und die neuen Medien

Facebook, Twitter & Co.

Keine Korruptionsstrafbarkeit
von Vertragsärzten

„Beratung vor Regress“

Ärztliche Eingriffe bei Kindern
um der Schönheit willen

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir möchten Sie herzlich zu zwei - inhaltlich korrespondierenden - Veranstaltungen des Bundesverbandes Ambulantes Operieren sowie der kwm rechtsanwälte in Berlin einladen:

Am 02.11.2012, ab 16.00 Uhr und am 03.11.2012, ab 10.00 Uhr finden die kwm § krankenhausesgespräche mit den aktuellen Themen „Honorarärzte und Honorarpflegekräfte im Krankenhaus“ und „Zuweisung gegen Entgelt“ statt.

Die Veranstaltung am Freitag richtet sich primär an Krankenhausgeschäftsführer, die Veranstaltung am Samstag soll die beteiligten Ärzte und Krankenhäuser zusammenführen und die unterschiedlichen Sichtweisen diskutieren sowie Möglichkeiten der Verbesserung der

Schnittstelle zwischen den Sektoren darstellen. Wir freuen uns sehr über eine sektorenübergreifende Beleuchtung der Themen durch verschiedene Referenten, sei es der DKG oder der KBV, sei es aus Sicht des (Chef-)Arztes oder des Medizinrechtlers.

Für weitere Fragen, insbesondere zum Veranstaltungsort und Anmeldungen wenden Sie sich bitten an Herrn Dr. Großbölting (grossboelting@kwm-rechtsanwaelte.de bzw. 030/20 61 43-3). Wir hoffen auf Ihr reges Interesse und verbleiben mit den besten Grüßen

Hans-Peter Ries · Dr. Karl-Heinz Schnieder · Dr. Ralf Großbölting · Björn Papendorf, LL.M.

Arzt, Zahnarzt und die neuen Medien – Facebook, Twitter & Co.



Soziale Medien wie beispielsweise Facebook oder Twitter, die ursprünglich den privaten Kontakt weit verzweigter Freundeskreise ermöglichen sollten, haben sich zu einer omnipräsenten Plattform auch für unternehmerische Inhalte entwickelt.

Mittlerweile verzeichnet Facebook weltweit über 800 Millionen aktive Nutzer, davon über 22 Millionen in Deutschland. Auch Twitter kommt auf immerhin 100 Millionen Nutzer weltweit. Die wirtschaftliche Bedeutung der sozialen Medien verdeutlicht sich unter Betrachtung der Firmenpräsenz auf Facebook. 43% der börsennotierten deutschen und sogar 60% der DAX-30-Unternehmen haben bereits einen Facebookauftritt. Auch vor den (Zahn-)Ärzten machen die sozialen Medien keinen Halt, nach einer Umfrage des Ärztenachrichtendienstes verwendet bereits jeder zweite niedergelassene Arzt soziale Netzwerke. Vor allem unter dem Gesichtspunkt des wachsenden Konkurrenzdrucks, angesichts neuer Kooperationsmöglichkeiten und der Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen gewinnt die Möglichkeit über die neuen Medien Patienten zu gewinnen auch für (Zahn-)Ärzte an Bedeutung.

Aber was muss ein (Zahn-)Arzt bei der Gestaltung eines Facebookauftritts beachten?

Die Rechtslage

(Zahn-)Ärzte haben bei der Bewerbung ihrer Leistungen sowohl die allgemeingültigen Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und des Telemediengesetzes (TMG), als auch das (zahn-)ärztliche Werberecht, also die Vorschriften der jeweiligen Berufsordnung (BO) und des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) zu beachten. Bei Verstößen gegen das (zahn-)ärztliche Werberecht drohen unter anderem berufsrechtliche Konsequenzen, Schadensersatzklagen und Geldbußen.

Soll ein Facebookauftritt angelegt werden, ist zunächst auf die Einhaltung der Informationspflichten des TMG zu achten. Nach § 5 TMG ist es erforderlich ein Impressum einzurichten, auf das von jeder Seite aus zugegriffen werden kann, und welches den Namen und die Adresse des (Zahn-)Arztes, Angaben über die Kammer, welcher der (Zahn-)Arzt angehört, die gesetzliche Berufsbezeichnung und den Staat, in dem die Berufsbezeichnung verliehen worden ist sowie die Bezeichnung der be-

rufsrechtlichen Regelungen unter Hinweis, wie diese zugänglich sind, enthält.

Augenmerk ist sodann auf die Vorschriften der BO zu richten, welche den Grenzverlauf zwischen erlaubter angemessener Information und verbotener berufswidriger Kommerzialisierung des Arztberufes zeichnen. § 21 MBO erlaubt die Angabe von Tätigkeitsfeldern, untersagt es dem (Zahn-)Arzt aber anpreisend, irreführend, herabsetzend oder vergleichend zu werben. Unzulässig ist also unter anderem die Werbung mit Preisausschreiben, Sonderangeboten oder einer Erfolgsgarantie.

Zahlreiche Verbote regelt auch das HWG. Unzulässig sind hiernach z.B. die Veröffentlichung von Danksagungen der Patienten, die Einrichtung eines Gästebuches für Patientenkommentare oder die Werbung mit Angstgefühlen.

Das Bundesverfassungsgericht (Az.: 1 BvR 1003/02) hat entschieden, dass Angaben zum Privatleben des (Zahn-)Arztes erlaubt sind, solange diese nicht im Vordergrund des Internetauftritts stehen, ebenso ist nach einer Entscheidung des BGH (Az.: I ZR 51/04) das Posten von Bildern des Praxisteam in der gewohnten beruflichen Bekleidung grds. zulässig.

Risiken bei der Nutzung der Facebook Fanpage

Entscheidet sich der (Zahn-)Arzt für die Einrichtung einer Facebook Fanpage können sich Probleme hinsichtlich des Like-Buttons ergeben. Der Like-Button kann nach der Einrichtung der Fanpage auf der Praxiswebsite integriert werden. Mit einem Klick auf diesen Button werden dann die auf der Praxiswebsite angebotenen Webinhalte mit der Facebook Fanpage des (Zahn-)Arztes verlinkt und der Facebook-User kann auf seinem Facebook-Profil eine Notiz darüber hinterlassen, dass ihm der Inhalt der Praxiswebsite gefällt.

Dieser auf der Praxiswebsite befindliche Like-Button hat allerdings nicht nur eine Verlinkungsfunktion, sondern steht in permanenter Kommunikation mit Facebook und teilt der Firma Informationen über die User der Praxiswebsite mit, unabhängig davon, ob diese bei Facebook registriert sind oder nicht. Es ist nicht auszuschließen, dass die Kommunikation des Buttons auch über User erfolgt, welche diesen gar nicht anklickten. Aus diesem Grunde ist die Verwendung des Like-Buttons datenschutzrechtlich relevant.

Um einen Verstoß gegen das Datenschutzrecht zu vermeiden, muss der (Zahn-)Arzt, der nicht auf den Like-Button verzichten möchte, auf seiner Praxiswebsite eine Datenschutzerklärung nach § 13 Abs. 1 TMG einrichten, in welcher er über die Funktion des Like-Buttons aufklärt.

Zudem sollte er die eigenständige Kommunikation des Like-Buttons mit der Firma Facebook technisch unterbinden. Möglich ist dies durch die Einrichtung einer Zwei-Klick-Lösung, bei welcher ein kostenlos zu erhaltendes Programm den Like-Button deaktiviert und erst beim Klicken auf den Button eine Kommunikation zu Facebook hergestellt wird.

Fazit

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Nutzung sozialer Netzwerke viele Chancen bietet, aufgrund der möglichen Folgen etwaiger Verstöße gegen die oben genannten Vorschriften ist eine rechtliche Überprüfung vor der Onlinestellung des Facebookprofils allerdings zu empfehlen.

Björn Papendorf, LL.M.

Keine Korruptionsstrafbarkeit von Vertragsärzten

§ Vertragsärzte sind korrupt, aber nicht strafbar – so lässt sich die seit Monaten erwartete Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des BGH (Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11) zusammenfassen. Denn im Gegensatz zum Bundespräsidenten sind Vertragsärzte keine Amtsträger und die Annahme von Geschenken im Einzelfall damit zwar moralisch mitunter ähnlich fragwürdig, aber nicht von den Tatbeständen des Strafgesetzbuches (StGB) umfasst. Die anhand einzelner schwarzer Schafe in der Ärzteschaft medial aufgeheizte Frage ist nun durch den BGH nüchtern im Sinne der breiten Mehrheit einer im Patienteninteresse tätigen Ärzteschaft beantwortet worden. Hintergrund der Entscheidung ist die Zahlung von Prämien durch Pharmaunternehmen an Vertragsärzte für die Verordnung bestimmter Arzneimittel. Eine Pharmareferentin war hierfür im Ausgangsverfahren durch das LG Hamburg wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr verurteilt worden. Eine solche Verurteilung setzt jedoch voraus, dass Vertragsärzte als „Beauftragte der Krankenkassen“ im Sinne des § 299 StGB einzuordnen sind. Diese vom LG Hamburg vertretene Auffassung legte der 5. Strafsenat des BGH dem Großen Senat für Strafsachen vor. Denn zuvor hatte bereits der 3. Strafsenat des BGH Vertragsärzte bezogen auf die Verordnung von Hilfsmitteln nicht nur als „Beauftragte“ der Krankenkassen, sondern auch als „Amtsträger“ eingeordnet und den Großen Senat um eine verbindliche Entscheidung ersucht. Eine Einordnung als „Amtsträger“ hätte Vertragsärzte sogar den weitaus strengeren Vorschriften von Bestechlichkeit und Vorteilsannahme aus den §§ 331 ff. StGB unterworfen.

Dem ist der Große Senat mit seiner Entscheidung nunmehr entgegen getreten. Mit dieser richtungsweisenden Entscheidung hat er festgestellt, dass Vertragsärzte weder „Beauftragte“ der Krankenkassen sind und damit nicht einer Strafbarkeit wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr unterfallen, noch als „Amtsträger“ und somit ähnlich einem Beamten zu behandeln wären.

Der BGH verneint die Amtsträgereigenschaft von Vertragsärzten, da im Verhältnis zum Patienten das persönliche Verhältnis zu seinem individuell ausgewählten Arzt so im Vordergrund steht, dass ein hoheitlicher Charakter aus der Erfüllung öffentlicher Gesundheitsvorsorge dahinter zurücktritt. Der Patient nimmt seinen Arzt eben nicht wie den TÜV als

Organ hoheitlicher Gewalt, sondern als frei gewählten Behandler und gleichgeordneten Vertragspartner wahr.

Daneben lehnt der BGH auch eine Einordnung von Vertragsärzten als „Beauftragte“ der Krankenkassen ab. Denn schon vom Wortsinn her übernimmt der Beauftragte eine Aufgabe nach Wahl und im Interesse des Auftraggebers, der den Beauftragten bei seiner Tätigkeit anleitet. Hieran fehlt es im Verhältnis zum Vertragsarzt. Zwar steht dessen Einordnung als freier Beruf einer solchen Beauftragung nicht entgegen, doch ist seiner Stellung im System der gesetzlichen Krankenversicherung eine Einbindung auf Augenhöhe zu entnehmen. Vertragsärzte und Kassenärztliche Vereinigungen stehen den Krankenkassen in einem Konzept gleichgeordneten Zusammenwirkens gegenüber. In diesem System wählt der Patient frei einen Arzt seines Vertrauens, ohne dass der Krankenkasse ein Mitspracherecht zusteht. Der Arzt wird daher in erster Linie im Interesse des Patienten und nicht als „Beauftragter“ der Krankenkasse tätig.

Vertragsärzte machen sich bei der Annahme von Zuwendungen auf Basis der aktuellen Rechtslage also nicht strafbar. Damit ist ein korruptives Verhalten jedoch nicht erlaubt. Vielmehr ist berufsrechtlich nach wie vor eine Zuweisung von Patienten oder die Verordnung bestimmter Arznei-, Heil- oder Hilfsmittel gegen Entgelt verboten und auch vertragsarztrechtlich nach § 128 SGB V untersagt. Der BGH hatte einzig über eine Strafbarkeit nach dem StGB zu entscheiden. Eine Bekämpfung korruptiven Verhaltens im Gesundheitswesen auch mit den Mitteln des Strafrechts wird insoweit vom BGH abschließend auch als berechtigtes Anliegen bezeichnet, das jedoch einer gesetzlichen Regelung bedürfe. Die Diskussion wird in diesem Bereich angesichts dieses klaren Auftrags an den Gesetzgeber also politisch weitergehen.

Dr. Sebastian Berg

Rückwirkende Geltung des Grundsatzes „Beratung vor Regress“

§ Nach der bisherigen gesetzlichen Regelung war eine Beratung nur bei Vertragsärzten möglich, die das Richtgrößenvolumen in einem Rahmen von 15 bis 25% überschritten haben. Ab einer Überschreitung von mehr als 25% musste in jedem Fall von der Prüfungsstelle ein Regress gegen den Arzt ausgesprochen werden, es sei denn, er konnte die Überschreitung des Richtgrößenvolumens anhand von Praxisbesonderheiten oder kompensatorischen Einsparungen rechtfertigen.

Durch das neue GKV-Versorgungsstrukturgesetz, welches zum 01.01.2012 in Kraft getreten ist, wurde auch der – die Richtgrößenvolumenprüfung regelnde – § 106 SGB V geändert. Nach § 106 Abs. 5e SGB V folgt aus einer erstmaligen Überschreitung des Richtgrößenvolumens um mehr als 25% nunmehr eine individuelle Beratung des Vertragsarztes. Der zuvor zwingende Regress gegen den Arzt ist bei einer entsprechenden Überschreitung erst in dem Prüfzeitraum nach der erfolgten Beratung möglich.

Dieser nunmehr gesetzlich beschriebene Grundsatz findet dabei auch für Verfahren Anwendung, die vor dem Jahr 2012 eingeleitet wurden, jedoch nur sofern zum 01.01.2012 noch kein Beschluss der Prüfungsstelle und damit auch noch kein zu zahlender Regressbetrag durch Bescheid

festgelegt worden ist. Der zu zahlende Regressbetrag bei der Überschreitung des Richtgrößenvolumens muss gemäß § 106 Abs. 2 Satz 7 SGB V in einem Zeitraum von zwei Jahren nach Ende des geprüften Verordnungszeitraums durch Beschluss festgesetzt werden. Damit mussten zum 01.01.2012 zumindest die Beschlüsse für den Zeitraum bis zum Jahr 2009 vorgelegen haben, sodass die Regelung rückwirkend frühestens für die Richtgrößprüfung im Jahr 2010 gelten kann.

Dabei soll die Regelung – nach dem Beschluss des Bundestages in der Sitzung vom 28.06.2012 – nicht nur dann gelten, wenn zum 01.01.2012 noch kein Regressbescheid der Prüfungsstelle vorlag, sondern auch auf alle anderen Prüfverfahren, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen waren. Dieser noch weitergehenden Rückwirkung des Grundsatzes „Beratung vor Regress“ und der damit verbundenen erneuten Änderung des § 106 Abs. 5e SGB V muss noch der Bundesrat zustimmen. Mit einer Zustimmung des Bundesrates ist jedoch frühestens nach der Sommerpause zu rechnen.

Sollte der Bundesrat seine Zustimmung erteilen, würden nicht nur Ärzte von der Rückwirkung des Grundsatzes „Beratung vor Regress“ profitieren, die für die Jahre 2010 und 2011 zum 01.01.2012 noch keinen Regressbescheid der Prüfungsstelle erhalten haben, sondern alle, deren Prüfverfahren zum 01.01.2012 noch nicht durch die Festsetzung eines Regressbetrages durch die Prüfungsstelle oder durch eine Entscheidung des Beschwerdeausschusses abgeschlossen waren. Damit wären auch Verfahren betroffen, bei denen durch die Prüfungsstelle ein Bescheid über den Erstattungsbetrag ergangen ist, das Verfahren jedoch aufgrund eines Widerspruchs des Arztes zum 01.01.2012 noch bei dem zuständigen Beschwerdeausschuss anhängig war. Vor diesem Hintergrund ist denjenigen Vertragsärzten, deren Widersprüche gegen Regressbescheide zur Zeit noch vor einem Beschwerdeausschuss anhängig sind, zu raten, einen Antrag auf Aussetzung des Verfahrens zu stellen, bis eine endgültige Entscheidung des Bundesrates erfolgt ist.

Hat jedoch der Beschwerdeausschuss vor dem 01.01.2012 einen Bescheid bestätigt und hat der Vertragsarzt dagegen Klage beim Sozialgericht erhoben, soll auch nach der neuen Regelung keine Rückwirkung möglich sein.

Dennis Hampe, LL.M.

Ärztliche Eingriffe bei Kindern um der Schönheit willen



Das Urteil des Landgerichts Köln vom 07.05.2012 (Az.: 151 Ns 169/11), mit dem in der Zirkumzision eine nicht gerechtfertigte Körperverletzung des Kindes durch den Behandler er-

kannt wird, polarisiert. Zwangsläufig stellt sich für die Ärzteschaft die Frage, welche Konsequenzen für ihre praktische Tätigkeit mit dem Urteil einhergehen. Diese Frage müssen sich neben den die Jungenbeschneidungen durchführenden Chirurgen gerade auch HNO-Ärzte stellen, die vielfach das Ohrenstechen als Individuelle Gesundheitsleistung anbieten und auch bei Kleinkindern durchführen. Die Sachverhalte sind dabei vergleichbar. Jeweils wird ein indikationsloser Eingriff bei einem nicht einwilligungsfähigen Kind vorgenommen.

Ausgangssituation für den Behandler ist dabei, dass die tatbestandsmäßig verwirklichte Körperverletzung nur durch eine wirksame Einwilligung legal wird. Die wirksame Einwilligung des Patienten selbst setzt jedoch dessen Einwilligungsfähigkeit voraus. Diese ist nicht an starre Grenzen gebunden, sondern ist stets durch eine Betrachtung im Einzelfall zu erforschen. Entscheidend dabei ist allein, dass der Einwilligende nach seiner Verstandesreife und Urteilsfähigkeit das Wesen, die Tragweite und die Auswirkungen des seine Interessen berührenden Eingriffs voll erfasst hat.

Eine allgemeingültige Empfehlung, wann dies der Fall ist, kann nicht gegeben werden. Aus haftungsrechtlicher Sicht raten wir zur grundsätzlichen Zurückhaltung. Zwingend sind in jedem Fall eigene Bemühungen des Arztes zur Erforschung der Einwilligungsfähigkeit, am besten unter Heranziehen eines neutralen Zeugen (z.B. Arzthelferin), und ihre detaillierte Dokumentation.

Geht man wie im Kölner Verfahren von einer Einwilligungsunfähigkeit des Kindes aus, so schließt sich die Frage an, ob nicht die Eltern stellvertretend wirksam in den Eingriff einwilligen können.

Hierbei hat eine Abwägung zwischen dem Recht auf körperliche Integrität und Selbstbestimmung des Kindes einerseits und der elterlichen Pflege und Erziehung andererseits zu erfolgen. Da im Unterschied zum Beschneidungsfall hier schon keine religiösen Aspekte für die Einwilligungsfähigkeit der Eltern streiten, erscheint das Ergebnis vorgezeichnet. Demnach vermag es die Einwilligung der Eltern in den rein ästhetisch bedingten Eingriff nicht, die Strafbarkeit des Arztes auszuschließen.

Zusammenfassend kann derzeit Ärzten, die Ohrstechen bei Minderjährigen vornehmen, nichts anderes geraten werden als „Beschneidungsoperatoren“: Soweit die Einwilligungsfähigkeit des Patienten selbst nicht zu voller Überzeugung feststeht oder eine klare gesetzliche Regelung geschaffen wurde, ist von einem Eingriff abzuraten. Dies gilt nicht nur vor dem Hintergrund strafrechtlicher Verfolgung, sondern auch einer zivilrechtlichen Haftung. Das Kind könnte nämlich mit Volljährigkeit oder schon zuvor mit Hilfe eines Pflegers gegen den Arzt vorgehen und Schmerzensgeld verlangen, weil keine wirksame Einwilligung in den Eingriff vorgelegen habe.

Thomas Vaczi/Dr. Christoff Jenschke, LL.M.



rechtsanwälte
kanzlei für wirtschaft und medizin

Hans Peter Ries
Lehrbeauftragter an der SRH Fachhochschule Hamm

Dr. Karl-Heinz Schnieder
Fachanwalt für Medizinrecht
Fachanwalt für Sozialrecht
Lehrbeauftragter an der Universität Münster

Dr. Ralf Großbölting
Fachanwalt für Medizinrecht

Björn Papendorf LL.M.
Master of Laws (Medizinrecht)
Fachanwalt für Medizinrecht

Wilhelm Jackson

Dr. Sebastian Berg

Dennis Hampe LL.M.
Master of Laws (Medizinrecht)

Dr. Daniela Schröder

Dr. Felix Heimann

Dr. Christoff Jenschke LL.M.
Fachanwalt für Medizinrecht
Lehrbeauftragter an der Steinbeis-Hochschule Berlin

Dr. Bernadette Tuschak

Thomas Vaczi

Dr. Janet Lacher

Münster
PortAl 10 · Albersloher Weg 10 c
48155 Münster
Telefon 0251/5 35 99-0
Telefax 0251/5 35 99-10
muenster@kwm-rechtsanwalte.de

Berlin
Unter den Linden 24 /
Friedrichstraße 155-156
10117 Berlin
Telefon 030/20 61 43-3
Telefax 030/20 61 43-40
berlin@kwm-rechtsanwalte.de

Hamburg
Ballindamm 8
20095 Hamburg
Telefon 040/20 94 49-0
Telefax 040/20 94 49-10
hamburg@kwm-rechtsanwalte.de

Zweigstelle Bielefeld
Am Bach 18
33602 Bielefeld
Telefon 0521/9 67 47 21
Telefax 0521/9 67 47 29

kwm – rechtsanwälte –
kanzlei für wirtschaft und medizin

Ries · Dr. Schnieder ·
Dr. Großbölting · Papendorf

Partnerschaftsgesellschaft

Sitz: Münster
Niederlassungen in
überörtlicher Partnerschaft
Berlin, Hamburg

PR 1820, AG Essen

www.kwm-rechtsanwalte.de