

# **Newsletter 2008-11**

**der AG Medizinrecht im Deutschen AnwaltVerein**

Liebe Kolleginnen,  
liebe Kollegen,

all diejenigen von Ihnen, die an unserer Herbsttagung und der Festveranstaltung auf dem Schiff MagicColour teilgenommen haben, wird diese hoffentlich in guter Erinnerung bleiben. Deshalb auch und vor allem Frau Dr. Freytag und Herrn Hopf von der AnwaltAkademie vielen Dank für die gute Organisation.

Ihre  
Rita Schulz-Hillenbrand  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Medizinrecht

## **Aus der Arbeitsgemeinschaft**

### 1.) Neuer Vorsitz in der Arbeitsgemeinschaft

Herr Kollege Dr. Bernd Luxenburger hat, wie schon angekündigt, nach 10-jähriger, ehrenamtlicher und vor allem erfolgreicher Tätigkeit für unsere AG den Vorsitz im geschäftsführenden Ausschuss niedergelegt. Ich danke auch an dieser Stelle Herrn Dr. Luxenburger noch einmal recht herzlich für die viele Zeit, die er für diese Tätigkeit aufgebracht hat.

Nachfolger im Vorsitz ist Herr Kollege Dr. Rudolf Ratzel aus München, der im geschäftsführenden Ausschuss einstimmig hierzu bestimmt wurde.

### 2.) Veranstaltung der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung

Wann: 28. November 2008

Wo: NH Hotel Düsseldorf Nord, Münsterstraße 230-238, 40470

Düsseldorf,

Themen der Veranstaltung:

- Gesellschafterstatus/Gesellschafterwechsel im MVZ
- Beendigung Medizinischer Versorgungszentren
- Rechtsfragen um den angestellten Arzt
- Steuerliche Fragen der Anteilsübertragung
- Gestaltung der Integrationsversorgung nach den jüngeren
- Entscheidungen des BSG
- Berufs- und gestaltungsrechtliche Probleme der hausarztzentrierten Versorgung

Weitere Informationen finden Sie unter:

<http://www.arge-medizinrecht.de/arbeitsgruppen/vertragsgestaltung?PHPSESSID=915aa40bf1a856f4d3c65fe3e83bc2c6> <[http://www.arge-medizinrecht.de/arbeitsgruppen/vertragsgestaltung?PHPSESSID=915aa40bf1a856f4d3c65fe3e83bc2c6SESSID=915aa40bf1a856f4d3c65fe3e83bc2c6](http://www.arge-medizinrecht.de/arbeitsgruppen/vertragsgestaltung?PHPhttp://www.arge-medizinrecht.de/arbeitsgruppen/vertragsgestaltung?PHPSESSID=915aa40bf1a856f4d3c65fe3e83bc2c6SESSID=915aa40bf1a856f4d3c65fe3e83bc2c6)>

## **Arzneimittel-, Medizinprodukte- und Apothekenrecht**

1.) AMG § 105 Abs. 4

Wissenschaftliches Erkenntnismaterial bei Nachzulassung von Arzneimitteln

Das BVerwG hat in zwei Verfahren die beantragte Verlängerung der fiktiven Zulassung zweier homöopathischer Arzneimittel abgelehnt, weil die Pharmafirmen trotz Aufforderung keine aussagekräftigen wissenschaftlichen Erkenntnisse vorgelegt hätten, um Bedenken gegen die Sinnhaftigkeit der Wirkstoffkombination auszuräumen.:

Die Mittel enthalten unter anderem die Wirkstoffe *Sepia officinalis* (Tinte des Tintenfisches) und *Lachesis muta* (Gift der Buschmeisterschlange).

Das Bundesverwaltungsgericht ist der Auffassung, die Pflicht zur

Begründung einer Wirkstoffkombination gilt gemäß § 105 Abs. 4 des Arzneimittelgesetzes (AMG) im Nachzulassungsverfahren auch für homöopathische Arzneimittel. Der Gesetzgeber verpflichtete die Zulassungsbehörde zwar zur Berücksichtigung der Besonderheiten homöopathischer Arzneimittel. Dies führe aber nicht zu einer gänzlichen Freistellung von der Verpflichtung, die Sinnhaftigkeit einer Wirkstoffkombination im Zweifel wissenschaftlich zu belegen. Den Besonderheiten der Therapierichtung werde durch die Berücksichtigung sachverständiger Empfehlungen und Richtlinien zu den Anforderungen an wissenschaftliches Erkenntnismaterial in der Homöopathie ausreichend Rechnung getragen.

Das Bundesverwaltungsgericht gab dem Berufungsgericht Recht, weil dieses zwar keine klinischen Studien, aber anderes wissenschaftliches Erkenntnismaterial im Sinne des § 22 Abs. 3 des Arzneimittelgesetzes (AMG), etwa eine aussagekräftige Anwendungsbeobachtung, gefordert habe.

BVerwG, Urteil vom 16.10.2008, Az: 3 C 23.07 und 3 C 24.07

## **Arzthaftungsrecht**

### 1.) BGB § 823

Zur Frage der Arzthaftung, hier: Behandlungsfehler

Es stellt keinen Behandlungsfehler dar, wenn einer erfahrenen und fachgerecht ausgebildeten medizinisch-technischen Assistentin für Radiologie intravenöse Injektionen zur Vorbereitung von Diagnosemaßnahmen übertragen werden, sofern für eine regelmäßige Kontrolle und Überwachung durch den Arzt Sorge getragen wird. Ein Patient ist vor einer intravenösen Injektion in die Ellenbogenbeuge über das Risiko von Nervenirritationen aufzuklären.

OLG Dresden, Urteil vom 24.07.2008, Az: 4 U 1857/07

### 2.) BGB § 823

Fehlbefundung einer Mammographie im Rahmen einer Vorsorgeuntersuchung und ihre haftungsrechtlichen

## Folgen

1.

Der zu einer Auftragsleistung - Vorsorgeuntersuchung/Mammographie - hinzugezogene Radiologe haftet für eine in einem Arztbrief an den überweisenden (Frauen)Arzt ausgesprochene Empfehlung zu einer Kontrolluntersuchung ebenso wie für die Erfüllung des Zielauftrags (Richtigkeit der Befundung) selbst, auch wenn er mit dem Patienten keinen eigenständigen Behandlungsvertrag abgeschlossen hat.

2.

Der überweisende Frauenarzt, der an der Richtigkeit einer ihm übermittelten Empfehlung - hier Kontrolluntersuchung (erst) in 2 Jahren - Zweifel hat, muss diesen Zweifeln nachgehen, darf diese also nicht auf sich beruhen lassen. Er hat andernfalls wie der beauftragte Arzt für die Richtigkeit der Begleitempfehlung einzustehen.

3.

Bei der Bewertung einer im Rahmen einer Vorsorgeuntersuchung auszuwertenden Mammographie gelten die gleichen Maßstäbe wie auch sonst bei einer Diagnoseerstellung. Das bedeutet, dass die Wertung einer objektiv fehlerhaften Diagnose eine vorwerfbare Fehlinterpretation erhobener Befunde oder die Unterlassung für die Diagnosestellung oder ihre Überprüfung notwendiger Befunderhebungen voraussetzt.

4.

Da die Symptome einer Erkrankung nicht immer eindeutig sind, können Diagnoseirrtümer, die objektiv auf eine Fehlinterpretation der (erhobenen) Befunde zurückzuführen sind, nur mit Zurückhaltung als - im Haftungsregime des Arztes relevanter - Behandlungsfehler gewertet werden. Dies greift nur dann nicht, wenn Symptome vorliegen, die für eine bestimmte Erkrankung kennzeichnend und eindeutig sind, vom Arzt aber nicht ausreichend berücksichtigt werden.

5.

Kann eine Fehlinterpretation des Befundes einer Mammographie im Rahmen einer Vorsorgeuntersuchung danach nicht als grob fehlerhaft bewertet werden, kommen der Patientenseite grundsätzlich keine Beweiserleichterungen im Hinblick auf eine (möglicherweise) zu spät erkannte Krebserkrankung (hier:

Mammakarzinom) zu. Daher bleibt es in diesem Fall bei der vollen Beweislast des Patienten, dass die (einfache) Fehlbefundung bzw. die in Folge des Diagnoseirrtums ausgesprochene (fehlerhafte) Empfehlung einer zu weitmaschigen Kontrolluntersuchung für die Zuspätkennung der erst Jahre später erkannten Krebserkrankung ursächlich war.

OLG Thüringen, 15.10.2008, 4 U 990/06

## **Berufsrecht**

1.)

HeilBerG NRW § 6 Abs. 1 Nr. 6, BO 1996/2001 § 20, BO 1996/2001 § 20 Abs. 1 BO 2005 § 21, BO 2005 § 21 Abs. 1 Satz 2

Ein unter einem Praxisschild für eine Zahnarztpraxis angebrachtes Schild mit einem MACDENT(r)-Logo und der Umschrift „Geprüfte Qualitätsstandards“ und dem Hinweis auf die Internet-Adresse von MACDENT stellt eine berufswidrige Werbung des Zahnarztes dar und rechtfertigt eine Untersagungsverfügung der Zahnärztekammer.

OVG NRW, Urteil vom 26.06.2008, Az: 13 A 1712/06

2.)

§ 29 HeilBerG NW

Hausarztzentrum nicht berufswidrig

Die Bezeichnung einer Gemeinschaftspraxis zweier Fachärzte für Allgemeinmedizin als "Hausarztzentrum" unterliegt berufsrechtlich keinen Bedenken.

Landesberufsgericht für Heilberufe Münster, Beschluss vom 03.09.2008, Az: 6t E 429/08

3.)

## Zum Entzug der Heilpraktikererlaubnis

Der VGH Baden-Württemberg hat entschieden, dass ein Heilpraktiker den Patienten bei schwerwiegenden Erkrankungen nicht im Glauben lassen darf, eine ärztliche Behandlung werde durch den Heilpraktiker ersetzt.

Der Antragsteller, der bereits seit langem über eine Heilpraktikererlaubnis verfügte, hatte eine Patientin wegen einer Geschwulst in der Brust behandelt. Auf der Grundlage einer bioelektrischen Funktionsdiagnose war er zum Schluss gelangt, dass es sich um eine gutartige Geschwulst handele. An dieser Diagnose hielt er auch dann noch fest, nachdem das Geschwür auf eine Größe von zuletzt 24 cm Durchmesser angewachsen und aufgebrochen war, und die Patientin stark an Gewicht verloren hatte. Als die Patientin sich schließlich in ärztliche Behandlung begab, wurde ein metastasierendes Mamma-Karzinom festgestellt, an deren Folgen sie schließlich verstarb.

Nach Auffassung des Gerichts ist dem Antragsteller die Heilpraktikererlaubnis zu Recht entzogen worden. Sein Verhalten rechtfertige den Schluss, dass ihm die für die Berufsausübung erforderliche Zuverlässigkeit fehlt und die Volksgesundheit gefährdet ist, wenn er die Heilkunde ausübt. Ein Heilpraktiker müsse nämlich die Gefahren im Auge behalten, die sich daraus ergeben können, dass seine Patienten medizinisch gebotene Hilfe nicht oder nicht rechtzeitig in Anspruch nehmen. Er dürfe deswegen nicht dazu beitragen, notwendige ärztliche Behandlungen zu verhindern oder auch nur zu verzögern. Hier zeige der Behandlungsverlauf, dass er diesen Anforderungen nicht gerecht geworden ist. Dabei könne er sich auf ein bloß einmaliges Fehlverhalten nicht berufen. Denn die Behandlung habe sich über mehrere Jahre hingezogen; in dieser Zeit habe er die Grenzen seiner Behandlungsfähigkeit nicht erkannt. Nach Auffassung des im Verwaltungsverfahren hinzugezogenen Gutachterausschusses habe er über Jahre hinweg offensichtliche Fehldiagnosen gestellt und seine Therapie auch dann in absolut unverantwortlicher Weise unbeirrt weiterverfolgt, nachdem die Geschwulst aufgebrochen ist; dies zeige einen Mangel an anatomisch-pathologischem Grundwissen.

Der Antragsteller habe seine Patientin nicht mit hinreichender Dringlichkeit aufgefordert, die Erkrankung ärztlich abklären und behandeln zu lassen. Es habe nicht ausgereicht, wenn er der Patientin die Möglichkeit offen gelassen hat, einen Arzt aufzusuchen.

Nach der Darstellung der Patientin hat er ihr stets den Eindruck vermittelt, er habe die Sache im Griff; er habe ihre Angst geschürt, "in die Hände von Ärzten zu fallen", die vorschnell von einer Krebserkrankung ausgingen.

Der Antragsteller könne sich nicht darauf berufen, dass er bei seinen verbliebenen Patienten weiter in großem Ansehen steht. Seine Eignung sei objektiv und frei von Wertschätzungen zu beurteilen, die auch auf Unkenntnis oder sachfremden Erwägungen beruhen können.

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 02.10.2008  
Az: 9 S 1782/08

## **Krankenhausrecht**

### Abschlag von der Fallpauschale bei überflüssigem Krankenhaustag

Beginnt eine stationäre Behandlung mit einem Tag für operationsvorbereitende Maßnahmen, die auch ambulant oder präoperativ erbracht werden können, kann die Krankenkasse bei Nichterreichen der unteren Grenzverweildauer einen Abschlag von der Fallpauschale vornehmen.

Geklagt hatte ein Krankenhaus aus Arnsberg gegen die Kaufmännische Krankenkasse. Das Krankenhaus hatte eine dreitägige urologische Behandlung eines Versicherten der Krankenkasse vorgenommen, wobei am ersten Tag präoperative Diagnostik und die Aufklärung des Patienten erfolgten. Die Krankenkasse kürzte die Rechnung des Krankenhauses von 1.300 Euro um 506 Euro. Der erste Tag der stationären Behandlung sei nicht notwendig gewesen.

Das SG Dortmund hat die vom Krankenhaus erhobene Klage abgewiesen.

Wegen des Nichterreichens der zweitägigen unteren Grenzverweildauer für die vorgenommene Operation sei der Abschlag gerechtfertigt. Die Diagnostik wie EKG, Sonographie, Röntgenaufnahmen und Laboruntersuchungen sowie die Aufklärung hätten vorstationär stattfinden können. Am ersten Tag habe somit eine Fehlbelegung vorgelegen. Medizinisch notwendig sei nur der

zweite Tag gewesen, der Entlassungstag zähle nicht mit.

Trotz des pauschalierenden Charakters der Vergütung finde weiterhin eine Überprüfung der medizinischen Notwendigkeit einzelner Belegungstage statt. Fehlt es für einzelne Tage an einem Anspruch des Versicherten auf Krankenhausbehandlung, sei diese auch nicht vergütungsfähig. Soweit für den ersten Tag des stationären Aufenthalts keine medizinische Notwendigkeit vorliegt, bestehe die Gefahr, dass dieser bereits abgelaufene Tag nach der Operation im Sinne einer sog. blutigen Entlassung eingespart wird, um den Aufenthalt im Rahmen der pauschalen Vergütung noch wirtschaftlich abzuwickeln.

SG Dortmund, Urteil vom 12.08.2008, Az: S 48 (44) KR 307/05

## **Leistungs- und Vergütungsrecht**

1.)

BDSG § 4 a, GOZ § 2 Abs 2, GOZ § 2 Abs 3

Abtretung einer (zahn)ärztlichen Honorarforderung

1.

Zu den Anforderungen, denen die Zustimmung der Patienten zu einer Abtretung einer (zahn)ärztlichen Honorarforderung an eine Inkasso stelle genügen muss.

2.

Die Entschließungsfreiheit eines zahnärztlichen Patienten ist unzumutbar beeinträchtigt, wenn ihm nach zweistündiger Behandlung in einer Behandlungspause Vergütungsvereinbarungen über sogenannte Verlangensleistungen in einem Gesamtumfang von knapp 40.000 EUR zur Unterschrift vorgelegt werden und der Zahnarzt unmittelbar nach der Unterzeichnung noch am selben Tage mit der kostenverursachenden Behandlung beginnt. Eine so zustande gekommene Vergütungsvereinbarung genügt nicht § 2 Abs. 2 und 3 GOZ und ist deshalb unwirksam.

OLG Celle, Urteil vom 11.09.2008, Az: 11 U 88/08



## Vertragsarztrecht

1.)

Auszug aus einem Entwurf des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG)

Auszugsweise geben wir Ihnen nachfolgend die Beschlüsse des 14. Ausschusses Gesundheit wie folgt bekannt:

1. § 95 SGB V wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 7 werden die Sätze 3 bis 9 durch folgende Sätze ersetzt:

Für Vertragsärzte, die im Jahr 2008 das 68. Lebensjahr vollendet haben findet § 95 Abs. 7 Satz 3 bis 9 in der bis zum 30.09.2008 geltenden Fassung keine Anwendung, es sei denn, der Vertragsarztsitz wird nach § 3 Abs. 4 fortgeführt. Die Zulassung endet in diesen Fällen zum 31.03.2009, es sei denn, der Vertragsarzt erklärt gegenüber dem Zulassungsausschuss die Wiederaufnahme seiner Tätigkeit. Bis zu diesem Zeitpunkt gilt die Zulassung als ruhend. In den Fällen der Anstellung von Ärzten in einem zugelassenen medizinischen Versorgungszentrum geltend die Sätze 3 bis 5 entsprechend.

b) In Absatz 9 wird Satz 4 durch folgenden Satz ersetzt:

„Absatz 7 Satz 3 bis 5 gilt entsprechend“

2 a)

Nach § 103 Abs. 4 Satz 1 wird folgender Satz eingefügt:

„ Satz 1 gilt auch bei hälftigem Verzicht oder bei hälftiger Entziehung der Zulassung“

3.)

Darüber hinaus hat der 14. Ausschuss Gesundheit vorgeschlagen, einen § 128 neu zu fassen, der die unzulässige Zusammenarbeit

zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten regelt. Danach ist die Abgabe von Hilfsmittel an Versicherte über Depots bei Vertragsärzten grundsätzlich unzulässig, soweit es sich nicht um Hilfsmittel handelt, die zur Versorgung in Notfällen benötigt werden.

Den genauen Wortlaut dieser Beschlüsse finden Sie unter nachstehender Webseite.

<http://www.mtd.de/cms/images/stories/gkv101008.pdf>

<<http://www.mtd.de/cms/images/stories/gkv101008.pdf>>

2.)

Künftig zweite ärztliche Meinung bei besonderen Medikamenten

Vor der Verordnung bestimmter Präparate für die Behandlung von schweren Erkrankungen mit hohen Therapiekosten zu Lasten der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) soll künftig von dem behandelnden Arzt eine zweite Meinung eines weiteren, hierfür besonders qualifizierten Arztes eingeholt werden.

Demnach muss vor Behandlungsbeginn eine Abstimmung zwischen dem behandelnden Arzt und einem Arzt für besondere Arzneimitteltherapie stattgefunden haben, nachdem sich der Versicherte zuvor mit dem Verfahren einverstanden erklärt hat. Für diese Abstimmung sind in der Regel höchstens zehn Werktage vorgesehen. Der behandelnde Arzt kann von der Zweitmeinung seines Kollegen nur in Ausnahmen abweichen, muss dann aber eine solche Abweichung besonders begründen.

Die entsprechende Richtlinie sieht vor, dass auch Krankenhausärzte in das Zweitmeinungsverfahren einbezogen werden.

Der nun beschlossene neue Abschnitt der Arzneimittel-Richtlinie führt in einer Anlage zunächst vier Wirkstoffe auf, die künftig nur noch nach dem Vorliegen einer qualifizierten Zweitmeinung verordnet werden können: Bosentan, Iloprost zur Inhalation, Sildenafil und Sitaxentan zur Behandlung verschiedener Formen des Lungengefäßhochdrucks (pulmonal arterielle Hypertonie)..

Zur Ärztin oder zum Arzt für besondere Arzneimitteltherapien kann bestimmt werden, wer die in der Richtlinie genannten Qualifikationen erworben und seine Beziehungen zur pharmazeutischen Industrie offengelegt hat.

Das Zweitmeinungsverfahren ist in Deutschland neu. Damit keine Versorgungsengpässe entstehen, wird die Neuregelung erst dann wirksam, wenn eine genügend große Zahl von Ärzten die beschlossenen Qualifikationen erworben, beziehungsweise nachgewiesen haben. Die Voraussetzungen für die Durchführbarkeit des Verfahrens werden bis zum Ende des Jahres 2008 durch die Kassenärztlichen Vereinigungen sichergestellt.

Mit diesem Beschluss setzt der G-BA einen weiteren gesetzlichen Auftrag (§ 73d SGB V) der jüngsten Gesundheitsreform um.

<http://www.g-ba.de/informationen/beschluesse/zur-richtlinie/3/>  
<<http://www.g-ba.de/informationen/beschluesse/zur-richtlinie/3/>>

## **Sonstiges**

1.)

BHG kippt Schönheitsreparaturklausel im  
Gewerbemietvertrag

Wie bereits lange erwartet sind Mietvertragsklauseln für Schönheitsreparaturen mit starren Fristen auch bei Gewerberäumen unwirksam. Diese Entscheidung dürfte für eine Vielzahl von niedergelassenen Ärzten und Zahnärzten Auswirkung haben.

Der BGH übertrug damit seine eigene Rechtsprechung zum Wohnungsmietrecht auch auf Gewerberäume. Dies war bereits schon seit längerer Zeit erwartet worden. Nun sind auch solche Klauseln in Formularymietverträgen für Praxisräumlichkeiten nur wirksam, wenn der Mieter zu Schönheitsreparaturen nicht nach starren Fristen verpflichtet wird. Denn dadurch würde der Mieter unangemessen benachteiligt werden.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 08.10.2008 XII ZR84/06

2.)

Einrede der Verjährung noch in Berufungsinstanz

möglich

Der Große Senat des BGH hat entschieden, dass die Präklusionsvorschrift des § 531 Abs. 2 ZPO in solchen Fällen dann nicht anzuwenden ist, wenn sowohl die Erhebung der Verjährungseinrede als auch diejenigen tatsächlichen Umstände, die ihr zugrunde liegen, unstreitig sind.

Hintergrund des Verfahrens war eine Bürgschaftsklage. Die Beklagte war in erster Instanz zur Zahlung verurteilt worden, hatte hiergegen aber Berufung eingelegt. Im Berufungsverfahren berief sie sich nun erstmals auf die Verjährung der Hauptforderung. Zu spät, hatte das Oberlandesgericht geurteilt. Zwar sei die Verjährungsfrist tatsächlich abgelaufen. Da die Beklagte dies aber bereits in der ersten Instanz hätte geltend machen können, sei die Verjährung im Berufungsverfahren gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr berücksichtigungsfähig.

Der im Revisionsverfahren zuständige XI. Zivilsenat des BGH sah dies anders, war an einer entsprechenden Entscheidung aber durch ein Urteil des X. Zivilsenats (BGH, Urt. v. 21.12.2005 - X ZR 165/04 - GRUR 2006, 401), das auf der Linie des Oberlandesgerichts lag, gehindert. Er legte die Frage deshalb dem Großen Senat für Zivilsachen vor (Beschl. v. 04.12.2007 - XI ZR 144/06 - NJW 2008, 1312).

Zur Begründung hat der Große Senat im Wesentlichen auf die ständige Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit von neuem Tatsachenvortrag im Berufungsverfahren verwiesen. Danach seien unstreitige neue Tatsachen stets zu berücksichtigen. Für die Verjährung könne, so der Große Senat, nichts anderes gelten. Eine abweichende Bewertung sei insbesondere nicht dadurch gerechtfertigt, dass die Verjährung als Einrede vom Schuldner geltend zu machen ist. § 531 Abs. 2 ZPO unterscheide nämlich gerade nicht zwischen Einreden und Einwendungen, die von Amts wegen zu berücksichtigen sind.

BGH, Urteil vom 23.06.2008, GSZ 1/08