

Mandanteninformation Medizinrecht  
1 / 2014

Inhalt:

[Aufdeckung von Wettbewerbsverstößen durch Ärzte mit Hilfe von Testpatienten](#)

[BSG erschwert Nachbesetzung von Vertragsarztsitzen in Berufsausübungsgemeinschaften!](#)

[Urteile des BSG zum RLV oder: Zur Unfähigkeit des Gesetzgebers, umsetzbare Vorgaben zu machen](#)



**Aufdeckung von Wettbewerbsverstößen durch Ärzte mit Hilfe von Testpatienten**

Ärzte – dies gilt in gleicher Weise für alle Angehörige von Heilberufen - bewegen sich bei ihrem Handeln in einem wettbewerbsrechtlich regulierten Rahmen. Die das „Marktverhalten“ eines Arztes regelnden Bestimmungen der ärztlichen Berufsordnung (im Folgenden: MBO) normieren nicht nur Berufspflichten des Arztes, sondern sind auch wegen § 4 Nr. 11 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (im Folgenden: UWG) rechtliche Basis für zivil-rechtliche Verfahren gegen den, der gegen derartige berufsrechtliche Bestimmungen verstößt. Ein solcher Wettbewerbsverstoß eines Arztes kann mittels Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung oder durch Klage vor dem zuständigen Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterbunden werden. So begründet z. B. die Empfehlung eines Facharztes für HNO (so der Fall des Landgerichts Hannover im Urteil vom 20.08.2013, 18 O 167/12) gegenüber einem Patienten, einen bestimmten Anbieter für die Versorgung mit einem Hörgerät in Anspruch zu nehmen, einen Verstoß gegen § 34 Abs. 5 MBO und damit zugleich einen Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG,

mit der Folge, dass Unterlassungsansprüche, sei es eines Konkurrenten, sei es einer Ärztekammer oder sei es der Zentrale zur Bekämpfung des Un-lauteren Wettbewerbs, gegenüber diesem Facharzt für HNO begründet sind.

Zumeist finden derartige Wettbewerbsverstöße allerdings nicht in aller Öffentlichkeit, sondern im Zwiegespräch mit dem Patient (wie im Fall des LG Hannover in Gestalt einer Empfehlung) statt. Für den Konkurrenten, die Ärztekammer bzw. die Zentrale zur Bekämpfung des Unlauteren Wettbewerbs stellt sich damit die Frage, wie derartige Wettbewerbsverstöße aufgedeckt werden können.

Im Fall des Landgerichts Hannover war ein Testpatient beauftragt worden, die Praxis des Facharztes für HNO aufzusuchen, über Hörschwächen im Hochtonbereich zu klagen und sich eine Hörgeräteversorgung empfehlen zu lassen. Dieser Testpatient informierte den Auftraggeber, der gestützt auf den Bericht des Testpatienten Klage gegen den Facharzt für HNO mit dem Ziel erhob, diesem zu verbieten, seinen Patienten einen bestimmten Anbieter für die Versorgung mit einem Hörgerät zu empfehlen.

Der Facharzt für HNO hat sich im Verfahren vor dem Landgericht Hannover damit verteidigt, der Einsatz eines Testpatienten sei rechtsmissbräuchlich, da kein Beratungsbedarf für den Testpatienten bestanden habe, er habe Beratungsbedarf lediglich fingiert. Hierdurch sei er – der Facharzt für HNO – hereingelegt worden, was wiederum als wettbewerbswidriges Verhalten gem. § 4 Nr. 10 UWG zu qualifizieren sei, mit der weiteren Folge, dass ihm, dem Facharzt für HNO, der eigene Wettbewerbsverstoß nicht mehr vorgehalten werden könne (sog. „unclean hands“- Einwand)

Das Landgericht Hannover hat es als grundsätzlich zulässig angesehen, Testmaßnahmen mittels Testpatienten durchzuführen. Unlauter seien Testmaßnahmen und auf sie gestützte Unterlassungsklagen aber dann, wenn der Tester lediglich die Absicht verfolge, einen Mitbewerber „hereinzulegen“, oder mit verwerflichen Mitteln, insbesondere Straftaten, oder sonstigen rechtswidrigen Handlungen oder „besonderen Verführungskünsten“ auf einen Wettbewerbsverstoß hinwirke. Hierfür reicht aber der Umstand, dass der Auftraggeber dem Testpatienten wie im Fall des LG Hannover ein relativ geringes Honorar von € 50,00 zzgl. Fahrtkostenersatz gezahlt hat, nicht aus. Auch die Weisung des Testers gegenüber dem Testpatienten, er solle sich neutral verhalten und keine Fragen stellen, sei nicht als „hereinlegen“ zu bewerten. Vielmehr stelle eine solche Anweisung sicher, dass sich der Zeuge wie ein Patient verhalten solle, der keine Empfehlung wünscht, um auf diese Weise zu prüfen, ob ungewünschte Empfehlungen durch den getesteten Arzt ausgesprochen würden.

Auch das Landgericht Dortmund hatte im Urteil vom 21.11.2012, 25 O 209/12, keine Bedenken, was die Verwertung der Erkenntnisse eines Testpatienten anbetrifft. Der Testpatient habe i. d. R. kein eigenes Interesse an einem bestimmten Ausgang des Tests. Wenn überhaupt, könne man einem Testpatienten zudem ohnehin eher unterstellen, dass er daran interessiert sein könnte, dass der Test zu keinem, für den aufgesuchten Arzt negativen Ergebnis führt, und er dieses als Zeuge bekunden muss, da er so weiter unerkannt bleibe und weitere Aufträge als Testpatient annehmen könne. Sobald ein Zeuge einmal als Testpatient erkannt sei, dürften sich diese Verdienstmöglichkeiten dagegen erledigt haben.

Dass es sich bei diesen Entscheidungen nicht um Einzelfälle handelt, belegt auch der Umstand, dass in der juristischen Datenbank „Juris“ unter dem Stichwort „Testpatient“ 36 Treffer verzeichnet sind.

Der beste Schutz gegen Testpatienten und die sich anschließenden kostenintensiven wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen ist, vor der geplanten Wettbewerbsmaßnahme anwaltlichen Rat einzuholen.

RA Dr. Horst Bonvie  
Januar 2014

[zurück](#)



### **BSG erschwert Nachbesetzung von Vertragsarztsitzen in Berufsausübungsgemeinschaften!**

Das BSG hat am 11.12.2013 in einer Entscheidung die Nachbesetzung von Vertragsarztsitzen, die aus einer Berufsausübungsgemeinschaft heraus zur Nachbesetzung ausgeschrieben werden, erheblich erschwert.

Grundsätzlich sieht § 103 Abs. 4 SGB V vor, dass der Zulassungsausschuss über die Nachbesetzung eines ausgeschriebenen Vertragsarztsitzes unter Ausübung des ihm eingeräumten Auswahlermessens, bei dem insbesondere die in § 103 Abs. 4 SGB V genannten Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, entscheidet. § 103 Abs. 6 SGB V schränkt dieses Auswahlermessen des Zulassungsausschusses dadurch ein, dass die Interessen der verbleibenden Vertragsärzte einer Berufsausübungsgemeinschaft, die zuvor mit dem ausschreibenden Vertragsarzt geführt wurde, durch den Zulassungsausschuss angemessen berücksichtigt werden müssen.

In der Spruchpraxis des Zulassungsausschusses bedeutete dies, dass bei der Auswahl des Nachfolgers den Wünschen der verbleibenden Vertragsärzte einer Berufsausübungsgemeinschaft entsprochen wurde.

Um sicherzustellen, dass dem vom ausschreibenden Vertragsarzt gewünschten Nachfolger die Zulassung erteilt wird, wurde deswegen regelmäßig so verfahren, dass von dem ausschreibenden Vertragsarzt mit einem anderen Vertragsarzt eine Berufsausübungsgemeinschaft gegründet wurde und sodann kurz nach Aufnahme der Tätigkeit in der Berufsausübungsgemeinschaft der abgehende Vertragsarzt seine Zulassung zum Zweck der Nachbesetzung ausschrieb und sodann unter der Bedingung, dass ein Nachfolger bestandskräftig zugelassen wurde, auf seine Zulassung verzichtete. Der verbleibende Vertragsarzt der Berufsausübungsgemeinschaft äußerte sich gegenüber dem Zulassungsausschuss dann dahingehend, dass er mit dem vom ausschreibenden Vertragsarzt zuvor ausgesuchten Nachfolger die Berufsausübungsgemeinschaft fortsetzen wolle. Durch die Vorschrift des § 103 Abs. 6 SGB V musste der Zulassungsausschuss dann eben jenem Nachfolger

die Zulassung erteilen. Diese gängige Praxis hat das BSG mit o.g. Urteil vom 11.12.2013, Az: B 6 KA 49/12 R, erheblich eingeschränkt.

Aus dem Terminsbericht des BSG geht hervor, dass der Zulassungsausschuss bei der Entscheidung über die Nachbesetzung eines Vertragsarztsitzes aus einer Berufsausübungsgemeinschaft die Interessen der verbleibenden Gesellschafter der Berufsausübungsgemeinschaft umso geringer zu berücksichtigen hat, je mehr sich der Eindruck aufdrängt, dass die Berufsausübungsgemeinschaft vorrangig gegründet wurde, um gemäß der Vorschrift des § 103 Abs. 6 SGB V auf die Nachbesetzung Einfluss zu nehmen. Insbesondere ist dies dann der Fall, wenn die Berufsausübungsgemeinschaft nur über eine kurze Zeit bestanden hat und/oder die Praxen der beteiligten Ärzte nur geringfügig verflochten waren. Das BSG schränkt aber auch ein, dass die Interessen der verbleibenden Ärzte selbst unter dem Hinweis auf eine Missbräuchlichkeit der Gründung einer Berufsausübungsgemeinschaft nicht vollständig unberücksichtigt bleiben dürfen. Insbesondere kann ein Arzt, mit dem die anderen Mitglieder der Berufsausübungsgemeinschaft aus objektiv nachvollziehbaren Gründen definitiv nicht zusammenarbeiten können, nicht als Nachfolger zugelassen werden.

In dem Verfahren, über das das BSG zu entscheiden hatte, lag ein solcher objektiv nachvollziehbarer Grund vor, weil es sich bei der einen Bewerberin um die Ehefrau des ärztlichen Leiters eines konkurrierenden Medizinischen Versorgungszentrums handelte und zu befürchten war, dass die Bewerberin sich lediglich um jene Zulassung beworben hatte, um diese sodann in das MVZ ihres Ehemannes einzubringen.

Die Urteilsgründe des BSG liegen noch nicht vor. Es wird abzuwarten bleiben, inwieweit sich den Urteilsgründen vertiefte Anhaltspunkte entnehmen lassen, ob das BSG eine Mindestdauer für eine Berufsausübungsgemeinschaft oder etwaige weitere Details benennt, die erforderlich sind, damit § 103 Abs. 6 SGB V ohne Einschränkungen Anwendung finden wird.

Ferner könnten sich ggf. aus den Urteilsgründen Anhaltspunkte dafür ergeben, welche objektiv nachvollziehbaren Gründe weiter in Betracht kommen, damit ein nicht gewünschter Bewerber gleichwohl nicht vom Zulassungsausschuss ausgewählt werden kann.

Jedenfalls steht fest, dass das Verfahren über die Nachbesetzung eines Vertragsarztsitzes auch aus einer Berufsausübungsgemeinschaft heraus sich deutlich erschwert haben dürfte. Die Gründung einer „Übergangs-Berufsausübungsgemeinschaft“ wie in der Vergangenheit erscheint zum jetzigen Zeitpunkt kaum die gewünschte rechtliche Sicherheit zu bieten. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass der Zulassungsausschuss gemäß § 103 Abs. 3a SGB V die Ausschreibung des Vertragsarztsitzes zum Zweck der Nachbesetzung ablehnen kann, wenn dieser aus Gründen der Versorgung nicht mehr erforderlich ist, und zwar auch dann, wenn dieser aus einer Berufsausübungsgemeinschaft heraus ausgeschrieben wird. Die Regelung des § 103 Abs. 6 SGB V findet insoweit keine Anwendung.

Die rechtssichere Veräußerung einer vertragsärztlichen Praxis an einen bevorzugten Übernehmer kann somit nur sichergestellt werden im Zusammenhang mit einem Verzicht auf die Zulassung zum Zweck der Anstellung bei einem Vertragsarzt oder einem MVZ gemäß §§ 103 Abs. 4 a und Abs. 4 b SGB V. Wird dieser Weg gewählt, sollte jedoch zwingend ein versierter

Steuerberater hinzugezogen werden, um steuerliche Nachteile – z.B. durch Aufdeckung stiller Reserven – zu identifizieren.

RA Christian Gerdts  
Januar 2014

[zurück](#)



**Urteile des BSG zum RLV oder:**  
**Zur Unfähigkeit des Gesetzgebers, umsetzbare Vorgaben zu machen**

Das Bundessozialgericht hat am 11. Dezember 2013 zwei weitere Entscheidungen zur vertragsärztlichen Vergütung unter Geltung der Regelleistungsvolumina getroffen. Zumindest die Terminsberichte geben Anlass zur Sorge, wie es um die Fähigkeiten des Gesetzgebers bestellt ist, umsetzbare gesetzliche Vorgaben zu machen – oder um die Bereitschaft des BSG, sich dem gesetzgeberischen Willen unterzuordnen.

Zunächst stellte das BSG auf die Klage einer radiologisch-nuklearmedizinischen Berufsausübungsgemeinschaft (Az.: B 6 KA 4/13 R) fest, dass die Vorgaben des Bewertungsausschusses zur Berechnung der RLV (Beschlüsse vom 28./29.08.2008) rechtmäßig seien, obwohl er die Vorgaben des Gesetzgebers hinsichtlich des zugrunde zu legenden Aufsatzjahres sowie hinsichtlich der zur Differenzierung der Patienten anzulegenden Kriterien missachtet hat.

Der 6. Senat gab den Klägern recht, dass der Bewertungsausschuss die „gesetzlichen Vorgaben nicht wortlautgetreu umgesetzt“ habe. Der Bewertungsausschuss habe entgegen der gesetzlichen Anordnung tatsächlich bei der Bestimmung des Orientierungswertes die Abrechnungsergebnisse des Jahres 2007 und nicht die des Jahres 2008 zugrunde gelegt. Dies habe aber daran gelegen, dass dem Bewertungsausschuss die Abrechnungsdaten des Jahres 2008 im Sommer 2008 noch nicht vorlagen und auch nicht vorliegen konnten. Deshalb, so das BSG, musste sich der Bewertungsausschuss bemühen, der tatsächlich nicht umsetzbaren Vorstellung des Gesetzgebers möglichst nahe zu kommen.

In einer weiteren Entscheidung vom gleichen Tage (B 6 KA 6/13 R) wies das BSG die Revision eines Augenarztes zurück, der rügte, sein RLV-Fallwert sei zu gering bemessen, da er noch nicht einmal die Grundpauschale abbilde. Hierzu stellte das BSG fest, dass die Vorstellung, die wesentlichen Leistungen eines Fachgebietes müssten rechnerisch in jedem Behandlungsfall voll vergütet werden, „der Idealkonzeption des Gesetzes entsprechen“ mag, „jedoch nicht durchweg realisierbar“ sei.

Beide Entscheidungen zeigen, dass das Honorarsystem auf der Grundlage von Regelleistungsvolumina bereits in seiner Grundkonzeption mangelhaft war. Weder lagen die

Berechnungsgrundlagen vor, noch war mit diesem Honorarsystem die Grundversorgung der Versicherten vergütungsmäßig gewährleistet. Die Entscheidungen des BSG lassen den Gesetzgeber hierbei in keinem guten Licht erscheinen. Ebenso bedenklich ist es jedoch, wenn das BSG Vorgaben des Gesetzgebers entweder als hehre Idealkonzeption oder aber als schlicht unbeachtlich qualifiziert. Auch das BSG ist als Organ der Judikative gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden. Diese Bindung verliert ihre Bedeutung, wenn der gesetzgeberische Wille zwar zur Kenntnis genommen, aber bewusst ignoriert wird.

Es bleibt abzuwarten, ob das BSG in den Urteilsgründen, die voraussichtlich erst in einigen Monaten zu erwarten sind, diese Haltung relativiert, oder aber, was zumindest konsequent wäre, den Gesetzgeber auffordert, klarzustellen, was er für einen Systemerhalt zu regeln bereit ist.

RA Stephan Gierthmühlen  
Januar 2014

[zurück](#)