

JUS-Letter

September 2015 | Jahrgang 15 | Ausgabe 3

BDAktuell

In dieser Ausgabe:

Werberecht: Praxis-Homepage rechtssicher gestalten	499
Die Haftung des Gutachters	501

Werberecht: Praxis-Homepage rechtssicher gestalten

Anna Brix, München*
Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Das Internet ist auch für Ärzte als Werbeplattform nicht mehr wegzudenken. Gerade die jüngeren Patienten schätzen es, über die Homepage des Arztes Informationen abzufragen oder sogar einen Termin zu vereinbaren. Das ärztliche Werberecht hat sich diesem Wandel angepasst und Vieles, was vor einigen Jahren noch verboten war, ist heute erlaubt.

Im Gegensatz zu anderen Branchen gelten für Ärzte aber weiterhin besondere Einschränkungen, insb. durch das Heilmittelwerbegesetz (HWG), welches neben dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und der ärztlichen Berufsordnung den rechtlichen Rahmen für die Gestaltung der Praxis-Homepage darstellt. Gerade über das Internet sind Verstöße gegen diese Vorschriften für konkurrierende Ärzte, aber auch Verbände leicht aufzudecken.

Aktuell überprüft z.B. der „Verband Sozialer Wettbewerb e. V.“ verstärkt den Internetauftritt von niedergelassenen Ärzten auf die Einhaltung heilmittelwerblicher Vorschriften. Wird ein angeblicher Gesetzesverstoß festgestellt, mahnt der Verband den betroffenen Arzt ab und fordert die Unterlassung der gerügten Werbung; daneben soll der Arzt Schadensersatz zahlen. Derartigen Ärger kann man sich ersparen, wenn man die nachfolgenden Punkte beachtet.

Erlaubte Information oder berufswidrige Werbung?

Wer sich erfolgreich im Internet präsentieren will, sollte sich Zeit für die Formulierung und Aktualität der Texte nehmen. Dabei gilt: es ist nicht jede Werbung per se untersagt, sondern nur die berufswidrige Werbung. Berufswidrig und damit verboten ist insbesondere eine anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung. Eine sachliche berufsbezogene Information ist hingegen gestattet.

§ 27 Abs. 3 (Muster-)Berufsordnung

Berufswidrige Werbung ist Ärztinnen und Ärzten untersagt. Berufswidrig ist insbesondere eine anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung. Ärztinnen und Ärzte dürfen eine solche Werbung durch andere weder veranlassen noch dulden. Eine Werbung für eigene oder fremde gewerbliche Tätigkeiten oder Produkte im Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit ist unzulässig. Werbeverbote aufgrund anderer gesetzlicher Bestimmungen bleiben unberührt.

Die Bundesärztekammer hat vor einigen Jahren „Hinweise und Erläuterungen zu den §§ 27 ff der Musterberufsordnung“ herausgegeben¹, in denen Folgendes ausgeführt wird:

* Rechtsanwältin/Fachanwältin für Medizinrecht, Ulsenheimer-Friederich Rechtsanwälte, München

¹ <http://www.aerzteblatt.de/archiv/40346/Bekanntmachungen-Arzt-Werbung-Öffentlichkeit>



- Justitiare -
 Roritzerstraße 27
 90419 Nürnberg
 Telefon: 0911 93378 17
 0911 93378 19
 0911 93378 27
 Telefax: 0911 3938195
 E-Mail: Justitiare@bda-ev.de
 Internet: www.bda.de

„3.3.1 Anpreisend

Anpreisend ist eine gesteigerte Form der Werbung, insbesondere eine solche mit reißerischen und marktschreierischen Mitteln. Diese kann schon dann vorliegen, wenn die Informationen für den Patienten als Adressaten inhaltlich überhaupt nichts aussagen oder jedenfalls keinen objektiv nachprüfbaren Inhalt haben. Aber auch Informationen, deren Inhalt ganz oder teilweise objektiv nachprüfbar ist, können aufgrund ihrer reklamehaften Übertreibung anpreisend sein.

Grundsätzlich nicht anpreisend ist die publizistische Tätigkeit von Ärzten sowie die Mitwirkung des Arztes an aufklärenden Veröffentlichungen medizinischen Inhalts. Unbeschadet sachlicher Kritik sind Äußerungen in herabsetzender Form über Kollegen, ihre Tätigkeit und über medizinische Methoden zu unterlassen ...

3.3.2 Irreführend

Berufswidrig ist eine Werbung, die Angaben enthält, die geeignet sind, potenzielle Patienten über die Person des Arztes, über die Praxis und über die Behandlung irreführen und Fehlvorstellungen von maßgeblicher Bedeutung für die Wahl des Arztes hervorzurufen. Dies kann unter anderem durch mehrdeutige, unvollständige und unklare Angaben und durch verschwiegene Tatsachen geschehen (zum Beispiel durch Irreführung und Täuschung über eine medizinische Exklusivität – oder durch eine Alleinstellungsbehauptung, wie zum Beispiel Allgemeinmedizin Bielefeld oder durch Internet-Domain-Namen, zum Beispiel www.gynäkologie.lübeck.de).

Irreführend ist die Ankündigung von solchen „Qualifikationen“, denen kein entsprechender Leistungs- bzw. Kenntniszuwachs im Vergleich zu den nach der Weiterbildungsordnung geregelten Qualifikationen gegenübersteht. Der Qualifikation des Arztes soll also ein entsprechender Nutzen für den Patienten entsprechen, ansonsten handelt es sich um eine „Scheinqualifikation“ (z.B. Praxis für Gesundheitsförderung), die zu einem Irrtum des Patienten führt. Derartiges ist unzulässig ...

Um jede Irreführung zu vermeiden, sollten Professorentitel, die nicht von medizinischen Fakultäten verliehen wurden, und andere akademische Grade in der Form geführt werden, in der sie verliehen wurden und die Fakultät oder Hochschule benennen. Ebenso sollten im Ausland erworbene Bezeichnungen in der Fassung der ausländischen Verleihungsurkunde geführt werden.

3.3.3 Vergleichend

Bei persönlicher vergleichender Werbung wird auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse ärztlicher Kollegen, bei vergleichender Werbung auf die Arztpraxis oder Behandlung anderer Ärzte Bezug genommen. Letzteres geschieht entweder in negativer Form, um Kollegen in der Vorstellung des Patienten herabzusetzen, oder in positiver Form, um deren Vorzüge als eigenen Vorteil zu nutzen. Aber auch eine Werbung wie zum Beispiel „Bei uns geht's ohne Operation“ ist berufswidrig.“

In der Praxis nimmt das Merkmal der Irreführung, d.h. die sich an unwahren Tatsachen orientierende Darstellung, die größte Bedeutung ein. Ob ein konkreter Text noch sachliche Information darstellt, ist immer Frage des Einzelfalls, und die Grenzen sind oftmals fließend.

Häufig von Verbänden aufgegriffen werden beispielsweise Informationen für Akupunktur-Behandlungen und Magnetfeldtherapien sowie hiermit verbundene Wirkversprechen des Arztes. Ob im einzelnen Fall die behaupteten Unterlassungsansprüche begründet sind, muss genau geprüft werden. Denn richtige, eindeutige und klare Informationen zu Krankheitsbildern, Untersuchungsmethoden und anderen Gesundheitsthemen sind zulässig. Maßstab sind hier laut Rechtsprechung gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse. Daran mangelt es, wenn gesicherte Feststellungen hinsichtlich der Maßnahme fehlen oder mit einer fachlich umstrittenen Meinung geworben wird. Der Text kann dann in irreführender Weise als Heilversprechen verstanden werden. Erfahrungsgemäß sind die Bereiche Akupunktur und Magnetfeldtherapie in dieser Hinsicht eher problematisch.

Ähnliche Abgrenzungsschwierigkeiten treten bei Dankes- oder Empfehlungsausprägungen Dritter auf. Verboten sind diese Äußerungen zwar nur, wenn sie in missbräuchlicher oder irreführender Weise erfolgen. Wer auf Nummer sicher gehen will, sollte damit auf der Homepage zurückhaltend sein bzw. darauf achten, dass sich die Dankesworte in allgemeinen Erklärungen erschöpfen. In jedem Fall muss für den Besucher der Homepage erkennbar sein, dass es sich um das persönliche Empfinden eines Patienten und nicht um ein wissenschaftliches Gutachten handelt.

Ebenso sollte es dem Patienten aus Gründen des Fernbehandlungsverbotes auf der Homepage nicht ermöglicht werden, medizinische Fragen an den Arzt zu stellen mit dem Ziel, hierauf lediglich Antwort per E-Mail zu erhalten, ohne dass ein persönlicher Kontakt, geschweige denn eine Untersuchung stattfindet.

§ 7 Abs. 4 (Muster-)Berufsordnung

Ärztinnen und Ärzte dürfen individuelle ärztliche Behandlung, insbesondere auch Beratung, nicht ausschließlich über Print- und Kommunikationsmedien durchführen. Auch bei telemedizinischen Verfahren ist zu gewährleisten, dass eine Ärztin oder ein Arzt die Patientin oder den Patienten unmittelbar behandelt.

§ 9 HWG

Unzulässig ist eine Werbung für die Erkennung oder Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen oder Tier beruht (Fernbehandlung).

Bei folgenden Werbemaßnahmen sollte man ebenfalls grundsätzlich vorsichtig sein:

- Wiedergabe von Krankengeschichten
- Erfolgsgarantien
- Patientendiskussionsforen und elektronischen Gästebüchern
- Preisausschreiben
- Preisnachlässen und Rabattaktionen.

Auch bei Links zu Dritten sollte man vorsichtig sein. Auf Links zu Herstellern und Händlern sollte gänzlich verzichten wer-

den. Bei Links zu Selbsthilfegruppen etc. sollte ein Haftungsausschluss (Disclaimer) aufgenommen werden. Denn nach einem Urteil des Bundesgerichtshofes (Urteil v. 01.04.2004, Az. I ZR 317/01) haftet u.U. auch der Homepagebetreiber für die Inhalte der verlinkten Seite.

Pflichtangaben / Impressum

Neben den organisatorischen und medizinischen Inhalten muss die Internetseite des Arztes ein sog. Impressum enthalten (§ 5 Telemediengesetz (TMG)). Leider fällt auf, dass diese Anbieterkennzeichnung oftmals ganz fehlt oder unvollständig ist. Das TMG schreibt neben bestimmten Pflichtangaben, die zwingend genannt werden müssen, auch vor, dass das Impressum ohne großen Aufwand von jeder Unterseite mit maximal zwei Mausklicks geöffnet werden kann.

Folgende Angaben müssen im Impressum „leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar“ sein:

- Namen und Anschrift der Praxis, bei juristischen Personen zusätzlich der Vertretungsberechtigte
- die Emailadresse
- die gesetzliche Berufsbezeichnung und der Staat, in dem die Berufsbezeichnung verliehen worden ist
- die zuständige Kammer
- die Bezeichnung der berufsrechtlichen Regelungen und wie diese zugänglich sind
- bei niedergelassenen Vertragsärzten auch die Nennung der Kassenärztlichen Vereinigung, in der sie Mitglied sind, da diese für die Vertragsärzte die zuständige Aufsichtsbehörde ist
- die Bezeichnung der berufsrechtlichen Regelungen und dazu, wie diese zugänglich sind
- bei Gesellschaftsformen wie die Ärztepartnerschaft auch die Registernummer
- die Umsatzsteueridentifikationsnummer nach § 27a des Umsatzsteuergesetzes, sofern der Arzt diese besitzt.

Ein Verstoß kann teuer werden. Eine Geldbuße von bis zu 50.000,- € droht, wenn die erforderlichen Informationen nicht, nicht richtig oder nicht vollständig verfügbar sind. Auch wettbewerbsrechtliche Abmahnungen kommen in Betracht (§ 16 TMG).

Benutzung von Fotografien

Fotos von Personal und teilweise auch von Patienten finden sich auf fast jeder Homepage. Nicht alle Ärzte haben aber im Vorfeld die notwendige Einwilligungserklärung der abgebildeten Personen eingeholt bzw. sich über die Verwertungsrechte der verwendeten Bilder Gedanken gemacht. Da bei einem Verstoß gegen die Rechte des Urhebers nicht nur Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche, sondern auch strafrechtliche Folgen drohen können, sollte man mit fremden, urheberrechtlich geschützten Werken nicht leichtfertig umgehen.

Kein Problem stellt allerdings das frühere sog. Weißkittelverbot dar. Ärzte dürfen sich nun in Berufsbekleidung abbilden lassen. Auch das lange Zeit geltende Verbot der Vorher-Nachher-Bilder wurde, mit Ausnahme des Bereichs der plastisch-operativen Eingriffe, zwischenzeitlich aufgehoben.

Datenschutzerklärung

Ein besonders sensibles Thema gerade im Gesundheitswesen ist der Datenschutz. Wer dem Patienten die Möglichkeit bietet, über die Homepage persönliche Daten zu übermitteln, z.B. ein Terminvereinbarungssystem online vorhält, muss in der Datenschutzerklärung erklären, wie mit personenbezogenen Daten verfahren wird. Wer hingegen nur allgemeine Informationen anbietet und keine personenbezogenen Angaben abfragt, unterliegt dieser Verpflichtung nicht.

Handlungsempfehlung bei Abmahnung

Der betroffene Arzt sollte eine Abmahnung stets ernst nehmen; es handelt sich um keinen „Fall für den Papierkorb“. Reagiert der Arzt auf eine Abmahnung nicht, droht eine gerichtliche Auseinandersetzung z.B. in Form eines einstweiligen Verfügungsverfahrens. Keinesfalls sollte der abgemahnte Arzt eine Unterlassungserklärung blindlings abgeben; denn tatsächlich sind die Forderungen manchmal überzogen.

Checkliste – Praxis-Homepage

1. Sind die (medizinischen) Inhalte sorgfältig recherchiert, sachlich richtig, aktuell und nicht irreführend?

2. Enthält die Homepage ein vollständiges Impressum?
3. Ist eine Datenschutzerklärung notwendig, weil personenbezogene Daten erhoben werden?
4. Sind Impressum und ggf. Datenschutzerklärung als solche gekennzeichnet?
5. Liegen für die verwendeten Fotos die erforderlichen Einwilligungen vor?

Die Haftung des Gutachters

**Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg
Olga Zöllner, Hamburg***

Die Begutachtung ist eine elementare ärztliche Aufgabe. Denn wenn im Arzthaftungsprozess geklärt werden muss, ob der beklagte Arzt vom Standard des Fachgebietes abgewichen ist und der klagende Patient dadurch einen Schaden erlitten hat, kann dies der Richter aufgrund fehlender medizinischer Fachkenntnisse nicht beurteilen. Das Zivilgericht beauftragt dann einen medizinischen Sachverständigen; gleiches gilt im Strafprozess. Aber auch vorprozessual werden von dem Patienten/Arzt sog. Privat-/Parteigutachten eingeholt. Die Ausführungen der Gutachter sind oft prozessentscheidend und daraus folgt, dass die Gutachtertätigkeit mit einem Haftungsrisiko verbunden ist. Der Gutachter läuft Gefahr, von der im Prozess unterliegenden Partei bzw. von deren Versicherung wegen Erstellung eines vermeintlich unrichtigen Gutachtens in Anspruch genommen zu werden.

Regressprozess gegen Gutachter

So wies das Landgericht Stuttgart die Schadensersatzklage einer Patientin gegen die Anästhesistin ab, weil nach Auffassung des gerichtlich bestellten Gutachters die Trachealstenose nicht durch eine schuldhaft fehlerhafte Intubation verursacht worden sei; die dagegen eingelegte Berufung vor dem Oberlandesgericht Stuttgart blieb erfolglos. Vor dem LG Ulm wollte die Patientin dann den damals gerichtlich

* Innendienstleitung FUNK-Ärzte-Service, FUNK Hospitalversicherungsmakler GmbH, Hamburg

bestellten Sachverständigen in Regress nehmen und forderte über 46.000,- € wegen entgangenen Schmerzensgeldes und der Kosten für Parteigutachten. Nach Ansicht der Patientin hat er als Gutachter fahrlässig ein falsches Gutachten erstellt. Er habe u.a. versäumt, die nächstliegende Ursache, nämlich eine mechanische Tracheaschleimhautverletzung bei der Intubation, in seine Überlegungen einzu beziehen. Somit habe er sein Gutachten nicht nach den wissenschaftlichen Erkenntnissen erstattet und sei aufgrund des falschen Gutachtens zum Schadensersatz verpflichtet. Das Landgericht Ulm teilte diese Ansicht nicht und wies die Klage als unbegründet zurück².

Rechtsgrundlage

Der gerichtliche Sachverständige haftet nach § 839a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nur bei grob fahrlässigem und vorsätzlichem Handeln, unabhängig davon, ob er beeidigt wurde³:

Die Erstattung von Privat- bzw. Parteigutachten fällt nicht unter § 839a BGB; in diesen Fällen haftet der Gutachter nach dem Werkvertragsrecht.

§ 839a Abs. 1 BGB

Haftung des gerichtlichen Sachverständigen

Erstattet ein vom Gericht benannter Sachverständiger vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, die auf diesem Gutachten beruht.

Berufshaftpflichtversicherung: Vermögensschäden

Der Gutachter sollte besonderes Augenmerk auf seinen Versicherungsschutz legen.

Bei einer fehlerhaften Behandlung/Untersuchung des Patienten bzw. deren Unterlassung kann es zu einem Personenschaden kommen (z.B. Gutachter schädigt den Patienten bei der notwendigen körperlichen Untersuchung); die Beschädigung der Sachgüter/des Eigentums des Patienten stellt grundsätzlich einen Sachschaden im Sinne der Versicherungsbedingungen dar, während eine fehlerhafte Gutachtener-

stellung zu einem Vermögensschaden führen kann (z.B. entgangener Schadensersatz und Schmerzensgeld).

Für die Durchführung seiner ärztlichen Tätigkeit hat der Arzt gemäß § 21 (Muster-)Berufsordnung eine hinreichende Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen; bei unzureichendem Versicherungsschutz kann sogar das Ruhen der Approbation angeordnet werden (§ 6 BÄO)⁴.

Um finanziell ruinöse Folgen bis hin zur Haftung des Arztes mit seinem gesamten Privatvermögen zu vermeiden, bedarf es des Abschlusses einer Berufshaftpflichtversicherung mit ausreichenden Deckungssummen.

In einem Zivilverfahren wegen etwaiger Schadensersatzansprüche übernimmt der Versicherer die Regulierung der berechtigten und die Abwehr der unberechtigten erhobenen Ansprüche (sog. passiver Rechtsschutz) für den Arzt bis zur vertraglich vereinbarten Deckungssummenhöhe.

In der Praxis zeigt sich leider immer wieder, dass in den Haftpflichtversicherungen der Ärzte/der Kliniken zwar sehr hohe Deckungssummen für Personenschäden, aber nur geringe Deckungssummen für Vermögensschäden vereinbart werden. Jeder Arzt, der als Gutachter tätig ist, sollte seine Police prüfen. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung für den Arzt im Rahmen seiner Berufshaftpflichtversicherung eine Absicherung in ausreichender Höhe besteht.

Für BDA-Mitglieder besteht die Möglichkeit, sich über einen Rahmenvertrag zusätzlich zu versichern. In dem seit vielen Jahren bestehenden und zum 01.02.2014 aktualisierten Rahmenvertrag zur Berufshaftpflichtversicherung gelten Vermögensschäden auf Grund von fehlerhaft erstellten medizinischen Gutachten bis zu einer Deckungssumme von 10 Mio. € versichert⁵.

Strafrechtliche Verantwortung => Rechtsschutzversicherung

Neben der zivilrechtlichen Haftung kommt noch eine strafrechtliche Verantwortung des Gutachters in Betracht, wenn die Begutachtung (wissentlich) falsch erfolgte.

§ 153 StGB

Falsche uneidliche Aussage

Wer vor Gericht oder vor einer anderen zur eidlichen Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen zuständigen Stelle als Zeuge oder Sachverständiger uneidlich falsch aussagt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

Wird gegen den Gutachter strafrechtlich ermittelt, beteiligt sich seine Berufshaftpflichtversicherung i.d.R. nicht an den Anwalts- und Verfahrenskosten. Berufstätige BDA-Mitglieder sind durch ihre Mitgliedschaft automatisch für die Tätigkeit im Gesundheitswesen strafrechtsschutzversichert, sofern sie zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung schon Mitglied im Berufsverband waren⁶.

Lesetipp

„Der Juristische Notfallkoffer“[®] – Verhalten nach einem Zwischenfall –

In der Broschüre finden Sie praxiserprobte Hinweise (inkl. Checkliste), wie Sie sich im Konfliktfall mit dem Patienten verhalten sollten, um forensischen Auseinandersetzungen vorzubeugen bzw. Prozesse sinnvoll zu begleiten.

Die komplette Broschüre ist auf der BDA-Homepage abrufbar:
www.bda.de => Service & Recht => Rechtsfragen => Juristischer Notfallkoffer

- 2 Nähere Informationen: Weis E: Regressprozess gegen Gutachter – LG Ulm, Urteil vom 03.11.2003, BDAktuell JUS-Letter Juni 2004, Anästh Intensivmed 2004;45:601-604
- 3 Weis E: Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, BDAktuell JUS-Letter Juni 2004, Anästh Intensivmed 2004;45:601-604
- 4 Weis E: Patientenrechtegesetz: Gesetzliche Änderungen außerhalb des BGB, BDAktuell JUS-Letter Dez. 2013, Anästh Intensivmed 2013;54:657-660
- 5 Versicherungskonditionen und Prämien: www.bda.de => Service & Recht => Versicherungsservice; kostenlose Angebotserstellung: o.zoellner@funkgruppe.de
- 6 Konditionen: Weis E: Berufsrechtsschutzversicherung für BDA-Mitglieder, Anästh Intensivmed 2014;55:621-623
www.bda.de=>Service & Recht=>Versicherungsservice=>Rechtsschutzversicherung=>BDA Gruppenrechtsschutz