

RECHTSPRECHUNG

<https://doi.org/10.1007/s00350-021-5791-4>

Einziehungsanordnung bei Abrechnung unterdosierter Arzneimittelzubereitungen

AMG § 95 Abs. 3; StGB §§ 73 Abs. 1, 73c, 263

Durch die Tat erlangt i. S. d. § 73 Abs. 1 StGB ist ein Vermögenswert, wenn er dem Täter unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes in irgendeiner Phase des Tatablaufs derart zugeflossen ist, dass er der faktischen Verfügungsgewalt des Täters unterliegt. (Leitsatz des Bearbeiters)

BGH, Beschl. v. 10. 6. 2020 – 4 StR 503/19 (LG Essen)

Problemstellung: Mit dem hier auszugsweise (insb. ohne die Ausführungen zum Verfahrensrecht) abgedruckten Beschl. hat der 4. Strafsenat des BGH die Revision des Angeklagten gegen ein Urte. des LG Essen im Wesentlichen verworfen. In dem zugrundeliegenden Verfahren hatte das LG einen Apotheker und Betreiber einer Apotheke, die patientenindividuelle Arzneimittelzubereitungen für die Krebstherapie herstellte und an onkologische Arztpraxen und Krankenhäuser lieferte, wegen Verstoßes gegen das AMG und wegen Betruges verurteilt. Nach den tatrichterlichen Feststellungen des LG hatte er Arzneimittelzubereitungen hergestellt (bzw. durch seine Mitarbeiter herstellen lassen), die nicht die ärztlich verschriebene Wirkstoffmenge enthielten. Die unterdosierten Arzneimittelzubereitungen wurden – nach dem Urteil des LG – in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle nachfolgend auch in den Verkehr gebracht und gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen und den öffentlich-rechtlichen Kostenträgern abgerechnet. In der im revisionsrechtlichen Beschlussverfahren ergangenen Entscheidung setzt sich der BGH mit der strafrechtlichen Würdigung des festgestellten Sachverhalts nicht im Einzelnen auseinander, sondern beschränkt sich auf die Aussage, die sachlich-rechtliche Nachprüfung des angefochtenen Urte. des LG habe keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. Korrigiert hat das Revisionsgericht jedoch den Einziehungsanspruch.

Jürgen Pauly

Zum Sachverhalt: Das LG hat den Angeklagten wegen vorsätzlichen Verstoßes gegen das AMG in 14.537 tateinheitlich zusammenfassenden Fällen, davon in 14.498 Fällen durch das Herstellen und Inverkehrbringen von Arzneimitteln, die durch Abweichung von den anerkannten pharmazeutischen Regeln in ihrer Qualität nicht unerheblich gemindert und gefälscht waren, und in 39 Fällen durch das Herstellen solcher Arzneimittel, wegen vorsätzlichen Verstoßes gegen das Arzneimittelgesetz in 27 weiteren Fällen durch das Herstellen solcher Arzneimittel und wegen Betrugs in 59 Fällen, davon in einem Fall als Versuch, unter Freispruch im Übrigen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 12 Jahren verurteilt. Außerdem hat es ein lebenslanges Berufsverbot und die „Einziehung eines Wertersatzbetrages“ in Höhe von 17 Mio. Euro angeordnet. Die hiergegen gerichtete und mit der Verletzung formellen und materiellen Rechts begründete Revision des Angeklagten hatte nur in Bezug auf die Einziehungsentscheidung teilweise Erfolg.

Aus den Gründen: [...]

[5] 2. Die sachlich-rechtliche Nachprüfung des angefochtenen Urteils hat – mit Ausnahme der Einziehungsentscheidung – keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben.

[6] a) Der Strafausspruch ist nicht zu beanstanden. Soweit die Strafkammer für die 14.537 tateinheitlichen Verstöße gegen das Arzneimittelgesetz auch von dem Regelbeispiel des Vermögensvorteils großen Ausmaßes gemäß § 95 Abs. 3 S. 2 Nr. 1c AMG ausgegangen ist, begegnet dies zwar rechtlichen Bedenken, weil das LG ein alle Einzeltaten umfassendes uneigentliches Organisationsdelikt nur zugunsten des Angeklagten angenommen hat und es nicht ersichtlich ist, dass hinsichtlich der Einzeltaten die Wertgrenze des großen Ausmaßes erreicht wird. Der Strafausspruch wird hierdurch aber nicht berührt. Denn die Strafkammer hat rechtsfehlerfrei das Regelbeispiel der Gewerbmäßigkeit nach § 95 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 AMG bejaht und bei der konkreten Strafzumessung das angemessene Vorliegen zweier Regelbeispiele nicht strafschärfend berücksichtigt.

[7] b) Dagegen kann die Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen keinen Bestand haben, soweit diese einen Betrag von 13.605.408 Euro übersteigt.

[8] Nach § 73 Abs. 1 StGB unterliegen Vermögensgegenstände, die der Täter durch oder für eine rechtswidrige Tat erlangt hat, der Einziehung. Durch die Tat erlangt i. S. d. § 73 Abs. 1 StGB ist ein Vermögenswert, wenn er dem Täter unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes in irgendeiner Phase des Tatablaufs derart zugeflossen ist, dass er der faktischen Verfügungsgewalt des Täters unterliegt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urte. v. 27. 9. 2018 – 4 StR 78/18 –, wistra 2019, 96; v. 7. 3. 2019 – 5 StR 569/18 –, NStZ 2019, 272). Entgegen der Ansicht des LG sind die vom Angeklagten vereinnahmten Gelder dem Angeklagten nicht aufgrund der Verstöße gegen das Arzneimittelgesetz, sondern erst in Folge der betrügerischen Abrechnungen der unterdosierten Arzneimittelzubereitungen zugeflossen und damit i. S. d. § 73 Abs. 1 StGB durch die Betrugstaten erlangt worden. Da nur die zum Nachteil der gesetzlichen Krankenkassen und sonstiger öffentlich-rechtlicher Kostenträger erfolgten betrügerischen Abrechnungen Gegenstand der Verurteilung sind, kommt eine Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen lediglich in Höhe der insoweit erlangten Gelder – nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen 13.605.408 Euro – in Betracht (vgl. BGH, Beschl. v. 8. 11. 2018 – 4 StR 297/18 –, NStZ 2019, 271; v. 7. 4. 2016 – 1 StR 632/15 –, BGHR StGB § 73d Anwendungsbereich 4).

[9] Da die Regelungen der § 73 Abs. 1, § 73c StGB die Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen als zwingende Rechtsfolge vorsehen, kann der Senat auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO selbst in der Sache entscheiden (vgl. BGH, Urte. v. 27. 9. 2018 – 4 StR 78/18 –, a. a. O.) und die Einziehungsanordnung entsprechend ändern.

[...]

<https://doi.org/10.1007/s00350-021-5792-3>

Abrechnung von privatärztlich erbrachten MRT-Untersuchungen durch einen Facharzt oder Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie

HKaG (Bay.) Art. 34, 35; BGB § 134; GOÄ §§ 1 Abs. 2, 4 Abs. 2; Weiterbildungsordnung für die Ärzte Bay. v. 24. 4. 2004 § 2 Abs. 2

1. Der Inhalt der Gebietsdefinition allein bestimmt die Grenzen für die Ausübung der fachärztlichen Tä-

Eingesandt von Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Martin Stellpflug, Berlin; bearbeitet von Rechtsanwalt Jürgen Pauly, Fachanwalt für Strafrecht, HammPartner Rechtsanwälte PartG mbB, Wolfsgangstraße 92, 60322 Frankfurt am Main, Deutschland

Eingesandt und bearbeitet von Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Peter Wigge, Fachanwalt für Medizinrecht, Honorarprofessor an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, Rechtsanwältin Wigge, Scharnhorststraße 40, 48151 Münster, Deutschland

tigkeit. Die Weiterbildungsinhalte sind für die Bestimmung der Gebietsgrenzen nicht heranzuziehen.

2. Aus dem Begriff der „Erkennung“ in der Gebietsdefinition für die Chirurgie in der WBO 2004 resultiert für einen Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie keine Beschränkung auf bestimmte Methoden und Verfahren, die er als gebietskonforme Leistungen erbringen kann.

3. Die Durchführung von Leistungen der Magnetresonanztomographie stellt sich für einen Facharzt für Orthopädie, Chirurgie und Unfallchirurgie als gebietskonform dar.

4. Die Absolvierung der Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie -fachgebunden-“ hat keine Auswirkungen auf die Gebietskonformität von Leistungen der Magnetresonanztomographie, die von einem Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie erbracht werden.

5. Die fachliche Befähigung ist von der Frage der Gebietskonformität zu trennen. Eine hinreichende fachliche Befähigung für die Durchführung von Leistungen der Magnetresonanztomographie kann auch auf andere Weise als durch die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie -fachgebunden-“ erworben werden.

OLG Nürnberg, Urt. v. 9. 1. 2020 – 5 U 634/18 (LG Regensburg)

Problemstellung: Mit Urt. v. 9. 1. 2020 (Az.: 5 U 634/18) hat das OLG Nürnberg entschieden, dass ein Facharzt für Orthopädie, Chirurgie und Unfallchirurgie berechtigt ist, Leistungen für Magnetresonanztomographie (MRT) zu erbringen und gegenüber Privatpatienten abzurechnen. In dem Berufungsverfahren gegen ein Urt. des LG Regensburg v. 27. 2. 2018 (Az.: 4 O 2233/16) klagte eine private Krankenversicherung aus übergegangenem Recht von bei ihr privat versicherten Patienten gegen einen Facharzt für Orthopädie, Chirurgie und Unfallchirurgie auf Rückzahlung von Arthonorar nach der GOÄ für die Erbringung von MRT-Leistungen, die in den Jahren zwischen 2001 und 2016 von ihm erbracht worden waren. Der beklagte Facharzt hatte im Februar 2001 die Weiterbildung zum Facharzt für Orthopädie, im September 2002 die zum Facharzt für Chirurgie und im November 2004 die zum Facharzt für Unfallchirurgie erfolgreich abgeschlossen. Die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie -fachgebunden-“ hat der Arzt nicht erworben. Gegen das Urt. des OLG Nürnberg hat die Kl. Revision beim BGH eingelegt, die dort anhängig ist (Az.: III ZR 79/20).

In dem Urt. v. 9. 1. 2020 folgt das OLG Nürnberg in den zentralen Aussagen den Ausführungen des von dem Gericht als Sachverständigen geladenen Geschäftsführers der Bay. Landesärztekammer. Es kommt einerseits zu dem Ergebnis, dass in § 2 Abs. 2 der WBO für die Ärzte Bay. v. 24. 4. 2004 (WBO 2004) mit völliger Eindeutigkeit festgelegt worden sei, dass die Grenzen für die Ausübung der fachärztlichen Tätigkeit durch die Gebietsdefinition und nicht auch durch die Weiterbildungsinhalte bestimmt werden. Da die Gebietsdefinition für das Gebiet Chirurgie so gefasst sei, dass die Erkennung von chirurgischen Erkrankungen, Verletzungen und Verletzungsfolgen der Gefäße, der inneren Organe einschließlich des Herzens, der Stütz- und Bewegungsorgane etc. erfasst werde, jedoch keine Bestimmung getroffen werde, mit welchen diagnostischen Methoden die ‚Erkennung‘ der Erkrankungen, Verletzungen und Verletzungsfolgen erfolgen kann, gebe es insoweit keine Beschränkung durch die Gebietsdefinition. Folgerichtig sei daher die MRT für den Orthopäden und den Chirurgen im Rahmen der Erkennung der in der Gebiets-

definition aufgeführten Erkrankungen gebietskonform. Zudem stellt das OLG fest, dass ein Arzt, der nicht die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie -fachgebunden-“ erworben hat, MRT-Leistungen selbst dann erbringen darf, wenn er eine – nicht formalisierte – Ausbildung erworben hat, die allerdings nicht näher geprüft worden ist.

Peter Wigge

Zum Sachverhalt: 1. Die Kl. fordert aus übergegangenem Recht bei ihr privat Krankenversicherter Arthonorar zurück, das ihre Versicherungsnehmer an den Bekl. in den Jahren 2011 bis 2016 für die Vornahme von Untersuchungen mittels eines Magnetresonanztomografen gezahlt haben. Der Bekl. ist Arzt und führt mehrere Facharztbezeichnungen. Seit Februar 2001 ist er Facharzt für Orthopädie, seit September 2002 Facharzt für Chirurgie und seit November 2004 Facharzt für Unfallchirurgie. Er hat mit der [...] Krankenhaus GmbH in [...] einen Kooperationsvertrag über die Mitbenutzung medizinisch-technischer Großgeräte geschlossen, aufgrund dessen er MRT-Geräte an zwei Standorten in Regensburg mitnutzen darf. Streitgegenständlich sind 48 Honorarabrechnungen des Bekl., die sich auf Untersuchungen mittels dieser Geräte beziehen (abgerechnet nach den GOÄ-Nr. 5705, 5731 und 5732), die Summe dieser Abrechnungen beträgt 19.193,85 €. Die Kl. hat ihren Versicherungsnehmern die diesen entstandenen Kosten in voller Höhe erstattet und macht nun geltend, ihre Versicherungsnehmer hätten die entsprechenden Beträge ohne Rechtsgrund an den Bekl. gezahlt, weil die Behandlungsverträge wegen Verstoßes gegen Art. 34 des bay. HKaG i. V. mit § 134 BGB nichtig seien. Es handele sich um fachgebietsfremde Leistungen, damit um solche, die nicht nach den Regeln der ärztlichen Kunst für eine medizinisch notwendige ärztliche Versorgung erforderlich gewesen seien, mithin liege auch ein Verstoß gegen § 1 Abs. 2 GOÄ vor. Die Leistungen seien daher für den Bekl. nicht abrechenbar gewesen. Es habe auch an der persönlichen Leistungserbringung durch den Bekl. gefehlt, weil er die erforderliche Qualifikation für die Durchführung von MRT-Untersuchungen nicht besitze.

Der Bekl. ist der Klage entgegengetreten und hat die Auffassung vertreten, MRT-Untersuchungen durch Orthopäden könnten nicht oder jedenfalls nicht mehr als fachfremd eingestuft werden. Die Bay. Landesärztekammer habe ausdrücklich bestätigt, dass ein Orthopäde in den Grenzen seines Gebietes die Magnetresonanztomografie anwenden dürfe.

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens sowie der vor dem LG gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des Ersturt. verwiesen.

Das LG hat die Klage mit Endurt. v. 27. 2. 2018 abgewiesen. MRT-Leistungen seien für den Bekl. als Facharzt für Orthopädie, Chirurgie und Unfallchirurgie nicht fachfremd.

[...]

Aus den Gründen: Die Berufung der Kl. ist zulässig. In der Sache bleibt sie ohne Erfolg.

1) Das LG hat seine klageabweisende Entscheidung damit begründet, dass die streitgegenständlichen MRT-Untersuchungen für den Bekl. nicht fachfremd gewesen seien, von ihm auch persönlich erbracht worden seien und damit zu Recht abgerechnet worden seien, so dass die Zahlungen der Versicherungsnehmer der Kl. mit Rechtsgrund erfolgt seien.

2) Der Senat schließt sich der Auffassung des LG an.

a) Nach Art. 34 Abs. 1 des bay. HKaG darf, wer eine Gebietsbezeichnung (i. S. d. Art. 27 HKaG) führt, grundsätzlich nur in dem betreffenden Gebiet tätig sein. Der Bekl. hatte und hat seine ärztliche Tätigkeit somit „grundsätzlich“ auf die Gebiete der Orthopädie, Chirurgie und Unfallchirurgie zu beschränken. Da er die Bezeichnung eines Facharztes für Radiologie nicht führt, hat er sich einer Tätigkeit auf dem Gebiet des Radiologen „grundsätzlich“ zu enthalten. In der Rechtsprechung wird vertreten, dass ein Verstoß gegen die Beschränkung der ärztlichen Tätigkeit auf das jeweilige Fachgebiet, die in den Heilberufe-Kammergesetzen der Länder jeweils enthalten ist, einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot bedeute mit der Folge, dass der über

eine solche ärztliche Leistung geschlossene Behandlungsvertrag nichtig sei, so dass dem Arzt ein Gebührenanspruch nicht zustehe (so etwa LG Mannheim, Urt. v. 17. 11. 2006, NJW-RR 2007, 1426). Ein anderer Begründungsansatz für dasselbe Ergebnis stützt sich auf die Regelung des § 1 Abs. 2 S. 1 GOÄ, wonach der Arzt Vergütungen nur für Leistungen berechnen darf, die nach den Regeln der ärztlichen Kunst für eine medizinisch notwendige ärztliche Versorgung erforderlich sind. Leistungen, die ein Arzt unter Überschreitung der Grenzen seines jeweiligen Fachgebietes erbringe, entsprächen nicht den Regeln der ärztlichen Kunst, seien damit nicht abrechenbar, so dass eine Zahlung des Patienten ohne rechtlichen Grund erfolge (dieser Ansatz liegt dem Urt. des OLG Celle v. 22. 10. 2007, MedR 2008, 378, zugrunde). Beiden Begründungsansätzen kann entgegengehalten werden, dass das Verbot der Betätigung außerhalb des Fachgebietes bei verfassungsgemäßer Auslegung nur als allgemeine Richtlinie verstanden werden darf (BVerfGE 33, 125; BVerfG, MedR 2011, 572, 573f.), also fachgebietsfremde Tätigkeit erlaubt ist, sofern ihr Anteil an der gesamten ärztlichen Tätigkeit des betreffenden Facharztes nur „geringfügig“ ist, so dass ohne nähere Feststellungen hierzu der individuelle Behandlungsvertrag nicht als nichtig angesehen werden kann und sich überhaupt die Frage stellt, nach welchem Kriterium bei einer die Grenze der Geringfügigkeit überschreitenden fachgebietsfremden Tätigkeit festgestellt werden soll, ob der einzelne Behandlungsvertrag nichtig oder gültig ist.

b) Indessen kommt es hierauf nicht an. Jedenfalls nach der derzeit geltenden und auch zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Behandlungen bereits in Geltung befindlichen Weiterbildungsordnung für die Ärzte Bay. v. 24. 4. 2004 (WBO 2004), in Kraft seit 1. 8. 2004, kann die Durchführung von MRT-Untersuchungen durch den Bekl. nicht als fachfremd eingestuft werden.

aa) Inhalt und Umfang der Gebiete, auf die Art. 34 Abs. 1 HKaG Bezug nimmt, werden nach Art. 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 HKaG in einer Weiterbildungsordnung geregelt, die von der Landesärztekammer mit Genehmigung des Staatesministeriums erlassen wird (Art. 35 Abs. 1 HKaG). Nach § 2 Abs. 2 dieser WBO in der Fassung v. 24. 4. 2004 (insoweit in der Folgezeit nicht geändert) wird das „Gebiet“ als ein definierter Teil einer Fachrichtung der Medizin beschrieben. Die Gebietsdefinition bestimmt die Grenzen für die Ausübung der fachärztlichen Tätigkeit. Die in der Facharztkompetenz vorgeschriebenen Weiterbildungsinhalte beschränken nicht die Ausübung der fachärztlichen Tätigkeit im Gebiet (§ 2 Abs. 2 S. 1 bis 3 WBO 2004).

Unter der Geltung früherer Weiterbildungsordnungen ist diskutiert worden, ob die Grenzen für die Ausübung der fachärztlichen Tätigkeit allein durch die Gebietsdefinition bestimmt werden oder ob konkretisierend auf den in den Weiterbildungsordnungen jeweils beschriebenen Inhalt der Weiterbildung abzustellen ist, was zur Folge hätte, dass nur diejenigen ärztlichen Tätigkeiten, die jeweils als Inhalt der Weiterbildung beschrieben sind, innerhalb des betreffenden Gebietes ausgeübt werden dürften, jede andere Tätigkeit also als gebietsfremd angesehen werden müsste. Die letztgenannte Auffassung liegt insbesondere der bereits zitierten Entscheidung des OLG Celle v. 22. 10. 2007 zugrunde, die eine dem Streitfall vergleichbare Fallgestaltung betrifft. Gleicher Auffassung war das LG Mannheim in der bereits zitierten Entscheidung v. 17. 11. 2006, bei der es um die spiegelbildliche Gestaltung (Klage einer privatärztlichen Verrechnungsstelle gegen einen Patienten) ging. Auch das OLG Schleswig hat in einer Entscheidung v. 22. 9. 1998 (MedR 1998, 559) ausgeführt, dass Wortlaut und Systematik der (damals) in Schleswig-Holstein geltenden Bestimmungen des Heilberufe-Gesetzes und der Weiterbildungsordnung ein derartiges Verständnis der Gebietsabgrenzung nahelegten, allerdings hat das OLG Schleswig im Ergebnis

aufgrund einer verfassungskonformen Auslegung der betreffenden Bestimmungen MRT-Untersuchungen durch einen Facharzt für Orthopädie für nicht fachfremd gehalten. Die gegenteilige Auffassung hat u. a. das VG Münster, Urt. v. 10. 2. 1999 (MedR 1999, 284), vertreten.

Die vom OLG Schleswig eingeholten und in seinem Urt. referierten Stellungnahmen der Bundesärztekammer und der Landesärztekammern zeigten zum damaligen Zeitpunkt ein unterschiedliches Meinungsbild. Überwiegend wurde die Auffassung vertreten, dass zur Bestimmung der Gebietsgrenzen auf die Weiterbildungsinhalte abzustellen sei. Anderer Auffassung war u. a. die Bay. Landesärztekammer.

bb) Unter Zugrundelegung der Auffassung, dass zur Gebietsabgrenzung auch die Inhalte der Weiterbildung heranzuziehen sind, müsste auf der Grundlage der geltenden Weiterbildungsordnung die Durchführung von MRT-Untersuchungen durch den Bekl. als fachfremde Tätigkeit angesehen werden. Weiterbildungsinhalt für den Facharzt für Allgemeinchirurgie ist nämlich lediglich die Erhebung einer intraoperativen radiologischen Befundkontrolle unter Berücksichtigung des Strahlenschutzes. Derselbe Weiterbildungsinhalt findet sich auch beim Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie. Dagegen ist das Magnetresonanztomographie einschließlich Befundung Inhalt der Weiterbildung zum Facharzt für Radiologie. Generell ist allerdings Inhalt der Weiterbildung (fachgebietsunabhängig) nach § 4 Abs. 3 WBO 2004 auch die interdisziplinäre Indikationsstellung zur weiterführenden Diagnostik einschließlich der Differenzialindikation und Interpretation radiologischer Befunde im Zusammenhang mit gebietsbezogenen Fragestellungen. Radiologische Befunde sind auch solche, die mittels Magnetresonanztomografie erzielt werden. Streitgegenständlich ist aber nicht die Indikationsstellung zur Befunderhebung oder die Interpretation der erhobenen Befunde, sondern die Befunderhebung selbst. Diese wäre nach der geltenden Weiterbildungsordnung dem Facharzt für Radiologie vorbehalten, sofern nicht die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomografie –fachgebunden–“ durchlaufen worden ist, was jedem Facharzt offen steht. Diese Zusatz-Weiterbildung umfasst die Durchführung und Befundung gebietsbezogener Bildgebungsverfahren mittels Magnetresonanztomografie. Der Bekl. hat diese Zusatz-Bezeichnung nicht erworben.

cc) Die vorzitierten Gerichtsentscheidungen sind sämtlich auf der Grundlage der älteren Weiterbildungsordnungen ergangen; jedenfalls für Bay. können diese Entscheidungen nicht mehr ohne weiteres herangezogen werden. In der bereits zitierten Bestimmung des § 2 Abs. 2 der WBO 2004 – die in der früheren Weiterbildungsordnung keine Entsprechung hatte – ist mit völliger Eindeutigkeit festgelegt worden, dass die Grenzen für die Ausübung der fachärztlichen Tätigkeit durch die Gebietsdefinition – also nicht durch die Weiterbildungsinhalte – bestimmt werden und innerhalb des jeweiligen Gebietes nicht nur die Weiterbildungsinhalte für die Ausübung der fachärztlichen Tätigkeit maßgebend sind. Die Gebietsdefinition für das Gebiet Chirurgie – und damit auch für den Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie nach der neuen Weiterbildungsordnung – ist so gefasst, dass die Erkennung von chirurgischen Erkrankungen, Verletzungen und Verletzungsfolgen der Gefäße, der inneren Organe einschließlich des Herzens, der Stütz- und Bewegungsorgane etc. erfasst wird. Eine Bestimmung, mit welchen diagnostischen Methoden die „Erkennung“ der Erkrankungen, Verletzungen und Verletzungsfolgen erfolgen kann, ist nicht getroffen; es gibt insoweit also keine Beschränkung durch die Gebietsdefinition. Folgerichtig ist in der vom LG eingeholten Stellungnahme der Bay. Landesärztekammer v. 10. 10. 2017 ausgeführt, die Magnetresonanztomografie sei für den Orthopäden und den Chirurgen im Rahmen der Erkennung

der in der Gebietsdefinition aufgeführten Erkrankungen gebietskonform. Dass die Anwendung der Magnetresonanztomografie nicht Inhalt der Weiterbildung zum Orthopäden, Chirurgen oder Unfallchirurgen ist – und nach der früher geltenden Weiterbildungsordnung wohl auch nicht war, s.u., beschränkt wiederum die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit innerhalb des Gebietes nicht, wie sich klar aus § 2 Abs. 2 S. 3 WBO 2004 ergibt. Die innerhalb eines Gebietes berufrechtlich erlaubten Tätigkeiten gehen also über die Summe der Weiterbildungsinhalte hinaus, wie dies der vom Senat ergänzend angehörte Sachverständige Dr. [...] treffend formuliert hat. Würde man verlangen, dass – berufsrechtlich – die Anwendung der MRT-Technik durch einen Orthopäden (oder Unfallchirurgen etc.) das Durchlaufen der Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomografie -fachgebunden-“ erforderte, ergäbe sich ein Widerspruch zu § 2 Abs. 4 S. 3 WBO 2004, wonach die Gebietsgrenzen durch eine Zusatz-Weiterbildung nicht erweitert werden. Wäre also die Anwendung der Magnetresonanztomografie durch einen Orthopäden nicht gebietskonform, bliebe sie dies auch nach erfolgreichem Durchlaufen der genannten Zusatz-Weiterbildung. Das Ergebnis wäre offensichtlich unsinnig. Der Orthopäde (Unfallchirurg etc.) dürfte trotz einschlägiger Zusatz-Weiterbildung die Magnetresonanztomografie nicht anwenden, weil sie für ihn nach wie vor gebietsfremd wäre.

Der Versuch, diesen Widerspruch – auf dem Boden der Auffassung, für die Gebietsbegrenzung seien auch die Inhalte der Weiterbildung heranzuziehen – dadurch aufzulösen, dass § 2 Abs. 4 S. 3 WBO für unanwendbar erklärt wird, wenn es um die Erbringung radiologischer Leistungen geht (so Kiesecker, MedR 2008, 95 f.), überzeugt nicht.

Ob unter Geltung der früheren Weiterbildungsordnung der Auffassung der Bay. Landesärztekammer zur Gebietskonformität der Anwendung der MRT-Technik durch Orthopäden zu folgen wäre, ist nicht entscheidungserheblich. Die streitgegenständlichen Behandlungen sind sämtlich nach Inkrafttreten der neuen Weiterbildungsordnung vorgenommen worden. Nach dieser stellen sich die streitgegenständlichen MRT-Untersuchungen als für den Bekl. gebietskonform dar.

c) Eine von der Gebietskonformität zu trennende Frage ist diejenige nach der fachlichen Befähigung zur Durchführung von Magnetresonanztomografien. Die Bay. Landesärztekammer weist in ihrer bereits zitierten gutachterlichen Stellungnahme darauf hin, dass mit dem Erwerb der Facharztbezeichnung für die Gebiete Orthopädie und Chirurgie weder nach der früheren noch nach der jetzt geltenden Weiterbildungsordnung auch die Befähigung zur Durchführung der Magnetresonanztomografie nachgewiesen werde, da diese nicht Inhalt der Weiterbildung sei. Das ist nach der WBO 2004 unzweifelhaft richtig, dürfte aber auch für die früher geltende Weiterbildungsordnung, die noch den Facharzt für Orthopädie kannte, zutreffen. Zwar ist dort unter Nr. 27 („Orthopädie“) ausgeführt, dass zum Inhalt und zum Ziel der Weiterbildung zum Facharzt für Orthopädie u. a. eingehende Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten in der „diagnostischen Radiologie des Gebietes“ einschließlich des Strahlenschutzes gehörten. Der Begriff der „diagnostischen Radiologie“ ist an dieser Stelle nicht definiert, jedoch enthält die Gebietsdefinition der „diagnostischen Radiologie“ unter Nr. 6 der damaligen Weiterbildungsordnung auch die Magnetresonanztomografie („kernphysikalische Verfahren“). Tatsächlich gemeint dürfte jedoch mit der „diagnostischen Radiologie“ unter Nr. 27 der Weiterbildungsordnung die (konventionelle) Röntgentechnik gewesen sein, andernfalls wäre nämlich nicht verständlich, dass im folgenden Spiegelstrich hinsichtlich der diagnostischen Verfahren der Computertomografie, der Magnetresonanztomografie, der Szintigrafie und der Angiografie nur die „Indikationsstel-

lung zu und Befundbewertung von“ aufgeführt sind, also nicht die Durchführung der Befunderhebung selbst: Somit dürfte, wie auch der Sachverständige Dr. [...] bei seiner Anhörung durch den Senat auf entsprechenden Vorhalt vermutet hat, hier ein redaktionelles Versehen vorliegen (und die vom Bekl. zitierte Entscheidung des LG München I v. 30. 8. 2000 in ihrer Begründung insoweit unrichtig sein).

Die erforderliche Fachkunde für die Durchführung von Magnetresonanztomografien kann aber nicht ausschließlich durch die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomografie -fachgebunden-“ erworben werden, die es bis zum Inkrafttreten der neuen Weiterbildungsordnung auch gar nicht gab. Darauf hat der Sachverständige Dr. [...] bei seiner Anhörung – nach Auffassung des Senats zutreffend – hingewiesen. Der Bekl. hat eingehend dargelegt, dass er durch verschiedene Lehrgänge zur Anwendung der Magnetresonanztomografie hinreichend qualifiziert sei. Somit kann der Senat nicht annehmen, dass die Liquidation der streitgegenständlichen Untersuchungen deshalb zu Unrecht erfolgt sei, weil der Bekl. diese Leistungen mangels hinreichender Fachkunde nicht den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechend erbracht habe (§ 1 Abs. 2 GOÄ).

Dass, wie in der Replik der Kl. betont, das bay. Weiterbildungsrecht im Bereich der Orthopädie nicht die Befähigung zur Durchführung von Magnetresonanztomografien umfasse, trifft somit zwar zu, ist aber unerheblich.

Die klägerseits zitierten Entscheidungen des BSG sind für den Streitfall nicht von Bedeutung, da das BSG sich lediglich mit der Frage befasst hat, ob die betreffenden Orthopäden, die im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung kernspintomografische Leistungen erbringen wollten, die Voraussetzungen der Qualitätssicherungsvereinbarung für Kernspintomografie (sog. Kernspin-Vereinbarung) erfüllten. Mit der Frage, ob eine derartige Tätigkeit berufsrechtlich zulässig wäre, hat sich das BSG ausdrücklich nicht befasst (etwa Urte. v. 2. 4. 2014, – B 6 KA 24/13 R –, MedR 2015, 55).

Aus diesem Grund scheidet die Abrechnung der diagnostischen Leistungen durch den Bekl. auch nicht daran, dass er diese nicht „persönlich“ erbracht habe, weil er in seiner Person die erforderliche Qualifikation nicht verwirklichte.

3) Die umfangreiche Stellungnahme der Kl. v. 5. 2. 2020 gibt keine Veranlassung zu einer anderen Beurteilung oder auch nur zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

a) Soweit in dieser Stellungnahme auf die Entscheidung des BVerfG v. 16. 7. 2004 (MedR 2004, 608) hingewiesen wird, ist zunächst zu beachten, dass die zugrundeliegende Entscheidung des BSG v. 31. 1. 2001 (B 6 KA 24/00 R), veröffentlicht in MedR 2001, 535, sich wiederum mit den Anforderungen der Kernspintomografie-Vereinbarung befasst und nicht die Frage behandelt hatte, ob die Durchführung (und Abrechnung) von MRT-Untersuchungen für Orthopäden gebietsfremd ist. Wenn auch einige verkürzte Formulierungen in den Gründen dieser Entscheidung etwas anderes zu besagen scheinen, hat das BSG lediglich festgestellt, dass zum Fachgebiet der Orthopädie der Erwerb eingehender Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten in der Durchführung der Kernspintomografie nicht gehöre, weshalb der Erwerb der Facharztbezeichnung für das Gebiet der Orthopädie nicht die Befähigung zur Durchführung von Magnetresonanztomografien belege. Daran ist in der Tat nicht zu zweifeln, wie vorstehend bereits ausgeführt. Das BVerfG hatte deshalb keine Veranlassung, in seiner Entscheidung v. 16. 7. 2004 die Frage zu erörtern, ob unter berufsrechtlichem Gesichtspunkt die Durchführung von (fachgebundenen) Magnetresonanztomografien durch einen Orthopäden zulässig ist, und hat sich infolgedessen hierzu – ausdrücklich – nicht geäußert (Rdnr. 22 in der juris-Wiedergabe der Entscheidung).

b) Dass ein Arzt, der nicht Facharzt für Radiologie ist und auch nicht die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomografie -fachgebunden-“ erworben hat, unter

dem Gesichtspunkt der hinreichenden Qualifikation Magnetresonanztomografien nur dann selbst durchführen dürfen, wenn seine – nicht formalisierte – Ausbildung hierzu inhaltlich den Vorgaben der genannten Zusatz-Weiterbildung vollständig entspreche, ist eine bloße Behauptung der Kl., für die es ersichtlich keine Rechtsgrundlage gibt. Einen Maßstab, anhand dessen festgestellt werden könne, ob die Qualifikation eines Arztes, der nicht Facharzt für Radiologie ist, ausreicht, um ihn zur Abrechnung von magnetresonanztomografischen Diagnostik-Leistungen zu berechtigen, zeigt die Kl. nicht auf. Ihrem Antrag, diesbezüglich ein Sachverständigengutachten einzuholen, ist nicht zu folgen; eine solche Gutachterholung liefe darauf hinaus, der Kl. erst die Aufstellung schlüssiger Behauptungen zur (fehlenden) Qualifikation des Bekl. zu ermöglichen. Im Übrigen kann dem von der Kl. zitierten Schreiben der Landesärztekammer Hessen v. 27. 8. 2019 nicht die Aussage entnommen werden, die von der Kl. darin erblickt wird. Die Stellungnahme besagt – zweifellos zutreffend –, dass die Qualifikation zur Durchführung von MRT-Untersuchungen nicht automatisch im Rahmen der Facharzt-Weiterbildung erworben werde. Sie werde als nachgewiesen angesehen durch die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomografie –fachgebunden–“. All dies entspricht den obigen Ausführungen. Dass die Qualifikation zur Durchführung von MRT-Untersuchungen und damit die Berechtigung, solche Untersuchungen nach der GOÄ abzurechnen, ausschließlich durch die Absolvierung der erwähnten Zusatz-Weiterbildung erworben werden könne, besagt die Stellungnahme der Landesärztekammer Hessen dagegen nicht. Die Rechtsgrundlage einer solchen Auffassung wäre auch nicht zu erkennen.

Nach alledem ist die Berufung der Kl. mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. Die weiteren Nebenentscheidungen folgen aus §§ 708 Nr. 10, 709, 711 ZPO.

4. Der Senat lässt die Revision zu. Zwar weicht er, soweit erkennbar, nicht von Entscheidungen anderer Obergerichte oder des BGH ab. Die vorzitierte Entscheidung des OLG Celle beruht inhaltlich auf einer früheren Fassung der Weiterbildungsordnung für die Ärzte Niedersachsens, die nicht der neuen Fassung der Muster-Weiterbildungsordnung entspricht, der wiederum die bay. WBO 2004 folgt. Abweichende Entscheidungen bay. Gerichte sind dem Senat nicht mitgeteilt worden oder ihm sonst bekannt.

Die grundsätzliche Bedeutung einer Rechtsfrage – hier der Auslegung des § 2 der WBO 2004 hinsichtlich der für die Gebietskonformität fachärztlicher Tätigkeit maßgeblichen Kriterien – kann sich aber auch – über die Fälle der Divergenz hinaus – aus dem tatsächlichen oder rechtlichen Gewicht einer Frage für den Rechtsverkehr oder für einen bestimmten Berufsstand ergeben (BGH, NJW 2003, 3765). Das ist hier nach Auffassung des Senats der Fall.

<https://doi.org/10.1007/s00350-021-5793-2>

Anmerkung zu OLG Nürnberg, UrT. v. 9. 1. 2020 – 5 U 634/18 (LG Regensburg)

Peter Wigge

Die Frage, ob Fachärzte für Orthopädie (und Unfallchirurgie) sowie andere Organfächer Leistungen der Magnetresonanztomographie (nachfolgend: MRT) im privatärztlichen Bereich selbst durchführen und abrechnen dürfen,

war in der Vergangenheit bereits mehrfach Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen und Beiträgen in der Literatur¹. Weiterbildungsrechtlich ist seit der Muster-Weiterbildungsordnung des Deutschen Ärztetages 2003 (MWBO 2003) insofern eine neue Sachlage eingetreten, als diese für Fächer außerhalb der Radiologie, für die die MRT integraler Bestandteil des Faches ist, eine Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie –fachgebunden–“ eingeführt hat, die im Zuge der Umsetzung der MWBO 2003 in Landesrecht auch in den Landesärztekammern eingeführt worden ist. Parallel haben sowohl das BSG und das BVerfG in mehreren Entscheidungen festgestellt, dass der Ausschluss von der Abrechenbarkeit kernspintomographischer Leistungen in der vertragsärztlichen Versorgung sowohl für Fachärzte für Orthopädie, als auch für Kardiologen rechtlich zulässig ist². Diese Rechtsauffassung wurde durch BSG und BVerfG auch nach Einführung der Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie –fachgebunden–“ in der MWBO 2003 bestätigt, da die Inhalte der Facharztausbildung zum Orthopäden und Kardiologen von den Inhalten der Facharztausbildung zum Radiologen weiterhin grundlegend abweichen³.

Die Einführung der Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie –fachgebunden–“ in der MWBO 2003 der Bundesärztekammer und den Weiterbildungsordnungen der Landesärztekammern hat jedoch die Diskussion erneut darüber entfacht, ob die MRT nunmehr auch zum Gebiet anderer Facharztgruppen als der Radiologie gehört. Im Vorfeld der Entscheidung des OLG Nürnberg haben mehrere Landgerichte über die Abrechnungsfähigkeit von MRT-Leistungen durch Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie entschieden und die Auffassung vertreten, dass die Leistungen für diese Ärzte gebietskonform seien⁴. Auch die Vorinstanz des OLG Nürnberg, das LG Regensburg, war dieser Auffassung⁵. Diese Urteile sind in der Literatur auf unterschiedliche Resonanz gestoßen⁶.

I. Zur Gebietskonformität von MRT-Untersuchungen für Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie und zur Bestimmung der Gebietsgrenzen

Die zentrale Aussage des oberlandesgerichtlichen Urteils besteht darin, dass die Leistungen der Durchführung der MRT für einen Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie nicht fachgebietsfremd sind. Entscheidend ist nach Auffassung des OLG, dass vor dem Hintergrund der Regelung in § 2 Abs. 2 S. 2 der WBO für die Ärzte Bayerns vom 24. 4. 2004 (WBO 2004), neben der Definition des Gebietes die in der Weiterbildungsordnung niedergelegten Weiterbildungsinhalte zur Festlegung der Gebietsgrenzen nicht mehr herangezogen werden können. In § 2 Abs. 2 S. 2 WBO 2004 ist geregelt, dass die Gebietsdefinition die Grenzen der Ausübung der fachärztlichen Tätigkeit bestimmt.

Die ausschließliche Bestimmung der Fachgebietsgrenzen anhand der Inhalte der Gebietsdefinition ist jedoch rechtsfehlerhaft, obgleich der Wortlaut der Regelung in § 2 Abs. 2 S. 2 WBO 2004, der mit der MWBO 2003 identisch

Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Peter Wigge, Fachanwalt für Medizinrecht, Honorarprofessor an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, Rechtsanwälte Wigge, Scharnhorststraße 40, 48151 Münster, Deutschland

1) So etwa Schlesw.-Holst. OLG, MedR 1998, 559 ff.; OLG Celle, MedR 2008, 378 ff.; LG Mannheim, MedR 2008, 93 ff. m. Anm. Kiesecker; Cramer/Henkel, MedR 1998, 561 ff.; Peikert, MedR 2000, 123 ff.; Goecke/v. Hammerstein, NZS 2004, 231 ff.; Cramer/Henkel, MedR 2004, 593 ff.; Wigge, NZS 2005, 176, 179; Wigge, Kaiser, Fischer, Loose, MedR 2010, 700, 702.
2) BSG, MedR 2001, 535 ff.; BSG, GesR 2007, 209 ff.; BVerfG, MedR 2004, 608 ff.; BVerfG, MedR 2012, 181 ff.
3) BSG, MedR 2015, 55 ff.; BVerfG, MedR 2019, 134 ff.
4) LG Berlin, MedR 2020, 848 ff.; LG Darmstadt, UrT. v. 13. 5. 20 – 19 O 550/16 –; LG Landshut, UrT. v. 28. 3. 2019 – 72 O 3384/16.
5) LG Regensburg, UrT. v. 6. 2. 2018 – 4 O 2233/16 – (2).
6) Möller, Anm. zu LG Berlin, UrT. v. 16. 1. 2019 – 84 O 300/17 –, jurisPR-MedizinR 9/2020, Anm. 1; Simmler, MedR 2020, 850 ff.

ist, dies nahezulegen scheint. Der Regelungsgehalt des § 2 Abs. 2 S. 2 WBO 2004 beschränkt sich letztlich darauf, dass ein Arzt, der eine bestimmte Facharztbezeichnung führt, (lediglich) dazu angehalten ist, die Grenzen seines Gebietes zu wahren. Er ist aber nicht berufsrechtlich daran gehindert, auch außerhalb der seiner Facharztbezeichnung zugehörigen Weiterbildungsinhalte tätig zu werden, solange er hierbei die Gebietsgrenzen einhält⁷.

Diese Auslegung wird auch durch § 2 Abs. 2 S. 3 WBO 2004 getragen. Da dort ist geregelt, dass

„[d]ie in der Facharztkompetenz vorgeschriebenen Weiterbildungsinhalte [...] nicht die Ausübung der fachärztlichen Tätigkeit im Gebiet [beschränken]“,

deckt sich dies mit dem zuvor dargestellten Auslegungsansatz. Die Sätze 2 und 3 des § 2 Abs. 2 WBO 2004 bestimmen demnach ausschließlich, dass die Weiterbildungsinhalte der Facharztbezeichnungen *innerhalb eines Gebietes* die Ausübung der fachärztlichen Tätigkeit nicht beschränken. Es handelt sich bei den zu einer Facharztbezeichnung gehörenden Weiterbildungsinhalten, wie das OVG NRW in einem Urteil aus dem Jahr 2011 ebenfalls am Beispiel des Gebietes der Chirurgie richtig dargestellt hat, lediglich um „Teilmengen innerhalb des Gebietes der ‚Chirurgie‘ [...] so dass das Gebiet der ‚Chirurgie‘ diese vollumfänglich enthält.“⁸

Dagegen hat die Ziehung der Grenzen fachärztlicher Tätigkeit im Verhältnis zu *anderen Gebieten*, zu Schwerpunkt- und zu den Zusatz-Weiterbildungen nicht lediglich anhand der Gebietsdefinition, sondern mit der h. M. auch anhand der fachbezogenen Weiterbildungsinhalte, wie sie in der Weiterbildungsordnung vorgegeben und in den Weiterbildungsrichtlinien wiederum konkretisiert werden, zu erfolgen⁹.

Die Gebietskonformität entscheidet sich damit für den einzelnen Arzt konkret daran, ob die jeweilige Methode Gegenstand seiner fachärztlichen Weiterbildung gewesen ist, er demnach also die sog. Ausführungskompetenz erworben hat¹⁰. Dies unterstützt auch der Begriff der „Kompetenz“, wie er in § 2a Abs. 1 der WBO 2004 definiert wird¹¹. Auch wenn der Zusammenhang zwischen fachlicher Qualifikation und Gebietskonformität in der MWBO 2003 keine ausdrückliche Regelung erfahren hat, kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass dieser Zusammenhang keinen Bestand mehr haben sollte.

Auf die Gebiete nach Abschnitt B der WBO 2004 und deren Inhalte angewandt, führt diese Auslegung des OLG zu einer Auflösung der Gebietsgrenzen. Sie widerspricht daher den Anforderungen des Art. 34 Abs. 1 des bayerischen Heilberufe-Kammergesetzes (HKaG) und den vom BVerfG entwickelten Grundsätzen zur Abgrenzung der ärztlichen Fachgebiete¹².

II. Zur Gebietskonformität der Durchführung von MRT-Leistungen nach der WBO BLÄK 2004 aufgrund Merkmals der „Erkennung“ in der Gebietsdefinition für Chirurgie

Der Senat vertritt zudem die Auffassung, dass dem Begriff der „Erkennung“ in der Gebietsdefinition zu entnehmen sei, dass in den Inhalt des Gebietes alle Methoden eingeschlossen seien, die zu einer Diagnostizierung der gebietsbezogenen Erkrankungen zum Einsatz kommen können – somit auch die MRT. Insoweit sei in der Gebietsdefinition keine Beschränkung auf die für Fachärzte dieses Gebietes zulässigerweise zu praktizierenden Methoden und Verfahren angelegt.

Aus den Begriffen der „Erkennung“ oder des „Erkennens“ in der Gebietsdefinition lässt sich jedoch nicht ableiten, dass die Durchführung der MRT dem Gebiet der Chirurgie (WBO 2004, Abschnitt B – Gebiete, Facharzt- und Schwerpunktkompetenzen, Nr. 27) zugehörig ist. Konkre-

te Methoden und Verfahren, die Fachärzte dieses Gebietes erbringen können, sind in der Gebietsdefinition für die Chirurgie erkennbar nicht genannt. Der Begriff der „Erkennung“ allein ist ersichtlich zu unbestimmt, um überhaupt auf bestimmte Verfahren schließen zu können¹³. Das folgt insbesondere daraus, dass er den Definitionen in fast allen Gebieten der WBO 2004 Verwendung findet. Ausschließlich in der Gebietsdefinition der Radiologie (WBO 2004, Abschnitt B – Gebiete, Facharzt- und Schwerpunktkompetenzen, Nr. 29) werden dagegen auch die konkreten Methoden und Verfahren, die zum Gebietsinhalt gehören, aufgeführt („Erkennung von Krankheiten mit Hilfe ionisierender Strahlung, kernphysikalischer und sonographischer Verfahren“).

Der Umfang der gebietskonformen Leistungen für den einzelnen Facharzt ist daher nach den in der Weiterbildungsordnung niedergelegten, die Gebietsdefinition konkretisierenden Weiterbildungsinhalten zu bestimmen¹⁴. Ohne diese Konkretisierung ist der Begriff der „Erkennung“ dagegen nicht auslegungsfähig¹⁵. Der Senat gelangt selbst zu der richtigen Feststellung, dass die *Durchführung* von MRT-Leistungen *nicht* zu den Gegenständen der Weiterbildung eines Facharztes für Orthopädie und Unfallchirurgie gehört, versäumt es jedoch, hieraus die einzig richtige Schlussfolgerung zu ziehen, dass diese Leistungen nicht gebietskonform von einem Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie erbracht werden können¹⁶.

III. Zum Erfordernis des Nachweises der Zusatz-Weiterbildung

„Magnetresonanztomographie -fachgebunden-“

Der beklagte Facharzt für Orthopädie in dem Streitgegenständlichen Verfahren hatte zudem die Kompetenz zur Durchführung gebietsbezogener MRT-Leistungen durch Absolvieren der Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie -fachgebunden-“ nicht erworben. Auf den Erwerb dieser Zusatzbezeichnung kann, entgegen der Auffassung des Senats, jedoch grundsätzlich nicht verzichtet werden.

Der Senat misst der Vorschrift des § 2 Abs. 4 S. 3 WBO 2004 eine Bedeutung zu, die ihr ersichtlich nicht zukommt: Ihrer Aussage, dass eine Zusatz-Weiterbildung die Gebietsgrenzen nicht erweitert, kommt allein der Bedeutungsgehalt zu, dass mit der Einführung einer Zusatz-Weiterbildung in die Weiterbildungsordnung keine Erweiterung

7) Zu alledem Scholz, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, MWBO § 2, Rdnr. 5; kritisch Hübner, in: *Narr*, Ärztliches Berufsrecht, 18. Ergänzungslieferung, Stand: September 2007, Rdnr. W 72.

8) Vgl. zu den entsprechenden Regelungen der WBO der Ärztekammer Westfalen-Lippe v. 9. 4. 2005: OVG NRW, MedR 2011, 740, 741.

9) OLG Celle, a. a. O. (Fn. 1), 378; LG Mannheim, a. a. O., (Fn. 1), 95; vgl. Hübner, in: *Narr*, Ärztliches Berufsrecht, 18. Ergänzungslieferung, Stand: September 2007, Rdnr. W 71 f.

10) Hübner, in: *Narr*, Ärztliches Berufsrecht, 18. Ergänzungslieferung, Stand: September 2007, Rdnr. W 67; näher erläuternd auch Rdnr. W 72.

11) „Kompetenz stellt die Teilmenge der Inhalte eines Gebietes dar, die Gegenstand der Weiterbildung zum Erwerb von Kenntnissen, Erfahrungen und Fertigkeiten einer Facharzt-, Schwerpunkt- oder Zusatz-Weiterbildung sind und durch Prüfung nachgewiesen werden.“

12) Damit würde die vom BVerfG geforderte sachliche Abgrenzung der „Facharztbereiche vom fachlich-medizinischen Standpunkt aus“ faktisch aufgehoben, vgl. BVerfG, NJW 1972, 1504 ff. – Facharztbeschluss.

13) Hierzu vgl. Hübner, in: *Narr*, Ärztliches Berufsrecht, 18. Ergänzungslieferung, Stand: September 2007, Rdnr. W 72.

14) Vgl. BVerfG, MedR 2004, a. a. O. (Fn. 2), 609.

15) Vgl. Hübner, in: *Narr*, Ärztliches Berufsrecht, 18. Ergänzungslieferung, Stand: September 2007, Rdnr. W 72.

16) Ebenso OLG Celle, a. a. O. (Fn. 1), 379; LG Mannheim, a. a. O. (Fn. 1), 95.

der Gebietsgrenzen verbunden ist. Dies wird dadurch gestützt, dass die Weiterbildung zum Facharzt grundsätzlich die besondere, durch die Zusatz-Weiterbildung vermittelte Qualifikation, nicht fordert bzw. vermittelt¹⁷. Die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie -fachgebunden-“ verlangt für die Facharztkompetenz Orthopädie und Unfallchirurgie nach den Weiterbildungsinhalten neben der Absolvierung der erforderlichen Weiterbildungszeit von 24 Monaten die Durchführung von 1.000 gebietsbezogenen Magnetresonanztomographien (Richtzahl nach Nr. 20 der Richtlinien über den Inhalt der Weiterbildung der Weiterbildungsordnung für die Ärzte Bayerns vom 24.4.2004) bei einem qualifizierten Weiterbilder für Radiologie (WBO 2004, Abschnitt C – Zusatz-Weiterbildungen, Nr. 20). Die Zusatz-Weiterbildung beinhaltet nach § 2 Abs. 4 S. 1 WBO 2004 eine „Spezialisierung in Weiterbildungsinhalten (zusätzliche Kenntnisse und Fähigkeiten), die nach Maßgabe des Abschnittes C zusätzlich zu einer oder ohne eine Facharzt- und Schwerpunktweiterbildung erworben werden kann.“¹⁸ Sie wird gebietsbezogen erteilt und ist daher einer Beschränkung auf bestimmte, dem Gebiet zugeordnete Organe unterworfen¹⁹.

Dies ist Ausfluss des zuvor dargestellten Zusammenhangs zwischen dem tatsächlichen Erwerb von Kompetenzen im Rahmen der Weiterbildung (der sog. Ausführungskompetenz) und der Gebietskonformität von Leistungen. Neben der Indikation und Interpretation radiologischer Befunde gehört in der WBO 2004 die Durchführung radiologischer Untersuchungen ausschließlich zu den Weiterbildungsinhalten des Gebietes der Radiologie. Die Durchführung von MRT- oder Röntgenuntersuchungen tritt jedoch für denjenigen Facharzt, der die entsprechende Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie -fachgebunden-“ oder auch die Zusatz-Weiterbildung „Röntgendiagnostik-fachgebunden“ absolviert hat, als gebietskonforme Leistung hinzu. Dieser Arzt darf die Leistungen also – unter Beschränkung auf die seinem Gebiet zugeordneten Organe – erbringen, „ohne dass er gegen das Verbot gebietsfremder Tätigkeit verstößt.“²⁰

IV. Möglichkeit des Erwerbes einer hinreichenden fachlichen Qualifikation auf andere Weise nach der WBO 2004

Die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie -fachgebunden-“, die erst mit der MWBO 2003 Eingang in die Weiterbildungsordnungen gefunden hat, gab es zur Zeit der Weiterbildung des beklagten Facharztes für Orthopädie, wie der Senat diesbezüglich richtig feststellt, noch nicht.

Von der Möglichkeit den Erwerb der fachlichen Qualifikation für MRT-Leistungen durch die Aufnahme (förmlicher) Fortbildungen (gemäß Art. 18 des bayerischen Heilberufe-Kammergesetzes in der Fassung vom 12.7.2018)²¹ oder weiterer Fachkunden (gemäß Art. 35 HKaG) zu regeln²², hat die Bayerische Landesärztekammer in der WBO 2004 keinen Gebrauch gemacht; eine Relevanz der vom Bekl. angeführten „Lehrgänge“ vor dem Hintergrund dieser Vorschriften ist damit nicht denkbar. Der Senat hätte allerdings prüfen müssen, ob die von dem Beklagten vermeintlich absolvierten „Lehrgänge“, deren Absolvierung der Beklagte behauptete, jedenfalls den übergangsrechtlichen Satzungsbestimmungen entsprechen, die aus Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes ausdrücklich für derartige Fälle der Änderung maßgeblicher weiterbildungsrechtlicher Vorschriften nach Abschluss der Weiterbildung vorgesehen sind (§ 20 Abs. 1 WBO 2004, § 20 Abs. 2 MWBO 2003). Zu beachten ist aber, dass diese Übergangsbestimmungen Ausnahmeregelungen darstellen, die aus Gründen des Patientenschutzes restriktiv auszuliegen sind²³. Sie erlauben zwar ein Abweichen von den Modalitäten des Regelerwerbs der fachlichen Befähigung.

Eine negative Abweichung von dem Umfang der Befähigung, der im Regelerwerb vorgeschrieben ist, ist hingegen nicht zulässig²⁴. Eine solche Überprüfung hinsichtlich der zeitlichen Dauer, der Inhalte und der Anzahl der durchgeführten Untersuchungen in diesen „Lehrgängen“ hat der Senat jedoch anhand der Übergangsbestimmungen nicht vorgenommen. Er hätte daher eine „hinreichende“ Qualifikation des Bekl. zur Durchführung von MRT-Untersuchungen mangels Nachweises einer solchen somit nicht annehmen dürfen.

Die medizinischen Anforderungen an eine qualitätsgesicherte Durchführung von MRT-Leistungen sind jedoch komplex. Der klinische Erfolg der Methode beruht in erster Linie auf ihrer komplexen Technik, die einer kontinuierlichen Weiterentwicklung unterliegt und die die Basis für die diagnostischen Möglichkeiten, aber auch die Risiken der MRT bildet. So stellen MRT-Untersuchungen bereits bei der Durchführung eine besondere Herausforderung dar, weil das Protokoll und die Messparameter für viele Patienten individuell angepasst werden müssen. Diese hohe technische Kompetenz in der MRT ist wesentlicher Bestandteil der radiologischen Weiterbildung und ein Alleinstellungsmerkmal radiologischer Fachärzte. Die generelle Einschätzung, dass klinisches Spezialwissen in Bezug auf das untersuchte Organ, das nur in den entsprechenden klinischen Weiterbildungen vermittelt wird, für die Interpretation radiologischer Bilder zwingend erforderlich ist, ist falsch. Vielmehr zeichnet sich die Kompetenz des Radiologen dadurch aus, dass sowohl klinisches Fachwissen als auch methodische Expertise für bildgebende diagnostische Verfahren in den diagnostischen Prozess einfließen und auf vielen Gebieten der Medizin in hohem Maße zur schnellen und zielgenauen Diagnostik und Therapie der Patienten beitragen. Schließlich stellt gerade das breite fachliche Wissen des Radiologen die Basis für eine vollständige Befundung der Untersuchung dar, denn bei jeder MRT-Untersuchung werden auch andere Organe (Lunge, Mediastinum, Mamma, große Gefäße, Skelett/Wirbelsäule, Oberbauch) miterfasst, die dann auch mit beurteilt werden müssen.

Die umfassende Ausbildung zur Beurteilung aller Strukturen mittels MRT ist integraler Bestandteil der radiologischen Weiterbildung und ein weiteres Alleinstellungsmerkmal radiologischer Fachärzte. Das BVerfG geht daher in seinem Beschluss v. 2.5.2018²⁵ davon aus, dass aktuell die zu einer qualitätsgesicherten Durchführung der MRT erforderlichen umfassenden Kenntnisse nach der Facharzt-ausbildung, auch nach Einführung der Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie -fachgebunden-“, allein Fachärzte für Radiologie aufweisen.

V. Ergebnis

Die Feststellungen in dem Urteil des OLG Nürnberg widersprechen der durch die Rechtsprechung anerkannten

17) Vgl. BSG, a. a. O. (Fn. 3), 58 am Beispiel des Facharztes für Innere Medizin und Kardiologie.

18) Bereits diese Definition der Zusatz-Weiterbildung nach § 2 Abs. 4 S. 1 WBO 2004 belegt, dass es sich um Weiterbildungsinhalte handelt, die durch die Facharztweiterbildung nicht vermittelt werden.

19) BVerfG, a. a. O. (Fn. 3), 137.

20) Kiesecker, a. a. O. (Fn. 1), 96.

21) GVBl. S. 545.

22) Vgl. hierzu auch Hübner, in: Narr, Ärztliches Berufsrecht, 18. Ergänzungslieferung, Stand: September 2007, Rdnr. W 74.

23) Vgl. OVG Nds., MedR 2005, 299, 300; VGH Bad.-Württ., MedR 2005, 50, 51.

24) OVG Nds., a. a. O. (Fn. 23); VGH Bad.-Württ., a. a. O. (Fn. 23); vgl. auch Bay. VGH, Urt. v. 30.9.2002 – 21 B 99.3605 –, juris; VG Münster, Urt. v. 12.12.2008 – 10 K 747/08 –, juris; VG Köln, Urt. v. 18.2.2010 – 6 K 62/08 –, juris.

25) BVerfG (Fn. 3), 137.

Systematik und dem Zweck wesentlicher Vorschriften des ärztlichen Weiterbildungsrechts, insbesondere der WBO 2004 und dem bay. HKaG. Der Beklagte besaß keine fachliche Qualifikation zur Erbringung der streitgegenständlichen MRT-Untersuchungen und konnte diese auch nicht gebietskonform erbringen. Da er diese Leistungen regelhaft erbrachte, kann eine Gebietskonformität auch nicht ausnahmsweise daraus abgeleitet werden, dass eine die Gebietsgrenzen überschreitende Tätigkeit nach der Rechtsprechung des BVerfG in Ausnahmefällen als zulässig anzusehen ist²⁶.

Diese systematische Gebietsüberschreitung des Beklagten hatte zur Folge, dass die mit den Patienten geschlossenen Behandlungsverträge wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Gebot, die fachärztliche Tätigkeit auf das Fachgebiet zu beschränken (Art. 34 Abs. 1 HKaG), nichtig waren (§ 134 BGB). Auch der Vergütungsanspruch aus §§ 1 Abs. 2 S. 1, 4 Abs. 2 GOÄ steht dem Arzt nicht zu, wenn sich die erbrachte Leistung nach der aktuellen Weiterbildungsordnung nicht als gebietskonform darstellt²⁷. Ohne die Absolvierung der Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ kann ein Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie diese Leistungen nicht privatärztlich abrechnen²⁸.

26) BVerfG, MedR 2011, 572, 573f.

27) Vgl. *Klakow-Franck* (Hrsg.), GOÄ, 2019, § 4, Rdnr. 9; *Uleer, Miebach, Patt*, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 2000, § 4 GOÄ, S. 36, 39; Vorstand der Bundesärztekammer, DÄBl. 1996, A-2720; *Hellweg*, in: *Clausen/Makoski*, GOÄ/GOZ, 2019, § 4 GOÄ, Rdnr. 12.

28) LG Mannheim, a. a. O. (Fn. 1), 95; *Kiesecker*, MedR 2008, 96; *Cramer/Henkel*, MedR 2004, 596 m. w. N.; *Scholz*, in *Spickhoff*, Medizinrecht, 2018, MWBO Vorbem., Rdnr. 17; *Möller*, juris-PR-MedizinR 9/2020, Anm. 1; a. A. LG Berlin, a. a. O. (Fn. 4), 850.

<https://doi.org/10.1007/s00350-021-5794-1>

Werbeverbot für Fernbehandlung und Ausnahmetatbestand des § 9 S. 2 HWG

HWG § 9; UWG §§ 3, 3a

1. § 9 S. 1 HWG ist nicht dahingehend einschränkend auszulegen, dass das Werbeverbot für Fernbehandlungen akzessorisch die Unzulässigkeit der beworbenen Behandlung voraussetzen würde. Vielmehr kommt § 9 HWG ein eigener Regelungsgehalt zu, indem er nicht die Fernbehandlung an sich verbietet, sondern die Werbung hierfür.

2. Der Gesetzgeber hat auch mit der neuen Regelung des § 9 S. 2 HWG an der grundsätzlichen Wertung festgehalten, dass eine Werbung für Fernbehandlungen im Interesse der Vermeidung der mit einer solchen Werbung verbundenen Gefahren für die allgemeine Gesundheit im Allgemeinen untersagt (vgl. § 9 S. 1 HWG) und nur unter den in § 9 S. 2 HWG genannten Voraussetzungen nunmehr gesetzlich erlaubt ist.

3. Eine Werbung für ärztliche Fernbehandlungen in Form eines digitalen Arztbesuchs, wobei mittels einer App in Deutschland lebenden Patienten angeboten wird, über ihr Smartphone von Ärzten, die im Ausland sitzen, für nicht näher konkretisierte Behandlungsfäl-

le und -situationen Diagnosen, Therapieempfehlungen und Krankschreibungen zu erlangen, wird von dem Ausnahmetatbestand des § 9 S. 2 HWG, wonach vorausgesetzt wird, dass ein ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nach allgemein anerkannten Standards in den beworbenen Fällen nicht erforderlich ist, nicht gedeckt.

OLG München, Urt. v. 9. 7. 2020 – 6 U 5180/19 (LG München I)

Problemstellung: Mit fortschreitender Digitalisierung von ärztlichen Konsultationen nehmen auch die gerichtlichen Entscheidungen zur Werbung von Fernbehandlung zu. Nachdem das LG Hamburg kürzlich zu entscheiden hatte, ob ein Geschäftsmodell, bei dem Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im Wege von Fernbehandlung angeboten wurden, wettbewerbsrechtlich zulässig ist (MedR 2020, 391 m. Anm. *Hahn*, MedR 2020, 370), beschäftigt sich das vorliegende Urt. mit der ähnlich gelagerten Frage, ob eine Werbung für ärztliche Fernbehandlungen in Form eines digitalen Arztbesuchs, bei dem Patienten mittels einer App Ärzte konsultieren und von diesen Diagnosen, Therapieempfehlungen und/oder Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen einholen können, vom erst kürzlich neu eingeführten Ausnahmetatbestand des § 9 S. 2 HWG gedeckt ist.

Soweit ersichtlich ist das Urt. des OLG München die erste obergerichtliche Entscheidung, die sich mit der im Rahmen des Digitale-Versorgung-Gesetzes (DVG) geschaffenen Ausnahmetatbestands des § 9 S. 2 HWG beschäftigt. Nach der Vorentscheidung durch das LG München (MedR 2020, 334) wurde die Rechtsauffassung des OLG München in der Berufungsinstanz mit Spannung erwartet. Im Ergebnis kommt das OLG München – ebenso wie zuvor das LG München I – zu einer negativen Entscheidung und sieht in der Werbung für digitale bzw. telemedizinische Primärversorgungsmodelle einen Verstoß gegen das Verbot des § 9 S. 1 HWG, das auch nicht über die Ausnahmenvorschrift des § 9 S. 2 HWG erlaubt ist.

Julian Braun

Zum Sachverhalt: Der Kl. macht gegen die Bekl. wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Kostenerstattungsansprüche geltend.

Der Kl. ist ein eingetragener Verein zur Förderung gewerblicher Interessen, insbesondere zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs.

Die Bekl. bewarb über ihren Internetauftritt unter „o ...de“ in Deutschland Leistungen ihres Tochterunternehmens, der o. Krankenversicherung AG, darunter auch einen sogenannten digitalen Arztbesuch bei Schweizer Ärzten der e. AG.

Wegen dieser Werbung mahnte der Kl. die Bekl. mit Schreiben v. 15. 11. 2017 ab und forderte diese zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf, was die Bekl. ablehnte.

Das LG hat die Bekl. antragsgemäß verurteilt, es bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland für ärztliche Fernbehandlungen in Form eines digitalen Arztbesuchs zu werben, wobei mittels einer App in Deutschland lebenden Patienten, die bei der o. Krankenversicherung AG krankenversichert sind, angeboten wird, über ihr Smartphone von Ärzten, die im Ausland sitzen, Diagnosen, Therapieempfehlungen und Krankschreibungen zu erlangen, insbesondere wenn das geschieht wie nachfolgend eingeleitet und aus Anlage KR 1a ersichtlich:

[es folgen mehrseitige Screenshot-Ablichtungen].

Zur Begründung hat das Erstgericht, auf dessen tatsächlichen Feststellungen gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, folgendes ausgeführt:

Dem Kl. stehe der gegen die Bekl. mit Klageantrag Ziffer I geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus §§ 8 Abs. 1 und 3 Nr. 2, 3 Abs. 1, 3a UWG i. V. mit § 9 HWG (a. F.) zu.

Das vom Kl. beanstandete Verhalten der Bekl. sei nach der Kollisionsnorm des Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO nach deutschem Lauterkeits- und Heilmittelwerberecht zu beurteilen, weil der Marktort, d. h. der Ort der wettbewerblichen Interessenkollision, im Inland liege.