

Stellungnahme als Einzelsachverständiger zum Antrag der FDP-Fraktion

Patientensicherheit bei Alignerbehandlungen sicherstellen

BT-Drucksache 19/25668

anlässlich der Öffentlichen Anhörung vor dem Gesundheitsausschuss des
Deutschen Bundestages am 17.05.2021

Stephan Gierthmühlen

Geschäftsführer
Rechtsanwalt und Syndikus-
rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht

gs@bdk-online.org

030 – 27 49 48 43

Gliederung

1. Einführung	2
a. Ausgangssituation.....	2
b. Darstellung der Angebotstypen.....	2
c. Der typische Ablauf	3
d. Zu den Anbietern	4
2. Beeinträchtigungen der Patientensicherheit	5
a. Beeinflussung der Patientenentscheidung.....	5
i. Massiver Einsatz kommerzieller Werbung	5
ii. Ordnungsgemäße Aufklärung im typischen Behandlungsablauf nicht vorgesehen	6
b. Gesundheitsgefährdung durch unzureichende Diagnostik und Behandlungskontrollen	6
c. Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen der Patienten	7
i. Keine Anwendung der Gebührenordnung für Zahnärzte.....	7
ii. Unklare Haftungslage, Tragung des Insolvenzrisikos	8
3. Suffizienz der bestehenden Regelungen	8
a. Keine Überwachung der Anbieter durch Zahnärztekammern	9
b. Insuffiziente Überwachung durch Ordnungsbehörden.....	9
c. Fehlende (gesetzliche) Rezeption der Heilkunde-GmbH.....	10
4. Empfehlung	12

1. Einführung

a. Ausgangssituation

Die kieferorthopädische Behandlung mit durchsichtigen Zahnschienen (sog. Alignern) geht auf Konzepte zurück, die bereits Mitte des vergangenen Jahrhunderts entwickelt wurden. In den Neunzigerjahren des vergangenen Jahrhunderts entwickelte die Fa. Align Technology diese Technik unter Einsatz digitaler Planungs- und Fertigungstechniken weiter. Aligner stellen mittlerweile übliche Behandlungsgeräte in der kieferorthopädischen Praxis dar.

Seit dem Auslaufen von Patenten des bisherigen Marktführers Align Technology (Invisalign) entfalten verschiedene StartUp-Unternehmen seit Anfang des Jahres 2018 Tätigkeit im Bereich der Alignerbehandlung (z.B. DrSmile, PlusDental, SmileDirectClub uvm.).

b. Darstellung der Angebotstypen

Nach derzeitigem Stand lassen sich zunächst drei Gruppen von Behandlungsangeboten unterscheiden:

- Angebote zur ausschließlichen Fernbehandlung
- Vermittlungstätigkeit
- Angebot der Behandlung unter Einbindung von angestellten oder kooperierenden Zahnärztinnen und Zahnärzten

Bei den Angeboten ausschließlicher Fernbehandlung erfolgt keinerlei unmittelbarer Arzt-Patienten-Kontakt.

Bei den „Vermittlungsangeboten“ erfolgt der Abschluss des Behandlungsvertrages typischerweise nicht mit dem Anbieter selbst. Der Patient stellt sich vielmehr nach der Übermittlung von Kontaktdaten durch den Vermittler unmittelbar bei einem Zahnarzt vor, der die Behandlung durchführt. Bei diesen Modellen tritt in der Regel der Hersteller der Zahnschienen oder ein „Zwischenhändler“ als Vermittler auf, dessen Produkte im Rahmen der Behandlung genutzt werden. Der Behandlungsvertrag kommt unmittelbar zwischen Zahnarzt und Patient zustande. Da bei diesem Modell nur die Kontaktabahnung durch Dritte erfolgt, sind hier keine besonderen Beeinträchtigungen der Patientensicherheit zu besorgen, sodass dieses Modell im Folgenden nicht weiter behandelt werden soll.

Eine Untergruppe der Behandlungsvermittlung ist die Vermittlung innerhalb des Konzerns. Bei diesem Konzept, das nach hiesiger Kenntnis bei dem Anbieter DrSmile prak-

tiziert wird, erfolgen Werbung, Kontaktaufnahme und Patientenführung durch eine Gesellschaft im Konzern, die Durchführung der Behandlung erfolgt durch eine andere Konzerngesellschaft, die als Heilkunde-GmbH Zahnärztinnen und Zahnärzte beschäftigt. Beide Gesellschaften werden durch eine Muttergesellschaft beherrscht. Es handelt sich also im Ergebnis nicht um die Vermittlung einer Behandlung an einen freiberuflich tätigen Zahnarzt, sondern um die Erbringung mit (konzern)eigenem Personal.

Die Angebote, bei denen die Behandlung unter Einbindung von angestellten oder kooperierenden Zahnärztinnen und Zahnärzten erfolgt, wird der Behandlungsvertrag nicht mit einem Zahnarzt, sondern mit dem Anbieter selbst geschlossen.

Dabei sind folgende Fallgruppen identifizierbar:

- Leistungserbringung durch Kooperationspartner als Erfüllungsgehilfen
- Leistungserbringung mit eigenem Personal

Bei der Leistungserbringung mit eigenem Personal agieren die Anbieter als „Heilkunde-GmbH“ und erfüllen die Behandlungsverträge mit eigenem Personal. Dabei dürfen zahnärztliche Leistungen gem. § 18 ZHG nur durch Zahnärztinnen und Zahnärzte erbracht werden. Ob dies bei jedem Anbieter an jedem Standort gewährleistet ist, ist zweifelhaft, da an einigen Standorten einiger Anbieter den zuständigen Zahnärztinnen und Zahnärztekammern keine Zahnärztinnen oder Zahnärzte bekannt sind.

Bei der Einbindung von Kooperationspartnern gibt es wiederum verschiedene Modelle.

So gibt es Modelle, bei denen der „Partnerzahnarzt“ lediglich als Vermieter auftritt, selbst aber nicht in die Leistungserbringung eingebunden ist.

Bei anderen Modellen werden Zahnärztinnen und Zahnärzte als Erfüllungsgehilfen für klar definierte und vom Anbieter vorgegebene Leistungen beauftragt. Mitunter erfolgt nur die Durchführung eines Intraoralscans durch den Kooperationszahnarzt.

c. Der typische Ablauf

Allen Angeboten ist gemein, dass die Kunden mit einem erheblichen Werbeaufwand, insbesondere in Sozialen Medien, jedoch auch im TV, angesprochen und auf die Homepage der Unternehmen geleitet werden.

Bei den ausschließlichen Fernbehandlungsangeboten erfolgt die Behandlung typischerweise dergestalt, dass nach einem Online-Vortest, in dem allgemeine Informationen zur Zahnstellung und Vorerkrankungen eigenanamnestisch abgefragt werden, ein Abdruckset versandt wird. Der Patient stellt hiermit einen Zahnabdruck her und sendet die Abdrücke an den Anbieter zurück. Auf der Grundlage dieser Modelle wird ein Be-

handlungsplan erstellt. Nach Bestätigung des Plans durch den Patienten werden die Aligner hergestellt und per Post versendet. Behandlungskontrollen werden, wenn überhaupt, per App, Fotoübertragung oder (Video)telefonie durchgeführt.

Bei den übrigen Angeboten beginnt die Behandlung typischerweise mit einem – kostenlosen – Termin, bei dem ein Intraoralscan durchgeführt und über die Behandlung informiert wird. Dabei wurden die Intraoralscans teilweise durch Apothekenpersonal durchgeführt. Aktuell erfolgt die Durchführung von Intraoralscans bei einem Anbieter außerhalb einer geeigneten Einrichtung in einem sog. ScanMobil (einem umgebauten Transporter). Häufig finden sich Einrichtungen der Unternehmen in Bürogebäuden oder Office-Sharing-Einrichtungen.

Ob und in welchem Umfang dabei klinische Untersuchungen durchgeführt werden, ist nicht mit letzter Sicherheit feststellbar. Jedenfalls die hier bekannten Behandlungsdokumentationen enthalten jedoch in der Regel keine Anhaltspunkte auf eine umfassende klinische Untersuchung vor Behandlungsbeginn. Einlassungen von „Partnerzahnärzten“ stützen diesen Befund.

Auf der Grundlage der durch den Intraoralscan gewonnen digitalen Kiefermodelle wird sodann in der Regel wohl durch Zahntechniker ein Behandlungsplan (tatsächlich Behandlungsvorschlag) erstellt, der jedoch – so die Darstellung der Unternehmen – stets durch einen Zahnarzt freigegeben wird. Es handelt sich dabei aber nicht notwendigerweise um den Zahnarzt, der den Patienten ggf. im Ersttermin gesehen hat. Regelfall dürfte es vielmehr sein, dass der den Behandlungsplan freigebende Zahnarzt den Patienten nicht persönlich kennt.

Der Behandlungsplan wird dem Patienten sodann – in der Regel ohne erneuten Termin – online zur Bestätigung übermittelt.

Sodann erfolgt die Produktion der Schienen, die dem Patienten postalisch übersandt werden. Behandlungskontrollen erfolgen in aller Regel per App. Bei Problemen steht zunächst der Customer-Support des Anbieters zur Verfügung. Persönliche Behandlungskontrollen finden in der Regel nicht statt, lediglich bei Problemen besteht (teilweise) die Möglichkeit, persönliche Behandlungstermine wahrzunehmen.

d. Zu den Anbietern

Bei den Anbietern handelt es sich regelmäßig um gewerbliche Anbieter, die in der Rechtsform einer (oder mehrerer) GmbHs tätig werden. Die Konzernstrukturen sind teilweise sehr verschachtelt.

Auf der Ebene der Gesellschafter bzw. der wirtschaftlich berechtigten finden sich nur im Einzelfall Zahnärztinnen und Zahnärzte. In der Regel sind neben den Gründern ins-

besondere institutionelle Anleger oder Unternehmen mit eigenem Marktinteresse beteiligt. Dabei steht den Anbietern erhebliches – auch internationales – Wagniskapital zur Verfügung.

Exemplarisch seien dabei die Beteiligungsverhältnisse von drei großen Anbietern dargestellt (Stand 02/2021).

Muttergesellschaft der DrSmile-Gesellschaften (Urban Technology und DZK Deutsche Zahnklinik GmbH) ist die SmileCo. Gesellschafter dieser Gesellschaft sind die JCHoldCo zu 25,1% und die Straumann AG, ein Dentalunternehmen aus der Schweiz, zu 74,9%. Die Mehrheitsübernahme durch Straumann erfolgte im August 2020.

Die Sunshinesmile GmbH, die unter der Marke PlusDental auftritt, hat insgesamt 30 Gesellschafter. Die größten Anteile halten neben den Gründern der HV Holtzbrinck Ventures Fund VI SCS Luxembourg mit 17,66 %, der Lakestar III LP, Guernsey mit 14,19 % und der (Beteiligungsfond der PingAn-Versicherung, China) BC PA Voyager Company Limited, Cayman Islands mit 18,40 %. Nach Medienberichten erfolgte der Einstieg von PingAn durch ein Investment von € 32 Mio. PingAn betreibt in China mit der Plattform PingAn Good Doctors eine große Telemedizin-Plattform.

Der SmileDirectClub ist in Deutschland mit der SmileDirectClub DEU GmbH, Hamburg vertreten. Die Gesellschaft ist 100%ige Tochter der SDC Holding LLC, Nashville Tennessee.

2. Beeinträchtigungen der Patientensicherheit

Die derzeit am Markt wahrnehmbaren Angebote gewerblicher Anbieter von Alignerbehandlungen führen zu unterschiedlichen Beeinträchtigungen der Patientensicherheit.

a. Beeinflussung der Patientenentscheidung

i. Massiver Einsatz kommerzieller Werbung

Eine Beeinträchtigung der Patientensicherheit ist bereits dadurch gegeben, dass durch den Eintritt der „StartUps“ den potenziellen Kunden mit einem massiven kommerziellen Werbeeinsatz suggeriert wird, die angebotenen Behandlungen seien einfach, sicher und günstig, ohne auf die Gefahren von Zahnbewegungen aufmerksam zu machen. Kern der Werbebotschaften ist dabei stets die kosmetische Verbesserung und eine Verbesserung der allgemeinen Lebensqualität. Mag es auch richtig sein, dass eine höhere Lebensqualität eine mögliche Wirkung einer Zahnfehlstellungskorrektur ist, bleibt die Behandlung doch ein Eingriff in das stomathognathe System, bei dem es zu gravierenden Komplikationen kommen kann, die bis zum Zahnverlust reichen können.

Wird nun mit einem geschätzten Gesamt-Werbebudget im mittleren zweistelligen Millionenbereich diese Botschaft zielgruppengerecht übermittelt und dabei mit Rabatten, Gewinnspielen, kostenlosen Leistungen und Garantien sowie mit bewussten Preisvergleichen geworben, kommt es zu einem Marketingdruck, der Patienten dazu verleiten kann, sich für eine Behandlung zu entscheiden, ohne die Folgen und Risiken zu kennen.

Dies führt bei den angebotenen Behandlungen, die sich primär an der Ästhetik und nicht an der Funktion orientieren, zu erheblichen gesundheitlichen Gefahren.

Gerade unter diesem Gesichtspunkt gilt nach wie vor das berufsrechtliche Verbot einer berufswidrigen Werbung. Dies soll sicherstellen, dass „Verhaltensweisen entgegengewirkt werden, die den Eindruck vermitteln, der Arzt stelle die Erzielung von Gewinn über das Wohl seiner Patienten und deren ordnungsgemäße Behandlung. In diesem Sinne soll der Patient darauf vertrauen können, dass sich der Arzt nicht von kommerziellen Interessen leiten lässt. (BVerfG GuP 2011, 187). Diesem berufsrechtlichen Werbeverbot unterliegen die gewerblichen Anbieter jedoch nicht.

Hier realisiert sich in der Gemengelage von gewerblichem Unternehmertum im Gesundheitswesen ohne entsprechende Überwachung ein geradezu klassisches Risiko einer Kommerzialisierung der Medizin.

- ii. Ordnungsgemäße Aufklärung im typischen Behandlungsablauf nicht vorgesehen
Zu berücksichtigen ist weiter, dass der typische Behandlungsablauf eine ordnungsgemäße Aufklärung der Patienten nicht erlaubt. Zu dem Zeitpunkt, zu dem die Behandlung durch die Erstellung eines Behandlungsplans konkretisiert ist, ist in der Regel kein persönlicher Arzt-Patienten-Kontakt mehr vorgesehen. Die Risikoaufklärung erfolgt daher entweder nur allgemein oder nicht, wie von § 630c BGB gefordert im persönlichen Gespräch. Die gerade bei ausschließlich ästhetischen Behandlungen erforderliche schonungslose Aufklärung ist nicht gewährleistet.

Zwar kann der betroffene Patient Aufklärungsmängel in einem Haftungsprozess geltend machen, eine grundsätzliche Überwachung, die im Bereich des Berufsrechts durch die auch berufsrechtlich kodifizierte Aufklärungspflicht möglich ist, scheidet ebenfalls gegenüber gewerblichen Anbietern aus.

- b. Gesundheitsgefährdung durch unzureichende Diagnostik und Behandlungskontrollen

Wenn, wie in den hier bekannten Behandlungsfällen regelmäßig der Fall, auf eine standardgerechte Diagnostik und hinreichende persönliche Behandlungskontrollen verzichtet wird, entsteht eine unmittelbare Gefährdung der Patienten.

Die Deutsche Gesellschaft für Kieferorthopädie hat hierzu ausgeführt:

„Die Erstellung von Zahnabdrücken – konventionell oder per 3D-Scan – durch den Patienten mit anschließender Durchführung einer kieferorthopädischen Eigentherapie oder mit nur einmaligem persönlichem Kontakt zu einem Zahnarzt ohne geeignete Kontrolle und Dokumentation des Behandlungsverlaufes weist die DGKFO als medizinisch unverantwortlich und für den Patienten als potenziell gesundheitsgefährdend zurück.“

Treten Gesundheitsschäden ein, gilt auch hier, dass eine Geltendmachung durch den individuell betroffenen Patienten im Haftungsprozess möglich ist. Da aber auch hier die Unternehmen nicht dem berufsrechtlichen Gebot der gewissenhaften Berufsausübung unterliegen, ist eine grundsätzliche Überwachung problematisch.

c. Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen der Patienten

i. Keine Anwendung der Gebührenordnung für Zahnärzte

Eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen der Patienten ist zunächst dadurch zu besorgen, dass die Anbieter regelmäßig für sich in Anspruch nehmen, nicht den Regelungen der Gebührenordnung für Zahnärzte zu unterliegen.

Hierbei beziehen sich die Unternehmen auf eine in der Literatur vertretene Auffassung, die Gebührenordnungen seien nicht anwendbar, wenn der Behandlungsvertrag mit einer juristischen Person geschlossen werden (Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen § 1 GOÄ, Rn. 6; Spickhoff GOÄ § 1 Rn. 6) sowie Entscheidungen des BSG (Urteil v. 11.09.2012, B 1 KR 3/12 R, Rn 38 beck-online) sowie des BGH (Urteil v. 12.11.2009, III ZR 110/09), die sich mit der Abrechnung ärztlicher Leistungen im Rahmen einer stationären Behandlung befassen. Auch wenn die Frage in der Rechtsprechung umstritten ist (zustimmend z.B. LG Hamburg 17.06.2009, 319 O 57/09; ablehnend z.B. LG München I 19.12.2019, 17 HK O 11322/18) wurde teilweise durch Behörden und Gerichte auch in Bezug auf die unmittelbar zwischen den hiesigen Anbietern sowie den Patienten geschlossenen Verträge eine Anwendung der GOZ verneint. Wenn aber die Gebührenordnungen auf juristische Personen auch im Verhältnis zwischen Behandler und Patient keine Anwendung fänden, müsste dies auch für andere vertragsschließende Gesellschaften, insbesondere ärztliche und zahnärztliche Berufsausübungsgemeinschaften gelten. Dann aber würde sich der Anwendungsbereich auf Einzelpraxen beschränken. Den Zweck, einen Ausgleich zwischen den Behandelnden und den zur Zahlung verpflichteten zu gewährleisten, könnten die Gebührenordnungen dann nicht mehr erfüllen.

Wird die GOZ nicht in Anwendung gebracht, kann sie auch die dem Patientenschutz dienenden Transparenz- und Nachvollziehbarkeitsregelungen nicht mehr entfalten.

Nahezu alle gewerblichen Anbieter von Alignerbehandlungen bieten ihre Leistungen zu einem Festpreis an, der zwar vom Umfang der Zahnfehlstellung abhängt, nicht aber von den erbrachten Leistungen. Der Gewinn, den die Anbieter aus der Behandlung generie-

ren, hängt also maßgeblich davon ab, dass für diesen Festpreis möglichst wenig „Ressourcen“, also zahnärztliche Behandlungsdauer eingesetzt werden. Ein weiteres „klassisches Risiko“ einer Kommerzialisierung der Medizin.

ii. Unklare Haftungslage, Tragung des Insolvenzrisikos

Die wirtschaftlichen Interessen des Patienten sind weiter dadurch beeinträchtigt, dass bei einer Behandlung durch gewerbliche Anbieter häufig eine unklare Haftungslage bei fehlerhaften Behandlungen vorliegt und der Patient im Übrigen das – bei StartUps üblicherweise höhere – Insolvenzrisiko trägt.

Im Falle eines Behandlungsfehlers stellt sich für den Patienten zunächst die Frage nach dem richtigen Schuldner. Der Partnerzahnarzt verweist auf den Anbieter (Zitat eines Partnerzahnarztes: „Die Fallhöhe bei X ist halt auch extrem niedrig. X stellt alle Materialien, schult das Personal und haftet für die Behandlung.“), die Gesellschaft, die die Kundenkontakte führt und die Verträge schließt, behandelt nicht etc. Auch aus Delikt stellt sich dies nicht anders dar, da der Partnerzahnarzt in der Regel die Behandlung nicht plant und nicht im eigentlichen Sinne durchführt. Wer die Behandlung plant, wer sie verantwortet und begleitet, ist dem Patienten nicht bekannt.

Ein erhebliches Risiko entsteht für die Patienten darüber hinaus aus dem vergleichsweise hohen Insolvenzrisiko von StartUps. Die Ausstattung mit Wagniskapital macht bereits deutlich, dass das Scheitern einer Unternehmung gewagt, in Kauf genommen wird. Mag eine Kultur des Scheiterns in anderen Wirtschaftsbereichen innovationsfreundlich und wünschenswert sein, gilt dies im Bereich der ärztlichen und zahnärztlichen Behandlung nicht. Der Patient fällt in diesem Fall nicht nur mit etwaigen Geldforderungen aus, er verliert auch seinen Behandler.

Im Dezember des vergangenen Jahres meldete ein größeres StartUp, das Alignerbehandlungen angeboten hatte, Insolvenz an. Einschlägigen Internetforen war zu entnehmen, dass Patienten das Unternehmen von einem Tag auf den anderen nicht mehr erreichten. Teilweise waren dabei bereits Vorauszahlungen geleistet, ohne dass eine Gegenleistung erbracht worden war. Gravierender stellen sich aber die Fälle dar, in denen eine Behandlung bereits begonnen wurde und von einem Tag auf den anderen die Betreuung endet. Da mittlerweile einige Bewegung im „Markt“ ist, in den letzten Jahren haben mehrere wahrnehmbare Anbieter ihren Geschäftsbetrieb eingestellt, ist nicht einmal ausgeschlossen, dass Patienten ihre Behandlung vollkommen allein und ohne jede Überwachung durchgeführt haben.

3. Suffizienz der bestehenden Regelungen

Die bestehenden Regelungen sind nicht ausreichend, um den Beeinträchtigungen der Patientensicherheit zu begegnen und den Patientenschutz zu gewährleisten.

a. Keine Überwachung der Anbieter durch Zahnärztekammern

Gravierend wirkt sich hierbei aus, dass, wie die FDP-Fraktion zutreffend ausführt, die ansonsten im Bereich der zahnärztlichen Tätigkeit übliche Überwachung durch die Zahnärztinnen und Zahnärztekammern ausfällt. Die Zahnärztinnen und Zahnärztekammern können die Berufsaufsicht nur über ihre Mitglieder ausüben. Zwar unterliegen die angestellten bzw. kooperierenden Zahnärztinnen und Zahnärzte der Berufsaufsicht der Kammern, diese ist aber aus verschiedenen Gründen nicht ausreichend.

Zunächst bedarf eine berufsrechtliche Maßnahme der schuldhaften Verletzung einer Berufspflicht. Der gesamte Bereich des unternehmerischen Handelns, der Steuerung der Patientenkontakte und letztlich auch das gesamte, durch das Unternehmen bestimmte Behandlungskonzept entzieht sich der Einflussnahme der angestellten Zahnärztinnen und Zahnärzte. Werden die Partnerzahnärzte wie wohl zumeist, nur punktuell einbezogen, stellt sich ebenfalls die Frage der Schuldhaftigkeit bzw. Zurechenbarkeit. So wurde in mehreren Urteilen die Zurechnung der Handlungsweisen des Anbieters zum Partnerzahnarzt verneint.

Die Unternehmen selbst sind nicht Mitglieder der Zahnärztekammern und unterliegen daher der Berufsaufsicht nicht. Da auch die handelnden Personen (Geschäftsführer, Mehrheitsgesellschafter) keine Zahnärztinnen oder Zahnärzte sind, ist auch auf diesem Weg ein berufsrechtlicher Durchgriff nicht möglich.

Zwar stehen den Zahnärztekammern, ebenso wie anderen Zahnärztinnen und Zahnärzten, die Mittel des Wettbewerbsrechts zur Verfügung. Auf diesem Weg lassen sich aber einerseits nicht alle Missstände beheben, zum anderen bestehen bei rein wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen keine Ermittlungsbefugnisse der Kammern.

b. Insuffiziente Überwachung durch Ordnungsbehörden

Ob die Unternehmen überhaupt bei der Erbringung zahnärztlicher Leistungen einer anderweitigen Überwachung unterliegen, erscheint zweifelhaft. Der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg hat auf eine Kleine Anfrage (HmbBS Drs. 21/18266) hierzu ausgeführt:

„Grundsätzlich darf die Heilkunde und Zahnheilkunde nur von dazu berechtigten Personen ausgeübt werden. Deshalb können gewerbliche Unternehmen ambulante (zahn)medizinische Leistungen außerhalb der vertragsärztlichen Versorgung nur anbieten, wenn sie hierfür approbierte Ärzte oder Zahnärztinnen und Zahnärzte anstellen. Gemäß § 27 Absatz 3 Satz 2 Hamburgisches Kammergesetz (HmbKGG) dürfen Ärzte und Zahnärztinnen und Zahnärzte nur in einem Unternehmen ärztlich beziehungsweise zahnärztlich tätig sein, wenn dieses die dort genannten Voraussetzungen erfüllt. Sie unterliegen dabei der Berufsaufsicht durch die jeweilige Heilberufskammer. Die Unternehmen selbst unterliegen insoweit keiner weitergehenden Aufsicht.“

Entgegen der Auffassung des Hamburgischen Senats spricht zwar Erhebliches dafür, dass die Unternehmen zumindest der Gewerbeaufsicht und – soweit das HWG Anwendung findet der Aufsicht der hierfür zuständigen Behörden – unterliegen. Die praktische Umsetzung gestaltet sich jedoch schwierig. Es mag der Belastung der Behörden im Rahmen der Covid-19-Pandemie geschuldet sein, dass mitunter auf entsprechende Bitte um Überwachung keine Antworten erfolgten. Teilweise war jedoch auch festzustellen, dass auch von Seiten der Ordnungsbehörden davon ausgegangen wird, dass aufgrund des Inhalts der gewerblichen Tätigkeit – Angebot zahnärztlicher Leistungen – die Zahnärztinnen und Zahnärztekammern zuständig seien, was im Hinblick auf die größere Sachnähe der Zahnärztekammern durchaus nachvollziehbar erscheint.

c. Fehlende (gesetzliche) Rezeption der Heilkunde-GmbH

Eine weitere praktische Einschränkung erfährt die Überwachung dadurch, dass – anders als in allen anderen Bereichen der (zahn)ärztlichen Versorgung – die Betätigung der Heilkunde-GmbHs bislang keinerlei spezifischen Regelungen unterliegt.

Die Zulässigkeit der Erbringung heilkundlicher Leistungen durch juristische Personen des Privatrechts war lange Zeit heftig umstritten. Mit Urteil vom 25.11.1993 (I ZR 281/91) stellte sodann der BGH klar, dass eine GmbH grundsätzlich berechtigt sei, zahnärztliche Leistungen anzubieten. Der BGH führte hierzu aus:

„Ausübung der Zahnheilkunde im Sinne der genannten Vorschrift bedeutet ... eine Betätigung, die – unmittelbar oder mittelbar durch entsprechende Behandlungsanweisungen – dem eigentlichen, fachlichen Bereich der zahnärztlichen Betätigung, d. h. der Feststellung, Heilung oder Linderung des Leidens des Patienten, zuzuordnen ist. Die Schaffung lediglich der rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für eine solche Betätigung der bei ihr angestellten Zahnärztinnen und Zahnärzte fällt selbst nicht unter diesen Begriff (vgl. BGH, a.a.O. – Ausübung der Heilkunde), so daß es insoweit einer Approbation, die die B als juristische Person auch nicht erhalten könnte (vgl. § 2 ZHG), nicht bedarf.“

Der BGH führte sodann weiter aus, dass der Beruf des Zahnarztes zwar typischerweise entweder in freier Praxis oder im Krankenhaus ausgeübt werde.

„Auch diese zweite Form der ärztlichen Berufsausübung ist durch charakteristische Merkmale geprägt, die nicht nur traditionell gewachsen, sondern auch im Interesse der Volksgesundheit bedeutsam sind, nämlich einerseits durch eine Organisationsform, bei der ein hohes Maß ärztlicher Eigenverantwortung ... gewährleistet ist (vgl. dazu BAGE 11, Seite 225; BGHZ 70 Seite 158), und bei der außerdem eine zusätzliche Kontrolle eines gewerblichen Betreibers (durch § 30 GewO) ermöglicht wird.“

Allerdings, so der BGH

„fehlt es an der nach Art. 12 GG erforderlichen Festlegung dieser Berufsbilder und ihrer Ausschließlichkeit durch Gesetz oder vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht.“

Im Bereich der stationären Versorgung gelten bereits seit Jahrzehnten Genehmigungsvorbehalte gem. § 30 GewO. Das Angebot (zahn)ärztlicher Leistungen durch Zahnärztinnen und Zahnärzte und Ärzte ist im ambulanten Bereich durch das Berufsrecht und, soweit die vertrags(zahnärztliche) Versorgung betroffen ist, durch das SGB V und die hierzu vorliegenden untergesetzlichen Vorschriften geregelt. Anbieter von (zahn)ärztlichen Leistungen in Gestalt von Kapitalgesellschaften sind im Bereich der vertrags(zahn)ärztlichen Versorgung ausdrücklich zugelassen und regulatorisch beschränkt worden, im Hinblick auf zahnärztliche MVZ zuletzt mit dem TSVG.

Für den Bereich der ambulanten Leistungserbringung hat sich die bundesrechtliche Situation nicht verändert. Nach wie vor fehlt es, um mit den Worten des BGH zu sprechen, an der „erforderlichen Festlegung dieser Berufsbilder und ihrer Ausschließlichkeit durch Gesetz.“ Über viele Jahre führte das Fehlen solcher Regelungen nicht zu erheblichen Auswirkungen, insbesondere, da zur Zeit der Entscheidung des BGH eine abhängige Beschäftigung als Arzt oder Zahnarzt außerhalb des Krankenhauses nicht relevant war. Die Versorgung war durch freiberuflich tätige Ärzte und Zahnärztinnen und Zahnärzte geprägt.

Mittlerweile ist aber – sowohl für (Zahn)ärzte als auch für Patienten – die Behandlung in einer „ärztlichen oder zahnärztlichen Einrichtung“ normal geworden. Ob ein Arzt, eine ärztliche geleitete Einrichtung (MVZ), oder eben eine Heilkunde-GmbH aufgesucht wird, spielt für viele Patienten keine Rolle. Grund hierfür dürfte das Vertrauen der Bevölkerung darin sein, dass jeder Anbieter von ärztlichen oder zahnärztlichen Leistungen den gleichen Regeln unterworfen ist, den gleichen Standards verpflichtet und der gleichen Kontrolle unterworfen ist – ein Vertrauen, dass bei Heilkunde-GmbHs enttäuscht wird.

Zwar haben einige Bundesländer Regelungen in den jeweiligen Heilberufe(kammer)gesetzen geschaffen, um dieser Entwicklung zu begegnen. Eine größere Anzahl Bundesländer hat jedoch ebenfalls keinerlei gesetzliche Regelungen zur Beschränkung der ärztlichen Tätigkeit für juristische Personen des Privatrechts vorgesehen. Zu beachten ist aber, dass die landesrechtlichen Regelungen zumeist ebenfalls an der „Ausübung der Tätigkeit“ ansetzen, sich also an den Zahnarzt richten. Es kämen damit zwar Tätigkeitsverbote gegen die angestellten Zahnärztinnen und Zahnärzte in Betracht, eine Kontrolle oder eine Beschränkung eines Unternehmens, heilkundliche Leistungen anzubieten, ergibt sich hieraus nicht.

4. Empfehlung

Es wird empfohlen, den Antrag anzunehmen, um den Weg für weitere Maßnahmen zu bereiten, mit denen Patientenschutz und Patientensicherheit unabhängig vom Anbieter einer zahnärztlichen Behandlung gefördert und die Einhaltung der fachlichen und rechtlichen Vorgaben effektiv überwacht werden können.

Berlin, den 06.05.2021