

GesundheitsRecht

Zeitschrift für Arztrecht, Krankenhausrecht,
Apotheken- und Arzneimittelrecht

Herausgeber: Rechtsanwalt Prof. Dr. Martin Rehborn · Rechtsanwalt Dr. Rudolf Ratzel

gesr.de



Aufsätze >	Carsten Dochow – Neuregelungen im Rahmen der ärztlichen Schweigepflicht – Eine Relativierung des Patientengeheimnisses?	137
	Karl-Heinz Möller – Rechtliche Probleme bei Gründung und Betrieb eines Krankenhaus-MVZ	152
	Wolfgang Hacker – Einsicht in die Patientenakte – ein Thema mit (vermeidbarem) Konfliktpotential	163
Rechtsprechung kompakt >	Transsexualität – der juristische Spagat zwischen gefühltem und medizinischem Geschlecht (BGH, Urt. v. 29.11.2017 – XII ZB 459/16) <i>Inga Petersen</i>	168
Rechtsprechung >	Personenbezogene Einwilligung bei Wahlleistung „Arzt“ (OLG Hamm, Urt. v. 15.12.2017 – 26 U 74/17)	170
	Entfernung von Osteosynthesematerial (OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2017 – 7 U 90/15)	171
	Haftungsrechtliche Folgen einer fehlenden Belegarztanerkennung (OLG Karlsruhe, Urt. v. 6.12.2017 – 7 U 221/16)	173
	Arzthaftung: „Chefarztstandard“? (OLG Köln, Beschl. v. 22.1.2018 – 5 U 101/17)	175
	Privatkrankenhaus in Verbindung mit Plankrankenhaus (OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.7.2017 – 10 U 2/17)	187
	Vergabe von Notarztleistungen im Rettungsdienst (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.2.2018 – VII-Verg 55/16)	196

Geprüft und zertifiziert.



Hill/Schmitt

Medizinprodukterecht (WiKo)

Kommentar.

Loseblatt, rd. 1.700 Seiten in 1 Ordner,
inkl. Rechtsprechungsdatenbank
www.wiko-mpg.de.

Nur 99,- € bei einem Abonnement für
mindestens zwei Jahre. Ergänzungs-
lieferungen 1-2-mal im Jahr.

ISBN 978-3-504-04002-4

Ohne Abonnement 199,- €

ISBN 978-3-504-04003-1



Mit Datenbank:
www.wiko-mpg.de

WiKo, die praxisgerechte Kommentierung des deutschen und europäischen Medizinprodukterechts von absoluten Kennern der Materie, bietet Ihnen ein unentbehrliches Arbeitsmittel: umfassend, praxisnah und einzigartig aktuell. Für die Praxis besonders vorteilhaft: zahlreiche Praxisleitfäden, Mustervertragselemente und Verhaltensempfehlungen. Unter www.wiko-mpg.de erhalten Sie Zugriff auf die Online-Rechtsprechungsdatenbank mit ca. 400 Gerichtsentscheidungen zu Medizinprodukten.

Schwerpunkte in der 16. und 17. Lieferung:

- Umfassende Kommentierung der Änderungen des MPG. Wichtige Änderungen: Zuständigkeit des BfArM für die Einstufung von Medizinprodukten, Erweiterung der Befugnisse der zuständigen Behörden und die Neuregelung des Inverkehrbringens medizinprodukteähnlicher Produkte.
- Vollständige Neukomentierung der MPBetreibV. Wichtige Änderungen: Betreiberpflichten und Schaffung eines Sicherheitsbeauftragten in Gesundheitseinrichtungen.

Jetzt Probelesen oder direkt bestellen bei www.otto-schmidt.de/wiko

ottoschmidt



GesundheitsRecht

Zeitschrift für Arztrecht, Krankenhausrecht, Apotheken- und Arzneimittelrecht

Herausgeber:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Martin Rehborn · Rechtsanwalt Dr. Rudolf Ratzel

GesR Report

zusammengestellt von Rechtsanwalt Dr. Rudolf Ratzel

Inhalt

gesr.de

Aufsätze

Carsten Dochow, Berlin – Neuregelungen im Rahmen der ärztlichen Schweigepflicht – Eine Relativierung des Patientengeheimnisses?

Das Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen gestattet seit Herbst 2017 unter bestimmten Umständen die Weitergabe von Patientendaten durch einen Arzt an externe Dienstleister. Bei einem Verstoß gegen die Verpflichtung der mitwirkenden Personen zur Verschwiegenheit machen diese sich neuerdings selbst strafbar. Der Gesetzgeber stärkt damit zwar auf den ersten Blick die Rechtssicherheit für Berufsgeheimnisträger. Der Kreis der Personen, die infolge der Gesetzesänderung als „Kenner des Geheimnisses“ anzusehen sein werden, ist wegen des unscharfen Begriffs der „sonstigen mitwirkenden Person“ allerdings deutlich erweitert worden.

137

Prof. Dr. Karl-Heinz Möller, Düsseldorf – Rechtliche Probleme bei Gründung und Betrieb eines Krankenhaus-MVZ

Medizinische Versorgungszentren, an denen Krankenhausträger beteiligt sind, erscheinen als eine logische Konsequenz der „Ambulantisierung der Medizin“. Anlass genug, spezielle Problembereiche auf der Gründerebene, Fragen der Kommunikation und Antikorrumpion, die Einbeziehung in die Wahlarztzettel u.w.m. eingehend zu untersuchen.

152

Dr. Wolfgang Hacker, MHMM, Coburg – Einsicht in die Patientenakte – ein Thema mit (vermeidbarem) Konfliktpotential

Rechtsstreitigkeiten aus dem Bereich des Arzthaftungsrechts werden nicht selten durch Emotionen und Befindlichkeiten der Beteiligten geprägt. Konflikte, z.B. über die unterschiedlichen Erinnerungen an die Behandlungssituation, können das Vertrauen des Einzelnen in den Rechtsstaat nachhaltig beeinträchtigen. Der folgende Beitrag setzt sich vor diesem Hintergrund kritisch mit der Diskrepanz zwischen der gesetzlichen und der berufsrechtlichen Regelung zum Einsichtsrecht des Patienten in die Behandlungsdokumentation auseinander.

163

Rechtsprechung kompakt

Höhe der Entgeltfortzahlung für Krankheits- und Urlaubszeiten

(BAG, Urt. v. 6.9.2017 – 5 AZR 429/16)

Heike Thoma 166

Weißes Kleid eines Krankenpflegers: Umkleidezeit ist zu vergüten

(BAG, Urt. v. 6.9.2017 – 5 AZR 382/16)

Marc Becker 167

Samstag als Werktag i.S.d. TVöD-K

(BAG, Urt. v. 20.9.2017 – 6 AZR 143/16)

Heike Thoma 168

Transsexualität – der juristische Spagat zwischen gefühltem und medizinischem Geschlecht

(BGH, Urt. v. 29.11.2017 – XII ZB 459/16)

Inga Petersen 168



Aktionsmodul Zivilrecht, die perfekte Online-Bibliothek. Inklusive Selbststudium nach § 15 FAO!
Jetzt testen: www.otto-schmidt.de/akr.

Inhalt

Rechtsprechung

Personenbezogene Einwilligung bei Wahlleistung „Arzt“	(OLG Hamm, Urt. v. 15.12.2017 – 26 U 74/17).....	170
Entfernung von Osteosynthesematerial	(OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2017 – 7 U 90/15).....	171
Haftungsrechtliche Folgen einer fehlenden Belegarztanerkennung	(OLG Karlsruhe, Urt. v. 6.12.2017 – 7 U 221/16).....	173
Arzthaftung: „Chefarztstandard“?	(OLG Köln, Beschl. v. 22.1.2018 – 5 U 101/17).....	175
Erbenhaftung für Arzneimittelregress	(LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 8.11.2017 – L 3 KA 80/14).....	175
Zuschläge für pharmazeutischen Großhandel	(BGH, Urt. v. 5.10.2017 – I ZR 172/16).....	179
Unentgeltliche Pen-Abgabe	(OLG Hamburg, Urt. v. 18.5.2017 – 3 U 180/16).....	183
Privatkrankenhaus in Verbindung mit Plankrankenhaus	(OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.7.2017 – 10 U 2/17).....	187
Hochschulkliniken in der Krankenhausplanung	(VG Greifswald, Beschl. v. 28.8.2017 – 3 B 967/17 HGW).....	191
Kommunale Zuwendungen an Alters- bzw. Pflegeheim keine unzulässige Beihilfe	(OLG Nürnberg, Urt. v. 21.11.2017 – 3 U 134/17 (Ls.)).....	196
Vergabe von Notarztleistungen im Rettungsdienst	(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.2.2018 – VII-Verg 55/16).....	196
Injektionen zur Gewichtsabnahme sind Heilbehandlung	(AG Saarbrücken, Urt. v. 8.11.2017 – 121 C 478/17 (09)).....	199

Rezensionen

<i>RAin Dr. Heike Thomae, FAMeR, Anwaltskanzlei Quaas & Partner mbB, Dortmund – Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht</i>	202
<i>RA Dr. Michael Ossege, LL.M., FAMeR, rehborn.rechtsanwälte, Dortmund – Rolf Schallen, Zulassungsverordnung für Vertragsärzte, Vertragszahnärzte, Medizinische Versorgungszentren, Psychotherapeuten</i>	203
<i>Dr. Klaus Engelmann, Vors. Richter am BSG a.D., Kassel – Philipp Kircher, Der Schutz personenbezogener Gesundheitsdaten im Gesundheitswesen</i>	204

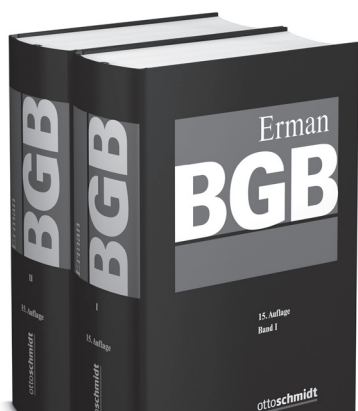
GesR Report

Aktuelles | BfArM

Flupirtin: PRAC empfiehlt den Widerruf der Zulassung des Schmerzmittels Flupirtin.....	R20
--	-----

Aktuelles | DKG

Koalitionsvertrag mit positiven Perspektiven für die Krankenhäuser.....	R20
---	-----



Unverzichtbar: Der aktuelle Erman.

Topaktuell, meinungsbildend, praxisnah.
Vollwertig kommentiert sind u.a. das neue Bauvertragsrecht, die „Ehe für alle“ u.v.m.

Bestellen Sie jetzt unter **otto-schmidt.de/em15**

Inhalt

Aktuelles | Paul-Ehrlich Institut (PEI)

Auswirkungen des Brexit: Vorbereitungen des Paul-Ehrlich-Instituts R21

Aktuelles | Deutscher Ethikrat

Deutscher Ethikrat diskutierte mit Bundestagsabgeordneten über Big Data und Gesundheit, Wohltätigen Zwang sowie Keimbahneingriffe am menschlichen Embryo R22

Einfache Rechnung.

otto-schmidt.de/fs

Auf den Punkt.

otto-schmidt.de/ab



Aktuelles

BfArM

Flupirtin: PRAC empfiehlt den Widerruf der Zulassung des Schmerzmittels Flupirtin

Der Ausschuss für Risikobewertung im Bereich der Pharmakovigilanz (PRAC) der Europäischen Arzneimittelagentur (EMA) hat empfohlen, die Zulassungen flupirtinhaltiger Schmerzmittel zu widerrufen.

Weitere Meldungen schwerer Leberschäden trotz vorheriger Einschränkungen der Anwendung.

Der Ausschuss für Risikobewertung im Bereich der Pharmakovigilanz (PRAC) der Europäischen Arzneimittelagentur (EMA) hat empfohlen, die Zulassungen flupirtinhaltiger Schmerzmittel zu widerrufen. Dies bedeutet, dass diese Arzneimittel in der EU nicht mehr verfügbar sein werden.

Das Risikobewertungsverfahren zu Flupirtin knüpft an ein Risikobewertungsverfahren aus dem Jahr 2013 an, dem Berichte über schwerwiegende Leberschäden im Zusammenhang mit der Einnahme dieser Arzneimittel zugrunde lagen und das zu Maßnahmen zur Einschränkungen ihrer Anwendung führte.

Als Teil dieser Maßnahmen wurde die Anwendung von Flupirtin auf höchstens 2 Wochen bei Patienten mit akuten Schmerzen, die keine anderen Schmerzmittel verwenden können, eingeschränkt und wöchentliche Laborkontrollen der Leberwerte während der Behandlung eingeführt.

Die EMA verlangte außerdem Studien, um die Befolgung dieser Einschränkungen in der klinischen Praxis und ihre Wirksamkeit bei der Verringerung des Risikos für Leberschädigungen zu beurteilen.

Der PRAC hat jetzt die Ergebnisse dieser Studien zusammen mit den aktuell verfügbaren Daten zu Nutzen und Risiken aus klinischen Prüfungen und Fallberichten, einschließlich der seit dem Risikobewertungsverfahren im Jahr 2013 berichteten neuen Fälle schwerer Leberschäden, bewertet.

Aufgrund dieser Bewertung kommt der PRAC zu dem Schluss, dass die im Jahre 2013 eingeführten Einschränkungen nicht ausreichend in der Praxis befolgt wurden und dass weiterhin Fälle schwerwiegender Leberschäden, einschließlich Leberversagen, auftraten. Der Ausschuss untersuchte die Möglichkeit weitere risikominimierende Maßnahmen einzuführen, konnte aber keine Maßnahmen identifizieren, die die Beachtung der Einschränkungen verbessern und das Risiko für Leberschäden ausreichend verringern würden.

Der PRAC war daher der Ansicht, dass Patienten, die flupirtinhaltige Arzneimittel einnehmen, weiterhin schwerwiegenden Risiken ausgesetzt sind, die den Nutzen dieser Arzneimittel überwiegen und empfahl den Widerruf der Zulassungen dieser Arzneimittel. Alternative Behandlungsmöglichkeiten sind verfügbar.

Die PRAC-Empfehlung wird von der Koordinierungsgruppe für Verfahren der gegenseitigen Anerkennung und dezentrale Verfahren (CMDh) geprüft, die dann eine abschließende Stellungnahme abgeben wird.

Patienten und Angehörige der Gesundheitsberufe sollten beachten, dass die Zulassungen flupirtinhaltiger Arzneimittel noch nicht widerrufen wurden und eine abschließende Entscheidung noch aussteht. Sobald das Verfahren abgeschlossen ist, werden weitere Details, einschließlich Hinweisen für Patienten und Angehörige der Gesundheitsberufe, veröffentlicht werden.

Angehörige der Gesundheitsberufe in den Mitgliedstaaten der EU, in denen Flupirtin vermarktet wird, werden per Brief weitere Informationen über zu treffende Maßnahmen erhalten.

Zwischenzeitlich sollten Patienten, die Fragen zu ihrer Behandlung haben (z.B., ob diese fortgesetzt werden soll), mit ihrem Arzt oder Apotheker sprechen.

(Quelle: Homepage BfArM am 9.2.2018)

DKG

Koalitionsvertrag mit positiven Perspektiven für die Krankenhäuser

„Mit der besonderen Ausrichtung auf die Personalsicherung und die Weiterentwicklung verzahnter, an den Erfordernissen vor Ort orientierter Versorgungsstrukturen werden neue konzeptionelle Ausrichtungen vorgenommen, die den Stellenwert der Krankenhäuser in der medizinischen Daseinsvorsorge stärken können. Grundsätzlich positiv ist die vorgesehene Ausfinanzierung der Tariflohnsteigerungen. Die Koalitionsvereinbarung beinhaltet damit für die Krankenhäuser eine Reihe positiver Perspektiven, deren Effekte allerdings von der konkreten Umsetzung abhängen. Ungelöst bleibt aber die absolut unzureichende Bereitstellung von Investitionsmitteln für die Kliniken“, kommentiert der Präsident der Deutschen Krankenhausgesellschaft (DKG), Dr. Gerald Gaß.

Die vorgesehene Ausgliederung der Pflegepersonalkosten neben dem Fallpauschalensystem stellt eine grundlegende Neuausrichtung des 2003 eingeführten pauschalierenden, preisorientierten Vergütungssystems dar. Das damit verfolgte Ziel, den krankenhausindividuellen Personalbedarf in seiner Grundstruktur unabhängig von den Behandlungsfällen finanziell abzusichern, entspricht den Erwartungen der



Aufsätze

Carsten Dochow, Berlin*

Neuregelungen im Rahmen der ärztlichen Schweigepflicht – Eine Relativierung des Patientengeheimnisses?

Das Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen gestattet seit Herbst 2017 unter bestimmten Umständen die Weitergabe von Patientendaten durch einen Arzt an externe Dienstleister. Bei einem Verstoß gegen die Verpflichtung der mitwirkenden Personen zur Verschwiegenheit machen diese sich neuerdings selbst strafbar. Der Gesetzgeber stärkt damit zwar auf den ersten Blick die Rechtssicherheit für Berufsgeheimnisträger. Der Kreis der Personen, die infolge der Gesetzesänderung als „Kenner des Geheimnisses“ anzusehen sein werden, ist wegen des unscharfen Begriffs der „sonstigen mitwirkenden Person“ allerdings deutlich erweitert worden. Das führt, trotz neuer strafbewehrter Pflicht der Dienstleister zur Geheimniswahrung, auch zu einer Relativierung des grundrechtlich verbürgten Patientengeheimnisschutzes. Zudem werden Möglichkeiten des informationellen Selbstschutzes im Bereich der strafbewehrten ärztlichen Schweigepflicht verringert. Als maßgebliches Schutzinstrument verbleibt das Datenschutzrecht.

I. Einführung

Die ärztliche Schweigepflicht ist in jüngerer Zeit vermehrt in den Fokus rechtspolitischer Bestrebungen geraten, die zu einer Relativierung des Patientengeheimnisses führen könnten. Aktionistische Forderungen nach einer Lockerung der ärztlichen Schweigepflicht, die infolge eines Flugzeugabsturzes erhoben worden sind, konnten sich aber zu Recht nicht durchsetzen.¹ Änderungen waren schon nicht nötig, weil vorhandene Rechtfertigungsgründe zu einer Offenbarung berechtigten.² Ver-

gleichbares gilt hinsichtlich Amokläufen.³ Im Bereich des Kinderschutzes⁴ wurden dagegen spezifische Regelungen geschaf-

* Der Verfasser gibt hier ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

1 Forderungen zur Lockerung der ärztlichen Schweigepflicht kamen auf, nachdem der psychisch erkrankte Co-Pilot des Germanwings-Fluges 4U 9525 gezielt einen Absturz der Maschine herbeiführte, um einen erweiterten Suizid zu begehen (zum Sachverhalt s. *Hahne*, ZMGR 2016, 94). Es stellte sich die Frage, ob Ärzte oder Psychotherapeuten, bei denen der Co-Pilot sich in Behandlung befunden hatte, die tragische Entwicklung vorhergesehen hatten und diese durch eine Meldung hätten verhindern können, s. dazu Beck-Online, „Bericht: *De Maizièr* will ärztliche Schweigepflicht aufweichen“, becklink 2004097; krit. *Herzog*, ZRP 2015, 121 ff. m.w.N. zu entspr. „reflexartigen“ Forderungen; *Oehler*, NeuroTransmitter 2017, 19, 21; s.a. *Duttge*, bei FR-Online v. 31.3.2015; *Duttge*, medstra 2016, 129 f.; *Hirthammer-Schmidt-Bleibtreu/Wiese*, MedR 2017, 199 (204 f.); im Kontext der Kraftfahrtauglichkeit s. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.4.2015 – III-2 Ws 101/15.

2 Zu Recht weist *Oehler*, NeuroTransmitter 2017, 19, darauf hin, dass es vielfach gar nicht mehr um die Berechtigung, sondern sogar die Verpflichtung zur Offenbarung geht. So sehr der Arzt auch sonst „Diener am öffentlichen Wohl“ ist, so wenig soll er nach *Bockelmann*, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1967, S. 46, aber zum Funktionär der Strafrechtspflege und erst recht nicht zum „Büttel der Polizei“ gemacht werden.

3 Dazu *Rehborn*, GesR 2017, 409 f. unter Hinw. auf LG Heilbronn, Urt. v. 26.4.2016 – 1 O 220/16, GesR 2016, 435 ff.

4 Zur Ausgestaltung der allgemeinen Notstandsregelung des § 34 StGB im Rahmen des § 4 Abs. 3 KKG (Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz, geschaffen durch das Bundeskinderschutzgesetz vom 22.12.2011 [BGBl. I, 2975], in Kraft getreten am 1.1.2012, zul. geänd. m. G. v. 23.12.2016 [BGBl. I, 3234]) s. *Duttge*, medstra 2016, 129 f.; *Rehborn*, GesR 2017, 409 (414); *Dörfer* in Narr/Hübner, Berufsrecht, D-IV, 9,

fen, die den Regelungsgehalt von § 34 StGB näher ausgestalten und beteiligten Ärzten zumindest mehr Verfahrenssicherheit geben dürften.

Seit Längerem wurden überdies Änderungen an § 203 StGB aus wirtschaftlichen Gründen und Praktikabilitätsbetrachtungen für notwendig gehalten. Der zunehmende Einzug von Informationsverarbeitungs- und Kommunikationstechnologien hat es erforderlich gemacht, dass Ärzte auf die Hilfe bestimmter externer Dienstleister z.B. zur Einrichtung, Betrieb, Wartung und Anpassung von informationstechnischen Anlagen, Anwendungen und Systemen in der Arztpraxis angewiesen sind.⁵ Das gilt nicht zuletzt, weil gesetzliche Möglichkeiten oder gar Verpflichtungen zur elektronischen Übermittlung von Daten im Gesundheitswesen bestehen⁶ und Ärzte sich demnach der Nutzung von IuK-Technologien im beruflichen Alltag nicht mehr entziehen können. Viele technische oder organisatorische Unterstützungstätigkeiten können aus wirtschaftlichen Gründen sowie mangels ausreichender Fachkompetenz und wegen der Komplexität der eingesetzten Technologien nicht mehr durch den Arzt selbst oder von dessen Personal vorgenommen werden.⁷ Mit Hilfe spezialisierter Unternehmen können diese Dienste oftmals effizienter durchgeführt werden als durch angestelltes Personal und die Vorhaltung teurer technischer Anlagen. Das betrifft im Zeitalter der sog. „Digitalisierung in der Medizin“⁸ vor allem die (Fern-)Wartungsdienste für Praxis-IT-Systeme, Dienstleistungen zur Nutzung von Rechnerleistung und Speicherkapazitäten wie Cloud-Dienste sowie (perspektivisch) weitere telematische Unterstützungsdienste⁹. Für eine effektive und wirtschaftliche Gesundheitsversorgung sind komplexe IT-Prozesse daher kaum verzichtbar. Ferner sind Dienstleistungen zur Abrechnung von ärztlichen Leistungen oftmals auf Verrechnungsstellen¹⁰ ausgelagert. Eingedenk dieser veränderten Umstände im Zusammenhang eines vermehrten Einsatzes informationstechnischer Systeme und vernetzter Verfahren im Rahmen einer zunehmend arbeitsteiligen medizinischen Versorgung erscheint insoweit das Anliegen nachvollziehbar, die bisherige Rechtsunsicherheit¹¹ im Bereich des sog. Outsourcings¹² von Dienstleistungen zu beseitigen.

II. Die Bedeutung des Berufsgeheimnisschutzes für das Patienten-Arzt-Verhältnis

Das Schweigen des Arztes gehört seit Jahrtausenden zum „Kernbestand des ärztlichen Ethos“¹³ und die Bewahrung von Diskretion ist die Grundlage des für die Berufsausübung notwendigen Vertrauensverhältnisses zwischen Patient und Arzt.¹⁴ Häufig erfordern Erkrankungen ein sukzessives Eindringen in Geheimnisse und Vorkommnisse intimster Natur.¹⁵ Das vom Patienten entgegengebrachte und vom Arzt zugesicherte Vertrauen beruht daher auf dem Umstand, dass der Patient sich mit großer Offenheit in Behandlung begibt und erwartet, dass die mitgeteilten Informationen in der Sphäre und unter Verantwortung des Arztes bewahrt bleiben. Nur auf diese Weise erhält der Arzt alle für die Behandlung notwendigen Informationen. Die Bewahrung des Patientengeheimnisses ist insoweit keine „Gefühlsangelegenheit“¹⁶ des Patienten, sondern hat für das Verhältnis zwischen Patient und Arzt „geradezu substantielle Bedeutung“.¹⁷ Als „hohes Gut unserer Rechtskultur“¹⁸ erzeugt die schützende Atmosphäre der Vertraulichkeit nämlich zugleich einen optimalen Raum für die fehlerfreie und effiziente Heilbehandlung.¹⁹ Dementsprechend betonte das BVerfG

„wer sich in ärztliche Behandlung begibt, muss und darf erwarten, dass alles, was der Arzt im Rahmen seiner Berufsausübung über seine gesundheitliche Verfassung erfährt, geheim bleibt und nicht zur Kenntnis Unberufener gelangt. Nur so kann zwischen Patient und Arzt jenes Vertrauen entstehen, das zu den Grundvoraussetzungen ärztlichen Wirkens zählt.“²⁰ Das gilt nicht nur für Patienten mit seelischen Erkrankungen, die einen besonderen Schutzraum benötigen, um sich vorbehaltlos dem Arzt gegenüber zu öffnen.²¹ Vertrauen ist immer eine wesentliche Komponente der Heilbehandlung.²² Ohne Vertrauen in Personen oder die Rechtsordnung ist zudem eine Autonomie des Patienten kaum zu realisieren, weil Entfaltungschancen und Möglichkeiten zur Selbstbestimmung gehemmt werden.²³ Die

Rz. 19, 22; s. dazu auch *Weber/Duttge/Höger*, MedR 2014, 777; unter Anwendung von § 34 StGB noch KG, Urt. v. 27.6.2013 – 20 U 19/12, NJW 2014, 640 (641) = MDR 2013, 1162 = GesR 2013, 656 (LS).

5 Vgl. auch BT-Drucks. 18/11936, 1.

6 Bspw. § 14 Abs. 8 S. 1 Nr. 2 IfSG, § 15 Abs. 1 LKRG NRW, vgl. auch die Optionen in §§ 295 Abs. 4, 301 sowie 291f und 291g SGB V und § 630f BGB.

7 Vgl. auch BT-Drucks. 18/11936, 1, 17 f.

8 Das Modewort der „Digitalisierung“ (vgl. auch *Hilgendorf*, medstra 2017, 257) soll Entwicklungen eines zunehmenden Einsatzes von Informationstechnologie kennzeichnen, wobei häufig eine Vernetzung der beteiligten Akteure durch Telekommunikationsverfahren erfolgt. Bisweilen wird diese Entwicklung unter den weiten Begriff „e-health“ oder treffender „Gesundheits telematik“ gefasst, zu den Begriffen s. *Dochow*, Grundlagen und normativer Rahmen der Telematik im Gesundheitswesen, 2017, S. 56 ff. u. S. 1301.

9 Zum Ganzen *Dochow*, Fn. 8.

10 Dazu jüngst OLG Oldenburg, Urt. v. 12.8.2015 – 5 U 27/15.

11 Zur bisherigen Rechtslage s.u. III.

12 Dem Begriff des Outsourcings unterfällt die Auslagerung von Services und Prozessen. Teilweise wird näher differenziert zwischen IT-Outsourcing und Business Process Outsourcing, *Pohle/Ghaffari*, CR 2017, 489.

13 *Rehborn*, GesR 2017, 409 (414) u. zur Historie (410 f.); dazu auch *Dochow*, Fn. 8, S. 800.

14 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.3.1972 – 2 BvR 28/71, BVerfGE 32, 373 (379). Sie dient zugleich der Aufrechterhaltung einer leistungsfähigen Gesundheitsfürsorge, ebd., S. 380; vgl. zum Allgemeininteresse an der funktionierenden Gesundheitspflege *Lenckner/Eisele* in *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 203 Rz. 3; für einen Vorrang des Individualrechtsschutzes *Rehborn*, GesR 2017, 409 (411 f.); zur Frage des geschützten Rechtsguts s.a. *Dochow*, Fn. 8, S. 803 ff. m.w.N.

15 *Schlund* in *Laufs/Kern*, Arztrecht, 4. Aufl. 2010, § 65 Rz. 16.

16 Zu Recht mit deutlicher Kritik an LG Bonn, Urt. v. 26.7.2016 – 9 O 213/16 *Weichert*, VuR 2017, 138 (139).

17 OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.8.2006 – 14 U 45/04, MedR 2007, 253 (254) = GesR 2006, 471.

18 *Herzog*, ZRP 2015, 121.

19 Vgl. *Herzog*, ZRP 2015, 121.

20 BVerfG, Beschl. v. 6.6.2006 – 2 BvR 1349/05, GesR 2007, 41 = MedR 2006, 586 f. m.w.N. Auch der EGMR begreift das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient als Aspekt des Privatlebens und betont den Schutz der Vertraulichkeit medizinischer Daten, EGMR ÖJZ 1998, 152 (Z./Finnland), Rz. 95; s. dazu *Dochow*, Fn. 8, S. 287.

21 Vgl. hierzu *Herzog*, ZRP 2015, 121 (122).

22 Vgl. zur Bedeutung der vertrauensvollen Beziehung zwischen Arzt und Patient auch *Duttge*, MedR 2017, 361 (363); mit Annahme einer „einseitig normativierten ‚Vertrauens‘-Obliegenheit“ im medizinischen Versorgungssystem *Fischer*, medstra 2017, 321 (322).

23 Vgl. zu den Wechselwirkungen mit der Selbstbestimmung *Neitzke/Burchardi/Duttge et al.*, MedR 2017, 364 (366); zum Ganzen außerdem *Steinfath/Wiesemann/Duttge et al.* (Hrsg.), Autonomie und Vertrauen. Schlüsselbegriffe der modernen Medizin, 2016; im Zusammenhang mit der Patientenautonomie s. dazu *Duttge* in *Wiesemann/Simon*, Handbuch Patientenautonomie, 2013, S. 77 ff. sowie dezidiert zum Gesundheitsdatenschutz *Albers* in *Wiesemann/Simon*, ebd., S. 121 ff.

Rechtsordnung muss aus diesem Grund sowie wegen des strukturellen Wissens- und Machtungleichgewichts in der Patienten-Arzt-Beziehung für den notwendigen Vertrauensschutz (z.B. durch § 203 StGB) sorgen, wodurch der Gesetzgeber zugleich seiner grundrechtlichen Schutzverpflichtung nachkommt.

Die ärztliche Schweigepflicht wurzelt verfassungsrechtlich im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in der Teilausprägung des Privatsphäreschutzes.²⁴ Die „nichtöffentliche Kommunikation mit Personen des höchstpersönlichen Vertrauens“ wie Ärzten gehört teilweise gar zum „Kernbereich privater Lebensgestaltung“.²⁵ Das später entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung²⁶ ist häufig mitbetroffen,²⁷ wenn es um die Verarbeitung von Gesundheitsdaten geht, und es tritt neben die ältere persönlichkeitsrechtliche Teilausprägung des Privatsphäreschutzes, die nicht personenbezogene Daten als solche, sondern die Vertraulichkeit der privaten Kommunikation schützt.²⁸ Es besteht insoweit keine Identität, sondern ein Nebeneinander der Schutzideen von Berufsgeheimnisschutz und Datenschutz.²⁹

III. Ein Meinungsstreit als Anlass für die jüngste Gesetzgebung

Vom Gesetzgeber wurde eine Problemlage identifiziert, die auf einen lang geführten Meinungsstreit zurückzuführen war: Weil beim Outsourcing von Dienstleistungen regelmäßig die Möglichkeit besteht, dass externe Dienstleister Informationen, die dem Berufsgeheimnis unterfallen, zur Kenntnis nehmen und dadurch Geheimnisse von Patienten offenbart werden,³⁰ stand der bisherige § 203 StGB einer Einbeziehung externer Dienstleister in das Berufsgeheimnis nach überwiegender Auffassung entgegen. Höchstrichterliche oder obergerichtliche Rechtsprechung lag nicht vor.³¹

In der strafrechtlichen Literatur war lange umstritten, ob einbezogene außenstehende Dritte als berufsmäßig tätige Gehilfen i.S.v. § 203 Abs. 3 S. 2 StGB a.F. einzustufen sind,³² denn die Informationsweitergabe an die Gehilfen war unter bestimmten Voraussetzungen straffrei. Die Berechtigung zum Wissen über das Geheimnis bezogen die berufsmäßig tätigen Gehilfen zu meist aus ihrer organisatorischen Einbindung³³ in die Praxis im Hinblick auf eine unmittelbar unterstützende Hilfstätigkeit bei dem primär Schweigeverpflichteten.³⁴ Nach umstrittener Auffassung war ihre Weisungsabhängigkeit³⁵ ebenso ein Kennzeichen wie das Fehlen einer selbstständig-gewerbetreibenden Tätigkeit³⁶. Ungeachtet dessen wurde in diesen Fällen entweder ein strafbares Offenbaren verneint³⁷ oder eine konkludente Einwilligung³⁸ angenommen. Aufgrund dieser Folgerungen für die Gehilfen war es für einige naheliegend, externe Dienstleister³⁹ zu den berufsmäßig tätigen Gehilfen zu zählen.⁴⁰ In Ablehnung an die Vertragsmodalitäten im Rahmen der Auftragsdatenverarbeitung⁴¹ wurde es für ausreichend erachtet, wenn dem primären Berufsgeheimnisträger effektive Möglichkeiten zur Kontrolle und Steuerung⁴² der Informationsverarbeitung verbleiben.⁴³ Übersehen wurde aber, dass sich das Problem durch eine Einbeziehung externer Dienstleister in einen „wei-

- 24 BVerfG, Beschl. v. 8.3.1972 – 2 BvR 28/71, BVerfGE 32, 373 (379); BVerfG, Beschl. v. 24.5.1977 – 2 BvR 988/75, BVerfGE 44, 353 (372 f.); BVerfG, Beschl. v. 6.6.2006 – 2 BvR 1349/05, MedR 2006, 586 (587) = GesR 2007, 41; s.a. *Dochow*, Fn. 8, S. 463 f. m.w.N.
- 25 BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, NJW 2016, 1781 (1799); vgl. *Herzog*, ZRP 2015, 121 (122).
- 26 BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.w., BVerfGE 65, 1 (42 f.).
- 27 Es ist also nicht das originäre und primäre Rechtsgut der Schweigepflicht, a.A. *Cierniak/Niehaus* in MünchKomm/StGB, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 203 Rz. 6; *Lenckner/Eisele* (o. Fn. 14), § 203 Rz. 3; wohl auch *Heger* in Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 203 Rz. 1; *Kargl* in NK/StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 203 Rz. 2.
- 28 Näher *Dochow*, Fn. 8, S. 470 f.; 474 f.; 550 f.; 802.
- 29 *Bull*, Sinn und Unsinn des Datenschutzes, 2015, S. 24; s.a. *Dochow*, Fn. 8, S. 551 m. Fn. 3059; s.a. S. 550 f., 554 f. Beim Datenschutz kommt es z.B. nicht auf das Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses an, *Dochow*, Fn. 8, S. 490; a.A. z.B. *Haustein*, DSRITB 2017, S. 87 (88): § 203 StGB sei im besten Sinne „Datenschutzrecht“.
- 30 Vgl. zu diesem Offenbarungsbegriff z.B. *Fischer*, StGB, 64. Aufl. 2017, § 203 Rz. 30b; *Langkeit*, NSTZ 1994, 6; *Lenckner/Eisele* (o. Fn. 14), § 203 Rz. 20 und nun auch BT-Drucks. 18/11936, S. 18, 28; enger *Kargl* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 20 f. m.w.N.; zum Meinungsstand *Hartung/Steinweg*, BB 2017, 2081 (2082 f.).
- 31 Das LG Flensburg hatte in einer Zivilsache zu einem ähnlich gelagerten Fall angemerkt, dass die – ehrenamtliche – Beauftragung eines externen Dritten mit der Pflege und Wartung der EDV-Anlage einer Arztpraxis, wobei ihm ungehinderte und selbstständige Einsicht in sämtliche in der EDV gespeicherten Patientengeheimnisse gewährt wird, gegen die ärztliche Schweigepflicht verstößt (LG Flensburg, Urt. v. 5.7.2013 – 4 O 54/11, GesR 2014, 305). Diese Auffassung war keineswegs bindend für die Strafgerichte, sorgte aber in der Praxis gleichwohl für Unsicherheit.
- 32 Zum Streit s. *Cierniak/Niehaus* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 128 ff.; zu Lösungsansätzen insg. zuseh. *Fechtner/Haßdenteufel*, CR 2017, 355 (357 ff.); *Hartung/Steinweg*, BB 2017, 2081 (2083 ff.); *Schuster*, medstra 2015, 280 (281 ff.); *Pohle/Ghaffari*, CR 2017, 489 (490 f.).
- 33 *Klein*, RDG 2010, 172, 173; *Schünemann* in LK/StGB, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 203 Rz. 80; *Kargl* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 38a; dag. *Cierniak/Niehaus* in MünchKomm/StGB, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 203 Rz. 132.
- 34 Unmittelbarer (innerer) Zusammenhang, vgl. *Cierniak/Niehaus* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 123; *Kargl* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 38; *Lenckner/Eisele* (o. Fn. 14), § 203 Rz. 64.
- 35 S. z.B. *Schünemann* (o. Fn. 33), § 203 Rz. 78; s.a. noch *Cierniak/Pohlitz* in MünchKomm/StGB, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 203 Rz. 123; dag. nunmehr *Cierniak/Niehaus* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 132; abl. auch *Heghmanns/Niehaus*, NSTZ 2008, 57 (61).
- 36 Vgl. zu § 53a StPO OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.8.2001 – 2 Ausl S 10/01, NJW 2002, 1135 (1136) m.w.N.; *Kreutz*, medstra 2016, 141 (142) m.w.N.; *Kargl* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 38a; a.A. *Cornelius*, StV 2016, 380 (387).
- 37 *Cierniak/Pohlitz* (o. Fn. 35), § 203 Rz. 50; *Heghmanns/Niehaus* NSTZ 2008, 57 (58).
- 38 S. die Nw. bei *Kargl* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 21a; unter Anwendung restriktiver Kriterien für das Verhältnis von Ärzten *Dochow*, Fn. 8, S. 872 ff. m.w.N.; m. Hinweis auf die gebotene Zurückhaltung *Rehborn*, GesR 2017, 409 (413).
- 39 Z.B. Mitarbeiter in externen Schreibbüros, Dokumentations-, Archivierungs- und Buchführungsstellen sowie in kommerziellen Wartungs-, Service- und Mikroverfilmungsunternehmen, *Cierniak/Niehaus* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 129.
- 40 *Heghmanns/Niehaus*, NSTZ 2008, 57 (61 f.); s.a. *Hartung*, VersR 2012, 400 (409); *Kort*, NSTZ 2011, 193 (194); für Medizinprodukteberater *Webel*, MPR 2014, 37 (42); einschränkend bejahend (soweit eine „organisatorische Anbindung“ gegeben ist) *Kargl* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 38a; m. Einschränkungen auch *Cornelius*, StV 2016, 380 (387); a.A. LG Flensburg, Urt. v. 5.7.2013 – 4 O 54/11, Juris-Rz. 35 = GesR 2014, 305; *Schünemann* (o. Fn. 33), § 203 Rz. 78 ff.; *Hoyer* in Wolter, SK-StGB, 138. EL 2013, § 203 Rz. 48; s.a. noch *Cierniak/Pohlitz* (o. Fn. 35), § 203 Rz. 53, 123.
- 41 S. bisher § 11 BDSG; künftig Art. 28 f. DSGVO.
- 42 Kontroll- und Weisungsrechte, vgl. § 11 Abs. 2 Nr. 7 und 9 BDSG a.F.; vgl. ab dem 25.5.2018 Art. 28 Abs. 3 lit. a und h sowie Art. 29 DSGVO.
- 43 *Heghmanns/Niehaus*, NSTZ 2008, 57 (61 f.); *Cornelius*, StV 2016, 380 (387) m.w.N.; krit. zur praktischen Umsetzbarkeit *Kargl* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 38a.

ten Gehilfenbegriff⁴⁴ nicht lösen ließ, denn das Patienten-geheimnis beansprucht grundsätzlich auch Geltung zwischen den mit Strafe bedrohten Geheimnisträgern.⁴⁵ Die Einbeziehung externer Dienstleister in die Strafandrohung allein hätte die eigentlich relevante Frage nicht beantworten können, warum eine Informationseröffnung gegenüber diesen Personen-gruppen kein strafbares Offenbaren darstellen soll. Das Schlag-wort „Gehilfe“ brachte insoweit keinen „zusätzlichen Freiraum für tatbestandslose Mitteilungen“⁴⁶. Es bedurfte vielmehr einer Befugnis für den primären Berufsgeheimnisträger.⁴⁷ Demnach wurde überwiegend angenommen, dass eine Einschaltung exter-ner Dienstleister nur mit der Einwilligung des Patienten straffrei ist, soweit nicht Maßnahmen der (faktischen) Anony-misierung,⁴⁸ Pseudonymisierung oder Verschlüsselung ergrif-fen werden können und dadurch der Bezug zum Geheimnis-herren aufgehoben wird.⁴⁹ Es wurde dagegen darauf hingewie-sen, dass diese „Alternativen“ nicht praktikabel seien,⁵⁰ auch weil technisch-organisatorische Lösungen an Grenzen stoßen würden.⁵¹ Die Einwilligung wurde vielfach als unpraktisch an-gesehen⁵² und sie wird in der Praxis häufig keine unverfälschte Legitimationsgrundlage sein, wenn sie zugleich zur Bedingung für die Behandlung gemacht wird.⁵³ Lag eine (wirksame) Ein-willigung nicht vor, konnte sich der Berufsgeheimnisträger in Ermangelung einer gesetzlichen Erlaubnis mithin strafbar ma-chen, indem er dem externen Dienstleister Patientengeheimnisse zugänglich macht.⁵⁴ Der externe Dienstleister unterlag sei-nerseits keiner strafbewehrten Geheimhaltungspflicht, so dass bei einer Offenbarung durch ihn das Patientengeheimnis schutzlos stand.

Datenschutzrechtlich lagen in der Regel keine unüberwind-baren Hürden vor, denn soweit zwischen dem Berufsgeheim-nisträger und dem IT-Dienstleister eine Auftragsdatenverarbei-tung vereinbart wurde, soll die „Übermittlung“⁵⁵ von Gesund-heitsdaten an diese Dienstleister gem. § 3 Abs. 8 S. 3 i.V.m. § 11 BDSG zulässig sein. Eine „Befugnis“ im strafrechtlichen Sinne war damit indes nicht gegeben.⁵⁶

Es bestanden damit jedenfalls aus dem Blickwinkel des Straf-rechts erhebliche rechtliche Risiken für die Berufsgeheimnis-träger, wenn sie externe Dienstleister in Anspruch nehmen wollten. Diese Regelungslage war nach Auffassung vieler nicht mehr zeitgemäß und beeinträchtigte die Berufsfreiheit.⁵⁷ Es war notwendig, den bisherigen Wertungswiderspruch zwischen dem Datenschutzrecht und dem (strafrechtlichen) Geheimnis-schutzrecht im Bereich der unterstützenden Dienstleistungen durch Externe aufzuheben.

IV. Die Neuregelungen in § 203 StGB im Überblick

Der Gesetzgeber verfolgte mit dem Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen das Ziel einer Einschränkung der Strafbarkeit von Berufsgeheimnisträgern.⁵⁸ Es bestand nach seiner Auffassung ein Handlungsbedarf, die Möglichkeiten für Berufsgeheimnisträger zu erweitern, damit diese sich im Rahmen ihrer beruflichen oder dienstlichen Tä-tigkeit ohne (straf-)rechtliches Risiko der Mitwirkung dritter Personen bedienen können.⁵⁹ Das Gesetz hatte der Bundestag bereits am 29.6.2017 beschlossen.⁶⁰ Der Bundesrat billigte es und verzichtete in seiner 960. Sitzung am 22.9.2017 auf die An-rufung des Vermittlungsausschusses (Art. 77 Abs. 2 GG).⁶¹ Da-

mit konnte das Gesetz am 8.11.2017 verkündet werden und gilt seit dem 9.11.2017. Durch die Änderungen in den Abs. 3 und 4 der Strafnorm wird auch Ärzten die Verlagerung von bestimm-ten Dienstleistungen auf externe Anbieter im Rahmen ihrer be-ruflichen Tätigkeit ermöglicht. Zusammen mit der Neurege-lung der Vorschrift im StGB sowie einer Anpassung der Zeug-nisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote in §§ 53a und 97 StPO⁶² erfolgte auch eine Neuregelung von berufsrecht-lichen Vorschriften bestimmter Berufsgruppen (z.B. § 43e BRAO).⁶³ Die Berufsgruppe der Ärzte ist davon nicht erfasst, denn es fehlte an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den medizinischen Bereich.

44 Kargl, StV 2017, 482 (484).

45 BayObLG, Urt. v. 8.11.1994 – 2 St RR 157/94, MDR 1995, 515 = NSStZ 1995, 187; vgl. auch BGH, Urt. v. 10.7.1991 – VIII ZR 296/90, BGHZ 115, 123 (128 f.) = MDR 1991, 1035; BGH, Urt. v. 11.12.1991 – VIII ZR 4/91, BGHZ 116, 268 (272) = MDR 1992, 226; s. jew. m.w.N. Cierniak/Pohlitz (o. Fn. 35), § 203 Rz. 52; Dochow, Fn. 8, S. 872 f.; zust. Cornelius, StV 2016, 380 (385); Kargl (o. Fn. 27), § 203 Rz. 19.

46 Sieber in Arnold et al., FS Eser, 2005, S. 1165.

47 Diese ergab sich nicht direkt aus § 203 Abs. 3 S. 2 StGB a.F. (a.A. Brügge-mann/Rein, DStR 2017, 2572 [2573]), sondern erst im Wege der Aus-legung (Wertung bzw. Rückschluss) auf dogmatisch unterschiedlichen Wegen (s. bei Fn. 37 f. sowie Dochow, Fn. 8, S. 874 ff.).

48 Eine vollständige Anonymisierung ist im ärztlichen Bereich nicht sinn-voll, vgl. Schuster, medstra 2015, 280 (282). Daher ist bei Weitergabe an Dritte eine Pseudonymisierung mit der Folge einer faktischen Anony-mität für den Empfänger (str.) denkbar.

49 In diesem Fall läge keine Offenbarung vor, soweit es nicht zu einer Indi-vidualisierung des Betroffenen kommt, statt Vieler s. Cierniak/Niehaus (o. Fn. 27), § 203 Rz. 51; teilw. str. Cornelius, StV 2016, 380 (384) m.w.N.; zu den Alternativen s. Hartung/Steinweg, BB 2017, 2081 (2084); s.a. Do-chow, Fn. 8, S. 816 f.; 907 f.; Schuster, medstra 2015, 280 (282).

50 Cierniak/Pohlitz (o. Fn. 35), § 203 Rz. 53 m.w.N.; s.a. dies.; 3. Aufl. 2017, § 203 Rz. 56; Cornelius, StV 2016, 380 (384); vgl. Hartung/Steinweg, BB 2017, 2081 (2084); Pohle/Ghaffari, CR 2017, 489 (491); Jandt/Roßnagel/Wilke, NZS 2011, 641 (645); dag. zur Pseudonymisierung Hartung, VersR 2012, 400 (402, 405).

51 Pohle/Ghaffari, CR 2017, 489 (491); vgl. teilw. auch Fechtner/Haßdenteu-fel, CR 2017, 355 (358) (bzgl. SaaS).

52 Jüngst zum Versicherungsgeschäft als Massengeschäft Pohle/Ghaffari, CR 2017, 489 (490); s.a. Buchner, MedR 2013, 337 (340) Oehler, Geburtsh Frauenheilk 2017, 812 (813); Schuster, medstra 2015, 280 (282 f.).

53 Buchner, MedR 2013, 337 (340); näher Dochow, Fn. 8, S. 718 ff.

54 Vgl. zur Abtretung von Honorarforderung an eine gewerbliche Verrech-nungsstelle OLG Oldenburg, Urt. v. 12.8.2015 – 5 U 27/15, Juris-Rz. 43.

55 Wegen § 3 Abs. 8 S. 3 BDSG handelte es sich bislang nicht um eine Über-mittlung i.S.v. § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG, denn der Auftragnehmer ist kein Dritter i.S.d. Datenschutzrechts.

56 S. v.a. § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG, wie hier Jandt/Roßnagel/Wilke, NZS 2011, 641 (645); dies erwägen aber wohl Brüggemann/Rein, DStR 2017, 2572 (2576).

57 Statt vieler Preuß, DuD 2016, 802 (807) m.w.N.

58 BT-Drucks. 18/11936, 1.

59 BT-Drucks. 18/11936, 1, 18 f.; BT-Drucks. 18/12940, 1.

60 S. den Regierungsentwurf BT-Drucks. 18/11936 und die Beschlussemp-fehlung BT-Drucks. 18/12940 mit Änderungen zu den Zeugnisverweige-rungsrechten.

61 BR-Drucks. 608/17 (B).

62 Auf Anraten des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 12940, (Art. 2), S. 3 f.; 11 ff.; s. zunächst in einem anderen Gesetzgebungsvorhaben, BR-Drucks. 431/16 (Art. 12), S. 62 f., 276 ff., vgl. auch BT-Drucks. 18/11936, 21.

63 Dazu im Überblick z.B. Hoeren, ZD 2017, 501 f.

1. Neuer Oberbegriff der mitwirkenden Personen

Das Gesetz differenziert zwischen Personen, die berufsmäßig als Gehilfen oder zur Vorbereitung auf den Beruf an der Tätigkeit des Berufsgeheimnisträgers mitwirken und den sonstigen sowie weiteren an der Berufstätigkeit mitwirkenden Personen. Neu eingeführt wurde der Oberbegriff der „mitwirkenden Person“⁶⁴. Er umfasst demnach vier Typen:

- *berufsmäßig tätige Gehilfen* (§ 203 Abs. 3 S. 1 Var. 1 StGB),
- *zur Vorbereitung auf den Beruf* bei den Berufsgeheimnisträgern *tätige Personen* (§ 203 Abs. 3 S. 1 Var. 2 StGB),
- *sonstige* an der beruflichen Tätigkeit *mitwirkende Personen* (§ 203 Abs. 3 S. 2 Halbs. 1 StGB) und
- *weitere* an der beruflichen Tätigkeit *mitwirkende Personen* (§ 203 Abs. 3 S. 2 Halbs. 2 StGB).

Berufsmäßig tätige Gehilfen üben eine auf die berufliche Tätigkeit des jeweiligen primären Berufsgeheimnisträgers bezogene unterstützende Tätigkeit nicht nur gelegentlich aus, welche die Kenntnis fremder Geheimnisse mit sich bringt oder ermöglicht.⁶⁵ Während diese und die zur Vorbereitung auf den Beruf bei den Berufsgeheimnisträgern tätigen Personen zumeist interne Hilfspersonen sind, die dem primär zur Verschwiegenheit Verpflichteten untergeordnet sind⁶⁶ und bei diesem „unmittelbar eingebunden“ sowie organisatorisch eingegliedert agieren, sind die übrigen mitwirkenden Personen externe nicht angestellte Hilfskräfte bzw. externe Dienstleister,⁶⁷ die selbstständig oder in den Betrieb eines Dritten eingebunden sind⁶⁸ und für den primären Geheimnisträger ebenfalls unterstützende Tätigkeiten ausführen. Bei ihnen fehlt es an der organisatorischen Eingliederung in die „Sphäre“⁶⁹ bzw. den Betrieb des primären Geheimnisträgers und – soweit vereinzelt vorausgesetzt – an der Weisungsgebundenheit.

Einer erweiternden Auslegung des Gehilfenbegriffs ist mit der neuen Systematik die Grundlage entzogen.⁷⁰ Der Gesetzgeber schafft vielmehr eine weitere Kategorie von Personen, die an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit unterstützend mitwirken. Er nennt exemplarisch einige Dienste, die sich für den ärztlichen Bereich wie folgt klassifizieren lassen:⁷¹

- Unterstützung der unternehmerischen Tätigkeit und der wirtschaftlichen *Praxisorganisation*: Rechnungswesen (Abrechnungsstellen), Buchprüfung und Steuerberatung,
- Unterstützung der *Praxiskommunikation*, z.B. durch Schreibdienste,
- Unterstützungsleistungen für die *Praxisdokumentation*, z.B. Aktenvernichtung oder -archivierung, Cloud-Dienste als informationstechnische Anlagen und Systeme zur externen Speicherung digitalisierter Krankenunterlagen und Patientenakten außerhalb der Arztpraxis⁷² und
- Bereitstellung und Wartung von informations- und kommunikationstechnischer *Praxisinfrastruktur*: Telekommunikationsdienste (Telefon und E-Mail-Dienste), Einrichtung, Betrieb, Wartung – einschließlich der Fernwartung – und Anpassung informationstechnischer Anlagen, Anwendungen und Systeme aller Art (z.B. entsprechend ausgestattete medizinische Geräte), z.B. Systemadministration der Praxis-IT.

2. Klarstellung der Rechtslage hinsichtlich der berufsmäßig tätigen Gehilfen

Bei den berufsmäßig tätigen Gehilfen⁷³ soll bereits keine tatbestandliche Offenbarung vorliegen, wenn Berufsgeheimnisträger ihnen Geheimnisse zugänglich machen. Damit wird klargestellt, was im strafrechtlichen Schrifttum zum Teil anerkannt war:⁷⁴ Die tatbestandliche Offenbarung wird ausgeschlossen⁷⁵ für den Fall, dass interne Hilfspersonen eingesetzt werden.⁷⁶ Aus dieser Regelung folgt indes nicht, dass Berufsgeheimnisträger den Gehilfen ohne weiteres Geheimnisse offenbaren dürften,⁷⁷ allein weil sie als Geheimnisträger der Strafbarkeit gem. § 203 Abs. 4 S. 1 StGB unterfallen. Wie bisher gilt die Schweigepflicht grundsätzlich auch gegenüber anderen Geheimnisträgern.⁷⁸ „Angesichts der nicht eingrenzenden Vielzahl von Personen, die einer Schweigepflicht unterworfen sind, wäre [...] der Schutz des § 203 StGB illusorisch, wollte man die Mitteilung an jede von ihnen als nicht tatbestandsmäßig ansehen.“⁷⁹ Eine Offenbarung ist demnach nur dann straffrei, wenn die berufsmäßig tätigen Gehilfen bei den primären Berufsgeheimnisträgern tätig sind,⁸⁰ organisatorisch eingegliedert

64 Erstmals in § 203 Abs. 4 S. 1 StGB; vgl. auch BT-Drucks. 18/11936, 21.

65 *Cierniak/Niehaus* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 123.

66 *Fischer*, medstra 2017, 321.

67 Die Unterscheidung zwischen internen (§ 203 Abs. 3 S. 1 StGB) und externen (§ 203 Abs. 3 S. 2 StGB) Mitwirkenden wird damit nicht aufgegeben, a.A. *Momsen*, Stellungnahme zu BR-Drucks. 163/17, 2017, S. 1.

68 BT-Drucks. 18/11936, 18. Bemerkenswert ist die nicht immer konsequent durchgehaltene Unterscheidung zwischen „unmittelbar eingebundenen und eingegliederten“ und „unmittelbar eingebundenen, aber nicht eingegliederten“ mitwirkenden Personen in BT-Drucks. 18/11936, 2 u. 22.

69 BT-Drucks. 18/11936, 2, 22.

70 So auch *Cierniak/Niehaus* in MünchKommStGB, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 203 Rz. 134.

71 Vgl. nachfolgend, soweit nicht anders gekennzeichnet, BT-Drucks. 18/11936, 22.

72 S. BT-Drucks. 18/11936, 18 u. 22; m. Bsp. *Schuster*, medstra 2015, 280; „Cloud-Dienst“ ist ein wenig spezifischer Oberbegriff für eine Vielzahl von Diensten (s. dazu jew. m.w.N. *Cornelius*, StV 2016, 380; *Hartung/Steinweg*, BB 2017, 2081). Deswegen ist fraglich, ob bzw. welche Cloud-Dienste erfasst werden, s. *Momsen* (o. Fn. 67), S. 5 unter Hinweis auf z.B. SaaS (Software as a Service) oder IaaS (Infrastructure as a Service); *Momsen/Savic*, KriPoZ 2017, 301 (302); s. krit. auch *Grupp*, AnwBl. 2017, 507 (510 f.) m.w.N.; *ders.* PinG 2017, 55 (59), s. dazu auch *Pohle/Ghaffari*, CR 2017, 489 (492) m.w.N.

73 Ebenso die nachfolgend nicht mehr gesondert erwähnten Personen, die bei dem Berufsgeheimnisträger zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind.

74 Vgl. BT-Drucks. 18/11936, 2, 17, 21, 27, u. S. 45: „keine Rechtsänderung“; *Eisele*, Stellungnahme zu BT-Drucks. 18/11936, 2017, S. 2: „deklaratorische Feststellung“; nach a.A. von *Fischer*, medstra 2017, 321 entspricht Abs. 3 S. 1 n.F. dem Abs. 3 S. 2 a.F. Dem ist nicht zuzustimmen, da Abs. 3 S. 2 a.F. die darin genannten Personen durch eine Gleichstellung lediglich zu Adressaten der Strafvorschrift machte (diese Funktion übernimmt nun Abs. 4 S. 1 StGB), jedoch anders als Abs. 3 S. 1 n.F. nicht die tatbestandliche Offenbarung verneinte.

75 Der o.g. (Fn. 37 f.) Streit hat sich insoweit erledigt.

76 Vgl. BT-Drucks. 18/11936, 2, 21, 23, 27; *Cierniak/Niehaus* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 53.

77 *Dochow*, Fn. 8, S. 889; zumindest missverständlich *Hartung/Steinweg*, BB 2017, 2081 (2086).

78 O. Fn. 45.

79 BayObLG, Urt. v. 8.11.1994 – 2 St RR 157/94, MDR 1995, 515 = NStZ 1995, 187.

80 § 203 Abs. 3 S. 1 StGB: „den bei ihnen berufsmäßig tätigen Gehilfen“.

sind und unmittelbar an der beruflichen Tätigkeit mitwirken.⁸¹ Sie zählen dann, weil sie vom Geheimnis ohnehin Kenntnis erlangen, zum „Kreis der Wissenden“ oder, weil sie zur (ordnungsgemäßen) Erledigung der ihnen übertragenen Aufgaben⁸² beim Berufsgeheimnisträger die Informationen benötigen, zum „Kreis der zum Wissen Berufenen“.⁸³ Sie nehmen im Rahmen ihrer beruflichen Aufgaben am konkreten Vertrauensverhältnis des Berufsgeheimnisträgers teil, so dass die Weitergabe von Informationen an sie kein Unrecht darstellt.⁸⁴

3. Einschränkung der Strafbarkeit durch neue Befugnis zur Offenbarung

Hinsichtlich der „sonstigen mitwirkenden Personen“, welche die berufliche Tätigkeit des Arztes unterstützen, ist die Offenbarung zwar tatbestandsmäßig,⁸⁵ aber gem. § 203 Abs. 3 S. 2 Halbs. 1 StGB nicht unbefugt.⁸⁶ Es erfolgte damit nicht lediglich eine Klarstellung⁸⁷ zur bisherigen Rechtslage, sondern in Erweiterung der bisher anerkannten Möglichkeiten wurde eine Befugnisgrundlage im Bereich des Strafrechts⁸⁸ geschaffen, welche die Rechtswidrigkeit der Offenbarung gem. § 203 Abs. 1 StGB entfallen lässt.⁸⁹ Der Berufsgeheimnisträger handelt „befugt und damit nicht rechtswidrig“.⁹⁰ Das Gleiche gilt gem. § 203 Abs. 3 S. 2 Halbs. 2 StGB für die sonstigen mitwirkenden Personen, „wenn diese sich weiterer Personen bedienen, die an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit“ des Berufsgeheimnisträgers mitwirken. Bei diesen „weiteren mitwirkenden Personen“ handelt es sich um Unterauftragnehmer, derer sich die sonstige mitwirkende Person bedienen kann.

4. Erweiterung des Kreises der Normadressaten

Die durch § 203 Abs. 3 S. 2 StGB erfolgte „Verringerung des Geheimnisschutzes“⁹¹ soll durch eine Einbeziehung der sonstigen und weiteren mitwirkenden Personen in die Strafbarkeit „kompensiert“ werden.⁹² Nach § 203 Abs. 4 S. 1 StGB machen sich nicht mehr nur die berufsmäßig tätigen Gehilfen (§ 203 Abs. 3 S. 2 StGB a.F.)⁹³, sondern alle Personen, die an der Berufstätigkeit mitwirken, strafbar, wenn sie ein Berufsgeheimnis offenbaren, das ihnen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt geworden ist.

5. Neue Pflicht, Sorge zur Verpflichtung zur Geheimhaltung zu tragen

Ferner kann sich nach der Neuregelung des § 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB der primäre Berufsgeheimnisträger strafbar machen, wenn er „nicht dafür Sorge getragen“ hat, dass die von ihm beauftragte sonstige mitwirkende Person, die unbefugt ein fremdes, ihr bei der Ausübung oder bei Gelegenheit ihrer Tätigkeit bekannt gewordenes Geheimnis offenbart, „zur Geheimhaltung verpflichtet“ wurde. Hinsichtlich der weiteren mitwirkenden Personen besteht eine solche strafbewehrte Verpflichtung für den Berufsgeheimnisträger nicht. Vielmehr hat die sonstige mitwirkende Person ihrem Unterauftragnehmer gegenüber diese Pflicht zu erfüllen, will sie sich nicht selbst gem. § 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB strafbar machen.

V. Kritik und Auswirkungen

Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestand unzweifelhaft.⁹⁴ Im Vergleich zur vorherigen Rechtslage scheint der Gesetzgeber die Rechtssicherheit für Berufsgeheimnisträger, je-

denfalls auf den ersten Blick, gestärkt zu haben. Dass der Gesetzgeber die Möglichkeiten für Berufsgeheimnisträger erweitern wollte, sich im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit der Mitwirkung dritter Personen zu bedienen, indem rechtliche Hürden beseitigt werden, ist aus wirtschaftlicher und praktischer Sicht⁹⁵ nachvollziehbar. Es erfolgt dadurch zugleich eine Anpassung an die Umstände, welche die Digitalisierung in der Medizin sowie die Anforderungen an die technisch komplexen und arbeitsteiligen Arbeitsabläufe in Arztpraxen und anderen Einrichtungen des Gesundheitswesens mit sich bringen.

Mit dem Artikel-Gesetz wurde zu diesem Zweck der dogmatisch korrekte Ansatz verfolgt, durch Schaffung einer Befugnisnorm zum einen den Kreis derjenigen zu erweitern, die vom Patientengeheimnis legitimerweise Kenntnis erlangen dürfen, und zum anderen den Schutz des Patientengeheimnisses auf die zusätzlich in das Vertrauensverhältnis einbezogenen Personen zu erstrecken.⁹⁶ Zwar führt die veränderte Gesetzeslage zur Auflösung des früheren Meinungsstreits. Die Ausgestaltung des Gesetzes lässt aber neue Streitigkeiten über die Auslegung der unbestimmten Tatbestandsmerkmale erwarten. Nicht näher bestimmt sind in der Strafnorm vor allem die Voraussetzungen, unter denen die Weitergabe und das Zugänglichmachen von Geheimnissen erlaubt sein sollen.

1. Der unscharfe Begriff der „sonstigen mitwirkenden Person“

Der Erlaubnistatbestand des § 203 Abs. 3 S. 2 StGB ist durch die unscharfe Begriffswahl⁹⁷ höchst unpräzise.⁹⁸ Vor allem das „Mitwirken“ ist sehr weit zu verstehen mit der Folge, dass ein

81 S.o. bei III.; vgl. *Cierniak/Niehaus* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 53.

82 *Cierniak/Niehaus* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 53.

83 *Dochow*, Fn. 8, S. 811 ff., 888 ff.

84 Vgl. *Eisele* (o. Fn. 74), S. 2.

85 A.A. wohl *Pohle/Ghaffari*, CR 2017, 489 (491), die jedenfalls nicht zwischen den berufsmäßig tätigen Gehilfen und sonstigen mitwirkenden Personen unterscheiden.

86 BT-Drucks. 18/11936, 28.

87 So aber *Dahms*, NJW-Spezial 24/2017, 766: „klarstellende Änderung“.

88 BT-Drucks. 18/11936, 1: „Befugnisnorm“.

89 Vgl. BT-Drucks. 18/11936, 19: „Schaffung eines strafrechtlichen Erlaubnistatbestandes (...), der zum Entfallen der Rechtswidrigkeit des Offenbarens führt“; vgl. auch S. 22.

90 Vgl. BT-Drucks. 18/11936, 2 sowie S. 28: „nicht unbefugt“; „zwar tatbestandsmäßig, aber letztlich erlaubt“.

91 BT-Drucks. 18/11936, 2, 20.

92 BT-Drucks. 18/11936, 2, 23, 45.

93 Diese werden unter dem in § 203 Abs. 4 S. 1 StGB verwendeten Oberbegriff der mitwirkenden Person erfasst und sind damit unverändert Adressaten der Strafnorm.

94 S. schon Entschließung der 89. DSK am 18/19.3.2015 in Wiesbaden, abrufrbar unter: file:///C:/Users/CARSTE~1/AppData/Local/Temp/89DSK_E_Health-1.pdf, „der Gesetzgeber (müsse) Rechtssicherheit schaffen, unter welchen Voraussetzungen Berufsgeheimnisträger externe Dienstleister einschalten dürfen.“; s.a. *Kargl*, StV 2017, 482 m.w.N.

95 Zum praktischen Bedürfnis s. BT-Drucks. 18/11936, 1, 17 f.; *Kargl* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 21 m.w.N.

96 I. Erg. ebenfalls zust. *Kargl*, StV 2017, 482 (488); s.a. *Eisele* (o. Fn. 74), S. 3.

97 Die Ausführungen beziehen sich entsprechend auf den Begriff der „weiteren mitwirkenden Person“.

98 S.a. die Synonyme „sonstige“ und „weitere“ mitwirkende Personen.

weit größerer Kreis von Personen am Wissen über das Patientengeheimnis partizipieren kann als bisher. Es kommt darauf an, dass die betreffende Person an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit der schweigepflichtigen Person mitwirkt. Ausweislich der Gesetzesbegründung sind „diejenigen Personen erfasst, die [...] in diese Tätigkeit *in irgendeiner Weise* eingebunden werden und Beiträge dazu leisten, allerdings ohne in die Sphäre des Berufsgeheimnisträgers eingegliedert zu sein.“⁹⁹ Eine organisatorische Einbindung ist ebenso wenig erforderlich wie tatsächliche und effektive Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten des primären Berufsgeheimnisträgers. Damit fällt der Gesetzgeber hinter die Anforderungen zurück, die nach bisher vertretenen Meinungen zum erweiterten Gehilfenbegriff erfüllt sein mussten.¹⁰⁰ Die Offenbarung von Geheimnissen gegenüber externen Dritten ist in einem bisher nach keiner Auffassung geforderten Umfang zulässig.

Es erfolgt im Tatbestand keine Beschränkung auf bestimmte Arten von mitwirkenden Tätigkeiten und Dienstleistungen. Die Aufzählung in der Gesetzesbegründung ist bewusst nicht abschließend („insbesondere“) und es wird betont, dass kein möglicher Rechtsgrund ausgeschlossen werden soll, auf dem eine sonstige Mitwirkung beruhen kann.¹⁰¹ Einbezogen werden könnten mit einer weiten Auslegung somit private Verrechnungsstellen oder Kassenärztliche Vereinigungen, die bei der Abrechnung und verwaltungstechnischen Abwicklung der Behandlung mitwirken,¹⁰² sowie Versicherungen oder Labore.¹⁰³ Es werden vereinzelt sogar Reinigungskräfte genannt.¹⁰⁴ Auch die fachliche Unterstützung durch ärztliche Kollegen im Rahmen der „gemeinschaftlichen Berufsausübung“¹⁰⁵ soll offenbar dem Begriff unterfallen.¹⁰⁶ Dass indes im Rahmen der ärztlichen Arbeitsteilung jeder die „mitwirkende Person“ des anderen ist, erscheint nicht plausibel und würde den Erlaubnistatbestand in Ansehung des gesetzgeberischen Motivs zu weit ausdehnen.¹⁰⁷

Im Rahmen der Auslegung ergibt sich, dass für die Mitwirkung im Begriffsinne ein funktionaler Zusammenhang zwischen der beruflichen Tätigkeit des Berufsgeheimnisträgers und der Unterstützungshandlung der mitwirkenden Person gegeben sein muss.¹⁰⁸ Das ist der Fall, „wenn die mitwirkende Person *unmittelbar* mit der beruflichen Tätigkeit der schweigepflichtigen Person, ihrer Vorbereitung, Durchführung, Auswertung und Verwaltung befasst ist.“¹⁰⁹ Eine nur mittelbare Mitwirkung genügt nicht.¹¹⁰ Es kommt auf eine „materielle Berufsbezogenheit“ an, bei der die funktionale Verbindung zu der beruflichen Tätigkeit des Arztes von Bedeutung ist. Es muss mithin eine Bindung an den Aufgabenkreis des Berufsgeheimnisträgers¹¹¹ bestehen, ohne dass eine Beteiligung an der eigentlichen Kernaufgabe¹¹² erfolgen muss. Dass – wie bei berufsmäßigen Gehilfen – jedenfalls ein funktionaler Zusammenhang gegeben sein muss, lässt sich der aus dem Wortsinn abzuleitenden „Verwandtschaft“ der vier Typen „mitwirkender Personen“ entnehmen.

Weil der Tatbestand ungeachtet dessen sehr „offen gestaltet“¹¹³ ist, wird das Outsourcing infolge der Gesetzgebung in weitgehendem Umfang aus dem Anwendungsbereich des § 203 StGB ausgenommen.¹¹⁴ Soweit aufgrund vor allem der bisherigen rechtlichen Hürden Ärzte in Praxen ihre Informationssysteme zumeist weitgehend selbst betrieben und allenfalls Wartungsdienstleistungen in Anspruch genommen haben, wird eine umfassende Auslagerung dieser Aufgaben nunmehr mög-

lich. Einerseits kann, abstrakt betrachtet, eine unbegrenzte Zahl an IT-Spezialisten Kenntnis von Informationen aus mitunter hochsensiblen Verarbeitungskontexten nehmen. Andererseits ist damit die Strafdrohung faktisch in das „Uferlose“ geführt worden.¹¹⁵

2. Das unsichere Kriterium der Erforderlichkeit

Die Offenbarung gem. § 203 Abs. 3 S. 2 StGB ist nur zulässig, „soweit dies für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Personen erforderlich ist“. Nicht vom Merkmal der Erforderlichkeit erfasst ist nach dem Wortsinn damit, ob die Einbeziehung der mitwirkenden Person (bzw. der Dienstleistung) als solche überhaupt notwendig ist oder ob sich möglicherweise Alternativen aufdrängen, die das geschützte Rechtsgut weniger stark beeinträchtigen. Insoweit kann das Merkmal nicht zu einer Begrenzung des „mitwirkenden“ Personenkreises führen. Ein darauf gerichtetes Kriterium der Erforderlichkeit wäre kaum sinnvoll, weil vom Berufsgeheimnisträger eine dahingehende fachliche Einschätzung nicht erwartet werden kann.¹¹⁶ Der Gesetzgeber hat die Notwendigkeit der Einbeziehung externer Dienstleister von vornherein unterstellt¹¹⁷ und eine Begrenzung, z.B. auf bestimmte wichtige Bereiche der Mitwirkung, offenbar nicht in das Gesetz aufnehmen wollen.

Das vorgesehene Kriterium der Erforderlichkeit begrenzt allein den Umfang der Offenbarung. Die sonstige mitwirkende Person darf nicht mehr von den geschützten Geheimnissen erfahren, als sie notwendigerweise erfahren muss, um die ihr übertragen-

99 BT-Drucks. 18/11936, 22 (Hervorhebung durch den Verf.).

100 Vgl. *Cierniak/Niehaus* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 56.

101 BT-Drucks. 18/11936, 22.

102 Zu diesen u.w. Bsp. s. *Dochow*, Fn. 8, S. 1347 f.; s. i.Ü. o. IV., 1.

103 *Fischer*, medstra 2017, 321.

104 *Grupp*, AnwBl. 2017, 507; *Kallenbach*, Anwaltsblatt.de v. 22.9.2017, abrufbar unter: <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/anwaeltinnen-und-anwaelte/berufsrecht/bundesrat-winkt-gesetz-zum-outsourcing-in-kanzleien-durch> (Zugriff am 7.12.2017).

105 BT-Drucks. 18/11936, 22.

106 Vgl. die Überlegungen für Supervisoren und Vorgesetzte bei *Frederichs*, *reportpsychologie*, 9/2017, 356 (357).

107 I.Erg. abl. *Dochow*, Fn. 8, S. 1352 ff.

108 Vgl. OLG Hamm NSTZ 2010, 164; *Eisenberg*, in *Eisenberg*, *Beweisrecht der StPO*, 10. Aufl. 2017, III., Rz. 1258 m.w.N.; *Kargl*, StV 2017, 482 (486); vgl. auch *Momsen* (o. Fn. 67), S. 2, 7.

109 BT-Drucks. 18/11936, 22; zust. *Kargl*, StV 2017, 482, 486; a.A. *Hartung/Steinweg*, BB 2017, 2081 (2086): „kein enger Bezug zur beruflichen Tätigkeit“. Weil die Berufsbezogenheit vom Wortsinn erfasst ist, bedarf es einer Ergänzung um das Merkmal der „berufsmäßigen“ Mitwirkung nicht, so aber *Gehring*, *Stellungnahme zu BT-Drucks. 18/11936*, 2017, S. 2.

110 Vgl. BT-Drucks. 18/12940, 12.

111 Vgl. *Cierniak/Pohlitz* (o. Fn. 35), § 203 Rz. 125.

112 Vgl. *Heghmanns/Niehaus*, NSTZ 2008, 57 (59).

113 Die „erfreulich“ offene Gestaltung begrüßen *Hartung/Steinweg*, BB 2017, 2081; sehr „weit zu verstehen“, *Grupp*, AnwBl. 2017, 507 (510).

114 *Cierniak/Niehaus* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 133.

115 Vgl. zu entsprechenden Vorbehalten gegen eine weite Auslegung des Gehilfenbegriffs schon *Schünemann* (o. Fn. 33), § 203 Rz. 79; *Lenckner/Eisele* (o. Fn. 14), § 203 Rz. 64a; krit. zur Ausweitung des Täterkreises *Kargl*, StV 2017, 482 (488): dem „Flickenteppich des Täterkatalogs“ werde ein „weiteres heterogenes Element“ hinzugefügt.

116 *Eisele* (o. Fn. 74), S. 3.

117 Vgl. *Frederichs*, *reportpsychologie*, 9/2017, 356 (356) „als selbstverständlich erachtet“; ähnl. *Sinn*, *Stellungnahme zu BT-Drucks. 18/11936*, 2017, S. 2 f.

de Tätigkeit auszuführen.¹¹⁸ Werden darüber hinaus weitere Geheimnisse offenbart, führt dies zur Strafbarkeit des Berufsgeheimnisträgers. Bei der Reduzierung des Offenbarungsumfanges auf ein Minimum kommt es also darauf an, soviel Informationen wie nötig, aber so wenig wie möglich¹¹⁹ preiszugeben.

Das Kriterium der Erforderlichkeit soll in Ansehung der großzügigen Einschränkung der Strafbarkeit als Korrektiv dem Rechtsgutschutz dienen.¹²⁰ Das Merkmal ist im Rahmen von Rechtfertigungsgründen zwar nicht unbekannt¹²¹; im vorliegenden Kontext ist es jedoch unscharf. Wie das „erforderliche Ausmaß“¹²² bestimmt werden soll, bleibt unklar.¹²³ Der Gesetzgeber gibt keine spezifischen Maßstäbe vor. Es wird anhand einiger Beispiele in der Gesetzesbegründung skizziert und nur ganz allgemein auf die Möglichkeit verwiesen, die Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Personen „überhaupt sinnvoll in Anspruch nehmen“ zu können.¹²⁴ Das deutet auf eine vorrangige Heranziehung von Wirtschaftlichkeits- oder Effektivitätserwägungen hin.¹²⁵ „Sinnvoll“ oder „hilfreich“ kann es durchaus sein, zur Optimierung der Abrechnung ganze Patientenakten oder alle Informationen aus einem Arztinformationssystem an eine Privatärztliche Verrechnungsstelle weiterzuleiten, weil nur derjenige, der die Abrechnung erstellt, beurteilen kann, welche Informationen abrechnungsrelevant sind. Demgegenüber kann die Auslegung auch am strikteren Maßstab der „Unvermeidbarkeit“¹²⁶ einer Offenbarung ausgerichtet werden. Vorzugswürdig erscheint indes eine Orientierung zwischen „sinnvoll“ und „unvermeidbar“:

Wegen des verfassungsrechtlich geschützten Vertrauensverhältnisses und dem Regelungszweck von § 203 StGB ist im Ausgangspunkt zu fordern, bei der Prüfung der Erforderlichkeit strenge Maßstäbe anzulegen.¹²⁷ Eine Begrenzung z.B. auf eine „ordnungsgemäße“ Inanspruchnahme bzw. Erbringung der Leistung ist vom Wortsinn des § 203 Abs. 3 S. 2 StGB zwar nicht vorgesehen.¹²⁸ Es könnte für die Auslegung des Merkmals aber auf die jeweilige Art der übertragenen Aufgabe abgestellt werden, um zu beurteilen, ob überhaupt eine inhaltliche Befassung mit den Geheimnissen notwendig oder zwangsläufig eine Kenntnissnahme durch den Auftragnehmer geboten ist.¹²⁹ Ferner dürfte es interessengerecht sein, von mehreren alternativ zur Verfügung stehenden Mitteln, dasjenige als vorzugswürdig anzusehen, das nach Art und Ausmaß der mit ihm verbundenen Beeinträchtigung des von § 203 StGB geschützten Rechtsgutes die geringsten Einbußen hinterlässt, also das relativ mildeste Mittel darstellt.¹³⁰ Dass die Offenbarung lediglich „hilfreich“ ist oder aus Gründen der Bequemlichkeit¹³¹ „sinnvoll“ erscheint, genügt also nicht. Möglichkeiten der (faktischen) Anonymisierung, Pseudonymisierung oder Verschlüsselung kommen als vorrangige Alternativen in Betracht.¹³² Sie wurden als technische Lösungsoptionen vom Gesetzgeber nicht berücksichtigt, obwohl es vielfach üblich ist, dass IT-Dienstleister im Gesundheitswesen mit anonymisierten Testdatensätzen agieren, technische Verfahren zur verschlüsselten Verarbeitung zunehmend marktreif werden¹³³ und auch Cloud-Services nach dem Stand der Technik ohne Kenntnissnahme der Geheimnisse durchgeführt werden können.¹³⁴ Für eine differenzierte Regelung, welche auch die Interessen der Rechtsgutsinhaber zu schützen geeignet gewesen wären, hätten neben normativen Vorkehrungen¹³⁵ auch technische Sicherungen (z.B. durch Datenverschlüsselungen, faktische Anonymisierungen oder Verwendung von „Modell-Identitäten“ oder Musterdatensätzen)

oder organisatorische Vorkehrungen (selektive Zugriffsbefugnisse, Einrichtung von Zugriffskontrollen, Sperren, Maßnahmen der Informationstrennung oder die Einbeziehung von Vertrauensstellen) berücksichtigt werden können.¹³⁶ Stattdessen ist nunmehr zu erwarten, dass solche Maßnahmen im Rahmen des einschränkenden Tatbestandsmerkmals der Erforderlichkeit diskutiert werden.

Die aufgeführten Kriterien zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals tragen freilich dem Umstand wenig Rechnung, dass der Berufsgeheimnisträger die Notwendigkeit der Offenbarung als relativ mildestes Mittel für jeden Verarbeitungsschritt oder die Frage nach dem notwendigen Umfang zur ordnungsgemäßen Erbringung der Dienstleistung ex ante zumeist nicht zu beurteilen vermag.¹³⁷ Über den nötigen Sachverstand und die

118 Vgl. BT-Drucks. 18/11936, 23.

119 Vgl. Rehborn, GesR 2017, 409 (413).

120 BT-Drucks. 18/11936, 23: „Notwendige Einschränkung“; s.a. Entschließung der 89. DSK (o. Fn. 94) mit der Forderung, die Kenntnissnahme von Berufsgeheimnissen auf das unbedingt Erforderliche“ zu beschränken; s.a. Frederichs, reportpsychologie, 9/2017, 356; zweifelnd Cierniak/Niehaus (o. Fn. 27), § 203 Rz. 138: nur „symbolisches Entgegenkommen“.

121 Vgl. § 32 Abs. 2 und § 34 S. 1 StGB.

122 BT-Drucks. 18/11936, 28.

123 Krit. auch Eisele (o. Fn. 74), S. 3; Kargl, StV 2017, 482 (486); Sinn (o. Fn. 117), S. 3.

124 S. BT-Drucks. 18/11936, 28.

125 Ausf. BT-Drucks. 18/11936, 17 f.; krit. zur einseitigen Akzentuierung Frederichs, reportpsychologie, 9/2017, 356 (358).

126 Vgl. zu dem Gedanken BÄK (Bundesärztekammer), Stellungnahme v. 9.5.2017 zum RegE, S. 2; tendenziell ebenso Frederichs, reportpsychologie, 9/2017, 356 (357 u. 358) (teilw. auch unter dem Aspekt der „Zumutbarkeit“ z.B. der vorrangigen Einholung einer Einwilligung).

127 So bzgl. der berufsrechtlichen Vorschrift des § 43c BRAO Dahms, NJW-Spezial 24/2017, 766 (767); für eine restriktive Handhabung auch Dochow, Fn. 8, S. 1356.

128 S. aber Hauswald, SächsÄbl. 12/2017, 551; ähnl. Cornelius, NJW 2017, 3751 (3752) („sachgemäß“). Solche einschränkenden Anforderungen sind im Gesetz nicht formuliert. Es ist daher nachvollziehbar, dass im Gesetzgebungsprozess vorgeschlagen wurde, klarzustellen, dass die Offenbarung nur dann zulässig ist, wenn sie der ordnungsgemäßen Erledigung der Aufgabe dient und nicht etwa anlasslos (Sinn (o. Fn. 117), S. 2) bzw. außerhalb dienstlicher Veranlassung erfolgt (BR-Drucks. 163/1/17, S. 2; Eisele (o. Fn. 74), S. 2).

129 Dag. Cierniak/Niehaus (o. Fn. 27), § 203 Rz. 138.

130 Vgl. zu § 34 StGB z.B. Erb in MünchKomm/StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 34 Rz. 93 ff.

131 Vgl. krit. dazu in anderem Kontext Weichert, VuR 2017, 138.

132 S.a. Cornelius, NJW 2017, 3751 (3752); vgl. den Hinweis bei Hoeren, ZD 2017, 501, 502; Hartung/Steinweg, BB 2017, 2081 (2086); Pohle/Ghaffari, CR 2017, 489 (493); s.a. Dochow, Fn. 8, S. 1357; Frederichs, reportpsychologie, 9/2017, 356 (358). Denkbar ist hierfür eine Orientierung am Maßstab der „Möglichkeit“ unter Berücksichtigung eines im Verhältnis zu dem angestrebten Schutzzweck unverhältnismäßig großen Aufwandes an Zeit, Kosten und Arbeitskraft (vgl. § 3 Abs. 6 und § 3a S. 2 BDSG) sowie an dem Ziel, die Bestimmbarkeit des Betroffenen auszuschließen oder wesentlich zu erschweren (vgl. § 3 Abs. 6a BDSG).

133 Zur Pseudonymisierung und hochwertigen (homomorphen) Verschlüsselung s. Hartung/Steinweg, BB 2017, 2081 (2084).

134 S. Cornelius, StV 2016, 380 (386); Cornelius, NJW 2017, 3751 (3752) diff. zw. IaaS (Infrastructure as a Service) und SaaS (Software as a Service); s. ferner Momsen/Savic, KriPoZ 2017, 301 (302) m.w.N.; Nolte, jurisPR-Compl 6/2017 Anm. 4.

135 S.u. V., 6.

136 S. die Nw. bei Dochow, Fn. 8, S. 816 f.; s.a. Hartung/Steinweg, BB 2017, 2081 (2084 f.) m.w.N.

137 Vgl. Eisele (o. Fn. 74), S. 3; Kargl, StV 2017, 482 (486); Kargl (o. Fn. 27), § 203 Rz. 39b: „praktisch nicht möglich“; Grupp, AnwBl. 2017, 507 (512).

fachlichen Fähigkeiten, z.B. Zugriffsmöglichkeiten zu beschränken, verfügt er in der Regel gerade nicht, was schließlich der Anlass der Einbeziehung externer Dienstleister sein wird. In vielen Fällen hängt es vom technischen Problem ab, das es zu lösen gilt¹³⁸ und damit stellt sich erst ex post anhand eines objektiven Maßstabes¹³⁹ heraus, ob die Offenbarung erforderlich war. Beispielsweise kann es bei Wartung von Praxis-IT-Systemen durch externe Dienstleister zwar auch zu einem Zugriff auf die in diesen Systemen gespeicherten vertraulichen Patientendaten kommen. Zwangsläufig ist das aber keineswegs,¹⁴⁰ denn, wie erwähnt, nicht in jedem Fall ist der „Vollzugriff“ auf die vollständige elektronische Patientenakte oder auf alle Patientendaten im Arztinformationssystem erforderlich, um die Wartungstätigkeit auszuführen. Im Zweifel wird dem Berufsgeheimnisträger dann nur noch ein Erlaubnistatumsstandsirrhum einen Ausweg aus der Strafbarkeit weisen.

Die vorgenannte Kritik bezieht sich aber insgesamt auf das Kriterium der Erforderlichkeit, so dass in jedem Fall erhebliche Unsicherheiten bestehen.¹⁴¹ Das Ziel, Rechtssicherheit zu schaffen, unter welchen Voraussetzungen Berufsgeheimnisträger externe Dienstleister einschalten dürfen,¹⁴² ist vor allem unter diesem Gesichtspunkt verfehlt worden.

3. Auswirkungen auf den Geheimnisbegriff

Durch die Ausweitung auf die neuen Personengruppen bewirkt der Gesetzgeber eine starke Relativierung des Patientengeheimnisses. Der geöffnete Kreis der Geheimnisträger lässt es diskussionswürdig erscheinen, ob von einem Geheimnis begrifflich überhaupt noch die Rede sein kann. Der Geheimnisbegriff setzt nach bislang vorherrschender Definition voraus, dass es sich um Tatsachen handelt, die nur einem beschränkten bzw. kontrollierbaren Personenkreis bekannt oder zugänglich ist, und dass auf Geheimhaltungsinteresse und -wille des Betroffenen Rücksicht genommen wird.¹⁴³ Wegen der begrifflichen Entgrenzung durch § 203 Abs. 3 S. 2 StGB¹⁴⁴ könnte es schon an einem „begrenzten Personenkreis“ mangeln, denn praktisch kann eine „ungewisse Vielzahl von Personen“¹⁴⁵ Kenntnis vom Patientengeheimnis erlangen. Wenn die Informationen im Rahmen einer praktisch endlosen Kette von vertraglich verbundenen Geheimnisträgern¹⁴⁶ weitergegeben werden, wird aus Sicht des Patienten de facto ein nahezu unbestimmbarer Adressatenkreis einbezogen. Soweit es auf die Geheimhaltungsinteressen und den Willen des Betroffenen zur Geheimhaltung ankommen soll,¹⁴⁷ kann dieser Umstand nicht bedeutungslos sein. Die aus dem originären Geheimnisbereich herausgegebene Information lässt sich in der Sphäre von externen Dienstleistern, die sich ihrerseits (ohne Einschränkungen)¹⁴⁸ diverser weiterer Subunternehmer¹⁴⁹ bedienen, wo wiederum verschiedene Angestellte oder Praktikanten¹⁵⁰ vom Geheimnis Kenntnis nehmen, in Abkehr vom Geheimhaltungsinteresse bzw. -willen dann wohl nicht mehr überzeugend als Geheimnis bezeichnen. Der Schutzzweck von § 203 Abs. 4 S. 1 StGB wird infolgedessen allenfalls noch auf einen Informationsschutz gegen die unberechtigte Weitergabe gerichtet sein, den auch das Datenschutzrecht vorsieht. Ob es der Absicherung der geheimnisgelockerten Information durch § 203 StGB dann überhaupt noch bedarf, erscheint zumindest fraglich.

4. Nachteilige Folgen für das Vertrauensverhältnis zwischen Patient und Arzt

Mit Blick auf die Persönlichkeitsrechte des Patienten ist die Öffnung des bisher für den Patienten weitestgehend überschaubaren Geheimnisträgerkreises besonders problematisch.¹⁵¹ Die Geheimhaltungsbelange der Patienten werden „bedenklich weit hintenangestellt“¹⁵², obgleich im Zeitalter der Digitalisierung und des arbeitsteiligen Zusammenwirkens¹⁵³ ein unverändert hohes Interesse der Betroffenen an der Geheimhaltung ihrer persönlichen Informationen besteht.¹⁵⁴ Das gilt selbst dann, wenn Patienten selbst ein Interesse an der Einschaltung externer Dritter haben mögen.¹⁵⁵ Es erfolgt mit § 203 Abs. 3 S. 2 StGB eine Relativierung des Patientengeheimnisses, da die „sonstigen mitwirkenden Personen“, anders als die bisher einbezogenen berufsmäßig bei dem Geheimnisträger tätigen Gehilfen, typischerweise nicht in ärztliche Behandlungsvorgänge einbezogen sind und insoweit außerhalb der Verantwortungssphäre¹⁵⁶ der Person oder Funktionseinheit¹⁵⁷ stehen, der Patienten Vertrauen zur Wahrung ihrer Geheimnisse entgegenbringen. Der Erhalt eines autonomen Bereichs privater Lebensgestaltung einschließlich des Schutzes der Vertraulichkeit der Interaktion über private Gesundheitsangelegenheiten durch einen effektiven Geheimnisschutz ist dort eingeschränkt,

138 Vgl. BÄK (o. Fn. 126), S. 3; zust. Kargl, StV 2017, 482 (486).

139 Für einen subjektiven Maßstab Frederichs, reportpsychologie, 9/2017, 356 f.

140 A.A. z.B. Dahns, NJW-Spezial 24/2017, 766.

141 Krit. auch Kargl, StV 2017, 482 (486); Grupp, AnwBl. 2017, 507 (512); i. Erg. auch Ruppert, K&R 2017, 609 (612 f.); a.A. Cierniak/Niehaus (o. Fn. 27), § 203 Rz. 138.

142 89. DSK (o. Fn. 94); betont auch in BT-Drucks. 18/11936, 2 u. S. 18.

143 Cierniak/Niehaus (o. Fn. 27), § 203 Rz. 12 ff.; vgl. Tag in Dölling/Duttge, HKGS, 4. Aufl. 2017, § 203 Rz. 33; Dochow, Fn. 8, S. 816 f. m.w.N.

144 S.o. V., 1.

145 Cierniak/Niehaus (o. Fn. 27), § 203 Rz. 16 m.w.N.

146 Sinn (o. Fn. 117), S. 2.

147 Freilich kann die Preisgabe von Geheimnissen kraft gesetzlich eingeräumter Befugnisse auch ohne oder gegen den Willen erfolgen. Aus guten Gründen ist diese Öffnung des Geheimnisbereichs aber nur in besonderen Ausnahmefällen zugelassen (z.B. § 34, § 138, 139 StGB; zuletzt zuseh. Hirthammer-Schmidt-Bleibtreu/Wiese, MedR 2017, 199 ff.).

148 Vom Wortsinn (s. § 203 Abs. 3 S. 2 Halbs. 2 StGB) ist das Einverständnis des primären Geheimnisträgers – entgegen BT-Drucks. 18/11936, 22, 23 u. 29 („zugelassen“ bzw. „gestattet“ und nur „im Einvernehmen mit dem Berufsgeheimnisträger“) – nicht vorgesehen, s. dazu Dochow, Fn. 8, S. 1351.

149 V.a. im Bereich der Cloud-Dienste ist das üblich, vgl. nur Hartung/Steinweg, BB 2017, 2081 (2086).

150 Pointiert das Bsp. bei Fischer, medstra 2017, 321 (322).

151 Zur Kritik Eisele (o. Fn. 74), S. 2, 5 f.; Sinn (o. Fn. 117), S. 1 f.; grds.a.A. Momsen (o. Fn. 67), S. 2, der aber aus Gründen der Gesetzesbestimmtheit Differenzierungen fordert; grds. zust. auch Kargl, StV 2017, 482 (486).

152 BR-Drucks. 163/1/17, S. 1; dag. BReg, BT-Drucks. 18/11936, 45; vgl. auch Frederichs, reportpsychologie, 9/2017, 356 (357 f.).

153 BT-Drucks. 18/11936, 17, 33.

154 Deutlich Sinn (o. Fn. 117), S. 2 u. 5: § 230 Abs. 3 S. 2 StGB-E „entmachtet die Betroffenen um die Möglichkeit, den Kreis der wahrnehmungsberechtigten Personen klein, überschaubar und kontrollierbar zu halten.“; a.A. Momsen (o. Fn. 67), S. 2 f.

155 Mit einer solchen Zuschreibung eines Interesses oder Willens s. BT-Drucks. 18/11936, 45 (Gegenäußerung der BReg auf BR-Drucks. 163/1/17).

156 Vgl. BT-Drucks. 18/11936, 1.

157 Z.B. Arztpraxen.

wo der Kreis der Personen, die zusätzlich in das Wissen über das Geheimnis einbezogen werden, für den Patienten unüberschaubar wird.

Ein originäres persönliches Vertrauen wird externen Dienstleistern nicht entgegengebracht werden können. Grundsätzlich leiten zum Mitwissen Berufene ihre Vertrauensstellung von der des primären Berufsgeheimnisträgers ab. Das belegt die Vorgängerregelung, welche die strafbewehrte Pflicht durch eine Gleichstellungsregelung auf die berufsmäßigen Gehilfen erstreckte (§ 203 Abs. 3 S. 2 StGB a.F.). Weil die sonstigen mitwirkenden Personen dem Patienten zumeist nicht einmal bekannt sind, können sie im Hinblick auf ihre Vertrauenswürdigkeit aber nicht im Ansatz eingeschätzt werden.¹⁵⁸ Kennzeichen digitaler Prozesse, einschließlich der vom Outsourcing erfassten IT-Dienstleistungen, ist gerade, dass diese weitgehend im Hintergrund und von Patienten unbemerkt ablaufen. Auf externe Dritte kann sich ohne organisatorische Eingliederung demnach kein berufsbezogenes Vertrauen erstrecken.¹⁵⁹ Das gilt in gesteigertem Maße, wenn im Rahmen mehrstufiger Auftragsverhältnisse in unbeschränktem Maße „weitere mitwirkende Personen“ gem. § 203 Abs. 3 S. 2 Halbs. 2 StGB einbezogen werden. Vertrauensbildung ist gegenüber einem „diffusen Kreis irgendwelcher Mitwirkender“ nicht möglich.¹⁶⁰

Vertraulichkeit kann nur bestehen, wo bestimmte Risiken der Datenübermittlung an Unbefugte erkennbar reduziert werden und der Kreis der Kenner des Geheimnisses möglichst klein gehalten wird, damit Patienten sich weiterhin rückhaltlos ihrem Arzt anvertrauen können. Patienten, die faktisch gezwungen sind, persönliche Lebenssachverhalte gegenüber ihrem Arzt offenzulegen und regelmäßig darauf angewiesen sind, dass Ärzte das ihnen Anvertraute vertraulich behandeln, können indes nicht einmal Einfluss darauf nehmen, wer von ihrem Patientengeheimnis erfährt. Die Situation der Vertraulichkeit kann einseitig durch den Berufsgeheimnisträger geöffnet werden, denn auf die Zustimmung des Patienten kommt es nicht an. Welche externen Dienstleister der Arzt heranzieht, werden Patienten nicht wissen. Patienten bleibt nunmehr nur, darauf zu vertrauen, dass ihnen unbekannte Mitarbeiter der IT-Dienstleister nicht die Patientenakten einsehen. Im Hinblick auf die Tätigkeiten einbezogener Personen verstärkt sich damit zugleich die Wissensasymmetrie zwischen Patienten einerseits und Arzt sowie sonstiger mitwirkender Person andererseits.

Offen ist zugleich, wie Patienten das nötige Vertrauen gegenüber dem Arzt fassen können, wenn sie nicht erkennen, welche Personengruppen sonst noch an dem Vertrauensverhältnis teilnehmen. Damit besteht die Gefahr, dass sie sich – sei es infolge reflektierter Überlegungen oder gar aus diffusen Motiven – nicht mehr vorbehaltlos gegenüber dem Arzt öffnen mit möglicherweise problematischen Folgen für ihre Gesundheit. Die Vermehrung des Kreises der Kenner des Patientengeheimnisses kann damit auch nachteilige Auswirkungen auf das innere Vertrauensverhältnis zwischen Patient und Arzt haben,¹⁶¹ das auch im Zeitalter der Digitalisierung in der Medizin eine besondere Schutzsphäre erzeugen sollte.

Vor allem die Weite des Spektrums möglicher mitwirkender Personen zeigt, dass es im Interesse des Rechtsgutschutzes einer Eingrenzung der möglichen Arten von externen Dienstleistungen bedarf, die an sachlichen Kriterien orientiert ist und in verhältnismäßiger Weise die grundrechtlichen Interessen der

Patienten einschränkt. Es hätte vor diesem Hintergrund hinreichend bestimmter Vorgaben und Differenzierungen bedurft,¹⁶² wer der Vertraulichkeitssphäre des primär Geheimnisverpflichteten zugeordnet werden soll. Eine Begrenzung auf bestimmte wichtige technische Dienstleistungen wäre sinnvoll gewesen.¹⁶³ Daher bedarf es jedenfalls einer engen Auslegung des Begriffs der sonstigen mitwirkenden Person und einer restriktiven Anwendung des Kriteriums der Erforderlichkeit.

5. Qualifikationen sonstiger mitwirkender Personen im Umgang mit Patientengeheimnissen

Offen ist ferner, ob externe IT-Dienstleister der Verantwortung für die Vertraulichkeit des Patientengeheimnisses hinreichend gerecht werden können. Sie unterliegen keiner besonderen Ausbildung oder auch nur einer Schulung¹⁶⁴ im Umgang mit Patientengeheimnissen¹⁶⁵ und sie sind nicht einer Weisung oder Kontrolle des primären Berufsgeheimnisträgers unterworfen.¹⁶⁶ Eine (fachliche) Überwachung externer Dienstleister durch den Berufsgeheimnisträger ist nicht vorgesehen und ohnehin praktisch, schon aufgrund der zumeist fehlenden fachlichen Qualifikation des Arztes, nicht realisierbar.

Es wird demgegenüber angeführt, dass sich die Qualität des Geheimnisschutzes mit Blick auf die Möglichkeit der Auslagerung von IT-Leistungen sogar positiv auswirken könne, weil die Informationen bei einem professionellen Dienstleister häufig sicherer und professioneller aufbewahrt sein dürften als in den internen IT-Systemen, die von fachlich nicht ausreichend qualifizierten Mitarbeitern betreut werden oder nicht dem aktuellen Stand der Technik entsprechen.¹⁶⁷ In der Tat dürften professionelle IT-Dienstleister besser in der Lage sein, hohe Schutzstandards für die Datensicherheit sicherzustellen und wirksame Maßnahmen gegen „Cyberangriffe“ zu ergreifen. Diese Einschätzung darf jedoch nicht dazu führen, dass Aspekte der Datensicherheit mit dem Geheimnisschutz in einem spezifischen Vertrauensverhältnis gleichgesetzt werden, auch wenn die Gewährleistung der Sicherheit eines elektronisch gespeicherten Geheimnisses eine wesentliche Grundlage dafür bildet. Erfahrungen und Sensibilität im Umgang mit Patientengeheimnissen sowie die Fähigkeit, Patienten in einem vertrauensvollen Behandlungsverhältnis zu begleiten, unterscheiden sich im Übrigen aber maßgeblich davon. Es gehört zum seit mehr als 2000 Jahren währenden beruflichen Ethos von Ärzten, das ihnen Anvertraute für sich zu bewahren. Es handelt sich um eine besondere Beziehung, die kraft Berufsausübung typischerweise auf Vertrauen gründet. Für IT-Dienstleister handelt es sich nunmehr um eine strafbewehrte, kaum verfolgte Ver-

158 Vgl. für einbezogene Versicherungsmakler Weichert, VuR 2017, 138 (139).

159 Vgl. Dochow, Fn. 8, S. 1350 m.w.N.

160 Vgl. Eisele (o. Fn. 74), S. 6.

161 Dochow, Fn. 8, S. 815.

162 Mit Blick auf Cloud-Dienste z.B. Grupp, AnwBl. 2017, 507 (510 f.).

163 Eisele (o. Fn. 74), S. 6.

164 Nach dem ärztlichen Berufsrecht ist bzgl. der Mitarbeiter jedenfalls eine Belehrung erforderlich (vgl. § 9 Abs. 3 MBO-Ä).

165 Vgl. Dochow, Fn. 8, S. 1349.

166 S. aber Art. 28 Abs. 3 lit. a sowie Art. 29 DSGVO.

167 Kraus, CMS-Blogg v. 16.5.2017, abrufbar unter: <https://www.cmshs-bloggt.de/tmc/entwurf-203-stgb-outsourcing-berufsgeheimnistraeger/>.

haltenspflicht und eine Verpflichtung zur Geheimhaltung, die nicht einmal in einem Vertrag fixiert werden muss. An der Vertraulichkeitsbeziehung haben sie überdies ebenso wenig ein originäres Interesse, wie Patienten ein Interesse daran haben, sich mit den sonstigen mitwirkenden Personen über ihren gesundheitlichen Zustand auszutauschen.

Überdies dürfte eine Konzentration von Patienteninformationen, z.B. anlässlich der Speicherung im Rahmen eines Cloud-Dienstes bei professionellen Anbietern, aus einem datensicherheitsrechtlichen Grund die Professionalität der externen IT-Dienstleister relativieren: Eine Sammlung von Gesundheitsdaten verschiedener Arztpraxen bei einem oder wenigen Dienstleistungsanbietern bietet ein möglicherweise viel lukrativeres¹⁶⁸ „Angriffsobjekt“ als eine Arztpraxis. In Ansehung von Datenpannen, Leaks und Cyberangriffen dürften Risiken für Patientengeheimnisse in solchen Fällen sogar erhöht werden.¹⁶⁹

6. Keine ausreichende Kompensation der „Verringerung des Geheimnisschutzes“

Wegen der fehlenden Überschaubarkeit¹⁷⁰ des Kreises der Geheimniskenner und der damit reduzierten Möglichkeit des Patienten, einer spezifischen Person gegenüber individuelles Vertrauen zu fassen, muss die Rechtsordnung für den nötigen Vertrauensschutz durch Rechtssetzung sorgen. Die erzeugte Schiefelage im Vertraulichkeitsverhältnis müsste also dadurch ausgeglichen werden, dass Schweigepflichtverstöße rigoros verfolgt werden, denn Rechtsvertrauen bedarf einer effektiven Durchsetzung.

Zur Kompensation der „Verringerung des Geheimnisschutzes“ sollen verschiedene Schutzinstrumente dienen.¹⁷¹ Häufig folgenlos ist die strafbewehrte Verpflichtung des Berufsgeheimnisträgers, die herangezogenen sonstigen mitwirkenden Personen zur Geheimhaltung zu verpflichten (§ 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB).¹⁷² Ob ein „Rechtsvertrauen“¹⁷³ durch die Neuregelung des § 203 Abs. 4 S. 1 StGB mit der Einbeziehung der „sonstigen mitwirkenden Personen“ in den Kreis der Normadressaten erreicht werden kann, erscheint jedenfalls in Ansehung bisheriger Verfolgungszahlen¹⁷⁴ mehr als zweifelhaft.¹⁷⁵ Die kriminalpolitische Bedeutung der Norm im strafrechtlichen Bereich ist erfahrungsgemäß gering.¹⁷⁶ Das ist offenbar darauf zurückzuführen, dass § 203 StGB ein Antragsdelikt ist (§ 205 StGB) und es daher zumindest der Kenntnis der Verletzung durch den Patienten als berechtigten Antragsteller bedarf. Er wird aber kaum von dem Verstoß erfahren. Das Strafrecht sieht – anders als das Datenschutzrecht – (schon wegen *nemo tenetur se ipsum accusare*) keine Meldepflichten bei Verstößen gegen die Geheimhaltungspflicht vor. Auch Informationspflichten darüber, bei wem das Patientengeheimnis gegenwärtig verwahrt ist, sind nicht vorgesehen.¹⁷⁷ Eine effektive Kontrolle ist insoweit unmöglich, wenn dem Patienten schon nicht bekannt ist, an wen seine Geheimnisse weitergegeben werden.

Die Einbeziehung in die Strafbarkeit dürfte vor allem für Dienstleistungen aus dem nicht-europäischen Ausland folgenlos sein. Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts erstreckt sich nicht ohne weiteres auf diese.¹⁷⁸ Eine Mehrzahl der Cloud-Dienste ist damit der Reichweite des vermeintlichen Sicherungsinstruments entzogen. § 203 Abs. 4 StGB läuft als Sicherungsinstrument für den Schutz des Patientengeheimnisses insoweit ins Leere. Es besteht kein hinreichender Schutz der Pa-

tienten bei der Verarbeitung sensibler Gesundheitsinformationen in Form ihrer Patientengeheimnisse.

7. Neue Pflicht zur Verpflichtung mitwirkender Personen zur Geheimhaltung

Die neue Pflicht gem. § 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB dient der „Kompensation“ für die Verringerung des strafrechtlichen Geheimnisschutzes.¹⁷⁹ Die Regelung konstituiert indes eine redundante strafbewehrte Pflicht. Sie ist überflüssig, weil die Geheimnisverpflichtung bereits vom Gesetz selbst in § 203 Abs. 4 S. 1 StGB angeordnet wird. Sie bringt keinen zusätzlichen „Mehrwert“¹⁸⁰.

Es handelt sich um ein echtes Unterlassungsdelikt, wobei sich die Pflicht direkt aus der Strafnorm und unabhängig „von berufsrechtlichen oder sonstigen rechtlichen Vorgaben“ ergibt.¹⁸¹ Zwar lässt sich mit dem Abschluss eines Vertrages¹⁸² die Aufnahme einer „Verpflichtung zur Geheimhaltung“ verbinden.¹⁸³ Praktisch dürfte das wegen fehlender Erreichbarkeit der sonstigen oder weiteren mitwirkenden Person,¹⁸⁴ die bei einem global tätigen IT-Diensteanbieter angestellt tätig ist, aber nicht realisierbar sein.¹⁸⁵ Für Cloud-Dienste z.B. von Microsoft oder Google dürfte selten der physische Speicherort bekannt sein, weil nicht immer verbindlich zugesagt wird, wo Daten der Auf-

168 Der Wert eines Satzes Patientendaten soll 100 Dollar betragen, FAS v. 4.12.2016, S. 30.

169 Das gilt umso mehr, als gegenwärtig Begehrlichkeiten an im Ausland gespeicherter Daten von Ausländern von Seiten der US-Ermittlungsbehörden diskutiert werden, Spiegel-Online v. 3.1.2018, dazu auch *Hartung/Steinweg*, BB 2017, 2081 (2088) m.w.N.

170 Vgl. *Sinn* (o. Fn. 117), S. 1; zum Problem der Unüberschaubarkeit für die Betroffenen im Bereich der medizinischen Versorgung *Fischer*, medstra 2017, 321 (322).

171 BT-Drucks. 18/11936, 2, 20, 45.

172 S.u. V., 7.

173 Zur vertrauensbegründenden Funktion des Rechts *Duttge* in *Wiesemann/Simon* (o. Fn. 23), S. 77 ff.

174 Zur PKS s. z.B. *Fischer*, medstra 2017, 321 (322).

175 A.A. *Pohle/Ghaffari*, CR 2017, 489 (490); vgl. optimistisch auch *Brügge-mann/Rein*, DStR 2017, 2572 (2574), die durch ein „Mehr“ an Sanktionen kein Absinken des Schutzniveaus befürchten.

176 *Cierniak/Niehaus* (o. Fn. 27), § 203 Rz. 9.

177 Zu dem Gedanken s.a. *Frederichs*, *reportpsychologie*, 9/2017, 356 (358); zu den Wechselwirkungen mit dem Datenschutzrecht s.u. VI., 1.

178 §§ 3, 7 i.V.m. § 9 StGB; s. aber unter Hinw. auf § 5 Nr. 7 StGB *Pohle/Ghaffari*, CR 2017, 489 (493); diff. *Cornelius*, NJW 2017, 3751 (3753); s.a. *Hartung/Steinweg*, BB 2017, 2081 (2086, 2089) m.w.N.

179 Vgl. BT-Drucks. 18/11936, 2, 21, 23; krit. BR-Drucks. 163/1/17, S. 2.

180 Vgl. BT-Drucks. 18/11936, 29.

181 BT-Drucks. 18/11936, 2, 29.

182 Grundlage kann ein Vertragsverhältnis sein, s. BT-Drucks. 18/11936, 22. Datenschutzrechtlich kann eine Vereinbarung über eine Auftragsverarbeitung in Betracht kommen. In diesem Rahmen könnten entsprechende Klauseln aufzunehmen sein, vgl. Art. 28 Abs. 3 lit. b DSGVO.

183 Vgl. *Hauswald*, *SächsAbl.* 12/2017, 551; *Ruppert*, K&R 2017, 609 (612).

184 Wegen der Anknüpfung der Strafbarkeit an eine natürliche Person (s. nur *Laue*, Jura 2010, 339 (340) m. zahlr. Nw.) ist die mitwirkende Person, nicht der Vertragspartner maßgeblich (vgl. auch BT-Drucks. 18/11936, 23; *Nolte*, *jurisPR-Compl* 6/2017 Anm. 4), so dass nicht auf eine Verpflichtung einer juristischen Person oder „Stelle“ (vgl. zum Begriff des Dienstleisters § 43e Abs. 1 S. 2 BRAO) abgestellt werden kann. Zur Delegationsfähigkeit der Pflicht zur Verpflichtung mitwirkender Personen zur Geheimhaltung, v.a. mit Blick auf Unterauftragsverhältnisse, s. aber BT-Drucks. 18/11936, 29.

185 *Hartung/Steinweg*, BB 2017, 2081 (2086, 2088).

traggeber gespeichert werden.¹⁸⁶ Zudem finden standardisierte Verträge Anwendung, die der einzelne Arzt nicht abändern oder verhandeln kann.¹⁸⁷

Strafrechtsdogmatisch ist eine bemerkenswerte Konstruktion geschaffen worden, nach welcher der primäre Berufsgeheimnisträger für das Fehlverhalten der mitwirkenden Person einzustehen hat, wenn er sorgfaltswidrig die „Verpflichtung zur Geheimhaltung“ zuvor – also weit im Vorfeld einer Rechtsgutsgefährdung – unterlassen hatte. Das Unrecht liegt also in dem Versäumnis, den externen Dienstleister auf die Geheimhaltung verpflichtet zu haben.¹⁸⁸ Es ist darin aber kein Unrechtsgehalt erkennbar, der strafwürdig wäre.¹⁸⁹ Eine Ahndung über das Berufsrecht oder als Ordnungswidrigkeit¹⁹⁰ hätte genügt.

Auch auf eine Kausalität zwischen dem Versäumnis und einer Offenbarung durch den Dienstleister kommt es nicht an.¹⁹¹ Die Verletzung des Rechtsgutes realisiert sich erst, wenn die Offenbarung nachträglich, und damit abhängig von einem durch den primären Berufsgeheimnisträger nicht beherrschbaren Verhalten eines Dritten, erfolgt.¹⁹² Die Offenbarung durch die „sonstige mitwirkende Person“ ist eine objektive Bedingung der Strafbarkeit,¹⁹³ auf welche sich der Vorsatz des primären Berufsgeheimnisträgers nicht einmal erstrecken muss. Mit Blick auf tragende Prinzipien des Strafrechts¹⁹⁴ ist die Regelung problematisch, wenn der primäre Berufsgeheimnisträger für ein nicht zurechenbares Fehlverhalten Dritter bestraft werden soll, das eine Rechtsgutsverletzung zur Folge hat, die ihm persönlich nicht zum Vorwurf gemacht werden kann.¹⁹⁵

Da keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in dem Vorsatzdelikt angeordnet wird (§ 15 StGB), kann die Effektivität der Regelung indes in Zweifel gezogen werden. Praktisch wird ihr in den regelmäßigen Fällen eines Unterlassens unter Außerachtlassung von Sorgfaltsanforderungen¹⁹⁶ keine Bedeutung zukommen.¹⁹⁷

8. Fazit zu den Auswirkungen auf den Rechtsgutsschutz

Mit § 203 Abs. 3 S. 2 StGB erfolgt eine „gesetzgeberische Absenkung des Geheimnisschutzes bei Berufsgeheimnisträgern.“¹⁹⁸ Der Gesetzgeber hat entschieden, dass der Kreis der „zur Kenntnis Berufenen“¹⁹⁹ erweitert wird. Die Exklusivität des Patientengeheimnisses, das bislang seine Bedeutung dadurch erlangte, dass es im Rahmen eines besonderen Vertrauensverhältnisses begründet wurde, wird dadurch weitgehend aufgegeben. Eine dem Rechtsgut angemessene Vertraulichkeitswahrung wird in Frage gestellt und der von § 203 StGB intendierte Vertrauensschutz relativiert. Patienten könnten infolgedessen davon abgehalten werden, sich vorbehaltlos offen in ärztliche Behandlung zu begeben, wenn sie damit rechnen müssen, dass ein ihnen nicht bekannter oder kaum überschaubarer Personenkreis ebenfalls Kenntnis von dem Patientengeheimnis erlangen könnte.²⁰⁰ Das gilt auch, weil die Verbreiterung des Kreises der Mitwisser für sich gesehen schon das Risiko der unberechtigten Kenntnisnahme erhöht.

Unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität und Wirtschaftlichkeit der Einbeziehung externer Dienstleister werden demgegenüber die Interessen der Patienten am Geheimnisschutz vernachlässigt.²⁰¹ Der Gesetzgeber hätte bei Einschränkungen des durch § 203 StGB gewährten Schutzes aber die verfassungsrechtlichen Belange der Patienten berücksichtigen und für ei-

nen verhältnismäßigen Ausgleich der Interessen sorgen müssen.²⁰²

Wo die Grenzen für eine zulässige Offenbarung i.S.v. § 203 Abs. 3 S. 2 StGB letztlich verlaufen, hängt damit von der künftigen Interpretation der gesetzlichen Merkmale ab. Im Interesse eines effektiven Rechtsgutsschutzes ist zumindest eine enge Auslegung der Tatbestandsmerkmale geboten.

VI. Zusammenhänge mit dem Datenschutzrecht

1. Verringerung der Möglichkeiten informationellen Selbstschutzes im Strafrecht

Weil die Geheimnispreisgabe bei der Einbeziehung externer Dienstleister nicht mehr von der Einwilligung des Patienten abhängt, erfolgt mit der Neuregelung des § 203 Abs. 3 S. 2 StGB eine Abkehr von einer am Willen des Patienten ausgerichteten Befugnis und damit eine Verlagerung der Entscheidung über die Geheimnispreisgabe in einen gesetzlichen Erlaubnistatbestand. Das BVerfG betonte allerdings, es „verdient ganz allgemein der Wille des Einzelnen Achtung, so höchstpersönliche Dinge wie die Beurteilung seines Gesundheitszustandes durch einen Arzt vor fremdem Einblick zu bewahren.“²⁰³ Ob der Gesetzgeber die maßgebliche Abwägung der widerstreitenden Interessen unter Berücksichtigung dieser Prämisse vorgenommen hat, erscheint fraglich.²⁰⁴ Die informationelle Selbstbestimmung verliert im Bereich der ärztlichen Schweigepflicht bei der Einbeziehung externer Dritter jedenfalls erkennbar an Bedeutung.

186 Hartung/Steinweg, BB 2017, 2081.

187 Vgl. Hartung/Steinweg, BB 2017, 2081; Oehler, Geburtsh Frauenheilk 2017, 812; Grupp, AnwBl. 2017, 507 (510).

188 Fischer, medstra 2017, 331 f.

189 S.a. BÄK (o. Fn. 126), S. 2, 5 f.; vgl. ferner BR-Drucks. 163/1/17, S. 2: „Unrechtsunterschied“ zur Geheimnisoffenbarung.

190 BR-Drucks. 163/1/17, S. 2; Eisele (o. Fn. 74), S. 5; Sinn (o. Fn. 117), S. 4.

191 Vgl. Fischer, medstra 2017, 331 (322).

192 Krit. BÄK (o. Fn. 126), S. 4 ff.; Kargl, StV 2017, 482 (487).

193 BT-Drucks. 18/11936, 29; Fischer, medstra 2017, 331 m. Krit. S. 322; zweifelnd Cornelius, NJW 2017, 3751 (3753).

194 Beteiligungs- und Teilnahmeformen, die Berücksichtigung von Verantwortungsbereichen und des Schuldgrundsatzes als Ausdruck der Menschenwürde und des Rechtsstaatsprinzips, vgl. näher Kargl, StV 2017, 482 (487); Kargl (o. Fn. 27), § 203 Rz. 39b.

195 BÄK, Stellungnahme v. 13.1.2017 zum RefE, S. 5; Kargl, StV 2017, 482 (487); krit. auch Cornelius, NJW 2017, 3751 (3753 f.).

196 Vgl. bisherige Sorgfaltspflichten in § 11 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 BDSG; zum künftigen Datenschutzrecht s. Hartung/Steinweg, BB 2017, 2081 (2088).

197 S.a. BR-Drucks. 163/1/17, S. 2; Cierniak/Niehaus (o. Fn. 27), § 203 Rz. 158 m.w.N.

198 Cierniak/Niehaus (o. Fn. 27), § 203 Rz. 137.

199 S.o. II.

200 Dass die Weitergabe nach Auffassung der BReg, BT-Drucks. 18/11936, 45, „oftmals auch im Interesse“ der Patienten liege, erscheint vor diesem Hintergrund nicht überzeugend.

201 Vgl. Frederichs, reportpsychologie, 9/2017, 356 (358).

202 Als Resultat allenfalls peripherer Überlegungen (die sich auf allg. Hinweise auf die Interessen der Rechtsgutinhaber beschränken, s. BT-Drucks. 18/11936, 3, 26, 27) s.o. V., 6. u. 7.

203 BVerfG, Urt. v. 6.6.2006 – 2 BvR 1349/05, GesR 2007, 41 = MedR 2006, 586 f. m.w.N.

204 Aus der Gesetzesbegründung lassen sich indes nur ausführliche Darlegungen der (wirtschaftlichen) Notwendigkeit entnehmen (o. Fn. 125).

Zwar wurzelt die ärztliche Schweigepflicht nicht im Recht auf informationelle Selbstbestimmung.²⁰⁵ Dieses vom BVerfG abgeleitete Recht wirkt aber auslegungsleitend auf die Grundsätze zur ärztlichen Schweigepflicht ein; nicht zuletzt weil im Zeitalter der Digitalisierung in der Medizin viele Überschneidungen²⁰⁶ zwischen den beiden grundsätzlich parallel zur Anwendung kommenden Schutzideen der Schweigepflicht und des Datenschutzes²⁰⁷ bestehen. Durch die Gesetzesänderung werden die Möglichkeiten des informationellen Selbstschutzes im Bereich der ärztlichen Schweigepflicht verringert, da keine Widerspruchsmöglichkeit gegeben ist und der Patient über die einzelne Geheimnisoffenbarung nicht zu informieren ist. Die Geheimnispreisgabe kann insoweit sogar entgegen dem Patientenwillen erfolgen²⁰⁸ und ohne Kenntnis von dieser kann der Rechtsgutsinhaber schwerer die ihm eingeräumten Rechte, z.B. zur Einsichtnahme in Krankenakten (§ 630g BGB) oder auf Auskunft (Art. 15 DSGVO),²⁰⁹ ausüben. Insbesondere eine Informationspflicht²¹⁰ über die Person des Dienstleisters würde Patienten ermöglichen, überhaupt zu wissen, wer welche Patienteninformationen außerhalb der Arztpraxis als mitwirkender Dienstleister zur Kenntnis nimmt. Das entspräche dem verfassungsrechtlichen Recht der Patienten wissen zu können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß.²¹¹ Im Ergebnis wird dem Patienten die Steuerungsmacht über seine schutzwürdigen Geheimnisse weitgehend entzogen.

In der Konsequenz wird der Schutz der Patienteninteressen künftig maßgeblich über das Datenschutzrecht erfolgen müssen,²¹² denn dort bestehen zumindest Informationspflichten (Art. 12–14 DSGVO)²¹³ und Betroffenenrechte (Art. 15 ff. DSGVO), die es erlauben, einen effektiven informationellen Selbstschutz zu bewirken. Ferner sind die Voraussetzungen der Auftragsverarbeitung (Art. 28 DSGVO) zu beachten und Sicherheitsvorkehrungen, einschließlich technisch-organisatorischer Maßnahmen (Art. 25, 32 DSGVO), zu treffen. Das Datenschutzrecht, welches künftig nicht unempfindliche Sanktionen vorsieht,²¹⁴ wird insoweit – zumindest durch informationelle Schutzrechte zugunsten der Patienten – ein bedeutsames Korrektiv für die breite Öffnung von § 203 StGB und die damit einhergehende Verringerung des Rechtsgutsschutzes darstellen.²¹⁵ Das Patientengeheimnis ist gleichwohl unabhängig vom Willen des Patienten und irreversibel einem breiteren Kreis an Wissenden als bislang eröffnet. Daran werden auch die Schutzinstrumente des Datenschutzrechts nichts ändern können.

2. Bedeutungszuwachs des Datenschutzrechts

Zwar ist die Orientierung der Neuregelung am Datenschutzrecht unverkennbar.²¹⁶ Eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Gesundheitsdaten durch externe Dienstleister wird mit § 203 Abs. 3 S. 2 StGB aber nicht geschaffen.²¹⁷ Datenschutzrechtlich wäre weiterhin die Einholung einer Einwilligung des Patienten, die Heranziehung einer gesetzlichen Befugnis oder die Einhaltung der Voraussetzungen der Auftragsverarbeitung erforderlich. Durch die mit der Einschränkung der Strafbarkeit erfolgte Liberalisierung des § 203 StGB könnte sich für den angestrebten „Gleichlauf“ von Geheimnis- und Datenschutzrecht²¹⁸ nunmehr ein umgekehrtes Bild ergeben,²¹⁹ wenn die datenschutzrechtlichen Bestimmungen restriktiv angewendet werden.²²⁰ Die Konferenz der Unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder hatte schon während des Gesetzgebungsverfahrens zu einer rechtssicheren und

datenschutzkonformen Rechtsgestaltung aufgerufen und eine „Synchronisierung“ angemahnt.²²¹ Sie ist der Auffassung, dass die durch § 203 Abs. 3 S. 2 StGB nunmehr erlaubte Übertagung der Verantwortung für die Datenverarbeitung an externe Dienstleister ohne Einwilligung der Betroffenen weder mit dem Schutzzweck von § 203 StGB vereinbar, noch datenschutzrechtlich zulässig ist.²²²

Datenschutzrechtlich zu beurteilen wäre, ob andere Rechtsgrundlagen als die Einwilligung, wie z.B. Art. 9 Abs. 2 lit. h i.V.m. Abs. 3 i.V.m. § 22 Abs. 1 Nr. 1 lit. b BDSG n.F. („für die Verwaltung von Systemen und Diensten im Gesundheitsbereich“) herangezogen werden könnten oder eine Privilegierung im Rahmen der Auftragsverarbeitung gem. Art. 28

205 S.o. Fn. 24 ff.; vgl. auch BVerfG, Urt. v. 6.6.2006 – 2 BvR 1349/05, GesR 2007, 41 = MedR 2006, 586 f.; Dochow, Fn. 8, S. 550 f., 802. Eine gleichzeitige Betroffenheit des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist häufig anzunehmen und auch nach dem BVerfG, a.a.O., nicht ausgeschlossen, denn es sei „das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen“, vgl. i.Ü. Art. 8 der EU-Grundrechtecharta.

206 Näher Dochow, Fn. 8, S. 909 ff.

207 Ausf. Dochow, Fn. 8, S. 577 und passim; „zumindest“ für Anwälte bejahend Hoeren, ZD 2017, 501, 502; a.A. Fechtner/Haßdenteufel, CR 2017, 355 (357) und Hausteil, DSRITB 2017, S. 87 (88 u. 90), die auf eine von § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG nicht vorgesehene Subsidiarität des BDSG hinweisen; für einen Vorrang von § 203 Abs. 3 S. 2 StGB vor dem Datenschutzrecht Wronka, RDV 2017, 129 (131). Nachfolgend wird auf die ab dem 25.5.2018 geltenden Vorschriften des neuen Datenschutzrechts (DSGVO und BDSG n.F.) Bezug genommen.

208 Ein dennoch erklärter Widerspruch des Patienten kann im Rahmen von § 203 StGB mit Blick auf die nunmehr gesetzlich eingeräumte Befugnis freilich keine Folgen haben, da ansonsten die Strafbarkeit von dieser Erklärung abhinge. Zum im Datenschutzrecht beschränkten Widerspruchsrecht s. Art. 21 DSGVO.

209 Ansprechpartner dafür bleibt freilich der Verantwortliche. Es liegt aber auf der Hand, dass bei der Realisierung dieser Rechte, trotz Mitwirkungspflichten der Auftragsverarbeiter (Art. 28 Abs. 1, Abs. 3 lit. e DSGVO), praktische Hindernisse bestehen oder bereitet werden können.

210 Vgl. entsprechende Unterrichtungspflichten der Ärzte, soweit die ärztliche Schweigepflicht durch Gesetze eingeschränkt wird, gem. § 9 Abs. 2 S. 3 MBO-Ä.

211 BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.w., BVerfGE 65, 1 (43).

212 Dieses werde vom Strafgesetzgeber weitgehend ausgeblendet, so Hausteil, DSRITB 2017, S. 87 (95).

213 Es ist durch den Verantwortlichen z.B. über den Zweck der Datenverarbeitung (Art. 14 Abs. 1 lit. c DSGVO) und die Empfänger (Art. 14 Abs. 1 lit. e DSGVO) zu informieren. Auftragsverarbeiter sind „Empfänger“ i.S.v. Art. 4 Nr. 9 DSGVO (arg. ex Art. 4 Nr. 10 DSGVO).

214 S. bspw. Art. 83 Abs. 4 u. 5 DSGVO.

215 S.a. Dochow, Fn. 8, S. 1359.

216 S. Regelungen zur Auftragsverarbeitung, § 11 BDSG, ab dem 25.5.2018 Art. 28, 29 DSGVO. Vgl. Dochow, Fn. 8, S. 1351; s.a. Hausteil, DSRITB 2017, S. 87 (95).

217 Wie hier Pohle/Ghaffari, CR 2017, 489 (494); a.A. Wronka, RDV 2017, 129 (131).

218 Vgl. Ehmann, ZD 2017, 201.

219 Bisher galt das Strafrecht als Hürde (s.o. Fn. 30 ff.); Jandt/Roßnagel/Wilke, NZS 2011, 641 (645).

220 Dochow, Fn. 8, S. 1359 f.; vgl. Ehmann, ZD 2017, 201; ferner Backu, DStR 2017, 2699, 2703; Hausteil, DSRITB 2017, S. 87 (95). Auf die umgekehrte Divergenz, dass bei zulässiger Auftragsverarbeitung eine strafrechtliche Offenbarung nicht erforderlich sein könnte, weist Cornelius, NJW 2017, 3751 (3753) hin.

221 S. zu entsprechenden Hinweisen bzgl. der parallel geführten, nicht abgestimmten Gesetzgebungsvorhaben auch BÄK, Stellungnahme zum DSAnpUG-EU v. 1.2.2017, S. 3 f., 12 f.

222 Entschließung der 93. DSK am 29./30.3.2017 in Göttingen, abrufbar z.B. unter: https://www.datenschutz-berlin.de/pdf/publikationen/DSK/2017/2017-DSK-Einsatz_externer_Dienstleister.pdf.

DSGVO weiterhin auch ab Geltung der DSGVO in Betracht zu ziehen ist.²²³ Es dürften dann künftig Vereinbarungen zur Auftragsverarbeitung bedeutsam sein,²²⁴ soweit das IT-Outsourcing-, externe System(fern)wartungs-²²⁵ oder Cloud-Dienste in Anspruch genommen werden sollen und diese sich als Auftragsverarbeitung einordnen lassen.²²⁶ Anlässlich solcher Vereinbarungen²²⁷ lässt sich insbesondere auch der Pflicht der Berufsgeheimnisträger nachkommen, die sonstigen mitwirkenden Personen zur Geheimhaltung zu verpflichten (§ 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB).²²⁸

3. Orientierung am Datenschutzrecht bei Diensten aus dem nicht-europäischen Ausland

Im Bereich der ärztlichen Schweigepflicht nicht zufriedenstellend gelöst wurde die Frage der Einbeziehung global agierender externer Dienstleister. Mit Blick auf den Rechtsgutschutz problematisch könnten sich z.B. aus dem Ausland angebotene Cloud-Dienste darstellen, welche ein dem Inland vergleichbaren Schutz des Berufsgeheimnis nicht gewährleisten.²²⁹ Für solche Dienstleistungen sehen weder § 203 StGB noch das ärztliche Berufsrecht eine § 43e Abs. 4 BRAO entsprechende Regelung vor.²³⁰ § 203 Abs. 3 S. 2 StGB differenziert nicht danach, ob die sonstige mitwirkende Person im Ausland tätig wird.²³¹

Problematisch an einer entsprechenden – de lege ferenda z.B. im ärztlichen Berufsrecht aufgenommenen – Regelung wäre zum einen eine mögliche Diskriminierung von Dienstleistern aus dem EU-Ausland²³² und zum anderen ein Verstoß gegen höherrangiges EU-Recht, denn aufgrund des durch die DSGVO gewährleisteten gleichen Datenschutzniveaus unterliegt der Datenverkehr innerhalb der EU keinen Beschränkungen.²³³ Möglich wäre aber eine Regelung, welche bestimmt, dass bei einer Inanspruchnahme von Dienstleistungen, die im nicht-europäischen Ausland erbracht werden, der mitwirkenden Person ein Zugang zu fremden Geheimnissen nur dann eröffnet werden darf, wenn der dort bestehende Schutz der Geheimnisse dem in der Europäischen Union vergleichbar ist. Für Ärzte ergäben sich dann gleichwohl erhebliche Rechtsanwendungsprobleme, denn ihnen obläge die „Prüfungslast“²³⁴ im Hinblick auf das vergleichbare Schutzniveau, wobei sehr fraglich wäre, ob ihnen eine Einschätzung darüber möglich ist.²³⁵ Zur Unterstützung werden Positivlisten vorgeschlagen²³⁶ oder es könnten Zertifizierungen²³⁷ erfolgen.

Mit Blick auf das zu schützende Rechtsgut, die Durchsetzungs- und Anwendungsschwierigkeiten nationalen Rechts im Ausland²³⁸ sowie den – hinsichtlich des Schutzniveaus keineswegs einheitlich ausgestalteten – globalen Datenraum erscheint eine Einschränkung in Orientierung an den datenschutzrechtlichen Bestimmungen zur Datenverarbeitung in Drittstaaten allerdings sinnvoll.²³⁹ Einen adäquaten Schutz bietet im Datenschutzrecht zudem Art. 28 Abs. 1 DSGVO, wonach der Auftraggeber nur mit Auftragsverarbeitern zusammenwirken darf, die hinreichend Garantien dafür bieten, dass geeignete technische und organisatorische Maßnahmen so durchgeführt werden, dass die Verarbeitung im Einklang mit den Anforderungen der DSGVO erfolgt und den Schutz der Rechte der betroffenen Person gewährleistet. Auch hinsichtlich dieser Aspekte zeigt sich der Bedeutungszuwachs, den das Datenschutzrecht

gegenüber dem für diesen Bereich weniger bedeutsamen Geheimnisschutzrecht erlangt.

223 S. zu der umstr. Frage z.B. *Buchner/Schwichtenberg*, GuP 2016, 218 (224); *Hofmann* in Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 3 Rz. 251 m.w.N.

224 Nach BT-Drucks. 18/11936, 22 kann i.R.v. § 203 Abs. 3 S. 2 StGB ein Vertragsverhältnis die Grundlage sein.

225 Vgl. bisher § 11 Abs. 5 BDSG.

226 Mit Blick auf den angestrebten „Gleichlauf“ von Geheimnis- und Datenschutzrecht (vgl. *Ehmann*, ZD 2017, 201) bedeutsam kann die Frage werden, ob im Strafrecht, anders als bei einer Auftragsverarbeitung im Datenschutzrecht, nunmehr Dienste zulässig sind, die als Funktionsübertragung eingeordnet werden, bejahend *Pohle/Ghaffari*, CR 2017, 489 (492); zur Abgrenzung s. *Buchner*, MedR 2013, 337; *Jandt/Roßnagel/Wilke* NZS 2011, 641 (643 f.); *Petri*, DuD 2014, 862; s. aber DSK, Kurzpapier Nr. 13, S. 1 u. 4 m. einer nicht unumstr. Zuordnung.

227 Die Sicherheit der Patienteninformationen ist zumindest dadurch sicherzustellen, dass nur Auftragnehmer heranzuziehen sind, die geeignete technische und organisatorische Maßnahmen ergreifen (Art. 28 Abs. 1, Art. 28 Abs. 3 lit. c DSGVO). Ferner sind die Bestimmungen zu Unter-auftragsverhältnissen zu beachten. Insoweit nimmt der Auftragnehmer keinen weiteren Auftragsverarbeiter ohne vorherige gesonderte oder allgemeine schriftliche Genehmigung des Verantwortlichen in Anspruch (Art. 28 Abs. 2 S. 1 DSGVO). Weitere Anforderungen (s. Art. 28 Abs. 3 DSGVO) können vertraglich vereinbart werden.

228 Vgl. Art. 28 Abs. 3 lit. b DSGVO.

229 Krit. BR-Drucks. 163/1/17, S. 2 f.; zweifelnd am vergleichbaren Schutzniveau bzgl. Drittstaaten *Sinn* (o. Fn. 117), S. 3. Zu berücksichtigen ist bei einem Vergleich auch, ob entsprechende Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote bestehen.

230 Bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, die im Ausland erbracht werden, darf danach der Rechtsanwalt dem Dienstleister den Zugang zu fremden Geheimnissen nur dann eröffnen, wenn der dort bestehende Schutz der Geheimnisse dem Schutz im Inland vergleichbar ist, es sei denn, dass der Schutz der Geheimnisse dies nicht gebietet. Die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht soll durch den Einsatz externer Dienstleister nicht gefährdet werden (BT-Drucks. 18/11936, 35 zu § 43e Abs. 4 BRAO).

231 Vgl. Rechtsausschuss, BT-Drucks. 18/12940, 9; *Eisele* (o. Fn. 74), S. 5.

232 Zum Aspekt der Diskriminierung von Anbietern im europäischen Ausland s. *Hoeren*, ZD 2017, 501 (502); *Cornelius*, NJW 2017, 3751 (3754) m.w.N.; krit. wegen Verstoßes gegen Art. 16 Dienstleistungs-Richtlinie z.B. *Dahms*, NJW-Spezial 24/2017, 766 (767).

233 Bei Letzterem wäre indes fraglich, ob die DSGVO das Geheimnisschutzregime (§ 9 MBO-Ä, § 203 StGB) überhaupt berührt und diesem als „höherrangiges Recht“ (so *Haustein*, DSRITB 2017, S. 87 (97)) übergeordnet ist, denn grundsätzlich stehen Datenschutz- und Geheimnisschutzrecht unabhängig nebeneinander (vgl. für die DSGVO auch *Dochow*, GesR 2016, 401 (408); o. Fn. 207). Aus Gründen des Rechtsgutsschutzes im Interesse des Patientengeheimnisses lassen sich daher staatliche Beschränkungen des Geheimnisaustausches (insbesondere im Strafrecht) legitimieren. Ob wegen der Eigenständigkeit der Rechtsregime eine einschränkende Regelung durch das Straf- und Berufsrecht unzulässig wäre, darf vor dem Hintergrund der kompetenziellen Befugnisse der EU bezweifelt werden; ganz anders *Haustein*, DSRITB 2017, S. 87 (97), nach dem sich die Auslegung des Strafrechts an der DSGVO orientieren müsse.

234 So *Hoeren*, ZD 2017, 501 (502).

235 Zweifeld Rechtsausschuss, BT-Drucks. 18/12940, 8, nach dem daher die Einholung einer Einwilligung die sachgerechte Lösung sei. In der Strafnorm findet sich dafür freilich kein Anknüpfungspunkt, vgl. *Dochow*, Fn. 8, S. 1349.

236 Zu der Idee s. BT-Drucks. 18/12940, 8 f.; vgl. *Eisele* (o. Fn. 74), S. 5.

237 Vgl. *Dochow*, Fn. 8, S. 1361 f.; *Momsen/Savic*, KriPoZ 2017, 301 (302) m.w.N.

238 S.o. bei Fn.178.

239 Vgl. zu diesem Gedanken im Datenschutzrecht Art. 44 ff. DSGVO ggf. Art. 45 i.V.m. z.B. dem Angemessenheitsbeschluss „Privacy Shield“ für Datenverarbeitungen in den USA; zur jüngeren Krit. s. den Bericht der „Artikel-29-Gruppe“ v. 12.12.2017, nach dem es derzeit sei unklar sei, ob personenbezogene Daten von EU-Bürgern in den USA vergleichbar gut geschützt werden wie in der EU.

4. Privilegierungen im Datenschutzrecht für die neuen Geheimnisträger?

Weitere Wechselwirkungen mit dem Datenschutzrecht ergeben sich mit Blick auf den Status als Geheimnisträger, den IT-Dienstleister durch § 203 Abs. 4 StGB verliehen bekommen, denn § 22 Abs. 1 Nr. 1 lit. b BDSG n.F. knüpft, ebenso wie Art. 9 Abs. 2 lit. h i.V.m. Abs. 3 DSGVO, die Befugnis zur Datenverarbeitung an die Eigenschaft der Geheimnisträgerschaft. Die Verarbeitung ist danach „sonstigen Personen, die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen“ in den Kontexten z.B. der Verwaltung von Systemen und Diensten im Gesundheits- und Sozialbereich erlaubt. Zu beantworten sein wird damit die Frage, ob eine Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung in diesen Fällen überhaupt noch erforderlich ist, da eine Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung durch die externen Dienstleister gegeben wäre. Das ist mit einer engen Auslegung der zulässigen Zwecke der Verarbeitung von Gesundheitsdaten zu verneinen. Insbesondere erfolgt durch IT-Dienstleister keine Verwaltung von Systemen und Diensten im Gesundheits- und Sozialbereich. Das betrifft vielmehr die infrastrukturelle bzw. systemische Seite des Gesundheitswesens und meint die Verarbeitung von Gesundheitsdaten im öffentlichen Interesse durch die Verwaltung, die Kostenträger und nationalen Gesundheitsbehörden.²⁴⁰ Die Verwaltung von Arztinformationen- bzw. Praxisverwaltungssystemen fällt nicht hierunter.

Dass externe Dienstleister sich auf § 22 Abs. 1 Nr. 1 lit. b BDSG n.F. stützen können sollen, kann überdies nicht Absicht des Strafgesetzgebers gewesen sein, als er diese Personen einer „entsprechenden Geheimhaltungspflicht“ unterwarf, denn die mitwirkenden Personen leiten die Befugnis zum Umgang mit Patienteninformationen stets vom primären Berufsgeheimnisträger ab.²⁴¹ Das Merkmal der „entsprechenden Geheimhaltungspflicht“ in § 22 Abs. 1 Nr. 1 lit. b BDSG n.F. ist damit eng dahingehend auszulegen, dass es sich um einen originär das Vertrauen seines Patienten in Anspruch nehmenden, primären Träger des Berufsgeheimnisses handelt.

VII. Regelungsbedarf im Berufsrecht der ärztlichen Geheimnisträger

Die strafrechtliche Befugnis in § 203 Abs. 3 StGB hat keinen Einfluss auf die Regelungen des ärztlichen Berufsrechts. Dieses steht eigenständig neben dem Strafrecht und wird autonom ausgelegt. Generell verbleibt unter den Voraussetzungen des berufsrechtlichen Überhangs sogar ein Raum für eine berufsrechtliche Ahndung, wenn das Verhalten über § 203 Abs. 3 S. 2 StGB strafrechtlich gerechtfertigt sein sollte. Es kann also, weil lediglich in die Berufsausübungsfreiheit der Ärzte und nicht in Grundrechte der Patienten eingegriffen wird, durchaus ein strengeres Berufsrecht mit einem Mehr an Pflichten konstituiert werden. Neben § 203 StGB statuiert § 9 MBO-Ä²⁴² die Pflicht zur Verschwiegenheit und sieht zugleich Ausnahmen vor, die sich (allerdings nur) innerhalb dieses Normsystems auswirken. Aus diesem Grund stellen berufsrechtliche Regelungen für Ärzte auch keine Befugnisse im Sinne des Strafrechts dar²⁴³ und ein möglicherweise „liberaleres“ Berufsrecht vermag keinen Dispens von der strafrechtlichen Pflicht zur Verschwiegenheit herbeizuführen. Dass ein berufsrechtlich erlaubtes Verhalten niemals strafbar nach § 203 StGB sei, weil der Berufs-

geheimnisträger in diesen Fällen nicht unbefugt handele,²⁴⁴ gilt für das ärztliche Berufsrecht als Satzungsrecht aus normsystematischen Gründen also gerade nicht.²⁴⁵

Das ärztliche Berufsrecht trägt die Öffnung des Geheimnisträgerkreises gegenwärtig nicht in gleicher Weise wie die Neuregelung des § 203 StGB im Strafrecht. Damit wird der weitgehende „Gleichlauf“ von Strafrecht und Berufsrecht mit der Neufassung von § 203 StGB aufgehoben. Eine gleichzeitige Neufassung des ärztlichen Berufsrechts erfolgte nicht, weil der Bundesgesetzgeber zutreffend erkannt hatte, dass eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für diesen Bereich nicht besteht.²⁴⁶ Eine Anpassung der berufsrechtlichen Bestimmungen (vgl. § 9 MBO-Ä) wäre aber erforderlich, wenn das Berufsrecht nicht die „Hürde“ für die Einbeziehung externer Dienstleister darstellen soll, die bislang § 203 StGB statuierte.²⁴⁷ Ansonsten wird das Ziel des Gesetzes zur „Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen“ mit Blick auf Ärzte nicht erreicht werden können.

Für das Berufsrecht bleibt den zuständigen Satzungsgebern eine Modifikation anheimgestellt.²⁴⁸ Die einschlägigen Ermächtigungen in den Heilberufe- und Kammergesetzen²⁴⁹ lassen dies zu, denn die Ärztekammern dürfen oder müssen sogar Regelungen über die Berufspflicht der Einhaltung der Schweigepflicht treffen. Erforderlich wäre zumindest die Herstellung einer Kongruenz mit den Mindestvoraussetzungen des § 203 Abs. 3 S. 2 StGB. Im Berufsrecht wäre es allerdings auch möglich, differenzierte Regelungen zu treffen, ohne dass z.B. § 43e BRAO die „Blaupause“²⁵⁰ dafür darstellen muss. Insbesondere abweichende Begriffe und problematische Regelungen sollten nicht übernommen werden.²⁵¹ Vielmehr kann auf die spezifischen Besonderheiten und Interessen sowie auf besondere Ri-

240 Vgl. Schiff in Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2017, Art. 9, Rz. 52; Kampert in Sydow, DSGVO, 2017, Art. 9, Rz. 45; näher Weichert in Kühling/Buchner, DSGVO, 2017, Art. 9, Rz. 105 ff.

241 Während das Strafrecht keine Bestimmungen zur Verarbeitung von Gesundheitsdaten durch die externen Dienstleister vorsieht, greifen im Datenschutzrecht Regelungen der Auftragsverarbeitung, so dass der Berufsgeheimnisträger Verantwortlicher i.S.d. DSGVO bleibt.

242 Hier und nachfolgend wird die MBO-Ä für die entsprechenden Regelungen in den Berufsordnungen der Landesärztekammern exemplarisch angeführt.

243 Ausf. dazu Dochow, Fn. 8, S. 863 ff., S. 1358; vgl. zutr. auch Dahns, NJW-Spezial 24/2017, 766. Entgegen Ehmann, ZD 2017, 201 können sie aber auch keine datenschutzrechtlichen Befugnisse begründen, s. Dochow, Fn. 8, S. 688 ff.

244 Rechtsausschuss, BT-Drucks. 18/12940, 9.

245 Sofern die Landesgesetzgeber im Einklang mit der Kompetenzordnung des Grundgesetzes entsprechende Befugnisse z.B. in den Heilberufe- und Kammergesetzen vorsehen, kann dies anders zu bewerten sein.

246 Vgl. BT-Drucks. 18/11936, 1 ff. (passim), 19, 24 f.; s. dazu auch Ehmann, ZD 2017, 201.

247 Vgl. Dochow, Fn. 8, S. 1358. Entschließung der 93. DSK (o. Fn. 222).

248 Vgl. BT-Drucks. 18/11936, 19.

249 S. z.B. § 33 Abs. 2 Nr. 1 HKG Nds.

250 Vgl. Schorn, Noerr-News vom 4.7.2017, abrufbar unter: <https://www.noerr.com/de/newsroom/News/neuregelung-des-strafrechtlichen-geheimnisses-schutz-fuer-rechtsanwaelte-aerzte-kliniken-und-versicherungen-beschlossen.aspx> (Zugriff am: 9.12.2017).

251 Z.B. § 43e Abs. 5 BRAO; zur Krit. Hoeren, ZD 2017, 501 f.

sikologen bei der Informationsverarbeitung im Bereich der Gesundheitsversorgung Rücksicht genommen werden.²⁵²

VIII. Fazit

Ein Verzicht auf IT- und Technikeinsatz im ärztlichen Bereich ist kaum möglich. Die angestrebte Liberalisierung zur Anpassung der strafrechtlichen Regelung an die Bedürfnisse der Digitalisierung im Gesundheitswesen war daher erforderlich. Die bewirkte Reichweite trägt aber Interessen von Patienten und bestimmten Risikolagen nicht hinreichend Rechnung. Begrenzungen auf bestimmte wichtige Bereiche, die Berücksichtigung weniger einschneidender Alternativmaßnahmen, wie z.B. Verfahren der (faktischen) Anonymisierung, Pseudonymisierung und Verschlüsselung, wurden nicht erwogen.²⁵³ Ob der behauptete angemessene Ausgleich zwischen dem „nachvollziehbaren wirtschaftlichen Interesse von Berufsgeheimnisträgern daran, bestimmte ihre Berufstätigkeit unterstützende Tätigkeiten durch Personen erledigen zu lassen, die nicht in ihren Betrieb eingebunden sind“ und dem „schützenswerten Geheimhaltungsinteresse der Personen, die ihre Geheimnisse schweigepflichtigen Personen anvertrauen“²⁵⁴ gefunden wurde, erscheint sehr fraglich.²⁵⁵ Für die strafrechtliche Regelung ist die gesetzgeberische Abwägung erkennbar einseitig ausgefallen und es ist eine deutliche Abkehr vom Primat der Selbstbestimmung über das Patientengeheimnis²⁵⁶ vollzogen worden. Der Gesetzgeber verlässt das bisher weitgehend austarierte System von Patientengeheimnisschutz und Möglichkeiten zur „Durchbrechung der Schweigepflicht“²⁵⁷. Wenn ansonsten vor allem nach dem rechtfertigenden Prinzip ein „abgewogener Kompromiss“²⁵⁸ gefunden wurde, der in engen Grenzen nur einem „überwiegenden Interesse“ die Öffnung des Geheimnisbereichs zugesteht,²⁵⁹ hat der Gesetzgeber diesen Weg nun verlassen. Infolgedessen wird durch die Ausweitung des Kreises der Mitwisser der Schutz des Patientengeheimnisses relativiert und die Grenze des Geheimnisbereichs aufgelöst.

Bei der künftigen Rechtsanwendung wird damit eine rechtsgut-sorientierte Auslegung mit Rücksicht auf einen vernünftigen Interessenausgleich erforderlich sein, wofür vor allem das unbestimmte Merkmal der Erforderlichkeit einen Ansatzpunkt bietet. Darüber hinaus bleibt das Datenschutzrecht als wichtiges Korrektiv. Eine Folge ist insoweit eine Verlagerung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts in dieses Rechtsgebiet. Es werden vor allem die Anforderungen zur Auftragsverarbeitung maßgeblich sein, die Überprüfungsbefugnisse und Weisungsrechte umfassen und technische und organisatorische Maßnahmen vorschreiben, um ein entsprechendes Schutzniveau für sensible Patienteninformationen sicherzustellen.²⁶⁰

Carsten Dochow

Referent in der Rechtsabteilung der Bundesärztekammer, Berlin



Carsten Dochow promoviert in der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht (Prof. Gunnar Duttge) sowie am Zentrum für Medizinrecht an der Georg-August-Universität Göttingen. Seine Dissertationsschrift befasst sich u.a. mit der ärztlichen Schweigepflicht.

252 Vgl. bisher etwa § 9 Abs. 4 MBO-Ä.

253 Zu Alternativen (de lege ferenda) Dochow, Fn. 8, S. 1357, 1361 f.

254 Vgl. BT-Drucks. 18/11936, 3, 25.

255 Verneinend Sinn (o. Fn. 117), S. 1 u. 2 f.

256 Vgl. Dochow, Fn. 8, S. 1354; nach Sinn (o. Fn. 117), S. 2 entleere § 203 Abs. 3 S. 2 StGB den Filter der Einwilligung in die Offenbarung.

257 Dazu jüngst Rehborn, GesR 2017, 409 (412 ff.).

258 Rehborn, GesR 2017, 409 (414).

259 Vgl. Sinn (o. Fn. 117), S. 2.

260 Vgl. 89. DSK (o. Fn. 94).

Prof. Dr. Karl-Heinz Möller, Düsseldorf

Rechtliche Probleme bei Gründung und Betrieb eines Krankenhaus-MVZ

Medizinische Versorgungszentren, an denen Krankenhausträger beteiligt sind, erscheinen als eine logische Konsequenz der „Ambulantisierung der Medizin“. Anlass genug, spezielle Problem-bereiche auf der Gründerebene, Fragen der Kommunikation und Antikorrumpion, die Einbeziehung in die Wahlartzkette u.w.m. eingehend zu untersuchen.

I. Einleitung

Nach Angaben der Kassenärztlichen Bundesvereinigung waren am 31.12.2016 insgesamt 2.490 MVZ zur vertragsärztlichen

Versorgung zugelassen.¹ An 1.010 MVZ waren Krankenhaus-Träger beteiligt. Der Prozentsatz beläuft sich auf etwa 40 %. In den unter Einbindung eines Krankenhausträgers errichteten MVZ waren 7.614 Ärzte im Anstellungsverhältnis und 22 Vertragsärzte tätig. Die durchschnittliche Arztstärke eines Krankenhaus-MVZ lag demgemäß bei etwa 7,5 Ärzten. Die MVZ in

1 <http://www.kbv.de/html/mvz.phb> (letzter Zugriff: 17.1.2018).

Krankenhausträgerschaft werden vorrangig als GmbH gegründet.

Im zahnärztlichen Bereich nahmen am 30.6.2017 insgesamt 359 MVZ mit 1140 angestellten Zahnärzten an der vertragszahnärztlichen Versorgung teil.² In Krankenhaus-MVZ werden nur vereinzelt vertragszahnärztliche Leistungen angeboten.

Die Motive eines Krankenhausträgers für die Gründung eines MVZ sind vielfältig. Mancherorts haben Krankenhausträger die maßgeblichen Facharztpraxen aufgekauft und in eine MVZ-Struktur überführt.³ Auch Hausarztpraxen geraten in das Visier von Krankenhausträgern.⁴ Die Strategie der Krankenhäuser ist vor dem Hintergrund der zunehmenden Ambulantisierung der Medizin mehr als nachvollziehbar. Zudem wird auf diese Weise der Pfad der Patienten in das in derselben Trägerschaft oder in einer Verbundträgerschaft befindliche Krankenhaus gebahnt. Gleichzeitig wird verhindert, dass ein Konkurrenz-Krankenhaus seine Einweisungsstruktur durch den Erwerb solcher Praxen verbessert. Im KBV-MVZ-Survey 2016⁵ wurden die Existenzsicherung des Krankenhauses sowie die Einweiserbindung als zentrale Motive für die Errichtung eines Krankenhaus-MVZ ermittelt.

Von daher verwundern kritische Stimmen zu Krankenhaus-MVZ wegen des strukturell vorhandenen Näheverhältnisses zum stationären Bereich nicht.⁶

II. Pros und Contras zur Errichtung eines Krankenhaus-MVZ

Für die Gründung eines MVZ können aus der Sicht eines Krankenhausträgers folgende Motive sprechen⁷:

- Beseitigung von Versorgungsdefiziten,
- MVZ als wesentlicher Bestandteil des Behandlungspfades ambulant/stationär/ambulant („Einweisungsportal“),
- Schaffung ambulanter Komplementärfunktionen,
- MVZ als Nachbehandler bei verkürzten Liegezeiten (Stichwort: „blutige Entlassung“),
- Optimalere Ressourcennutzung,
- Ausbau interdisziplinärer Kooperationen – z.B. mit Physiotherapeuten,
- MVZ als Profitcenter,
- dauerhafte und planungssichere Substitution der wegen Bedarfsabhängigkeit und Drittwiderspruchsmöglichkeit unsicheren Ermächtigungen,
- Anstellung von Krankenhausärzten teilzeitig im MVZ und von MVZ-Ärzten teilzeitig im Krankenhaus,
- Verhinderung des Erwerbs einer Praxis durch einen Mitbewerber und damit eventuell eines veränderten Zuweisungsverhaltens.

Gegen die Errichtung eines MVZ durch einen Krankenhausträger können ebenfalls Argumente angeführt werden:

- Verprellung niedergelassener Vertragsärzte und befürchtete Reduktion der Einweisungen,

- finanzieller Aufwand durch den Erwerb von Praxen (Vertragsarztzulassungen),
- Unsicherheit der zukünftigen Struktur der ambulanten Versorgung,
- fehlende Kenntnisse der komplexen vertragsarztrechtlichen Vorgaben,
- hausinterne Auseinandersetzungen mit Chefärzten wegen Wegfall/Beschränkung der Ermächtigungen und Entstehen einer Einrichtung für ambulante privatärztliche Tätigkeit,
- Infragestellung des Kooperationsmodells durch kritische Patienten.

III. Spezielle Problembereiche auf der Gründerebene

1. Einrichtung

§ 95 Abs. 1 S. 2 SGB V beschreibt MVZ als „ärztlich geleitete Einrichtungen“. Das Tatbestandsmerkmal der „Einrichtung“ ist gesetzlich nicht näher präzisiert.

In der Praxis befinden sich viele Krankenhaus-MVZ in den Räumen des Krankenhauses oder in Gebäuden auf dem Krankenhausgelände, oftmals mehr oder weniger vom stationären Bereich abgegrenzt. Teils werden identische Ressourcen wie Geräte oder Funktionseinheiten genutzt. Auch der sonstige Außenauftritt wie die Bezeichnung (z.B. MVZ am XY-Krankenhaus), die Verwendung einheitlicher oder ähnlicher Logos⁸, die Durchführung gemeinsamer Veranstaltungen etc. vermittelt den Patienten letztlich den Eindruck, die ambulanten Leistungen sowie die stationären einschließlich der vor- und nachstationären Versorgungsangebote aus einer Hand zu erhalten.

2 KZBV-Jahrbuch 2017, 180 Zu zahnärztlichen MVZ Niggehoff in Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 3. Aufl. 2018, § 18 Rz. 111 ff.

3 Vgl. das Beispiel von Wenner, Liberalisierung der vertragsärztlichen Tätigkeit – mehr Freiheit oder nur mehr Freiheit für den Missbrauch, in Katzenmeier/Ratzel (Hrsg.), Festschrift Dahm, 2017, 517 (532).

4 Aus der eigenen Beratungspraxis: Der findige Geschäftsführer eines Konzern-Krankenhauses wandte sich an einen im ärztlichen Kollegenkreis renommierten und anerkannten Seniorpartner einer hausärztlichen Berufsausübungsgemeinschaft und schlug diesem vor, dieser möge eine möglichst große Anzahl von Arztpraxen im Einzugsbereich des konkreten Krankenhauses über eine von dem Arzt zu gründende MVZ-GmbH aufkaufen und in MVZ umwandeln. Die hierzu benötigten finanziellen Mittel würden vom Krankenhausträger vorgestreckt werden. Nach einer angemessenen Übergangsfrist würde der Krankenhausträger dann die MVZ-Gesellschaftsanteile des Arztes übernehmen und die einzelnen MVZ in Eigenregie betreiben.

5 MVZ Survey 2016, Stand 12.9.2016, <http://www.kbv.de/html/5727.php> (letzter Zugriff: 17.1.2018).

6 Wenner (Fn. 3), 517 (529); ferner Möller/Dahm/Remplik in Ratzel/Luxemburger (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, Kap. 9 Rz. 107; Michels/Möller/Ketteler-Eising, Ärztliche Kooperationen, 4. Aufl. 2018, 301 f. (im Erscheinen); Ratzel, Sektorenübergreifende Kooperationen – Anforderungen an die Vertragsgestaltung, MedR 2017, 701 (707).

7 Michels/Möller/Ketteler-Eising (Fn. 6), 300 f.; Wigge/Schütz in Huster/Kaltenborn (Hrsg.), Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 10 Rz. 8 f.; Deutsche Krankenhausgesellschaft, Hinweise zur Gründung Medizinischer Versorgungszentren, 3. Aufl. 2007, 7.

8 Die gemeinsame Verwendung von Logos kann unter dem Aspekt der Rechtsscheinhafung Risiken in sich bergen, vgl. LG Aurich, Urt. v. 6.10.2006 – 3 O 27/04, GesR 2007, 256; kritisch Rehborn, Neue ärztliche Kooperationsformen und haftungsrechtliche Passivlegitimation, ZMR 2008, 296 (300).

Das Bundessozialgericht fordert in seinem Urteil vom 13.5.2015⁹ für MVZ eine räumlich und sachlich abgrenzbare Einheit. Virtuelle Erscheinungsformen, die lediglich auf dem Papier existieren, reichen zur Annahme einer Einrichtung als notwendige Voraussetzung und damit auch die Zulassungsfähigkeit eines MVZ nicht aus.¹⁰

Es spricht indes kein rechtliches Argument dagegen, dass das MVZ seinen Sitz in einem Krankenhaus(-gebäude) hat. Man wird auch bei einem in einem Krankenhaus betriebenen MVZ keinen separaten Eingang für das MVZ verlangen müssen.¹¹ Für die Patienten muss sich insbesondere bei Beginn der Behandlung der Eindruck ergeben, sich in einer vom Krankenhaus abgegrenzten Struktur zu befinden. Bestimmte Allgemeinflächen können durchaus gemeinschaftlich durch den Krankenhaussträger und das MVZ genutzt werden. Hier stellt sich dieselbe Problematik wie bei Ärztehäusern¹², Gesundheitszentren oder Praxisgemeinschaften.¹³ Von erheblicher Bedeutung ist die Beachtung datenschutzrechtlicher Vorgaben (z.B. § 9 MBO-Ä, § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB).¹⁴

Es ist nicht erforderlich, dass sämtliche Ärzte des MVZ in ein und demselben Gebäude oder Gebäudeteil tätig sind.¹⁵ Auf dem Krankenhausgelände ist demgemäß ein sog. „campusübergreifendes MVZ“ zulässig.¹⁶

Die Eigentumsverhältnisse an den materiellen MVZ-Ressourcen sind unerheblich. Diese können grundsätzlich gemeinschaftlich mit Dritten genutzt werden, also auch mit einem Krankenhaussträger.

Nicht immer ist bekannt, dass das Krankenhausrecht besondere Anforderungen vorgeben kann. So bestimmt § 22 Abs. 2 KHGG NRW¹⁷, dass die Vermietung von Räumen und Ausstattungen eines Plankrankenhauses der Erlaubnis der zuständigen Behörde bedarf. Im Zusammenhang mit dem Antragsverfahren sind die Mietverträge vorzulegen. Teilweise ist mit einer mehrmonatigen Bearbeitungsdauer zu rechnen.

Für die Erteilung der MVZ-Zulassung ist es irrelevant, ob das MVZ mit EU-Fördermitteln errichtet wurde, die zu Unrecht an die die Trägergesellschaft gezahlt wurden. Die eventuelle Rechtswidrigkeit oder Nichtigkeit der Zuwendung wirkt sich nicht auf den gesellschaftsrechtlichen Akt der MVZ-GmbH-Gründung und folglich auch nicht auf das Zulassungsverfahren aus.¹⁸

2. Mindestanzahl von im MVZ tätigen Ärzten

Auf den ersten Blick ist man geneigt, aus dem Umstand, dass § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V medizinische Versorgungszentren als Einrichtungen definiert, in welchen „Ärzte“ tätig sind, darauf zu schließen, dass dort mindestens zwei Ärzte medizinisch arbeiten müssen. Allerdings ist dieser Blick verkürzt, da von „Einrichtungen“ die Rede ist und die Wahl des Plurals am Beginn der Definition auch die Verwendung des Plurals in der Folge zwingend erforderte.¹⁹

Zutreffend wird indes darauf hingewiesen, dass bei nur einem im MVZ tätigen Arzt die Regelungen zur ärztlichen Leitung entbehrlich gewesen wären.²⁰

Bekanntlich hat das Bundessozialgericht mit Urteil vom 19.10.2011²¹ – in einem obiter dictum – zwei hälftige Vertragsarztsitze/Arztstellen als zur Aufrechterhaltung des MVZ-Be-

triebs für ausreichend angesehen. Soweit ersichtlich, entspricht dies der Auffassung der meisten Zulassungsgremien.

Für die Praxis ist bei der Errichtung auch eines Krankenhaus-MVZ zu empfehlen, zur Errichtung mindestens zwei halbe Arztstellen einzuplanen. Dabei wird es nicht anerkannt, wenn ein und derselbe Arzt mit zwei hälftigen Versorgungsaufträgen oder auch zwei halben Arztstellen im MVZ tätig ist.²²

Dass eine solche Mini-Einrichtung den Begriff „Zentrum“ nutzen darf, wird zu Recht als vom „Gesetzgeber gebilligte Verbrauchertäuschung“ kritisiert.²³

3. Ärztliche Leitung

Das MVZ muss unter ärztlicher Leitung stehen (§ 95 Abs. 1 S. 2 SGB V). Der ärztliche Leiter muss in dem MVZ selbst als angestellter Arzt oder als Vertragsarzt tätig sein; er ist in medizinischen Fragen weisungsfrei (§ 95 Abs. 1 S. 3 SGB V).

Welche Funktion der ärztliche Leiter hat und wie seine Rechte und Pflichten ausgestaltet sind, hat der Gesetzgeber nicht konkretisiert. Gleichwohl kann das Ziel des Gesetzgebers dahingehend verstanden werden, dass er – vergleichbar der Funktion des Ärztlichen Direktors eines Krankenhauses (z.B. § 31 Abs. 1 S. 2 KHGG NRW) – eine **ärztliche Gesamtleitung** institutionalisiert hat. Der ärztliche Leiter ist – so das BSG²⁴ – für die Steuerung der ärztlichen Betriebsabläufe zuständig. Gegenüber den anderen Ärzten ist der ärztliche Leiter in diesem Rahmen grds. weisungsberechtigt. Dieses Recht kann durch generelle oder Einzelweisungen ausgeübt werden.²⁵

9 BSG, Urt. v. 13.5.2015 – B 6 KA 25/14 R, GesR 2015, 737 (742).

10 So schon Dahm in Dahm/Möller/Ratzel, Rechtshandbuch Medizinische Versorgungszentren, 2005, Kap. III Rz. 4.

11 Möller/Dahm/Remplik in Ratzel/Luxenburger (Fn. 6), Kap. 9 Rz. 22; Quaas in Quaas/Zuck (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, § 17 Rz. 11.

12 Zum Begriff Ratzel in Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufungsordnung der deutschen Ärzte (MBO), 6. Aufl. 2015, § 18a Rz. 25.

13 Mit Betreten der Praxisräume willigen die Patienten zumindest konkludent darin ein, dass dieser Vorgang teiöffentlich wird, ausführlich Möller in Ratzel/Luxenburger (Fn. 6), Kap. 16 Rz. 437 m.w.N.

14 Möller in Ratzel/Luxenburger (Fn. 6), Kap. 16 Rz. 437.

15 LSG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 15.12.2015 – L 9 KA 18/15 B ER, MedR 2017, 184 (187) = GesR 2016, 424.

16 Möller/Dahm/Remplik in Ratzel/Luxenburger (Fn. 6), Kap. 9 Rz. 111.

17 V. 11.12.2007 (GV. NRW. S. 702, 2008 S. 157), zul. geänd. durch Art. 2 Gesetz v. 6.12.2016 (GV. NRW. S. 1062).

18 Vgl. hierzu SG Düsseldorf, Urt. v. 1.12.2010 – S 2 (14) KA 114/08; generell Halbe, Die Anwendung des EU-Beihilferechts auf Krankenhäuser, in MAGS (Hrsg.), Krankenhausrecht, europa-, bundes- und landesrechtliche Bezüge, 2017, 75.

19 Möller/Dahm/Remplik in Ratzel/Luxenburger (Fn. 6), Kap. 9 Rz. 29 f.

20 Steinhilper, Niederlassungsmöglichkeiten nach dem GKV-VSG, GuP 2016, 16, 18; ferner Möller, Das MVZ nach dem GKV-Versorgungsstärkungsgesetz, in Katzenmeier/Ratzel (Fn. 3), 307 (310).

21 BSG, Urt. v. 19.10.2011 – B 6 KA 23/11 R, MedR 2012, 830 (832 Rz. 16) = GesR 2012, 179.

22 Ladurner, Ärzte-ZV, Zahnärzte-ZV, 2017, § 95 SGB V Rz. 48.

23 Bäune/Dahm/Flasbarth, GKV-Versorgungsstärkungsgesetz (GKV-VStG), MedR 2016, 4 (7).

24 BSG, Urt. v. 11.12.2013 – B 6 KA 39/12 R, GesR 2014, 354 (358 Rz. 25).

25 Vgl. das Beispiel von Wenner (Fn. 3), 517 (527 Fn. 48), in welchem der ärztliche Leiter eines orthopädisch-unfallchirurgisch ausgerichteten MVZ die durchaus zu hinterfragende, aber von den Ärzten gleichwohl zu beachtende Anweisung gibt, sämtliche Patienten mit potentiellen Verlet-

Im Übrigen ist nach dem vertragsarztrechtlichen und dem arbeitsrechtlichen Status zu differenzieren.²⁶

Für einen Krankenhausträger kann es aus vielfältigen Gründen wünschenswert sein, dass die ärztliche Leitung des MVZ durch einen Chefarzt des Krankenhauses erfolgt.

Eine Halbtags­tätigkeit des ärztlichen Leiters im MVZ kann nicht mehr mit dem Argument verlangt werden, dass der ärztliche Leiter Mitglied der Kassenärztlichen Vereinigung (KV) sein müsse, um deren Satzungsgewalt zu unterliegen.²⁷ Mit Inkrafttreten des GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz am 1.3.2017 ist die KV-Mitgliedschaft an eine Beschäftigung von mindestens 10 Stunden pro Woche gekoppelt (§ 77 Abs. 3 SGB V). Maßgeblich sind die im Arbeitsvertrag vorgegebenen Zeiten. Insofern sind die Anforderungen an den Tätigkeitsumfang zu reduzieren.

In den Zeiten seiner Abwesenheit kann der ärztliche Leiter in entsprechender Anwendung des § 32 Abs. 1 S. 2 Ärzte-ZV vertreten werden. Für die Übertragung der Funktion des ärztlichen Leiters wird keine besondere fachliche Qualifikation oder berufliche Erfahrung vorausgesetzt.

§ 95 Abs. 1 S. 5 SGB V sieht eine **kooperative Leitung** für den Fall vor, dass in dem MVZ Angehörige unterschiedlicher Berufsgruppen tätig sind (z.B. Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten). Manche Zulassungsausschüsse sind großzügiger und lassen eine kooperierende Leitung bei Vorhandensein mehrerer Fachgebiete zu, was aus Gründen der Qualitätssicherung uneingeschränkt zu begrüßen ist.

Soll wegen Wegfalls des bisherigen ärztlichen Leiters ein Nachfolger bestellt werden, bedarf es hierzu eines förmlichen Beschlusses des Zulassungsausschusses.²⁸ Die Kassenärztlichen Vereinigungen können satzungsrechtlich bestimmen, dass der ärztliche Leiter die Quartalsabrechnung unterzeichnet und damit deren Inhalt als zutreffend bestätigt.²⁹

Auf jeden Fall sollte vorsorglich ein **stellvertretender ärztlicher Leiter** bestimmt und gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung benannt werden, damit im Falle der Verhinderung des ärztlichen Leiters ein Ansprechpartner existiert.³⁰

Ob der ärztliche Leiter als **leitender Angestellter** einzuordnen ist mit der Folge, dass auf ihn das Kündigungsschutzgesetz nur modifiziert Anwendung findet, hängt von der inhaltlichen Ausgestaltung und vor allem der praktischen Handhabung des Arbeitsverhältnisses ab. Ihm muss gem. § 14 Abs. 2 KSchG eine Personalkompetenz zustehen, die ihn zu selbständiger Einstellung und/oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt. Diese Befugnis muss auch im Innenverhältnis bestehen, d.h. sie darf sich intern nicht auf ein Vorschlagsrecht beschränken oder lediglich „auf dem Papier stehen“.³¹ In der Praxis stehen angestellten ärztlichen Leitern in MVZ derartige Befugnisse regelmäßig nicht zu, so dass sie meist keine leitenden Angestellten sind.

4. Anforderungen an die Gründer

§ 95 Abs. 1a S. 1 SGB V zählt zugelassene Krankenhäuser nach § 108 SGB V zu den geborenen MVZ-Gründern.³²

Nach überwiegender Auffassung³³ und – soweit ersichtlich – der Verwaltungspraxis der Zulassungsgremien ist jeder Kran-

kenhausträger – wie auch z.B. jeder Vertragsarzt – berechtigt, allein oder gemeinsam mit anderen hierzu berechtigten Dritten bundesweit in unbegrenzter Anzahl MVZ zu errichten. Teilweise wird die Gründungsbefugnis auf den jeweiligen örtlichen Schwerpunkt oder den Zulassungsstatus begrenzt.³⁴ Hiernach dürfte ein Krankenhausträger nur im Einzugs- oder Versorgungsbereich des konkreten Krankenhauses MVZ errichten. Für Investoren, die gerade kleinere, möglicherweise lediglich aufgrund eines Versorgungsauftrages zugelassene Krankenhäuser als Vehikel für ihre MVZ-Kette erwerben, wäre die Durchsetzung der restriktiven Auffassung oftmals mit dem Ende des Geschäftsmodells verbunden.

Vertragsarztrechtlich unzulässig und deshalb zivilrechtlich unwirksam ist die – verdeckte – **Beteiligung eines Nichtgründungsberechtigten** an einer MVZ-Trägersgesellschaft.³⁵

Der Gesetzgeber hat es unterlassen, die Anforderungen an die Gesellschafterstruktur von Krankenhausträgersgesellschaften zu konkretisieren; sie unterliegt insofern keinen Beschränkungen.³⁶ Deshalb ist es sozialrechtlich unbedenklich, wenn ein Investor, und zwar unerheblich von dessen Motivation, sämtliche oder einzelne Geschäftsanteile einer Krankenhausträger-GmbH erwirbt.

Der Investor könnte nun geneigt sein, lediglich einen Mini-Anteil zu übernehmen und auf der Gesellschafterebene zu vereinbaren, dass ihm faktisch die wirtschaftliche Führung der MVZ-GmbH einschließlich deren Gewinn zustehen.³⁷ Solange sich die Beteiligung nicht als Scheingeschäft erweise, sei ein solches Modell zulässig und dürfe von den Zulassungsgremien nicht beanstandet werden.³⁸ Diese Sichtweise dürfte indes unter Umgehungsgesichtspunkten einer gerichtlichen Überprüfung kaum standhalten.³⁹ Die – verdeckte – Beteiligung eines Nicht-

zungen zunächst zu röntgen, bevor sie von einem Arzt untersucht werden.

26 Grundlegend Makoski/Krapohl, Ärztlicher Leiter des MVZ – sozial- und arbeitsrechtliche Fragen, GesR 2013, 705 und GesR 2014, 6.

27 So ausdrücklich BSG, Urt. v. 11.12.2013 – B 6 KA 39/12 R, GesR 2014, 354 (358 Rz. 25); LSG Bayern, Urt. v. 27.1.2016 – L 12 KA 69/14, juris Rz. 25.

28 BSG, Urt. v. 14.12.2011 – B 6 KA 33/10 R, MedR 2012, 695 Rz. 10.

29 LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 24.2.2016 – L 11 KA 58/15 B ER, juris Rz. 59 ff. = GesR 2016, 381.

30 Siehe auch § 1 Abs. 4 S. 6 HVM Nordrhein i.d.F. v. 1.4.2018.

31 BAG, Urt. v. 19.4.2012 – 2 AZR 186/11, NZA 2013, 27.

32 Ausführlich Möller/Dahm/Remplik in Ratzel/Luxenburger (Fn. 6), Kap. 9 Rz. 105 ff.

33 Behnsen, Medizinische Versorgungszentren – die Konzeption des Gesetzgebers, KH 2004, 602 (604).

34 Dahm in Dahm/Möller/Ratzel (Fn. 11), Kap. IV Rz. 22, Kap. VI Rz. 72 ff.

35 LG Köln, Urt. v. 1.12.2016 – 5 O 235/15, MedR 2017, 498 mit Anmerkung Dahm; Bäune/Dahm/Flasbarth, Das neue Versorgungsstrukturgesetz, MedR 2012, 77 (79).

36 Hierzu Möller/Dahm/Remplik in Ratzel/Luxenburger (Fn. 6), Kap. 9 Rz. 99; Gummert/Remplik in Gummert/Weipert (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, 4. Aufl. 2014, § 25 Rz. 129.

37 So der Vorschlag von Klöck, NZS 2013, 368 (370); nach Gummert/Remplik in Gummert/Weipert (Fn. 36), § 25 Rz. 129 sind derartige Modelle überholt, da Investoren vorzugsweise nichtärztliche Dialyseleistungserbringer gem. § 126 Abs. 3 SGB V gründen.

38 Klöck, Das Medizinische Versorgungszentrum im GKV-Versorgungsstrukturgesetz, NZS 2013, 368 (370).

39 Vgl. Bäune/Dahm/Flasbarth, Das neue Versorgungsstrukturgesetz, MedR 2012, 77 (79); wie hier kritisch Quaas in Quaas/Zuck (Fn. 11), § 17

gründungsberechtigten ist nicht nur vertragsarztrechtlich unzulässig, sondern führt auch zur zivilrechtlichen Nichtigkeit des zugrunde liegenden Vertrages.⁴⁰ Zwecks Risikovermeidung ist den Beteiligten in Zweifelsfällen dringend zu empfehlen, den Zulassungsgremien auch die individuellen gesellschaftsrechtlichen Regelungen der Krankenhausträgergesellschaft vorzulegen.

Ferner kann sich die Unzulässigkeit der Gesellschafterstellung unter dem Aspekt des Verbots der Zuweisung gegen Entgelt aus §§ 73 Abs. 7, 128 Abs. 2 SGB V ergeben, wenn der Gesellschafter zu den zuweisenden Ärzten zählt und seinen Gewinn durch sein Zuweisungsverhalten maßgeblich beeinflusst.⁴¹

Umstritten ist, ob auch eine MVZ-GmbH wegen der allgemeinen Verweisungsvorschrift des § 72 Abs. 1 S. 2 SGB V als Gründerin weiterer MVZ anzuerkennen ist.⁴² Eine Klärung durch das BSG steht bevor.

5. Rechtsform

Das GKV-VStG hat neben einer Dezimierung der Gründerarten auch zu einer Beschränkung der möglichen Rechtsformen geführt. § 95 Abs. 1a S. 1 SGB V nennt abschließend Personengesellschaften, eingetragene Genossenschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Personengesellschaften – hier käme allein die GbR in Betracht – spielen in der Praxis bei Krankenhaus-MVZ keine Rolle. Aufgrund des gesetzlichen numerus clausus scheiden Personenhandelsgesellschaften wie die OHG, die KG sowie die GmbH & Co. KG als MVZ-Träger aus. Angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts unmöglich geworden ist die Errichtung eines MVZ durch eine Einzelperson oder eine Stiftung.⁴³

Wird ein Plankrankenhaus in der Rechtsform der GmbH betrieben, kann diese GmbH ohne Zwischenschaltung einer weiteren GmbH ein oder mehrere MVZ errichten.⁴⁴ Voraussetzung ist allerdings, dass der Gesellschaftszweck eine ambulante ärztliche Tätigkeit erlaubt. Wird das MVZ als rechtlich selbstständiger Betriebsteil der Krankenhausträgergesellschaft geführt, ist gleichwohl eine organisatorische, insbesondere datenschutzrechtliche Trennung vom Krankenhausbetrieb zu gewährleisten. Keinesfalls sollten z.B. Gegenstände des Sprechstundenbedarfs auch für Krankenhauspatienten genutzt werden.⁴⁵

Für Kommunen gilt die Besonderheit, dass sie sich zudem jeder öffentlich-rechtlichen Rechtsform bedienen können, mithin das MVZ z.B. auch als Regie- oder Eigenbetrieb führen dürfen (§ 95 Abs. 1a S. 1 a.E. SGB V).⁴⁶

6. Veränderungen auf Trägerebene des MVZ

Beitritt

Durch den Beitritt eines gründungsberechtigten Gesellschafters in die MVZ-Trägergesellschaft ändern sich weder deren Rechtsform noch deren Zulassungsstatus. Der Beitritt muss der Registerstelle/dem Zulassungsausschuss lediglich angezeigt werden, damit geprüft werden kann, ob der Beitretende die Voraussetzungen des § 95 Abs. 1a S. 1 SGB V erfüllt. Ein gesondertes Genehmigungsverfahren ist nicht erforderlich.⁴⁷

Ausscheiden

Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der MVZ-Trägergesellschaft ist für deren Status grundsätzlich unerheblich. Bei Wegfall des einzigen Gesellschafters einer MVZ-GmbH ist auf die Gnadenquartalsregelung gem. § 4 Abs. 3 BMV-Ä zurückzugreifen. Die Geschäftsanteile sollten zeitnah an einen gründungsberechtigten Gesellschafter abgetreten werden.

7. Sicherheitsleistung

§ 95 Abs. 2 S. 6 SGB V hat die Gründungsschwelle für in der Rechtsform der juristischen Person errichtete MVZ ab dem 1.1.2007 angehoben:

„Für die Zulassung eines medizinischen Versorgungszentrums in der Rechtsform einer juristischen Person ist außerdem Voraussetzung, dass die Gesellschafter selbstschuldnerische Bürgschaftserklärungen oder andere Sicherheitsleistungen nach § 232 des Bürgerlichen Gesetzbuches für Forderungen von Kassenärztlichen Vereinigungen und Krankenkassen gegen das medizinische Versorgungszentrum aus dessen vertragsärztlicher Tätigkeit abgeben; dies gilt auch für Forderungen, die erst nach Auflösung des medizinischen Versorgungszentrums fällig werden.“⁴⁸

Der Gesetzgeber hat durch diese Regelung die juristischen Personen des Privatrechts haftungsrechtlich den als Personengesellschaften organisierten kooperativen Organisationsformen (Berufsausübungsgemeinschaften, MVZ in der Freiberuflervariante) gleichstellen wollen.⁴⁹ War die Art der Sicherheitsleistung viele Jahre ausschließlich auf Bürgschaften beschränkt,

Rz. 14; Wigge/Schütz in Huster/Kaltenborn (Fn. 7), § 10 Rz. 44; unter Hinweis auf die gewerberechtliche Argumentation zu Strohmännverhältnissen Kremer/Wittmann, Vertragsärztliche Zulassungsverfahren, 3. Aufl. 2018, Kap. 4 Rz. 869.

40 LG Köln, Ur. v. 1.12.2016 – 5 O 235/15, MedR 2017, 498 mit Anm. Dahm.

41 Ausführlich Harneit, Beteiligung von Leistungserbringern an Unternehmen, MedR 2017, 688; Michels/Möller/Ketteler-Eising (Fn. 6), 311.

42 Zutreffend bejahend LSG Hessen, Ur. v. 30.11.2016 – L 4 KA 20/14, GesR 2017, 264 = MedR 2017, 903 (Revision beim BSG anhängig unter B 6 KA 1/17 R) mit im Ergebnis zustimmender Anmerkung von Hoffbach, MedR 2017, 905; Wodarz, Beteiligung von MVZ an MVZ – zugleich Anmerkung zu SG Marburg, Gerichtsbescheid vom 20.1.2014 – S 12 KA 117/13, NZS 2014, 531; Kroell/Baron, Zur Reichweite des Bestandsschutzes der am 1.1.2012 zugelassenen Medizinischen Versorgungszentren, GesR 2013, 647 (650) unter Hinweis auf eine dies bestätigende Auskunft des BMG; a.A. SG Marburg, Gerichtsbesch. v. 20.1.2014 – S 12 KA 117/13, GesR 2014, 335; Ladurner (Fn. 22), § 95 SGB V Rz. 63; Wigge/Schütz in Huster/Kaltenborn (Fn. 7), § 10 Rz. 43.

43 Bäune/Dahm/Flasbarth, Das neue Versorgungsstrukturgesetz, MedR 2012, 77, 80; a.A. Preisler, Rechtsformprobleme beim Betrieb Medizinischer Versorgungszentren, in Katzenmeier/Ratzel (Fn. 3), 335 (339).

44 Quaas in Quaas/Zuck (Fn. 11), § 17 Rz. 11; Möller/Dahm/Remplik, in Ratzel/Luxenburger (Fn. 6), Kap. 9 Rz. 166 ff.; ebenso Kaufmann/Grün, Das VStG jenseits der Reform des Vertragsarztrechts, MedR 2012, 297 (298).

45 Deutsche Krankenhausgesellschaft (Fn. 7), 12.

46 Kritisch zur Verfassungsmäßigkeit der Einbindung von Kommunen Schaks, Das Medizinische Versorgungszentrum nach dem GKV-Versorgungsstärkungsgesetz, NZS 2016, 761 (764).

47 BSG, Ur. v. 22.10.2014 – B 6 KA 36/13 R, GesR 2015, 675 = ZMGR 2015, 22.

48 Zum Streit über die Rechtsnatur der Bürgschaft Ladurner (Fn. 22), § 95 SGB V Rz. 91.

49 Ausführlich Dahm, Die Bürgschaftserklärung nach § 95 Abs. 2 Satz 6 SGB V als Gründungsvoraussetzung für die Zulassung eines medizinischen Versorgungszentrums (MVZ), MedR 2008, 257; Rehborn, Bürgschaften für die Gründung Medizinischer Versorgungszentren, in Luxen-

hat das am 23.7.2015 in Kraft getretene GKV-VSG die Möglichkeit eröffnet, anstelle einer Bürgschaft „andere Sicherheitsleistungen nach § 232 BGB“ beizubringen.⁵⁰ In Betracht kommen z.B. die Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, die Verpfändung von Forderungen oder die Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken. In der Praxis spielt die erweiterte Form der Sicherheitsleistung – soweit ersichtlich – keine Rolle.

Das Bürgschaftspostulat gilt nur für juristische Personen des Privatrechts. Die Bürgschaftserklärung ist von dem jeweiligen Gesellschafter oder von den Gesellschaftern auszuhändigen. Ist Gesellschafterin eine juristische Person, ist diese und sind nicht etwa deren Gesellschafter bebringungspflichtig.⁵¹

Kommunen als Träger eines Krankenhauses oder Hochschulkliniken kommen ebenfalls als Gründer von MVZ oder als Gesellschafter von MVZ-Trägersgesellschaften in Betracht. Probleme ergeben sich, wenn die Kommune als Gesellschafterin eine Bürgschaftserklärung in unbegrenzter Höhe abgeben muss, da dies gegen Vorgaben des Kommunalrechts verstoßen kann.⁵² Das MVZ-Projekt ist möglicherweise allein aufgrund dieses Umstandes zum Scheitern verurteilt!

Das Bürgschaftspostulat stellt insbesondere gemeinnützige Krankenhausträger vor erhebliche Probleme.⁵³ So wird die Befürchtung vorgetragen, bei Abgabe einer Bürgschaftserklärung zugunsten einer selbst als Alleingesellschafterin betriebenen MVZ-GmbH sei der Verlust der Gemeinnützigkeit zu befürchten. Dies gelte insbesondere dann, wenn die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft erfolge.

Verlangt wird eine selbstschuldnerische Bürgschaft gem. § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB, keine Bürgschaft auf erstes Anfordern und erst recht keine Bankbürgschaft. Aufgrund der Verbürgung als Selbstschuldner ist die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen. Die Bürgschaft darf nach dem Wortlaut des § 95 Abs. 2 S. 6 SGB V betragsmäßig nicht beschränkt werden. Deshalb muss selbst der Gesellschafter mit einem „Mini-Anteil“ eine Bürgschaft in unbeschränkter Höhe beibringen. Diese Unbeschränktheit ist unverhältnismäßig. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Sicherheitsarten des § 232 Abs. 1 BGB notwendigerweise eine Bestimmung der Sicherheitshöhe voraussetzen. Unter Gleichbehandlungsaspekten sollte diese Vorgabe auf die Bürgschaften übertragen werden.⁵⁴

Eine Befristung widerspricht dem Zweck der Einstandspflicht für nach Auflösung des MVZ bekannt gewordene Verbindlichkeiten ebenso wie die Möglichkeit zur Kündigung. Allerdings kann so eine „ewige Haftungsgefahr“ entstehen, da ein Gesellschafter, der der MVZ-Trägersgesellschaft vielleicht nur für kurze Zeit angehört hat, noch Jahrzehnte nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft in Anspruch genommen werden könnte. Da der Gesetzgeber dies nicht gewollt haben kann, ist eine teleologische Reduktion vorzunehmen. Vom Sicherungszweck der Bürgschaft dürfen nur solche Ansprüche erfasst sein, die ihre wirtschaftliche Grundlage in der Zeit der Gesellschaftszugehörigkeit haben.⁵⁵

Manche Kassenärztliche Vereinigungen wenden die Nachhaftungsregeln der §§ 736 Abs. 2 BGB i.V.m. § 160 HGB an. Demgemäß haftet der ausgeschiedene Gesellschafter „nur“ für die Dauer von fünf Jahren für die vor seinem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten. Die Frist beginnt zu dem Zeitpunkt,

zu welchem der Gläubiger positive Kenntnis von dem Ausscheiden erlangt hat.

Die Bürgschaftsurkunde ist an den Bürgen zurückzugeben, wenn keine von der Sicherungsabrede erfassten Ansprüche (mehr) bestehen oder entstehen können oder diese anderweitig – z.B. durch Honorareinbehalte – abgesichert sind. Nach Auflösung des MVZ müssen grundsätzlich sämtliche Fristen zur Durchführung z.B. von Wirtschaftlichkeitsprüfungs-, Regress- oder Plausibilitätsverfahren abgelaufen und es dürfen keine entsprechenden Verfahren mehr anhängig sein.

Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer MVZ-Trägersgesellschaft und die Abgabe einer weiteren Bürgschaft durch den neu eintretenden Gesellschafter begründen keinen Anspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunden.⁵⁶

IV. Kommunikation und Antikorrupption

1. Information über die Trägerschaft

Das Geschäftsmodell Krankenhaus-MVZ geht naturgemäß für den Krankenhausträger nur dann auf, wenn die Patienten auch tatsächlich dessen stationäre Leistungen in Anspruch nehmen.⁵⁷ Die Steuerung der Patienten wirft rechtliche Fragen zu den Grenzen von Empfehlungsverboten einerseits⁵⁸ und Informationsgeboten andererseits auf.

Gemäß § 31 Abs. 2 MBO-Ä⁵⁹ ist es allen – und nicht etwa nur freiberuflich niedergelassenen – Ärztinnen und Ärzten untersagt, ohne hinreichenden Grund bestimmte Anbieter von Gesundheitsleistungen zu empfehlen.⁶⁰ Krankenhäuser – wie auch andere medizinische Einrichtungen – zählen zu den Anbietern

burger/Beeretz u.a. (Hrsg.), Festschrift 10 Jahre AG Medizinrecht im DAV, 2008, 417.

50 Ladurner (Fn. 22) § 95 SGB V Rz. 99 f.; Wigge in Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017, § 6 Rz. 200 f.

51 BSG, Urt. v. 22.10.2014 – B 6 KA 36/13 R, GesR 2015, 675 = ZMGR 2015, 22.

52 Makoski/Möller, Bürgschaftsprobleme bei der Errichtung von Medizinischen Versorgungszentren, MedR 2007, 524 (528 f.); Quaas in Quaas/Zuck (Fn. 11), § 17 Rz. 38.

53 Wie zuvor.

54 Ablehnend Wigge/Schütz in Huster/Kaltenborn (Fn. 7), § 10 Rz. 88.

55 Ladurner (Fn. 22), § 95 SGB V Rz. 94 m.w.N.

56 SG Hannover, Urt. v. 2.9.2015 – S 78 KA 505/10, GesR 2015, 676.

57 Vgl. Ratzel, Sektorenübergreifende Kooperationen – Anforderungen an die Vertragsgestaltung, MedR 2017, 701.

58 Das Phänomen ist derart aktuell und praxisrelevant, dass der Vorstand der Bundesärztekammer in seiner Sitzung vom 22.4.2016 auf Empfehlung der Ständigen Konferenz der Rechtsberater der Ärztekammern „Hinweise und Erläuterungen zu Kooperationen zwischen Krankenhäusern und niedergelassenen Ärztinnen und Ärzten – Möglichkeiten aus berufsrechtlicher und vertragsarztrechtlicher Sicht“ beschlossen hat, DÄBl. 2016, 17.6.2016, A 1 (2).

59 Der Wortlaut ist in nahezu sämtlichen Landesärztekammern identisch, hierzu Ratzel in Ratzel/Lippert (Fn. 12), § 31 Fn. 76.

60 BGH, Urt. v. 24.7.2014 – I ZR 68/13, MedR 2015, 729 (733, Rz. 35) = GesR 2015, 477 – Hörgeräteversorgung III; aktuell LG Dessau-Roßlau, Urt. v. 25.9.2015 – 3 O 22/15, GuP 2016, 80 mit kritischer Anmerkung von Ratzel: Zulässigkeit der Verweisung eines in seiner Mobilität eingeschränkten Patienten an eine bestimmte Apotheke, die dem Patienten das benötigte Medikament direkt zukommen lässt; ausführlich auch Rehborn in Prütting (Hrsg.), Medizinrecht – Kommentar, 4. Aufl. 2016, § 31 MBOÄ Rz. 23b.

von Gesundheitsleistungen.⁶¹ Auch die Anbringung von Plakaten, das Auslegen von Flyern oder Visitenkarten eines bestimmten Anbieters wird als unzulässige Verweisung/Empfehlung gewertet.⁶² Dem Patienten soll die unbeeinflusste Wahlfreiheit bei der Auswahl von Anbietern gesundheitlicher Leistungen zustehen. Empfehlungen auf konkrete Nachfrage oder sogar auf Bitten des Patienten sind hingegen zulässig.⁶³ Allerdings dürfen die Nachfragen nicht durch den Arzt initiiert werden.⁶⁴ Ein einseitiges Empfehlungsmanagement kann durchaus einen Verstoß gegen § 3a UWG begründen und zu entsprechenden wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen führen.⁶⁵

Es ist lebensfremd anzunehmen, dass die zivil- und berufsrechtlichen Empfehlungsverbote dazu führen, dass das sich die Patienten für die Weiterbehandlung andere, trägerfremde Einrichtungen suchen. Wozu auch, wenn eine gute Versorgungsmöglichkeit über kurze Wege zu erreichen ist?

Der MVZ-Arzt stellt Einweisungen zur stationären Behandlung gem. § 73 Abs. 4 SGB V aus. Dabei hat er die beiden nächstgelegenen geeigneten Krankenhäuser aufzuführen (§ 73 Abs. 4 S. 3 SGB V, § 6 Abs. 1 S. 6 KH-Einweisungs-RL). Zugleich ist er verpflichtet, den Patienten „über die Notwendigkeit der stationären Behandlung und geeignete Krankenhäuser“ zu unterrichten und zu beraten (§ 4 KH-Einweisungs-RL)⁶⁶.

Sofern nicht besondere Umstände vorliegen, muss der MVZ-Arzt eine Behandlung des Patienten in einem anderen, trägerfremden Krankenhaus keinesfalls fördern. Selbstverständlich darf er bei der Nennung geeigneter Einrichtungen auch auf die Behandlungsmöglichkeiten „seines“ Krankenhauses und insbesondere auf seine eigene stationäre Tätigkeit hinweisen.

Den Behandler⁶⁷ treffen aus dem mit dem Patienten geschlossenen Behandlungsvertrag gem. § 630c Abs. 2 BGB umfassende Informations- und Aufklärungspflichten. Der Behandler schuldet dem Patienten in besonderem Maße Transparenz. Von daher erscheint es geradezu geboten, durch geeignete Maßnahmen – z.B. Aushang im MVZ, Internetauftritt – darauf hinzuweisen, wer Eigentümer des MVZ ist. Dieser Umstand ist häufig ohnehin offensichtlich. Teilweise verlangen Zulassungsausschüsse die Aufnahme des Trägers in die Firmierung des MVZ. Aus der Sicht des Patienten sind solche Informationen erwünscht. Er erfährt auf diese Weise, dass der Träger an ihm sowohl im ambulanten als auch im stationären Bereich „verdient“. Der Patient kann die Indikationsstellung kritisch hinterfragen. Durch Aufsuchen eines „Konkurrenz-Krankenhauses“ kann er sich – im Sinne eines „Zweitmeinungsmodells“⁶⁸ – eine Überprüfung der Diagnosen und der Therapieempfehlungen erhoffen.

Dem MVZ-Eigentümer wird man auch nicht verwehren können, die MVZ-Patienten durch geeignete Maßnahmen über sein sonstiges Leistungsspektrum – etwa eine spezialisierte stationäre Versorgung – zu informieren. Als zulässige Aufklärung wird der Hinweis anzusehen sein, dass im MVZ tätige Ärzte in dem Krankenhaus des MVZ-Trägers – evtl. sogar als Chefarzt oder Oberarzt – arbeiten und so in der Lage sind, sich auch im stationären Bereich um den Patienten zu kümmern.

Auch wenn die Möglichkeit, eine Versorgung „aus einer Hand“ anbieten zu können, nicht als hinreichender Grund für eine Empfehlung anerkannt wird⁶⁹, kann die geschickte zulässige

Information bei vielen Patienten faktisch wie eine Empfehlung wirken.

2. §§ 299a, 299b StGB

Kooperationen zwischen Ärzten einerseits und zwischen Ärzten und Krankenhausträgern andererseits sind durch das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vom 30.5.2016⁷⁰ in den Fokus des Strafrechts gerückt.

Gemäß § 299a Alt. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft wer z.B. als Arzt im Zusammenhang mit der Berufsausübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge. Spiegelbildlich wird der den korruptiven Vorteil Anbietende, Versprechende oder Gewährende gem. § 299b StGB ebenfalls mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. § 300 StGB sieht Strafverschärfungen für besonders schwere Fälle vor, die im ärztlichen Bereich relativ häufig vorliegen dürften.

Der Wortlaut der Norm hebt sich von § 31 Abs. 1 MBO-Ä und § 73 Abs. 7 SGB V ab, die von der „Zuweisung“ sprechen. Im Gesetzgebungsverfahren wurde das Tatbestandsmerkmal der „Zuweisung“ als zu eng angesehen. Um den Vorgaben des

61 BÄK, DÄBl. 2016, 17.6.2016, A 1 (2).

62 BGH, Urt. v. 13.1.2011 – I ZR 111/08, MedR 2011, 500 (502 Rz. 20-30) = GesR 2011, 246 – Hörgeräteversorgung II; BÄK, DÄBl. 2016, 17.6.2016, A 1 (2).

63 BGH, Urt. v. 13.1.2011 – I ZR 111/08, MedR 2011, 500 (502 Rz. 27-30, 34) = GesR 2011, 246 – Hörgeräteversorgung II; hierzu Scholz in Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 31 MBO Rz. 13; BÄK, DÄBl. 2016, 17.6.2016, A 1 (2).

64 BGH, Urt. v. 13.1.2011 – I ZR 111/08, MedR 2011, 500 (503 Rz. 35) = GesR 2011, 246 – Hörgeräteversorgung II; Rehborn in Prütting (Fn. 59), § 31 MBOÄ Rz. 23a.

65 Köhler in Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb – UWG, 34. Aufl. 2016, § 3a Rz. 1.132.

66 Makoski, Zusammenarbeit zwischen Krankenhäusern und Vertragsärzten – sozialrechtlich erwünscht, berufsrechtlich verboten?, MedR 2009, 376.

67 Zum Begriff des Behandelnden i.S.d. §§ 630a ff. BGB vgl. Rehborn, Sind „Behandelnde“ immer „Behandelnde“? in Steinmeyer u.a. (Hrsg.), Festschrift Bergmann, 2016, 209; Frister/Wostry, Das Patientenrechtegesetz und der nemo tenetur-Grundsatz – Überlegungen zur Reichweite des § 630c Abs. 2 S. 3 BGB, in AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht, 2014, 53 (79 f.).

68 Hier ist nicht lediglich die formalisierte Zweitmeinung nach § 27b SGB V bei mengenanfälligen Eingriffen gemeint, hierzu Knispel, Der Anspruch auf Einholung einer Zweitmeinung nach § 27b SGB V, NZS 2016, 174.

69 BGH, Urt. v. 9.7.2009 – I ZR 13/07, GesR 2009, 549; Rehborn in Prütting (Fn. 59), § 31 MBOÄ Rz. 23b.

70 BGBl. I, 1254. zur Entstehungsgeschichte Pragal/Handel, Der Regierungsentwurf zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen – ein großer Wurf mit kleinen Schwächen (Teil 1), medstra 2015, 337; zum gesetzgeberischen Handlungsbedarf Graalman-Scheerer, Das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen vom 30.5.2016 (BGBl. I, 1254) – Eine Einführung in die neue Rechtslage, MedR 2017, 601 (602); zu den Auswirkungen auf den Krankenhaussektor Ratzel, Sektorenübergreifende Kooperationen – Anforderungen an die Vertragsgestaltung, MedR 2017, 701; Wallhäuser, Novellierung des Wirtschaftsstrafrechts, §§ 299a und 299b StGB. Auswirkungen auf den Krankenhaussektor und Kooperationen, GesR 2016, 531; Halbe, Moderne Versorgungsstrukturen: Kooperation oder Korruption?, MedR 2015, 168.

Art. 103 Abs. 2 GG zu genügen, wurde eine umfassendere Formulierung der möglichen Handlungen vorgeschlagen.⁷¹ Der Regierungsentwurf übernahm diesen Vorschlag und führte zur Begründung aus⁷²: „Mit der Verwendung des Begriffs „Zuführung“ anstelle von „Zuweisung“ soll deutlich gemacht werden, dass es auf die Form der Einwirkung auf den Patienten nicht ankommt. Auch mündliche und unverbindliche Empfehlungen sind erfasst.“⁷³

Von der Begrifflichkeit her liegt eine Patientenzuführung an einen anderen vor, wenn der bei der als Tochtergesellschaft der Krankenhausträgergesellschaft betriebenen MVZ-GmbH beschäftigte Arzt Patienten in das Verbundkrankenhaus überweist oder den Patienten die Aufnahme dort empfiehlt. Zahlt der Krankenhausträger **hierfür** eine Prämie oder ist die MVZ-Vergütung ganz oder teilweise an die Überweisungsquote gekoppelt, dürften das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung zu bejahen⁷⁴ und damit der objektive Tatbestand des § 299a StGB bei dem Arzt und derjenige des § 299b StGB auf Seiten des Krankenhausträgers erfüllt sein.

Ungeklärt ist die Beurteilung, wenn das MVZ und das Krankenhaus durch ein und dieselbe Trägergesellschaft betrieben werden. In diesen Fällen besteht Behandleridentität sowohl für die ambulante als auch die stationäre Versorgung. Durch den Wechsel vom ambulanten in den stationären Bereich ändert sich für den Patienten der Vertragspartner nicht, was gegen eine Patientenzuführung spricht. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass kein einheitliches Behandlungsverhältnis vorliegt.⁷⁵ Hält der MVZ-Arzt Krankenhausbehandlung für notwendig, muss er auch bei Trägeridentität die förmlichen Vorgaben zur Krankenhauseinweisung beachten. Durch Abschluss des „totalen“ Krankenhausaufnahmevertrages wird der Krankenhausträger verpflichtet, sämtliche für die stationäre Behandlung erforderlichen Leistungen einschließlich der ärztlichen Versorgung zu erbringen (§ 2 Abs. 2 KHEntgG). Insofern wird ein gegenüber der ambulanten Versorgung „neuer Behandlungsfall“ geschaffen.

Entscheidet sich indes der Patient aufgrund gem. § 630c Abs. 2 BGB geschuldeter umfassender transparenter Informationen für das trägeridentische Krankenhaus, kann bereits das Tatbestandsmerkmal der Zuführung entfallen.⁷⁶

V. Behandlungsvertrag, externe Wahlleistungskette

1. Behandlungsvertrag und Standard

Auch bei GKV-Patienten ist der Behandlungsvertrag zivilrechtlicher Natur, wird jedoch durch eine Vielzahl sozialrechtlicher Normen überlagert und konkretisiert.⁷⁷

Aus § 630a Abs. 2 BGB folgt, dass die Behandlung nach „den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.“ Ein eigener medizinischer GKV-Standard, der ggf. gegenüber dem bei Privatpatienten zu beachtenden Standard abgesenkt ist, kann weder dem Gesetz noch der Gesetzesbegründung entnommen werden.⁷⁸

Bei medizinischen Behandlungen geschuldet ist regelmäßig die Beachtung des Facharztstandards als Mindeststandard. Die individuellen Fähigkeiten der behandelnden Ärzte sind bei der Festlegung des geschuldeten Standards irrelevant.⁷⁹ Eine Ab-

weichung vom Mindeststandard nach oben ist möglich. Verfügt ein Arzt über besonderes Fachwissen, muss er dieses auch anwenden.⁸⁰ Demgemäß kann der Standard einer Universitätsklinik im Vergleich zu dem Standard eines ländlichen Krankenhauses der Grundversorgung erhöht sein.⁸¹

MVZ sind vom Gesetzgeber 2004 als ambulante GKV-Leistungserbringer geschaffen worden. In ihnen sind Fachärzte tätig. Insofern gilt – wie bei Vertragsärzten – der Facharztstandard als Mindeststandard.

Erweckt der Außenauftritt des Krankenhaus-MVZ indes den Eindruck besonderer, darüberhinausgehender Kompetenz, erscheint es sachgerecht, den so gesetzten Anschein als Anknüpfung für einen gehobenen Haftungsmaßstab zu bestimmen.⁸² Dies könnte beispielsweise zu bejahen sein, wenn das MVZ aus der Sicht eines objektiven Betrachters unter Berücksichtigung der Gesamtumstände als Abteilung des Krankenhauses wahrgenommen wird. Anhaltspunkte könnten sein, dass der Chefarzt des Krankenhauses ärztlicher Leiter des MVZ ist und Ärzte des Krankenhauses zugleich im MVZ tätig sind. Auch die Verwendung eines identischen Logos ist geeignet, einen solchen Anschein zu begründen.⁸³

2. Das Krankenhaus-MVZ in der Wahlleistungskette

Durch die Vereinbarung von Wahlleistungen möchte der Patient eine besonders qualifizierte ärztliche Behandlung erhalten.

71 Gesetzesantrag des Freistaates Bayern, BR-Drucks. 16/15, 20.

72 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/6446, 20.

73 Kritisch Tsambikakis, Kommentierung des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, medstra 2016, 131 (135).

74 Aktuell und für die Praxis hilfreich ist die Stellungnahme der KV Bayerns, Erlaubte Kooperationen vs. Korruption, <https://www.kvb.de/fileadmin/kvb/dokumente/Praxis/Infomaterial/Praxisbetrieb/KVB-Broschuere-Kooperation-vs.-Korruption.pdf>, Stand: 14.12.2017 (letzter Zugriff 17.1.2018); Jaeger, Auswirkungen berufsrechtlicher Regelungen auf Unrechtsvereinbarungen, MedR 2017, 694 (697); Graalman-Scheerer, Das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen vom 30.5.2016 (BGBl. I, 1254) – Eine Einführung in die neue Rechtslage, MedR 2017, 601 (604).

75 Insofern liegt ein anderer Sachverhalt vor, wenn z.B. in einer ärztlichen Berufsausübungsgemeinschaft einer der Partner die Indikation zur Operation stellt, diese durch einen anderen Partner ausgeführt, der Gewinn jedoch nach Köpfen verteilt wird; hierzu Paßmann, Das Ende der quotalen Gewinnverteilung in Berufsausübungsgemeinschaften?, ZMGR 2015, 316.

76 In diese Richtung auch Schneider, Das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen und die Angemessenheit der Vergütung von HCP, medstra 2016, 195 (202).

77 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/10488, 19.

78 Zutreffend Rehborn/Gescher in Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl. 2017, § 630a BGB Rz. 37.

79 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/10488, 19; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 2014, B 24 m.w.N.; G. Müller in Wenzel (Hrsg.), Der Arzthaftungsprozess, 2012, Kap. 2 Rz. 1426.

80 G. Müller in Wenzel (Fn. 79), Rz. 1437 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 10.2.1987 – VI ZR 68/86, NJW 1987, 1479 = MDR 1987, 656.

81 Martis/Winkhart (Fn. 79), B 27 m.w.N.

82 Insofern ist die Situation unter haftungsrechtlichem Aspekt derjenigen eines Scheingesellschafters bei einer Berufsausübungsgemeinschaft vergleichbar. Hierzu BGH, Urt. v. 8.11.2005 – VI ZR 319/04, NJW 2006, 437 (438) = MDR 2006, 751; ferner Möller/Makoski in Wenzel (Fn. 79), Kap. 2 Rz. 206 ff.

83 LG Aurich, Urt. v. 6.10.2006 – 3 O 27/04, GesR 2007, 256 für Ärzte, die zwar in getrennten Praxen tätig waren, aber auch ein einheitliches Logo führten.

Die Wahlleistungsvereinbarung erhöht den gem. § 630a BGB geschuldeten Standard im Sinne eines Chefarztstandards. Der BGH⁸⁴ hat seine Rechtsprechung jüngst noch einmal bestätigt und zur Wahlarztvereinbarung ausgeführt: *„Der Patient schließt einen solchen Vertrag nämlich im Vertrauen auf die besondere Erfahrung und die herausgehobene medizinische Kompetenz des von ihm ausgewählten Arztes, die er sich in Sorge um seine Gesundheit gegen Entrichtung eines zusätzlichen Honorars für die Heilbehandlung sichern will. Demzufolge muss der Wahlarzt die seine Disziplin prägende Kernleistung persönlich und eigenhändig erbringen.“*

Die Wahlleistungsvereinbarung bezieht zwingend neben anderen liquidationsberechtigten Ärzten des Krankenhauses (interne Wahlartzkette) auch von diesen Ärzten veranlasste Leistungen von Ärzten und ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses ein (externe Wahlartzkette – § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntG), wobei auch die externen Ärzte der Honorarminderung des § 6a GOÄ unterworfen sind.⁸⁵ Die Wahlartzkette steht nicht zur Disposition des Patienten.⁸⁶ Der Privatpatient kann sich nicht eine einzelne Leistung – etwa nur die stationär zu erbringende Operationsleistung – „herauspicken“.⁸⁷

MVZ sind aufgrund ihrer Definition ärztlich geleitete Einrichtungen und erfüllen damit die gesetzlichen Voraussetzungen zur Aufnahme in die externe Wahlartzkette. Man könnte zwar einwenden, bei MVZ handle es sich um originär vertragsärztliche Leistungserbringer. Es ist indes zu Recht anerkannt, dass MVZ i.S.d. § 95 Abs. 1 SGB V den in § 4 Abs. 2 MB/KK aufgeführten niedergelassenen Ärzten gleichgestellt sind.⁸⁸ Da auch die in der Rechtsform der GmbH organisierten MVZ den vertragsarztrechtlichen Qualitätsanforderungen unterworfen sind, kann den gegen die ärztliche Leistungserbringung durch juristische Personen vorgetragenen Bedenken der fehlenden fachlichen Qualität keine Relevanz zukommen.⁸⁹ Demgemäß hat es in der Praxis – soweit ersichtlich – keine Erstattungsprobleme durch die privaten Krankenversicherer gegeben, wenn die MVZ-GmbH die von den bei ihr angestellten Ärzten erbrachten Leistungen nach Maßgabe der GOÄ abgerechnet hat.⁹⁰

MVZ übernehmen gerade in Methodenfächern (Labor, Radiologie) über Kooperationsverträge die Funktion einer Klinik oder einer Krankenhausabteilung.⁹¹ Organisationsrechtlich sind sie selbstständig und der externen Wahlartzkette zuzuordnen.

Regelmäßig erfolgt bei Beauftragung eines solchen MVZ kein gradueller Unterschied bei der Leistungserbringung bei allgemeinen Krankenhausleistungen und Wahlleistungen. Das LG Stade hat mit Urteil vom 20.5.2015⁹² die Abrechnungsfähigkeit von aufgrund eines Kooperationsvertrages erbrachten Wahlleistungen verneint.

MVZ haben zwar zwingend einen ärztlichen Leiter, jedoch nicht in jedem Fachgebiet eine einem Chefarzt vergleichbare Leitungsstruktur. Teilweise wird ein Fachgebiet mit nur einem Arzt besetzt. Die einzelnen MVZ-Ärzte sind dem Patienten regelmäßig namentlich nicht bekannt.⁹³

Ob insofern ein spezieller Standard verlangt werden kann, ist fraglich. Bei Einbindung der niedergelassenen Ärzte in die externe Wahlleistungskette hat der Gesetzgeber keinen gesonder-

ten Standard bestimmt. Ähnlich dem Konsiliarverhältnis wird keine Abstufung nach Seniorpartner, „Chef“ oder angestelltem Arzt vorgenommen, zumal diese Bezeichnungen nichts über die individuelle medizinische Qualifikation aussagen. Auch bei der externen Wahlartzkette existieren keine normativen Vorgaben, aus denen sich eine derartige Hierarchie ableiten ließe.

Um aus rein präventiven Gründen die vom BGH geforderte gehobene medizinische Kompetenz sicherzustellen, könnte die Leistung von dem erfahrensten Arzt der jeweiligen Fachgruppe erbracht werden. Sofern die Leistung in dessen Fachgebiet fällt, könnte dies der ärztliche Leiter sein. Zumindest hätte man bei diesem Vorgehen eine weitere Argumentationsbasis gegenüber Privatpatienten, wenn diese keine Veranlassung zur Zahlung einer gesonderten Vergütung sehen, weil die Leistung bereits in den allgemeinen Krankenhausleistungen enthalten sei.

VI. Spezielle Problembereiche auf der Betriebsebene des MVZ

1. Schaffung von Arztstellen im MVZ und deren Nachbesetzung

Die Generalnorm zur Umwandlung einer Vertragsarztzulassung ist § 103 Abs. 4a S. 1 SGB V:

„Verzichtet ein Vertragsarzt in einem Planungsbereich, für den Zulassungsbeschränkungen angeordnet sind, auf seine Zulassung, um in einem Medizinischen Versorgungszentrum tätig zu werden, so hat der Zulassungsausschuss die Anstellung zu genehmigen, wenn Gründe der vertragsärztlichen Versorgung dem nicht entgegenstehen; ...“

Das Verzichts-Modell ist gegenüber der Ausschreibungs-Variante mit Vorteilen verbunden: Es kann keine Einziehung der Vertragsarztzulassung wegen fehlender Versorgungsrelevanz erfolgen, zudem findet keine Ausschreibung des Vertragsarztsitzes mit der Möglichkeit einer Fremdbewerbung statt.⁹⁴ Die so geschaffene Arztstelle kann wiederum ohne Einziehungsmöglichkeit und Ausschreibungsnotwendigkeit nachbesetzt werden.

84 Urt. v. 19.7.2016 – VI ZR 75/15, GesR 2016, 566 (568).

85 Schroeder/Printzen in Ratzel/Luxenburger (Fn. 6), Kap. 18 Rz. 69.

86 Böhnke in Dettling/Gerlach (Hrsg.), Krankenhausrecht, 2014, § 17 KHEntG Rz. 39.

87 So ausdrücklich Bender, Wahlärztliche Behandlung und Einwilligung ad personam, in Katzenmeier/Ratzel (Fn. 6), 29 (41). Diese Bindung wird aus Sicht des Patienten als problematisch beurteilt, Quaas in Quaas/Zuck (Fn. 11), § 26 Rz. 262.

88 Kalis in Bach/Moser, Private Krankenversicherung, 3. Aufl. 2015, § 4 MB/KK Rz. 44.

89 Kalis in Bach/Moser (Fn. 88), § 4 MB/KK Rz. 37 f.

90 Vgl. Möller/Dahm/Remplik in Ratzel/Luxenburger (Fn. 6), Kap. 9 Rz. 344.

91 Vgl. das Beispiel von Wenner (Fn. 6), 517, 532 Fn. 68.

92 LG Stade, Urt. v. 20.5.2015 – 4 S 45/14, MedR 2016, 280 mit Anmerkung Dahm.

93 Vor diesem Hintergrund empfiehlt Dahm in seiner Anmerkung zum Urteil des LG Stade vom 20.5.2015 (vgl. Fn. 93), die extern regelmäßig eingebundenen Ärzte in der Wahlleistungsvereinbarung zu benennen. Der Patient könnte dann ggf. im Rahmen seines Rechts auf freie Arztwahl einen anderen Arzt aussuchen.

94 Kritisch unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten Wenner (Fn. 6), 517, 530.

In welchem zeitlichen Umfang und für welche Dauer die Anstellungstätigkeit auszuüben war, musste früher mangels einer bundeseinheitlichen Verwaltungspraxis mit dem jeweils zuständigen Zulassungsausschuss abgeklärt werden. Teilweise wurde eine Tätigkeit lediglich für ein Quartal gefordert. Mit seinem Grundsatzurteil vom 4.5.2016⁹⁵ hat das BSG eine grundsätzliche Klarstellung vorgenommen und dem „Konzessionshandel“ einen Riegel vorgeschoben: Die Nachbesetzung einer Arztstelle ist nur dann zulässig, wenn der auf seine Vertragsarztzulassung zugunsten einer Anstellung verzichtende Vertragsarzt die Absicht hat, für die Dauer von drei Jahren im Anstellungsverhältnis tätig zu sein. Dabei hat das BSG es zugelassen, dass der angestellte Arzt den zeitlichen Umfang seiner Tätigkeit stufenweise reduziert: Während des ersten Jahres der Tätigkeit muss der ehemalige Vertragsarzt in dem zeitlichen Umfang tätig sein, in welchem er vertragsärztlich tätig war. Bei einem vollen Versorgungsauftrag mithin auf einer vollen Arztstelle, bei einem hälftigen Versorgungsauftrag auf einer halben Arztstelle. In den beiden folgenden Jahren darf er seinen Tätigkeitsumfang jeweils um den bedarfsplanungsrechtlichen Anrechnungsfaktor von (etwa) einem Viertel reduzieren.⁹⁶

Bestand die Absicht einer dreijährigen Tätigkeit, hindern unvorhersehbar eintretende Störungen wie Berufsunfähigkeit oder Tod die Nachbesetzung der Arztstelle nicht. Ergibt sich im Nachhinein, dass die Drei-Jahres-Frist nicht eingehalten werden sollte, kann dies zum Scheitern der Nachbesetzung der Arztstelle führen. Je kürzer die Tätigkeit dauerte, desto höher sind die Anforderungen an den Nachweis der ursprünglichen Absicht auf eine dreijährige Tätigkeit. Ist die Argumentation für den Zulassungsausschuss nicht nachvollziehbar, scheitert die Nachbesetzung.

Ist dem auf seine Vertragsarztzulassung zugunsten der Anstellung verzichtenden Arzt eine Arztstelle zugeordnet, geht diese nach Maßgabe der Praxis der meisten Zulassungsausschüsse automatisch auf den neuen Anstellungsträger über.⁹⁷ Da die Arztstelle zumindest nicht unmittelbar Gegenstand des von der Rechtsprechung beanstandeten Gestaltungsmissbrauchs ist, gilt für den auf dieser Arztstelle tätigen Arzt die Drei-Jahres-Frist nicht.⁹⁸

Das BSG hat in der referierten Entscheidung ferner klargestellt, dass eine Nachbesetzung der durch Umwandlung entstandenen Arztstelle nur in dem Umfang erfolgen darf, in dem der Arzt seine Tätigkeit im MVZ tatsächlich aufgenommen hat.

Der Antrag auf Nachbesetzung einer vollen oder halben Arztstelle im MVZ muss grundsätzlich innerhalb einer Frist von 6 Monaten nach dem Freiwerden der Stelle dem Zulassungsausschuss in vollständiger Form zugegangen sein und alle materiell-rechtlichen Voraussetzungen erfüllen. Die Frist kann in besonderen Fällen um höchstens 6 Monate verlängert werden.⁹⁹ Bei einer ¼-Stelle gilt für die Nachbesetzung ein etwas großzügigerer Maßstab von ca. einem Jahr.¹⁰⁰

2. Angestelltentätigkeit von Krankenhausärzten im Krankenhaus-MVZ

Seit dem VÄndG erlaubt § 20 Abs. 2 Ärzte-ZV ausdrücklich die Tätigkeit eines in einem MVZ tätigen Arztes in einem Krankenhaus. In der Begründung zur Änderung des § 20 Abs. 2 Ärzte-ZV durch das Vertragsarztrechtsänderungsgesetz

heißt es ausdrücklich, dass der Gesetzgeber durch die Zulassung von Krankenhäusern als Gründer von MVZ in § 95 Abs. 1 S. 3 Halbs. 2 SGB V deutlich gemacht habe, „dass er eine enge Verzahnung von Krankenhäusern und medizinischen Versorgungszentren anstrebt“.¹⁰¹ Die gleichzeitige Tätigkeit von angestellten Ärzten in einem Krankenhaus und in einem MVZ stelle – so wörtlich in der Begründung – einen wichtigen Betrag zur besseren Verzahnung ambulanter und stationärer Tätigkeit dar. Gerade die Trägeridentität ermögliche eine optimale Nutzung der personellen Ressourcen durch Einsatz des ärztlichen Personals sowohl im Krankenhaus als auch im MVZ.¹⁰²

Auch wenn die Gesetzesbegründung sich ausdrücklich auf Krankenhaus-MVZ bezieht, sind auch Nicht-Krankenhaus-MVZ oder Vertragsarztpraxen in den Genehmigungstatbestand einbezogen.

3. Angestelltentätigkeit von niedergelassenen Ärzten im Krankenhaus-MVZ

Bei der grundsätzlich zulässigen Beschäftigung eines Vertragsarztes in einem MVZ sind weitere Beschränkungen zu berücksichtigen.

§ 20 Abs. 1 Satz 1 Ärzte-ZV bestimmt: „*Ein Beschäftigungsverhältnis oder eine andere nicht ehrenamtliche Tätigkeit steht der Eignung für die Ausübung vertragsärztlicher Tätigkeit entgegen, wenn der Arzt unter Berücksichtigung der Dauer und zeitlichen Lage der anderweitigen Tätigkeit den Versicherten nicht in dem seinem Versorgungsauftrag entsprechenden Umfang persönlich zur Verfügung steht und insbesondere nicht in der Lage ist, Sprechstunden zu den in der vertragsärztlichen Versorgung üblichen Zeiten anzubieten.*“

Aus § 17 Abs. 1a Satz 1 BMV-Ä folgt, dass der Vertragsarzt verpflichtet ist, zu Erfüllung eines vollen Versorgungsauftrages pro Woche mindestens 20 Stunden persönlich in Form von Sprechstunden zur Verfügung zu stehen. Hinzu kommt ein Zeitkontingent für Begleitleistungen im Umfang von ca. 30 % bis 50 %.¹⁰³ In Umsetzung dieser Vorgaben wäre eine Tätigkeit mit einer halben MVZ-Arztstelle neben einer vollen Vertragsarztzulassung vom Grundsatz her zulassungsunschädlich.

Andererseits hat das BSG entschieden, dass eine vollzeitige Krankenhaustätigkeit eine Teilnahme an der vertragsärztlichen

95 BSG, Urt. v. 4.5.2016 – B 6 KA 21/15 R, GesR 2016, 771 Rz. 24 f.

96 Pflugmacher, Aktuelle Rechtsfragen zum GKV-VSG und dem „3-Jahres-Urteil“ des BSG aus Sicht der Krankenhäuser, KrV 2017, 107.

97 Pflugmacher, Aktuelle Rechtsfragen zum GKV-VSG und dem „3-Jahres-Urteil“ des BSG aus Sicht der Krankenhäuser, KrV 2017, 107 (113).

98 Zutreffend Pflugmacher, Aktuelle Rechtsfragen zum GKV-VSG und dem „3-Jahres-Urteil“ des BSG aus Sicht der Krankenhäuser, KrV 2017, 107 (113).

99 BSG, Urt. 19.10.2011 – B 6 KA 23/11 R, MedR 2012, 830 (833 Rz. 23) = GesR 2012, 179; ausführlich Ladurner (Fn. 22), § 32b Ärzte-ZV, Rz. 50.

100 BSG, Urt. v. 4.5.2016 – B 6 KA 28/15 R, GesR 2016, 775 (779 Rz. 26).

101 BT-Drucks. 16/2474, 29; zur Änderung des § 20 Abs. 2 Ärzte-ZV durch das VÄndG ausführlich Möller/Dahm/Remplik in Ratzel/Luxenburger (Fn. 6), Kap. 9 Rz. 133 f.; Ladurner (Fn. 22), § 20 Ärzte-ZV Rz. 21.

102 BT-Drucks. 16/2474, 29; pointiert kritisch Wenner (Fn. 6), 517 (531 f.).

103 BSG, Urt. v. 13.10.2010 – B 6 KA 40/09 R, GesR 2011, 422 = MedR 2011, 605.

Versorgung mit einem vollen und sogar einem hälftigen Versorgungsauftrag ausschließt.¹⁰⁴

In der jüngsten Rechtsprechung werden zudem Beschränkungen aus Vorgaben der Bedarfsplanung abgeleitet. Das SG Düsseldorf hat mit Beschluss vom 28.9.2016¹⁰⁵ entschieden, dass ein mit vollem Versorgungsauftrag (Anrechnungsfaktor 1,0) in demselben Planungsbereich wie das MVZ niedergelassener Arzt nicht mit 13 Stunden (Anrechnungsfaktor 0,5) angestellt sein dürfe. Neben einer vollen Bedarfsplanungsstelle sei aus Gründen der Bedarfsplanung und des vertragsärztlichen Abrechnungssystems kein Raum für eine weitere vertragsärztliche Tätigkeit.¹⁰⁶

4. Das Krankenhaus-MVZ und belegärztliche Tätigkeit

MVZ können belegärztliche Leistungen erbringen.¹⁰⁷ Inhaber der Belegarztanerkennung ist der MVZ-Träger.¹⁰⁸ Die stationäre Tätigkeit darf wegen § 39 Abs. 3 BMVÄ allerdings nicht den Schwerpunkt der vertragsärztlichen Tätigkeit ausmachen.¹⁰⁹

5. Das Krankenhaus-MVZ in der prä- und poststationären Versorgung

Gemäß § 115a Abs. 1 SGB V kann das Krankenhaus neben der vorstationären auch die poststationäre Behandlung durch hierzu ausdrücklich beauftragte niedergelassene Vertragsärzte in den Räumen des Krankenhauses oder der Arztpraxis erbringen.¹¹⁰ Die Regelung gilt wegen § 72 Abs. 1 S. 2 SGB V auch für MVZ. Die Einbindung von Vertragsärzten in die vorstationäre Versorgung ist weniger praxisrelevant als im Bereich der poststationären Leistungen.¹¹¹

In der Literatur¹¹² werden im Zusammenhang mit nachstationären Maßnahmen Fälle der „blutigen Entlassung“ kritisiert, in denen die Verweildauer im Krankenhaus durch die Einbindung von niedergelassenen Ärzten abgekürzt wird, wobei letztere vom Krankenhausträger eine Beteiligung an der DRG-Vergütung erhalten. Beanstandungswürdig sind derartige Kooperationen in der Tat vor allem dann, wenn es sich faktisch um ein „Zuweiserkartell“ handelt. Auch wird man besondere Anforderungen an die Qualifikation der eingebundenen Praxen/MVZ stellen müssen.¹¹³ Auch muss es sich um poststationäre und nicht um vertragsärztliche Leistungen handeln.¹¹⁴ Erforderlich ist sowohl bei vor- wie auch bei nachstationären Leistungen stets eine Beauftragung des MVZ durch das Krankenhaus (§ 115a Abs. 1 S. 2 SGB V).¹¹⁵

6. Das Krankenhaus-MVZ in der Ambulanten spezialärztlichen Versorgung (ASV)

Es ist unstreitig, dass ein Krankenhausträger die nach § 116b Abs. 4 S. 10 ff. SGB V vorausgesetzten Kooperationsvereinbarungen auch mit einem MVZ-Träger schließen kann. Dabei wird es zu Recht als zulässig angesehen, dass die Vereinbarung auch mit einer Tochter-MVZ-GmbH geschlossen werden kann.¹¹⁶

7. Das Krankenhaus-MVZ und die Krankenhausapothekethe

Obwohl der Gesetzgeber den ambulanten Leistungsbereich von Krankenhausapotheken in den vergangenen Jahren erweitert

hat, wurde eine umfassende Öffnung zur Versorgung ambulanter Patienten zum Schutz öffentlicher Apotheken konsequent abgelehnt.¹¹⁷ Soweit in § 14 Abs. 7 S. 2 ApoG eine Abgabebefugnis zugunsten bestimmter ambulanter Konstellationen – z.B. ermächtigte Ambulanzen des Krankenhauses sowie ermächtigte Krankenhausärzte – besteht, ist zudem zu berücksichtigen, dass die Arzneimittel zur unmittelbaren Anwendung am Patienten bei dessen Behandlung im Krankenhaus bestimmt sein müssen.¹¹⁸

Der Gesetzgeber hat Krankenhaus-MVZ mithin gegenüber Vertragsärzten nicht bevorzugt, was unter Gleichbehandlungsgrundsätzen ohnehin unzulässig gewesen wäre.¹¹⁹

VII. Fazit

MVZ – auch Krankenhaus-MVZ – haben in den vergangenen Jahren an Bedeutung gewonnen und sind aus dem System der vertragsärztlichen Versorgung nicht mehr wegzudenken. MVZ werden primär in einwohnerstarken Gebieten errichtet. Dass MVZ in unterversorgten Regionen zu einer signifikanten Versorgungsverbesserung geführt hätten, konnte nicht festgestellt werden.

Krankenhausträger werden im Einzelfall die Vor- und Nachteile einer MVZ-Struktur abzuwägen haben. Selbst bei Trägeridentität ist es unabdingbar, das MVZ als eigenständige, den Vorgaben des Vertragsarztrechts sowie des Datenschutzes unterliegende Einrichtung und nicht als verkappte Krankenhausabteilung zu betreiben.

104 BSG, Urt. v. 13.10.2010 – B 6 KA 40/09 R, GesR 2011, 422 = MedR 2011, 605; BSG, Urt. v. 16.12.2015 – B 6 KA 19/15 R, GesR 2016, 302 = ZMGR 2016, 115.

105 SG Düsseldorf, Beschl. v. 28.9.2016 – S 2 KA 1445/16 ER, GesR 2017, 35.

106 § 5 Abs. 5 der Bedarfsplanungs-Richtlinie-Zahnärzte in der ab dem 7.9.2016 geltenden Fassung bestimmt: „Im Falle einer gleichzeitigen Tätigkeit als (vollzeitig oder hälftig) zugelassener Zahnarzt und/oder als angestellter Zahnarzt darf bei der Bemessung des Versorgungsgrades der Faktor 1,0 nicht überschritten werden.“

107 BSG, Urt. v. 23.3.2011 – B 6 KA 15/10 R, GesR 2011, 435 = ArztR 2012, 219.

108 Möller/Dahm/Remplik in Ratzel/Luxenburger (Fn. 6), Kap. 15 Rz. 409.

109 Motiv für diese Regelung sind Sicherstellungsgründe, Trieb in Schiller (Hrsg.), Bundesmantelvertrag Ärzte, 2014, § 39 Rz. 9.

110 Dahm, Zusammenarbeit von Vertragsärzten und Krankenhäusern, MedR 2010, 597 (604 f.).

111 Hierzu Möller/Makoski, Der Honorararzt im Krankenhaus. Möglichkeiten und Grenzen, GesR 2012, 647 (657).

112 Zuletzt Ratzel, Sektorenübergreifende Kooperationen – Anforderungen an die Vertragsgestaltung, MedR 2017, 701 (702).

113 Ratzel, Sektorenübergreifende Kooperationen – Anforderungen an die Vertragsgestaltung, MedR 2017, 701 (703); Ratzel/Szabados, Schnittmengen zwischen niedergelassenen Leistungserbringern (Vertragsärzten) und Krankenhäusern nach GKV-VStG, GesR 2012, 210 (211).

114 Zur Abgrenzung poststationärer von vertragsärztlichen Leistungen BSG, Urt. v. 19.4.2016 – B 1 KR 23/15 R, BSGE 121, 94; BSG, Urt. v. 17.9.2013 – B 1 KR 51/12, NZS 2014, 62; Makoski, jurisPR-MedR 8/2016 Anm. 1; Wenner, Strukturprobleme der Gesundheitsversorgung in Deutschland, MedR 2015, 175 (181).

115 Die Modalitäten der Beauftragung werden erörtert von Möller/Makoski, Der Honorararzt im Krankenhaus. Möglichkeiten und Grenzen, GesR 2012, 647 (657).

116 Makoski, Ambulante Spezialfachärztliche Versorgung (ASV), 2017, 84.

117 Siehe die Begründung in BT-Drucks. 15/1525, 161.

118 Hierzu Kasper in Rixen/Krämer, Apothekengesetz, 2014, § 14 Rz. 29.

119 Möller/Dahm/Remplik in Ratzel/Luxenburger (Fn. 6), Kap. 15 Rz. 406.

Zudem sind die Auswirkungen auf die ambulante Versorgungsstruktur zu bedenken. Auch Träger von Krankenhaus-MVZ zahlen Kaufpreise für den Erwerb von Praxen, die die im ärztlichen Bereich üblichen Konditionen oftmals deutlich übersteigen. Wegen der in sämtlichen attraktiven Fächern bestehenden Zulassungsbeschränkungen wird jüngeren Ärztinnen und Ärzten so zunehmend die Chance genommen, sich durch den Erwerb einer Praxis eine freiberufliche Existenz aufzubauen.

Andererseits entstehen Strukturen, die zumindest faktisch direkt oder indirekt Einfluss auf die freie Arztwahl haben können. So ist es aus der Sicht des Patienten mit einer gewissen Sorge festzustellen, dass Krankenhausträger über MVZ-Strukturen Einfluss auf ihre stationäre Belegungssituation nehmen (können).¹²⁰ So werden nicht nur versorgungsrelevante Facharztpraxen in Krankenhaus-MVZ überführt, sondern es besteht auch die Tendenz, im Einzugsbereich des Krankenhauses liegende Hausarztpraxen in die MVZ-Struktur einzubringen. Auf diese Weise kann es zu einer Zentralisierung der ambulanten und stationären Versorgung durch Konzern-Krankenhäuser kommen. Insider berichten, dass das häufig personenidentische MVZ- und Krankenhaus-Management Vorgaben des „Cross-Selling“ mehr als unterschwellig hervorhebt. Es bleibt zu beobachten, ob vermehrt Fälle bekannt werden, denen zu weit gestellte Indikationen mit dem Ziel stationärer Versorgung zu-

grunde liegen. Spätestens dann wird der Gesetzgeber Korrekturmaßnahmen ergreifen müssen.

Soweit investorengetragene Krankenhaus-MVZ unter den Generalverdacht gestellt werden, sich zu sehr an Renditegesichtspunkten zu orientieren, sollte indes nicht verkannt werden, dass auch freiberufliche Praxen betriebswirtschaftlichen Zwängen unterlagen und unterliegen. Wirtschaftlicher Erfolg wird hier oftmals als Qualitätsmerkmal bewertet.

Prof. Dr. Karl-Heinz Möller

Rechtsanwalt und FAMEDR

Möller und Partner – Kanzlei für Medizinrecht, Düsseldorf

Honorarprofessor an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

120 Lesenswert ist die Veröffentlichung einer Studie von Wehkamp/Naegler, Ökonomisierung patientenbezogener Entscheidungen im Krankenhaus. Eine Studie zu den Wahrnehmungen von Ärzten und Geschäftsführern, DÄBl. 2017, 797, die für den Krankenhausbereich herausgefunden hat, dass insbesondere Krankenhausärzte davon ausgehen, dass eine Vielzahl medizinischer Entscheidungen aus rein wirtschaftlichen Erwägungen getroffen werden.

Dr. Wolfgang Hacker, MHMM, Coburg

Einsicht in die Patientenakte – ein Thema mit (vermeidbarem) Konfliktpotential

Rechtsstreitigkeiten aus dem Bereich des Arzthaftungsrechts werden nicht selten durch Emotionen und Befindlichkeiten der Beteiligten geprägt. Konflikte, z.B. über die unterschiedlichen Erinnerungen an die Behandlungssituation, können das Vertrauen des Einzelnen in den Rechtsstaat nachhaltig beeinträchtigen. Der folgende Beitrag setzt sich vor diesem Hintergrund kritisch mit der Diskrepanz zwischen der gesetzlichen und der berufsrechtlichen Regelung zum Einsichtsrecht des Patienten in die Behandlungsdokumentation auseinander.

I. Gesetzliche Grundlage des Einsichtsrechts

Mit Einführung des § 630f BGB durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten („Patientenrechtegesetz“) wurde die behandlungsvertragliche Nebenpflicht¹ des Arztes zur Dokumentation der wesentlichen diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen und Verlaufsdaten an zentraler Stelle im Gesetz normiert. Nach der Begründung des Gesetzgebers dienen die Aufzeichnungen über den Behandlungsverlauf in erster Linie einer sachgerechten therapeutischen Behandlung und Weiterbehandlung.²

Darüber hinaus ist die Dokumentation einer Behandlung auch in Arzthaftungsstreitigkeiten von zentraler Bedeutung.³ Insbesondere bildet sie die maßgebliche Grundlage für ein vom Gericht zur Klärung der relevanten Fachfragen regelmäßig⁴ einzuholendes Sachverständigengutachten. Für die Patienten ist die Patientenakte häufig die einzige Möglichkeit, der Klinik

1 BGH, Urt. v. 27.6.1978 – VI ZR 183/76, MDR 1978, 1015 = NJW 1978, 2337; BGH, Urt. v. 23.11.1982 – VI ZR 222/79, NJW 1983, 328; BGH, Urt. v. 31.5.1983 – VI ZR 259/81, MDR 1984, 132 = NJW 1983, 2627; Zuck in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, § 2 Rz. 47; Mansel in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 630f Rz. 1.

2 BT-Drucks. 17/10488, 25 unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 2.6.1987 – VI ZR 174/86, MDR 1987, 1017 = NJW 1988, 762.

3 Die Gesetzesbegründung spricht von einer „faktischen Beweissicherung, für den Fall eines etwaigen Behandlungsfehlers“, BT-Drucks. 17/10488, 26. Nach h.M. stellt dies jedoch gerade keinen Zweck im engeren Sinne dar (vgl. Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht 4. Aufl. 2014, Rz. P 68 und Pauge, Arzthaftungsrecht, 13. Aufl., Rz. 500 jeweils m.w.N.). Vielmehr sei stets auf das medizinische Erfordernis einer Dokumentation abzustellen. Denn eine aus medizinischer Sicht nicht erforderliche Dokumentation kann aus Rechtsgründen auch nicht geboten sein, vgl. BGH, Urt. v. 6.7.1999 – VI ZR 290/98, MDR 1999, 1265 = NJW 1999, 3408.

4 Vgl. Scholz, VersR 2016, 625, wonach „ein Arzthaftungsprozess ohne ein medizinisches Gutachten nahezu undenkbar ist“.

bzw. dem handelnden Arzt einen Behandlungsfehler nachzuweisen.

(Nicht erst) durch § 630g BGB haben Patienten das Recht auf Einsichtnahme in die von einem Arzt über ihre Behandlung geführte Dokumentation. Schon früher folgte die Rechtsprechung dies aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der personalen Würde des Patienten.⁵ Der Gesetzgeber begründet die Kodifizierung nunmehr ebenfalls mit dem schutzwürdigen Interesse des Patienten zu wissen, wie mit seiner Gesundheit umgegangen wurde, welche Daten sich dabei ergeben haben und wie die weitere Entwicklung eingeschätzt wird.⁶ Einen Grund für sein Einsichtsbegehren muss der Patient dem Arzt nicht nennen.⁷ Seinem Ersuchen muss der Behandelnde unverzüglich⁸ Folge leisten.

II. Umfang des gesetzlichen Einsichtsrechts

Der Umfang des Einsichtsrechts war in der Vergangenheit einem nicht unerheblichen Wandel unterworfen. Lange Zeit trat der BGH die Auffassung, es handle sich bei den Aufzeichnungen des Arztes um eine reine Gedächtnisstütze⁹, die vom Behandler als Hilfsmittel für seine Arbeit gefertigt werden. Unter ausdrücklicher Aufgabe dieser Rechtsprechung entschied der BGH Ende der 1970er, dass das Führen einer ordnungsgemäßen Patientenakte für den Arzt eine dem Patienten gegenüber obliegende Rechtspflicht darstellt.¹⁰ In Fortführung dieses Urteils bestätigte der BGH in zwei Entscheidungen das grundsätzliche Recht des Patienten auf Einsichtnahme in die über seine Behandlung geführte Dokumentation.¹¹ Dabei machte er jedoch hinsichtlich des Umfangs dieses Anspruchs nicht nur unerhebliche Einschränkungen. Denn der BGH gestand den Patienten vor allem ein Einsichtsrecht in die Aufzeichnungen über naturwissenschaftlich objektivierbare Befunde und Berichte über Behandlungsmaßnahmen wie Operationen oder Medikation zu. Grundsätzlich vorenthalten sollten den Behandelten die Teile der Patientenakte bleiben, die sich darüber hinaus insbesondere mit bewertungsabhängigen Beurteilungen und insofern subjektiven Eindrücken des Arztes vom Behandlungsverlauf und von der Person des Patienten befassen.¹² Nur ausnahmsweise könne der Patient Einsicht auch in diese Unterlagen erhalten.¹³ Denn gegen die Herausgabe dieser Dokumentation könnten therapeutische Gründe stehen (sog. „therapeutischer Vorbehalt“), insbesondere wenn es sich um Aufzeichnungen über eine psychiatrische Behandlung handelt. Hinsichtlich der Prüfung, ob oder inwieweit diese Bedenken bestehen, sollte den Ärzten ein Entscheidungsermessen zustehen.¹⁴ Dies barg von jeher eine nicht weg zu diskutierende Missbrauchsgefahr.¹⁵

Mit dem Patientenrechtegesetz griff der Gesetzgeber diese gefestigte Rechtsprechung auf und entwickelte sie gemäß seiner Intention¹⁶, die Rechte der Behandelten zu verbessern, fort. Er stärkte die Position des Patienten, indem er nunmehr im Wortlaut des § 630g BGB ein uneingeschränktes Einsichtsrecht vorsieht. Deutlich wird dies insbesondere in § 630g Abs. 1 S. 1 BGB, wonach dem Patienten ausdrücklich Einsicht in die *vollständige* Patientenakte zu gewähren ist. In der Begründung dieser Regelung nimmt der Gesetzgeber Bezug auf seine Vorstellung eines *mündigen Patienten*, der eigenverantwortlich über die Frage entscheiden darf, wie viel er über seinen Gesundheitszustand wissen möchte. Auch subjektive Wahrnehmungen des Arztes betreffend die Person des Patienten sollen grundsätzlich

offenzulegen sein. Ein vorgeschaltetes Entscheidungsermessen des Behandlers wird dem Grunde nach verneint.¹⁷ Mit der gesetzlichen Regelung des § 630g Abs. 1 BGB dreht sich demnach das Regel-/Ausnahmeprinzip um. Ein therapeutischer Vorbehalt kann nur noch in seltenen Einzelfällen die Einsicht des Patienten in die vollständige Behandlungsdokumentation verhindern.¹⁸

III. Berufsrechtliche Regelung

Neben den Bestimmungen im BGB existieren auch berufsrechtliche Vorschriften, die das Führen der und die Einsichtnahme in die Patientenakte regeln. Die Berufsordnungen der jeweiligen Landesärztekammern orientieren sich zumeist an der vom Deutschen Ärztetag diskutierten und beschlossenen Musterberufsordnung (MBO-Ä). Als genehmigungspflichtiges Satzungsrecht¹⁹ stehen sie in der Normenhierarchie unterhalb der Gesetze.

Nach den Änderungen im Bürgerlichen Gesetzbuch durch das Patientenrechtegesetz wurde ein Konvergenzverfahren zur Angleichung der berufsrechtlichen Regelungen an die Gesetzeslage eingeleitet. Maßgeblicher Beratungsgrund war die Erweiterung des in § 10 Abs. 2 MBO-Ä geregelten Einsichtsrecht des Patienten in die Behandlungsdokumentation. Denn dort waren bislang die Teile der Patientenakte, die subjektive Wahrnehmung

5 BVerfG, Beschl. v. 16.9.1998 – 1 BvR 1130/98, NJW 1999, 1777; BVerfG, Beschl. v. 9.1.2006 – 2 BvR 443/02, GesR 2006, 326 = NJW 2006, 1116; BGH, Urt. v. 23.11.1982 – VI ZR 222/79, NJW 1983, 328.

6 BT-Drucks. 17/10488, 26, in Anlehnung an die Formulierung bei BVerfG, Beschl. v. 9.1.2006 – 2 BvR 443/02, GesR 2006, 326 = NJW 2006, 1116.

7 BGH, Urt. v. 31.5.1983 – VI ZR 259/81, MDR 1984, 132 = NJW 1983, 2627; BGH, Urt. v. 2.10.1984 – VI ZR 311/82, MDR 1985, 309 = NJW 1985, 674; BGH, Urt. v. 6.12.1988 – VI ZR 76/88, MDR 1989, 342 = NJW 1989, 764.

8 BT-Drucks. 17/10488, 26. Anders als Rehborn, GesR 2013, 257 meint, bedarf es vor dem Hintergrund der Verwendung des in § 121 BGB legaldefinierten Begriffs „unverzüglich“ und der mangelnden Begründungspflicht eines Einsichtsbegehrens keiner Unterscheidung, ob die Einsichtnahme wegen einer dringenden Weiterbehandlung oder wegen eines allgemeinen Informationsinteresses erfolgt. Mansel in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 630g Rz. 4 geht sogar so weit, dass der Patient in gewissen Fällen noch in der Sprechstunde Einsicht (zumindest) in die Sprechstundenunterlagen verlangen kann.

9 BGH, Urt. v. 6.11.1962 – VI ZR 29/62, MDR 1963, 123 = NJW 1963, 389; BGH v. 4.12.1962 – VI ZR 101/62.

10 BGH, Urt. v. 27.6.1978 – VI ZR 183/76, MDR 1978, 1015 = NJW 1978, 2337.

11 BGH, Urt. v. 23.11.1982 – VI ZR 222/79, NJW 1983, 328; BGH, Urt. v. 23.11.1982 – VI ZR 177/81, MDR 1983, 299 = NJW 1983, 330.

12 BGH, Urt. v. 23.11.1982 – VI ZR 222/79, NJW 1983, 328; BGH, Urt. v. 6.12.1988 – VI ZR 76/88, MDR 1989, 342 = NJW 1989, 764.

13 Nach BVerfG, Beschl. v. 16.9.1998 – 1 BvR 1130/98, NJW 1999, 1777 wäre eine pauschale Beschränkung des Akteneinsichtsrechts auf objektive Befunde nicht verfassungsgemäß.

14 BGH, Urt. v. 2.10.1984 – VI ZR 311/82, MDR 1985, 309 = NJW 1985, 674; BGH, Urt. v. 6.12.1988 – VI ZR 76/88, MDR 1989, 342 = NJW 1989, 764: So sollte der Arzt seine ablehnende Entscheidung eines Einsichtsgehechs weder gegenüber dem Patienten noch gegenüber dem Gericht im Detail begründen müssen.

15 BGH, Urt. v. 23.11.1982 – VI ZR 222/79, NJW 1983, 328.

16 BT-Drucks. 17/10488, 11.

17 BT-Drucks. 17/10488, 27.

18 Katzenmeier in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Rz. 61.

19 Vgl. die jeweiligen Heilberufe-Kammergesetze der Länder.

gen der Ärzte enthalten, ausgenommen.²⁰ Mit Beschluss des 118. Deutschen Ärztetages wurde die Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte geändert. Die Mehrzahl der Landesärztekammern hat diese Bestimmung der Musterberufsordnung zwischenzeitlich in ihre Berufsordnung übernommen.²¹ In diesen Kammerbezirken steht das Einsichtnahmerecht des Patienten in die Behandlungsdokumentation nunmehr berufsrechtlich unter der Einschränkung, dass ihr „nicht erhebliche therapeutische Gründe oder erhebliche Rechte der Ärztin, des Arztes oder Dritter“ entgegenstehen.

Demnach erfolgt berufsrechtlich über den Wortlaut des § 630g Abs. 1 S. 1 BGB hinaus eine Erweiterung der Ausnahmeregelungen um die Rechte des Behandlers. In der Synopse mit Erläuterungen des 118. Deutschen Ärztetages²² wird diese Ergänzung unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung und die Rechtsprechung des BGHs, namentlich die Entscheidung v. 7.11.2013 – III ZR 54/13, begründet. Darin hatte der BGH einem Lehranalytiker ein Schwärzungsrecht für ihn betreffende persönlichkeitsbezogene Aufzeichnungen zugestanden.²³ Dies gebiete eine Abwägung des grundrechtlich geschützten Persönlichkeitsrechts des Behandlers²⁴ mit dem Informationsinteresse des die Einsicht in die Behandlungsunterlagen Begehrenden – trotz der Missbrauchsgefahr, die der BGH bereits bei seiner früheren Rechtsprechung²⁵ zwar erkannt, aber hingenommen hatte.

Aus dieser Rechtsprechung folgt der Deutsche Ärztetag, dass das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Arztes das Interesse des Patienten an der Kenntnisnahme bestimmter Informationen im Einzelfall überwiegen könne. Insofern sei es sachgerecht, die Rechtsposition der Ärzte im Wortlaut des § 10 Abs. 2 MBO-Ä abzubilden. Dabei lässt der Deutsche Ärztetag allerdings unberücksichtigt, dass die zitierte Rechtsprechung in mehrfacher Hinsicht Besonderheiten aufweist. Denn zum einen erging diese Entscheidung gerade nicht zu einer *klassischen* Behandlungssituation zwischen einem Arzt und einem Patienten, sondern zu einer Lehranalyse im Rahmen einer Weiterbildung zum Arzt für Psychosomatik und Psychotherapie. Zum anderen war Gegenstand der gerichtlichen Auseinandersetzung ein Sachverhalt, der sich vor Einführung des Patientenrechtegesetzes abgespielt hatte. Die gesetzgeberische Fortentwicklung der bis dato geltenden Rechtsprechung konnte daher noch keine Auswirkungen auf die Entscheidung des Gerichts haben.

Auch die Gesetzesbegründung zum Patientenrechtegesetz bietet keine Rechtfertigung für die berufsrechtliche Regelung. Dort hatte der Gesetzgeber vielmehr ausdrücklich dargelegt, dass ein begründetes Interesse des Behandlers an der Nichtoffenbarung der Aufzeichnungen über persönliche Eindrücke oder subjektive Wahrnehmungen im Regelfall nicht gegeben ist.²⁶ Zwar nimmt der Gesetzgeber im Weiteren Bezug auf die Umstände des Einzelfalls. Er nennt jedoch keine Konstellation, in der das Interesse des Behandlers dem des Patienten überwiegen könnte. Insofern erscheint dies kaum vorstellbar. Denn bereits in einem Beschluss vom 9.1.2006 hatte das BVerfG Zweifel geäußert, ob Aufzeichnungen in der Patientenakte, die nicht zur Kenntnisnahme Dritter gedacht gewesen sind, überhaupt dem grundrechtlichen Schutz des Persönlichkeitsrechts des Arztes unterfallen. Das Gericht deutet an, dass das Persönlichkeitsrecht des Arztes vielmehr bereits hinreichend dadurch geschützt sein könnte, dass dieser es selbst in der Hand hat, die Dokumentation in den Akten ohne Beeinträchtigung eigener

oder fremder Belange zu beschränken.²⁷ Dies erscheint konsequent und sachgerecht – zumal hierdurch auch der Unterschied zwischen dem dokumentierenden Arzt und den in § 630g Abs. 1 S. 1 BGB ausdrücklich als Ausnahme genannten Dritten, die diese Möglichkeit gerade nicht haben, deutlich wird.

Die berufsrechtliche Regelung, wonach einer Einsichtnahme des Patienten in die Behandlungsdokumentation „erhebliche Rechte der Ärzte“ entgegenstehen können, schafft Rechtsunsicherheit. Sie lässt dem einzelnen Arzt Interpretationsspielraum darüber, welche Teile einer Patientenakte er herausgeben muss bzw. welche er zurückbehalten darf. Entgegen der gesetzgeberischen Intention bei der Regelung des § 630g Abs. 2 BGB behält der Arzt insoweit weiterhin ein gewisses Maß an Entscheidungsermessen. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass der Deutsche Ärztetag in seiner Synopse selbst von nur „seltenen Einzelfällen“ ausgeht, in denen seine Ergänzung der Berufsordnung greifen wird. Mangels Bestimmtheit, was unter „erheblichen Rechten der Ärzte“ zu verstehen ist, droht im Zweifelsfall, dass das gesetzlich gewährleistete Patientenrecht auf Einsichtnahme in die vollständige Patientenakte wegen der berufsrechtlichen Regelung leer läuft.

IV. Zusammenfassung und Fazit

Maßgebliche Ziele des Patientenrechtegesetzes von 2013 waren es, die Rechte der Patienten zu stärken und Rechtssicherheit für die an einer Behandlung beteiligten Personen zu schaffen.²⁸ Vor diesem Hintergrund ist die berufsrechtliche Regelung des § 10 Abs. 2 S. 1 MBO-Ä als kritisch zu bewerten. Sie ist insbesondere geeignet, bei den Patienten Misstrauen hervorzurufen. Dies kann nicht im Interesse der Ärzteschaft sein. Nach einer repräsentativen Umfrage der Kassenärztlichen Bundesvereinigung haben 91 % aller Befragten zu ihrem letztbesuchten Arzt ein zumindest gutes, wenn nicht sogar sehr gutes Vertrauensverhältnis.²⁹ Anders sieht dies jedoch aus, wenn beim Patienten Zweifel an der medizinischen oder therapeutischen

20 Vor dem Hintergrund der Entscheidung des BVerfG, Beschl. v. 16.9.1998 – 1 BvR 1130/98, NJW 1999, 1777 musste ohnehin Zweifel über die Verfassungskonformität dieser Regelung bestehen.

21 Vgl. bspw. § 10 Abs. 2 der Berufsordnungen der Landesärztekammer Baden-Württemberg, Hessen, Thüringen, Sachsen, Berlin, Sachsen-Anhalt, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Hamburg, Nordrhein, Westfalen-Lippe, Brandenburg, Rheinland-Pfalz, Mecklenburg-Vorpommern. Nur die Berufsordnungen der Landesärztekammern von Bayern, Bremen und dem Saarland enthalten eine entsprechende Regelung (bislang) nicht.

22 Bundesärztekammer: Ergänzende Information zum Beschluss V-01 des 118. DÄT 2015 in Frankfurt/M. – Synopse mit Erläuterungen (Stand 27.5.2015), S. 2. Online verfügbar unter http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO_Erganzung_Synopse.pdf (zuletzt abgerufen: 11.12.2017).

23 BGH, Urt. v. 7.11.2013 – III ZR 54/13, GesR 2014, 274 = NJW 2014, 298.

24 Hieran zweifelnd Schopohl, MedR 2014, 306.

25 BGH, Urt. v. 23.11.1982 – VI ZR 222/79, NJW 1983, 328.

26 BT-Drucks. 17/10488, 27.

27 BVerfG, Beschl. v. 9.1.2006 – 2 BvR 443/02, GesR 2006, 326 = NJW 2006, 1116.

28 BT-Drucks. 17/10488, 1.

29 FGW Telefonfeld GmbH: Versichertenbefragung der Kassenärztlichen Bundesvereinigung 2017, S. 23. Online verfügbar unter http://www.kbv.de/media/sp/Berichtband_KBV_Versichertenbefragung_2017.pdf (15.2.2018).

Kompetenz des Arztes vorhanden sind. In diesem Fall berichteten 61 % der Befragten von einem weniger oder überhaupt nicht guten Verhältnis zum betreuenden Mediziner.³⁰ Typischerweise hegen Patienten in Arzthaftungsmandaten den Verdacht, dass die vom Arzt erbrachte Leistung nicht nach dem gültigen Facharztstandard erfolgt ist. Daher begegnen sie nicht selten den Aufzeichnungen in der Patientenakte mit Argwohn. Insofern erscheint es geboten und ratsam, jeden Anschein einer unvollständigen oder nachträglich veränderten Behandlungsdokumentation bereits im Ansatz zu vermeiden. Hier kann nur eine klare gesetzliche wie berufsrechtliche Regelung Rechtssicherheit schaffen, wonach dem Patienten auf sein Verlangen hin sämtliche Unterlagen aus der Patientenakte unverändert zugänglich zu machen sind.

Dr. Wolfgang Hacker

Rechtsanwalt und FAMedR,

Master in Health and Medical Management (MHMM),

Kanzlei Hörnlein & Feyler, Coburg



30 FGW Telefonfeld GmbH: Versichertenbefragung der Kassenärztlichen Bundesvereinigung 2017, S. 24. Online verfügbar unter http://www.kbv.de/media/sp/Berichtband_KBV_Versichertenbefragung_2017.pdf (15.2.2018).

Rechtsprechung kompakt

Höhe der Entgeltfortzahlung für Krankheits- und Urlaubszeiten

TV-Ärzte/VKA §§ 9 Abs. 5, 11 Abs. 1 und Abs. 3 S. 5, 22, 23 Abs. 1 S. 1, 27 Abs. 1

1. Bei der Berechnung der Entgeltfortzahlung für Krankheits- und Urlaubszeiten ist das im Referenzzeitraum erzielte Entgelt für die tatsächliche Inanspruchnahme während einer Rufbereitschaft nach § 22 S. 2 TV-Ärzte/VKA einzubeziehen.
2. § 11 Abs. 3 S. 5 TV-Ärzte/VKA enthält für die Vergütung der während der Rufbereitschaft angefallenen Arbeit eine Rechtsfolgenverweisung nach § 9 Abs. 5, § 11 Abs. 1 Buchst. a TV-Ärzte/VKA.
3. § 22 Satz 3 TV-Ärzte/VKA erfasst nicht Entgeltbestandteile, deren Höhe sich zwar nach den Regelungen für Überstunden bemisst, deren Zahlung aber nicht die Leistung von Überstunden voraussetzt.
(alle amtl.)

BAG, Ur. v. 6.9.2017 – 5 AZR 429/16
(LAG Baden-Württemberg – 7 SA 2/16)

➔ **Das Problem:** Der bekl. kommunale Krankenhausträger berücksichtigte bei der Höhe der Entgeltfortzahlung für Krankheit und Urlaub des kl. Oberarztes die für die tatsächliche Inanspruchnahme des Kl. während der Rufbereitschaft im Referenzzeitraum gezahlte Vergütung nicht mit der Begründung, § 22 TV-Ärzte/VKA nehme bei der Bemessung für die Entgeltfortzahlung das zusätzlich für Überstunden gezahlte Entgelt aus (mit Ausnahme der im Dienstplan vorgesehenen Überstunden).

➔ **Die Entscheidung des Gerichts:** Das dem Kl. für Zeiten seiner tatsächlichen Inanspruchnahme in der Rufbereitschaft im Berechnungszeitraum gezahlte Entgelt sei gem. § 22 S. 2 TV-Ärzte/VKA als nicht in Monatsbeträgen festgelegter Entgeltbestandteil bei der Berechnung der Entgeltfortzahlung für Urlaubs- und Krankheitszeiten in das Referenzentgelt einzubeziehen, denn bei dem für die tatsächliche Inanspruchnahme im Rahmen der Rufbereitschaft gezahlten Entgelt handele es sich

nicht um für „zusätzliche Überstunden“ gezahltes Entgelt i.S.d. § 22 Satz 3 TV-Ärzte/VKA.

Dies ergebe sich aus der Auslegung des Tarifvertrags und dem tariflichen Gesamtzusammenhang. So spreche zwar die Formulierung in § 11 Abs. 3 S. 5 TV-Ärzte/VKA, wonach für die Inanspruchnahme in der Rufbereitschaft das Entgelt für Überstunden gezahlt wird, für die Annahme, dass es sich um Entgelt für Überstunden i.S.d. § 22 Satz 3 TV-Ärzte/VKA geregelten Ausnahmetatbestands handelt. Jedoch sei der Wortlaut von § 11 Abs. 3 Satz 5 TV-Ärzte-VKA nicht isoliert zu betrachten. § 11 Abs. 3 TV-Ärzte/VKA bestimme abschließend die Vergütung der Rufbereitschaft als besondere Form der Arbeitsleistung. Für die Inanspruchnahme sei das „Entgelt für Überstunden“ zu zahlen, ohne dass es darauf ankomme, ob es sich tatsächlich um Überstunden i.S.v. § 9 Abs. 5 TV-Ärzte-VKA handelt. Der Tarifvertrag enthalte insoweit für die Vergütung der während der Rufbereitschaft angefallenen Arbeit keine Rechtsgrundverweisung auf § 9 Abs. 5, § 11 Abs. 1 Buchst. a TV-Ärzte/VKA, sondern eine Rechtsfolgenverweisung.

Anhaltspunkte für die Annahme, § 22 Satz 3 TV-Ärzte/VKA erfasse auch Entgeltbestandteile, deren Höhe sich zwar nach den Regelungen für Überstunden bemisst, deren Zahlung aber – wie die des Entgelts nach § 11 Abs. 3 Satz 5 TV-Ärzte VKA für die Inanspruchnahme während der Rufbereitschaft – nicht die Leistung von Überstunden voraussetzt, beständen nicht. Vielmehr sei § 22 Satz 3 TV-Ärzte/VKA als Ausnahmetatbestand zu Satz 2 der Bestimmung eng auszulegen.

Die Niederschriftserklärung Nr. 4 zu § 22 TV-Ärzte/VKA, wonach Bereitschaftsdienst- und Rufbereitschaftsentgelte, einschließlich der Entgelte für Einsatz in der Rufbereitschaft, unter die Regelung des § 22 Satz 2 TV-Ärzte/VKA fallen, sei ohne Bedeutung, da sie – anders als im Tarifvertrag enthaltene Protokollnotizen – nicht Teil des Tarifvertrags sei und auf sie im Tarifvertrag auch nicht Bezug genommen werde.

➔ **Konsequenzen für die Praxis:** Bei der Bemessung der Entgeltfortzahlung bei Krankheit und Urlaub ist die während der

Rufbereitschaft gezahlte Vergütung bei der Ermittlung des Referenzentgelts für die Entgeltfortzahlung bei Urlaub und Krankheit zu berücksichtigen. Es handelt sich hierbei nicht um zusätzlich für Überstunden gezahltes Entgelt.

→ **Beraterhinweis:** Obwohl die Tarifvertragsparteien möglicherweise die Entgelte für Arbeit in der Rufbereitschaft von der Entgeltfortzahlung für Krankheit und Urlaub ausnehmen wollten, wie es sich aus der Niederschriftserklärung Nr. 4 ergibt, ist diese für die Auslegung der maßgeblichen Bestimmungen des TV-Ärzte/VKA irrelevant, da diese Niederschriftserklärung nicht Teil des Tarifvertrags ist und auf sie noch nicht einmal Bezug genommen wird. Eine Berücksichtigung einer solchen Niederschriftserklärung als Auslegungshilfe scheidet danach aus.

*RAin Dr. Heike Thoma, FAMedR,
Anwaltskanzlei Quaas & Partner mbB, Dortmund*

Weißes Kleid eines Krankenpflegers: Umkleidezeit ist zu vergüten

BGB § 611 Abs. 1

Eine auffällige Dienstkleidung liegt auch vor, wenn der Arbeitnehmer aufgrund ihrer Ausgestaltung in der Öffentlichkeit einem bestimmten Berufszweig oder einer bestimmten Branche zugeordnet werden kann. (amtl.)

*BAG, Urt. v. 6.9.2017 – 5 AZR 382/16
(LAG Niedersachsen – 11 Sa 1007/15)*

→ **Das Problem:** Wann sind die Umkleidezeiten von Arbeitnehmern nach § 611 Abs. 1 BGB zu vergüten? Diese Frage hatte das BAG (BAG) im Fall eines Krankenpflegers zu entscheiden, der aufgrund einer Dienstvereinbarung während der Dienstzeit zum Tragen einer neutralen weißen Hose und eines ebensolchen Oberteils verpflichtet ist. Die Kleidung ist in einer eigens dafür eingerichteten Umkleidekabine vor Dienstantritt an- und nach Dienstende abzugeben.

Vor dem ArbG Emden machte der Kl. für die Umkleidezeiten an 100 Tagen eine Überstundenvergütung für 12 Minuten pro Arbeitstag geltend. Fraglich war, ob die neutrale weiße Kleidung eine besonders auffällige Dienstkleidung darstellt, bei der Umkleidezeiten zu vergüten sind.

→ **Die Entscheidung des Gerichts:** Das ArbG und daraufhin das LAG waren noch davon ausgegangen, dass die weiße Kleidung keine besonders auffällige Dienstkleidung darstellt, da sie an sich keinem besonderen Berufsbild zuzuordnen sei. Weder sei die farbliche Gestaltung außergewöhnlich noch seien Namenszüge des Arbeitgebers bzw. des Arbeitnehmers angebracht.

Das BAG geht hingegen davon aus, dass eine in weiß gehaltene Kleidung auch ohne besondere Zusätze auf eine Zugehörigkeit des Trägers zu einem Heil- oder hierzu gehörenden Hilfsberuf schließen lässt. Schließlich sei dies auch innerhalb eines Krankenhauses der Zweck der Kleidung. Patienten und Besucher sollen die Mitarbeiter des Pflegepersonals als solches erkennen können.

An den zeitlichen Umfang der zu vergütenden Umkleidezeit legt das Gericht einen modifizierten subjektiven Maßstab an. Auch bei dem Umfang der Umkleidezeit müsse ein Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpfen, so dass nur die Zeit zu vergüten sei, die der Arbeitnehmer für das Umkleiden und den Weg zur und von der Umkleidestelle im Rahmen der objektiven Gegebenheiten unter Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit benötigt.

→ **Konsequenzen für die Praxis:** Das BAG präzisiert mit der vorliegenden Entscheidung seine Rechtsprechung zur Vergütungspflicht von Umkleidezeiten. Bisher schon waren Umkleidezeiten immer dann zu vergüten, wenn das Tragen der Dienstkleidung aus Sicht des Arbeitnehmers ausschließlich oder überwiegend fremdnützig zugunsten des Arbeitgebers ist. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die farbliche und optische Gestaltung der Kleidung zu einer Auffälligkeit im öffentlichen Raum und dadurch zwangsläufig zu einer Offenlegung des Arbeitgebers gegenüber Dritten führt. An einer solchen Vergrößerung des Bekanntheitsgrades des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit hat der Arbeitnehmer in der Regel kein eigenes Interesse. Der Arbeitnehmer muss nicht als öffentlicher Werbeträger fungieren. Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung war die sog. IKEA-Entscheidung, in der das BAG das Tragen der Kleidung in den spezifischen Farben des Möbelhauses als ausschließlich fremdnützig ansah (BAG, Beschl. v. 10.11.2009 – 1 ABR 54/08).

Die vorliegende Entscheidung geht insofern noch einen Schritt weiter. Hier fehlt es gerade an der Zuordenbarkeit des Kl. zu einem bestimmten Arbeitgeber, so dass eine Werbewirkung ausscheidet. Aus Sicht des BAG hat aber die Zuordenbarkeit des Arbeitnehmers zu einem bestimmten Berufsbild in der Öffentlichkeit bereits ein solches Gewicht, dass es von einer bloßen Fremdnützigkeit der Kleidung ausgeht. Es billigt dem Arbeitnehmer ein überwiegendes Interesse daran zu, seinen Beruf in der Öffentlichkeit nicht zu offenbaren. Damit kommt es nunmehr nicht mehr maßgeblich darauf an, ob durch bestimmte Farbgestaltungen oder Schriftzüge ein Arbeitgeber eindeutig zu erkennen ist. Es genügt die Erkennbarkeit eines eindeutigen Berufsbildes.

→ **Beraterhinweis:** Soweit eine spezifische Berufskleidung verwendet werden soll, ist die Umkleidezeit für das An- und Ablegen grundsätzlich zu vergüten. Dies gilt nunmehr auch für die neutrale weiße Kleidung von Personen in Heilberufen. Allerdings hat das BAG in einer früheren Entscheidung angedeutet, dass ein vollständiger arbeitsvertraglicher Ausschluss der Vergütungspflicht möglich ist (BAG, Urt. v. 26.10.2016 – 5 AZR 168/16, MDR 2017, 582; a.A. Däubler in: Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, Anhang Rz. 61). Die Zulässigkeit eines vollständigen Ausschlusses erscheint jedoch fraglich. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen dürfte ein vollständiger Ausschluss der Vergütungspflicht wohl eine unwirksame unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers darstellen. In der Praxis ist daher bei einer solchen Regelung Vorsicht geboten.

Alternativ kann die Vergütung der Umkleidezeit durch den Arbeitsvertrag aber aktiv gestaltet werden. Denkbar ist die Zahlung einer monatlichen Pauschale oder die Vergütung einer festgelegten (realistischen) Umkleidezeit pro Tag. So kann der Anspruch zumindest der Höhe nach gedeckelt werden und im

zweitgenannten Fall ein Streit über die angemessene Dauer der Umkleidezeit vermieden werden. Bei der Regelung eines Pauschalbetrages ist im Auge zu behalten, dass im monatlichen Schnitt der gesetzliche Mindestlohn gezahlt werden muss. Daneben ist zu beachten, dass teilweise tarifvertragliche Regelungen zu Umkleidezeiten bestehen. Eine negative einzelvertragliche Abweichung von diesen Regelungen wäre unwirksam.

RA Marc Becker, Kanzlei MÜLLER . KÜHN, Leipzig

Samstag als Werktag i.S.d. TVöD-K

TVöD-K §§ 6 Abs. 3 S. 3, 6.1 Abs. 2 S. 1

Der Samstag ist ein Werktag i.S.v. § 6 Abs. 3 S. 3 TVöD-K und § 6.1 Abs. 2 S. 1 TVöD-K. (amtl.)

BAG, Urt. v. 20.9.2017 – 6 AZR 143/16
(LAG Schleswig-Holstein – 1 Sa 232/15)

→ **Das Problem:** Die Parteien streiten über eine tarifliche Verminderung der Sollarbeitszeit der Kl., die als Krankenschwester in einem von der Bekl. betriebenen Krankenhaus mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 38,5 Stunden nach einem Dienstplan, der Wechselschichten an allen sieben Tagen in der Woche vorsieht, beschäftigt ist. Die Kl. wird an fünf Tagen mit jeweils 7,7 Stunden eingesetzt. Am 1.1.2011 und 24.12.2011 hatte die Kl. dienstplanmäßig frei, bei beiden Tagen handelte es sich um Samstage. Die Bekl. hat für diese Tage keine Sollstundenreduzierung in Ansatz gebracht. Die Kl. meint jedoch, ihre Sollarbeitszeit habe sich gem. § 6.1 Abs. 2 Satz 1 b TVöD-K bzw. § 6 Abs. 3 Satz 3 TVöD-K im Umfang von jeweils 7,7 Stunden vermindert, da der Samstag ein Werktag sei. Nach den tariflichen Regelungen sei für schichtdienstleistende Beschäftigte eine Verminderung der Sollarbeitszeit vorgesehen, wenn sie an bestimmten Vorfeiertagen oder gesetzlichen Feiertagen, die auf einen Werktag fallen, dienstplanmäßig nicht zur Arbeit eingeteilt sind. Das bekl. Krankenhaus meint hingegen, der Samstag sei kein Werktag im Tarifsinn, anderenfalls wären die Nichtschichtdienstleistenden benachteiligt, da sie ihre Arbeitsleistung von Montag bis einschließlich Freitag erbringen müssten und ein auf einen Samstag fallender Feiertag oder Vorfeiertag keine Auswirkungen auf ihre Sollarbeitszeit habe.

→ **Die Entscheidung des Gerichts:** Das ArbG hat dem Antrag der Kl. stattgegeben, das LAG hat die daraufhin eingelegte Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Auch das BAG gab der Kl. Recht. Die regelmäßige Arbeitszeit der Kl. habe sich im Dezember 2011 um insgesamt 15,4 Stunden vermindert, weil sie im Rahmen von Wechselschichtarbeit am Feiertag des 1.1.2011 und am Vorfeiertag des 24.12.2011 dienstplanmäßig nicht zur Arbeit eingeteilt war. Gemäß § 6 Abs. 3 Satz 3 TVöD bzw. § 6.1 Abs. 2 Satz 1 b TVöD-K sei für schichtdienstleistende Beschäftigte eine Verminderung der Sollarbeitszeit vorgesehen, wenn sie an den Vorfeiertagen des 24.12. oder 31.12. oder gesetzlichen Feiertagen, die auf einen Werktag fallen, dienstplanmäßig nicht zur Arbeit eingeteilt sind. Die Beschäftigten seien, soweit es die betrieblichen/dienstlichen Verhältnisse zulassen, an diesen Tagen unter Fortzahlung des Entgelts von der Arbeit freigestellt. Ist eine solche Freistellung nicht möglich, ordne § 6 Abs. 3 Satz 2 TVöD-K die Gewährung entsprechenden Freizeitausgleichs innerhalb von drei Monaten an. § 6 Abs. 3 Satz 3

TVöD-K betreffe den Fall, dass Beschäftigte an den Vorfeiertagen des 24.12. oder 31.12. nach dem Dienstplan nicht arbeiten müssen und die Vorfeiertage auf einen Werktag fallen. Ohne diese Regelung müssten die nach Dienstplan arbeitenden Beschäftigten zur Erreichung der vollen Vergütung die am Vorfeiertag dienstplanmäßig ausgefallenen Stunden an einem anderen Tag ableisten. Die Protokollerklärung zu § 6 Abs. 3 Satz 3 TVöD-K greife diesen Regelungsgehalt auf. Diese lautet wie folgt: „Die Verminderung der regelmäßigen Arbeitszeit betrifft die Beschäftigten, die wegen des Dienstplans frei haben und deshalb ohne die Regelung noch arbeiten müssten.“ Arbeitsstunden würden dienstplanmäßig i.S.v. § 6 Abs. 3 Satz 3 TVöD-K ausfallen, wenn nach dem Dienstplan an bestimmten Kalendertagen Freizeit vorgesehen ist. Zwar definiere § 6.1 Abs. 2 Satz 1 TVöD-K und § 6 Abs. 3 Satz 3 TVöD-K den Begriff „Werktag“ nicht. Aus dem systematischen Zusammenhang ergebe sich jedoch, dass der Samstag als Werktag anzusehen sei. Es gelte der Grundsatz, dass Werktag jeder Tag ist, der nicht ein Sonntag oder gesetzlicher Feiertag ist.

→ **Konsequenzen für die Praxis:** In der Konsequenz besteht damit eine punktuelle Besserstellung von Schichtdienstleistenden gegenüber Normaldienstleistenden, die ihre regelmäßige Arbeitszeit von Montag bis einschließlich Freitag zu erbringen haben. Fällt ein Vorfeiertag auf einen Samstag, hat dies für solche Normaldienstleistenden keine Auswirkungen auf das Volumen der zu leistenden Arbeitszeit. Anders verhält es sich bei einem im Schichtdienst Beschäftigten, welcher dienstplanmäßig an diesem Tag ebenfalls nicht zu arbeiten hat. Seine Sollarbeitszeit vermindert sich und der Schichtdienstleistende hat für das Tabellenentgelt weniger Arbeitsleistung als der Normaldienstleistende zu erbringen. Aus Sicht des BAG steht dies jedoch einer Einordnung des Samstags als Werktag nicht zwingend entgegen, denn beim Zusammenfallen eines Vorfeiertags mit einem Samstag handelt es sich um eine Ausnahmesituation, die von den Tarifvertragsparteien nicht speziell geregelt wurde. Normaldienstleistende und Schichtdienstleistende sind hingegen vollumfänglich gleichgestellt, soweit der Vorfeiertag auf einen Werktag fällt und der Normaldienstleistende deswegen bei unveränderter Vergütung nicht arbeiten muss. Ist ein Schichtdienstleistender an diesem Tag ebenfalls wegen des Vorfeiertags von seiner Arbeitspflicht befreit, gilt für ihn dasselbe.

→ **Beraterhinweis:** Für die Dienstplanung und Arbeitszeitverwaltung für die Schichtdienstleistenden sind zur Ermittlung der Sollarbeitszeit gesetzliche Feiertage und Vorfeiertage (24.12. und 31.12.), die auf einen Werktag (Montag bis Samstag) fallen, zu berücksichtigen i.S. einer Verminderung der Sollarbeitszeit, wenn Schichtdienstleistende an diesen Tagen dienstplanmäßig frei haben.

**RAin Dr. Heike Thomae, FAMedR,
Anwaltskanzlei Quaas & Partner mbB, Dortmund**

Transsexualität – der juristische Spagat zwischen gefühltem und medizinischem Geschlecht

BGB § 1591, 1592; TSG § 11 S. 1

Eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle, mit deren konserviertem Spermien ein Kind gezeugt wurde, das nach rechtskräftiger Entscheidung über die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit geboren worden ist, kann abstammungsrechtlich nicht die Mutterstellung erlangen.

...

(amtl.)

BGH, Urt. v. 29.11.2017 – XII ZB 459/16
(KG Berlin – 1 W 109/16)

→ **Das Problem:** Ein Mann, über dessen Änderung der Geschlechtszugehörigkeit nach § 8 TSG rechtskräftig entschieden ist, wird nach dem Gesetz zur Frau. § 10 TSG bestimmt insoweit, dass sich ab diesem Zeitpunkt grundsätzlich ihre vom Geschlecht abhängigen Rechte und Pflichten nach dem neuen Geschlecht richten.

Allerdings lässt gem. § 11 S. 1 TSG die Entscheidung, dass der Ast. als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist, das Rechtsverhältnis zwischen ihm und seinen Kindern unberührt.

Es fallen also das juristische Geschlecht und die Rolle bei der Zeugung auseinander.

→ **Die Entscheidung des Gerichts:** Der BGH hat ein weiteres Mal die Verfassungsmäßigkeit des § 11 S. 1 TSG bestätigt und festgestellt, dass trotz der gesetzlichen Anerkennung als Frau eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle keine Eintragung als Mutter im Geburtenregister erreichen kann. Schon in seiner Entscheidung vom 6.9.2017 (XII ZB 660/14, GesR 2017, 811 [LS]) hatte er festgestellt, dass eine Frau-zu-Mann-Transsexuelle, die nach der Feststellung des männlichen Personenstandes ein Kind geboren hatte, nur dessen Mutter und nicht dessen Vater sein kann.

Im vorliegenden Fall hatte die Ast. vor dem Wechsel des Personenstandes von Mann zu Frau Samen gespendet und einfrieren lassen. Dieser Samen war dann ihrer Lebenspartnerin eingepflanzt worden. Für das so gezeugte Kind wollte die Ast. als Mutter im Geburtenregister eingetragen werden. Der BGH hat in Bestätigung der Vorinstanzen den Antrag auf entsprechende Anweisung des Standesamtes zurückgewiesen und festgestellt, dass die Ast. nur als Vater des Kindes eingetragen werden kann.

Den Konflikt zwischen juristischem und medizinischem Geschlecht hat der Gesetzgeber für Fälle wie den vorliegenden durch § 11 S. 1 TSG zugunsten der schützenswerten Rechte des Kindes gelöst.

Diese Abwägung hat der BGH nun wiederum bestätigt. Er hat zum einen auf das Recht des Kindes an einer Abbildung der spezifischen Fortpflanzungsbeteiligung des jeweiligen Elternteils verwiesen. Zum anderen hat er klargestellt, dass es eine Mutterschaft jenseits der Mutterschaft durch Geburt des Kindes nicht geben könne, weil die rechtliche Abstammung nicht im Widerspruch zu den Erfordernissen der biologischen Zeugung auf zwei Mütter oder zwei Väter verweisen solle.

→ **Konsequenzen für die Praxis:** Das Auseinanderfallen von juristischem und medizinischem Geschlecht im Zusammen-

hang mit der Zeugung von Kindern ist damit ein weiteres Mal bestätigt.

Dieses Auseinanderfallen dürfte jedoch auch in anderen Gebieten, in denen es auf die Geschlechtszugehörigkeit ankommt, juristische Fragen aufwerfen.

Für den Rentenbezug hat der Gesetzgeber in § 12 TSG vorgesehen, dass dieser durch den Wechsel des Geschlechts nicht beeinflusst wird.

Aber wie sieht dies für andere geschlechtsspezifische Ansprüche aus? Beispielsweise hat jedes Mitglied bei seiner Krankenkasse Anspruch auf Kostentragung für die Wahrnehmung bestimmter Vorsorgeuntersuchungen, von denen einige an das Geschlecht gebunden sind. Man denke an die Vorsorge gegen Brustkrebs und Gebärmutterhalskrebs bei Frauen und gegen Hodenkrebs oder Prostatakrebs bei Männern.

Da § 8 Abs. 1 Nr. 3 u. 4 TSG durch das BVerfG (11.1.2011 – 1 BvR 3295/07, GesR 2011, 410) als mit dem GG unvereinbar und bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung nicht anwendbar erklärt wurden, hängt die Entscheidung über die Zugehörigkeit zum anderen Geschlecht nicht mehr von bestimmten operativen Eingriffen ab. Es kann also eine transsexuelle Person Geschlechtsmerkmale beider Geschlechter haben. Hat sie dann auch Anspruch auf Kostenübernahme für zu beiden Geschlechtern gehörende Vorsorgeuntersuchungen obwohl sie gem. § 8 TSG juristisch nur dem neuen Geschlecht zugehört? Dies wird man im Sinne einer umfassenden medizinischen Versorgung wohl zu bejahen haben.

Aber es stellen sich für Ärzte und die sie beratenden Rechtsanwälte noch weitere Fragen, gerade auch im Arzthaftungsrecht.

Welchen medizinischen Standard hat ein Gynäkologe zu erfüllen, der eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle behandelt, deren äußere Geschlechtsorgane nun weiblich sind, die aber noch eine Prostata hat? Gleiches gilt für den Urologen, der eine Frau-zu-Mann-Transsexuelle behandelt, die nun äußerlich männliche Geschlechtsorgane hat aber auch noch eine Gebärmutter?

Die insoweit bestehenden AWMF Leitlinien „Standards der Behandlung und Begutachtung von Transsexuellen“ stammen aus 1997, sind nicht mehr zeitgemäß und werden derzeit überarbeitet.

Es ist zu hoffen, dass sich aus diesen auf diese beispielhaften Fragen und auf viele weitere offene Fragen Antworten ergeben werden.

→ **Beraterhinweis:** Der mit der Transsexualität befasste Arzt und sein juristischer Berater werden sich wohl erst in einigen Jahren an einem einigermaßen sicheren Standard, gebildet durch Medizin und Rechtsprechung, orientieren können. Bis dahin gilt es, diese Entwicklung genau zu beobachten und die Behandlung und Beratung nach dem jeweils aktuellen Standard auszurichten.

*RAin Dr. Inga Petersen, FMedR,
Kanzlei Gromann Petersen & Partner, Berlin*

Rechtsprechung

Personenbezogene Einwilligung bei Wahlleistung „Arzt“

BGB §§ 249, 280, 823

Im Falle der Wahlleistungsvereinbarung mit dem Chefarzt, muss dieser – mit Ausnahme seiner Verhinderung – den Eingriff selbst durchführen.

Allein mit seiner Anwesenheit – z.B. als Anästhesist während der Operation – erfüllt der Chefarzt die Voraussetzungen an die persönliche Leistungserbringung nicht. (alle amtl.)

OLG Hamm, Urt. v. 15.12.2017 – 26 U 74/17
(LG Siegen – 2 O 329/14)

Gründe:

Die Kl. ist gesetzlicher Krankenversicherer der ... 1918 geboren und ... 2012 verstorbenen Frau M (im Folgenden: Patientin) gewesen. Sie hat in der Hauptsache den Ersatz von Aufwendungen i.H.v. 30.000 € begehrt.

Die Patientin befand sich vom 1.12.2011 in stationärer Behandlung im T-Krankenhaus der Bekl. zu 1). Insoweit bestand neben dem totalen Krankenhausaufnahmevertrag eine Wahlleistungsvereinbarung vom 12.12.2011, die die Patientin, die bei der J AG zusatzversichert war, abgeschlossen hatte. Nach dieser Wahlleistungsvereinbarung war eine Chefarztbehandlung durch den Bekl. zu 2) vereinbart, der im Verhinderungsfall u.a. von der Bekl. zu 3) vertreten werden durfte.

Am 21.12.2011 führte die Bekl. zu 3) eine Koloskopie durch, bei der es zu einem Einriss im Bereich der Rektumschleimhaut kam, der auf Scherkräfte im Rahmen der Koloskopie zurückzuführen war. Der Bekl. zu 2) war bei der Operation anwesend. Er hatte dabei allerdings die Funktion des Anästhesisten.

Postoperativ wurde durch den Eingriff eine intensivmedizinische Behandlung mit Beatmung bis zum 30.12.2011 erforderlich. Während der intensivmedizinischen Behandlung trat eine Sepsis auf. Am 30.12.2011 wurde die Patientin auf die internistische Intensivstation verlegt, wo sie ... 2012 verstarb.

Erstinstanzlich haben die Parteien insbesondere darüber gestritten, ob die Koloskopie indiziert gewesen ist, ob die Patientin zuvor hinreichend aufgeklärt worden ist, und ob der Eingriff schon mangels persönlicher Durchführung durch den Bekl. zu 2) rechtswidrig gewesen ist. Ferner haben die Bekl. die von der Kl. erbrachten und berechneten Aufwendungen teilweise bestritten.

Das LG hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. ...

II. Die Berufung der Bekl. ist unbegründet.

Zu Recht hat das LG der Klage stattgegeben. Der Kl. steht gegen die Bekl. aus den §§ 611, 280, 278, 823, 831, 249, 286, 288 ff. ein Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten Aufwendungen nebst gesetzlicher Verzugszinsen zu.

GesR-Volltexte: Abgedruckte Entscheidungen sind auf ihren wesentlichen Inhalt konzentriert. Auf die Volltexte dieser Entscheidungen können Sie in Ihrem GesR Online-Archiv bei juris zugreifen. Einfach unter www.juris.de mit Ihrem Zugangscode einloggen.

1. Es kann dahingestellt bleiben, ob Ansprüche wegen Behandlungsfehlern bestehen. Denn jedenfalls ergeben sich geltend gemachten Ansprüche aus den nachfolgenden Erwägungen.

2. Die Bekl. haften gem. den §§ 823, 831, 249 ff. BGB für sämtliche Folgen der Behandlung schon deshalb, weil die Behandlung mangels wirksamer Einwilligung der Patientin insgesamt rechtswidrig gewesen ist.

a. Es hat eine rechtswidrige Behandlung wegen Nichteinhaltung der Voraussetzungen der Wahlleistungsvereinbarung vorgelegen.

Aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten leiten sich Verhaltenspflichten des Arztes ab, die ihn nicht nur zur Sorgfalt bei der Behandlung des Patienten verpflichten, sondern auch dazu, sich dessen Einwilligung in diese Maßnahmen zu verschern. Erklärt der Patient in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts, er wolle sich nur von einem bestimmten Arzt operieren lassen, darf ein anderer Arzt den Eingriff nicht vornehmen. Ist ein Eingriff durch einen bestimmten Arzt, regelmäßig den Chefarzt, vereinbart oder konkret zugesagt, muss der Patient rechtzeitig aufgeklärt werden und zustimmen, wenn ein anderer Arzt an seine Stelle treten soll. Fehlt die wirksame Einwilligung in die Vornahme des Eingriffs, ist der in der ärztlichen Heilbehandlung liegende Eingriff in die körperliche Integrität rechtswidrig (vgl. BGH, Urt. v. 19.7.2016 – VI ZR 75/15, juris unter Rz. 10 = GesR 2016, 566).

Die Patientin hat unter dem 12.12.2011 eine Wahlleistungsvereinbarung geschlossen, wonach der Bekl. zu 2) nach der GOÄ/GOZ abrechnen durfte. Im Falle seiner unvorhergesehenen Verhinderung sollte die Übernahme der Aufgaben durch die Bekl. zu 3) zulässig sein.

Ob entsprechend der Auffassung der Kl. die Wahlleistungsvereinbarung unwirksam ist, kann dahingestellt bleiben, weil eine Haftung in jedem Fall gegeben ist. Denn die Voraussetzungen der Wahlleistungsvereinbarung sind nicht erfüllt worden.

b. Der Patient schließt einen solchen Vertrag im Vertrauen auf die besonderen Erfahrungen und die herausgehobene medizinische Kompetenz des von ihm ausgewählten Arztes ab, die er sich in Sorge um seine Gesundheit gegen Entrichtung eines zusätzlichen Honorars für die Heilbehandlung sichern will. Demzufolge muss der Wahlarzt die seine Disziplin prägende Kernleistung persönlich und eigenhändig erbringen. Insbesondere muss der als Wahlarzt verpflichtete Chirurg die geschuldete Operation grundsätzlich selbst durchführen, sofern er mit dem Patienten nicht eine Ausführung seiner Kernleistungen durch einen Stellvertreter wirksam vereinbart hat (vgl. BGH, Urt. v. 11.5.2010 – VI ZR 252/08, juris unter Rz. 7 = GesR 2010, 407; BGH, Urt. v. 20.12.2007 – III ZR 144/07, juris unter Rz. 7 = GesR 2008, 132).

Bei der Koloskopie handelt es sich um eine solche die Innere Medizin prägende Kernleistung. Es ging um einen operativen Eingriff mit nicht unerheblichen Risiken und möglichen Schwierigkeiten (s. auch den OP-Bericht). Es kam maßgeblich auf die Fähigkeiten des Operateurs an. Insoweit ist es unerheb-

lich, ob die Koloskopie die alleinige operative Leistung sein sollte, oder ob diese neben anderen Eingriffen erfolgte. In beiden Fällen besteht das erkennbare Interesse des Patienten daran, sich hierfür durch die Wahlleistungsvereinbarung die fachliche Expertise des Wahlleistungsarztes zu verschaffen.

So hat auch das LAG Niedersachsen die Koloskopie als Kernleistung angesehen (vgl. LAG Niedersachsen, Urt. v. 17.4.2013 – 2 Sa 179/12, Juris-Veröffentlichung unter Rz. 68).

Der Bekl. zu 2) musste die Koloskopie demnach grundsätzlich selbst durchführen.

c. Es lag auch kein zulässiger Vertretungsfall vor.

Nach der Wahlleistungsvereinbarung durfte die Bekl. zu 3) nur im Falle einer unvorhersehbaren Verhinderung des Bekl. zu 2) die Leistung erbringen.

Eine Verhinderung war jedoch nicht gegeben. Der Bekl. zu 2) war während der Koloskopie als Anästhesist anwesend. Er kann deshalb nicht an der Erbringung der Koloskopie verhindert gewesen sein.

d. Durch die Anwesenheit bei dem Eingriff der Bekl. zu 3) hat der Bekl. zu 2) keine persönliche Leistung im Sinne der Wahlleistungsvereinbarung erbracht.

Die Bekl. berufen sich ohne Erfolg darauf, dass der Bekl. zu 2) als Wahlarzt anwesend gewesen sei und zumindest eine Supervision geleistet habe.

Denn der Bekl. zu 3) war verantwortlich mit der Anästhesie und insbesondere der Überwachung von Puls, Blutdruck und Sauerstoffsättigung beschäftigt. Er war deshalb organisatorisch für diesen Bereich zuständig und nicht für den chirurgischen. Er hatte diesen Bereich auch tatsächlich auszufüllen. Dadurch war er maßgeblich mit der Überwachung der Anästhesie beschäftigt und konnte er das chirurgische Geschehen nicht wie die unstreitig tatsächlich mit der Führung der Instrumente befasste Operateurin beobachten und beeinflussen. Das gilt insbesondere bei Augenblicksversagen bei der Durchführung – etwa der hier erfolgten Exzision von zwei Polypen –, bei der die Schädigung schon passiert sein konnte, wenn sie für den Bekl. zu 2) erkennbar wurde. Darüber hinaus war der Bekl. zu 3) als Anästhesist während anästhesistischer Notfallsituationen nicht in der Lage, die Koloskopie zu beeinflussen.

Eine Supervision war deshalb hier mit der eigenhändigen Erbringung nicht zu vergleichen. Ebenfalls ist die Fallgestaltung nicht vergleichbar mit der Operation durch einen Assistenzarzt unter Aufsicht des Oberarztes. Denn in diesem Fall sind beide Mediziner im selben Fachgebiet tätig.

Auch der Operationsbericht weist zutreffend nur die Bekl. zu 3) als Untersucherin aus.

e. Die Bekl. können sich nicht darauf berufen, dass die Patientin mit der Leistungserbringung wie geschehen einverstanden gewesen wäre.

Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob es sich um eine Frage des rechtmäßigen Alternativverhaltens oder der hypothetischen Einwilligung handelt. In beiden Fällen gilt:

Den Bekl. ist der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens verwehrt, weil dies dem Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses bei ärztlichen Eingriffen widerspricht. Der Arzt,

der ohne eine auf seine Person bezogene Einwilligung des Patienten operiert hat, kann sich nicht darauf berufen, dass der Patient mit der Vornahme des Eingriffs durch einen anderen – zumal besser qualifizierten – Operateur einverstanden gewesen sei. Könnte er sich mit diesem Einwand einer Haftung entziehen, bliebe der rechtswidrige Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten sanktionslos (vgl. BGH, Urt. v. 19.7.2016 – VI ZR 75/15, Juris unter Rz. 8, 11 = GesR 2016, 566).

Dasselbe gilt wegen identischer Interessenlage auch bei der Einordnung in den Bereich der hypothetischen Einwilligung.

f. Der Anspruch besteht auch der Höhe nach.

Die Beeinträchtigungen der Patientin sind unstreitig kausal auf die Koloskopie zurückzuführen.

Dadurch sind die Aufwendungen wie geltend gemacht entstanden. Ihre Kosten hat die Kl. mit einem Simulationsergebnis dargelegt. Die erstinstanzliche pauschale Behauptung der Bekl. zu der Entstehung von höheren Sowieso-Kosten reichte demgegenüber nicht aus. Hierauf hat bereits das LG hingewiesen. Die Bekl. haben sodann auch nach weiterer ausführlicher Darlegung der Berechnungsgrundlagen dazu keine Einwendungen erhoben.

Eine Haftung der Bekl. ist damit wie erkannt gegeben. Die Entscheidung des LG ist nicht zu beanstanden. Die dagegen gerichtete Berufung hat keinen Erfolg.

Entfernung von Osteosynthesematerial

BGB §§ 280 Abs. 1, 823

1. Zur Frage des Behandlungsfehlers bei unzureichender Ausstattung des Arztes.

2. Zur Aufklärungspflicht über das Risiko, dass sich eine Schraube möglicherweise nicht lösen lässt und dadurch ein zweiter Eingriff erforderlich wird. *(alle amtl.)*

*OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2017 – 7 U 90/15
(LG Heidelberg – 4 O 221/13)*

Aus den Gründen:

I. Die Kl. macht gegen die Bekl. Arzthaftungsansprüche im Zusammenhang mit der Entfernung von Osteosynthesematerial geltend.

Zur Behandlung einer distalen Radiusfraktur des rechten Handgelenks wurde der Kl. in der Klinik E. unter Verwendung von sechs Schrauben eine winkelstabile Radiusplatte eingesetzt. Bei einer ambulanten Operation am 9.5.2012 bei der Bekl. Ziff. 1 sollte der Bekl. Ziff. 2 das Osteosynthesematerial entfernen. Dabei ließ sich eine Schraube nicht lösen. Zur Entfernung dieser Schraube sowie der Radiusplatte ist die Kl. am 16.5.2012 in der ...-Klinik in E. erneut operiert worden. Infolge der Operation vom 9.5.2012 hat die Kl. an sich im Verlauf zurückbildenden Nervenbeeinträchtigungen in ihrer rechten Hand gelitten. Sie macht Behandlungs- und Aufklärungsfehler geltend. ...

Nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens des Facharztes für Orthopädie und Traumatologie sowie

spezielle orthopädische Chirurgie Prof. Dr. F. sowie dessen mündlicher Erläuterung und Anhörung der Kl. und des Bekl. Ziff. 2 hat das LG Heidelberg die Bekl. unter Klagabweisung im Übrigen verurteilt, an die Kl. ein Schmerzensgeld i.H.v. 5.000 € zu zahlen und sie von ihren vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 1.108,72 € freizustellen. Außerdem wurde dem Feststellungsantrag stattgegeben. ...

Der Senat hat mit Beschluss vom 14.12.2016 ergänzend Beweis erhoben durch die Einholung einer ergänzenden schriftlichen Stellungnahme des Sachverständigen, die dieser im Termin vom 22.11.2017 mündlich erläutert hat. Insofern wird auf seine schriftlichen Ausführungen vom 10.4.2017 sowie auf das Protokoll vom 22.11.2017 Bezug genommen. ...

II. Die nach §§ 511 ff. ZPO zulässige Berufung ist überwiegend begründet. Die Bekl. haben der Kl. neben Zinsen ein Schmerzensgeld i.H.v. 500 € zu zahlen und sie von vorgerichtlichen Anwaltskosten i.H.v. 43,38 € freizustellen. Im Übrigen ist das landgerichtliche Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

1. Der Anspruch auf Schmerzensgeld und Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten ergibt sich aus § 280 BGB i.V.m. dem abgeschlossenen Behandlungsvertrag. Es ist das bis zum 25.2.2013 geltende Recht anzuwenden, da der Behandlungsvertrag bereits im Jahr 2012 abgeschlossen wurde und eine Überleitungsvorschrift, die die rückwirkende Anwendung anordnet, nicht existiert (i.E. ebenso Erman/Rehborn/Gescher, BGB, 15. Aufl. 2017, Vorbemerkung vor § 630a Rz. 1 m.w.N.).

a) Die Bekl. haben ihre Pflichten aus dem Behandlungsvertrag verletzt, weil sie die Operation vorgenommen haben, obwohl dem Bekl. Ziff. 2 – so seine eigenen Angaben – zwar das übliche Instrumentarium zur Entfernung der Schrauben zur Verfügung gestanden hat, nicht aber ein spezieller Gewindeschneider.

aa) Der Arzt schuldet dem Patienten aus dem sie verbindenden Dienstvertrag, ihn nach dem anerkannten und gesicherten Standard der medizinischen Wissenschaft zu behandeln. Als Behandlungsfehler ist dabei jeder Verstoß gegen die Regeln und den Standard der ärztlichen Wissenschaft zu verstehen (OLG München, Urt. v. 4.12.1996 – 7 U 3479/95, VersR 1997, 770; vgl. auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.10.2005 – 7 U 132/04, juris Rz. 6). Danach ist der Arzt gehalten, den Patienten an ein spezialisiertes Krankenhaus zu verweisen, wenn ein Eingriff nur dort ohne bzw. mit erheblich vermindertem Komplikationsrisiko vorgenommen werden kann. Das Unterlassen dieser Maßnahme ist ein Behandlungsfehler, wenn ein sorgfältiger und gewissenhafter Arzt die Behandlung hätte ablehnen müssen. Letzteres ist anzunehmen, wenn seine Ausstattung sich in der unteren Bandbreite des ärztlichen Behandlungsstandards bewegt (vgl. BGH, Urt. v. 15.4.2014 – VI ZR 382/12, juris Rz. 11 = GesR 2014, 404; BGH, Urt. v. 30.5.1989 – VI ZR 200/88, juris Rz. 9; OLG Köln, Urt. v. 13.8.2014 – 5 U 104/13, juris Rz. 30).

bb) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme entsprach es im Operationszeitpunkt dem ärztlichen Standard, in einer nicht nur unterdurchschnittlich ausgestatteten Praxis spezielle Geräte für die Fälle vorzuhalten, in denen sich die Schrauben von einer winkelstabilen Platte schwer lösen.

(1) Der ärztliche Standard gibt Auskunft darüber, welches Verhalten von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in

der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs im Zeitpunkt der Behandlung vorausgesetzt und erwartet werden kann. Er repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat (BGH, Urt. v. 24.2.2015 – VI ZR 106/13, juris Rz. 7 = GesR 2015, 281).

(2) Nach diesen Maßstäben waren die Bekl. nicht ausreichend ausgestattet, um den streitgegenständlichen Eingriff vornehmen zu können.

(a) Bei der Schwierigkeit, Schrauben wegen des Verbunds mit der Winkelplatte nicht lösen zu können, handelte es sich um ein im Operationszeitpunkt bekanntes Problem. So erläuterte der Sachverständige, dass die am ehesten anzunehmende Kaltverschweißung zwar extrem selten aufträte, aber durchaus ein bekanntes Phänomen sei. Nach einer intensiven Befassung mit der hierzu veröffentlichten Literatur führte er ergänzend aus, dass dieses im Operationszeitpunkt auch einem niedergelassenen Arzt dem Grunde nach bekannt gewesen sein musste. Es sei – wenn auch seltener – bereits bei den zuvor verwandten Platten aufgetreten. In einer Veröffentlichung von Breyer aus dem Jahr 2008 zum Thema „Indikation zur Entfernung winkelstabiler Radiusplatten“, erschienen in Trauma und Berufskrankheit 2008, 256 ff., sei bereits beschrieben worden, dass es auch bei winkelstabilen Platten dazu kommen könne, dass sich Schrauben schwer lösen. Die Bekl. hätten den Aufsatz auch zur Kenntnis nehmen müssen, da es sich bei der Zeitschrift um ein gängiges Publikationsorgan auf dem Gebiet der Unfallchirurgie handele, bei dem vorauszusetzen sei, dass sich auch ein niedergelassener Chirurg mit den dortigen Veröffentlichungen befasse. Diese nachvollziehbaren Ausführungen macht sich der Senat nach kritischer Prüfung zu eigen. Der Sachverständige hat sich bei seiner Beurteilung ausdrücklich auf langjährige eigene praktische Erfahrungen mit winkelstabilen Platten berufen. Außerdem hat er die Veröffentlichung von Breyer in Auszügen zitiert, so dass der Senat deren maßgeblichen Inhalt selber zur Kenntnis nehmen konnte. Der Überzeugung von der Richtigkeit steht nicht die anfängliche Einschätzung des Sachverständigen in seinem Gutachten vom 3.11.2014 entgegen, am 9.5.2012 sei nicht fehlerhaft gearbeitet worden. Denn er hat dabei allein die gegebene Situation bewertet, nämlich dass dem Bekl. Ziff. 2 kein anderes Werkzeug als der Schraubendreher zur Verfügung gestanden hat. Dass die Probleme aber bekannt waren, hat er wie ausgeführt bereits von Anfang an seinen Ausführungen zugrunde gelegt.

(b) Auf die Erkenntnis, dass sich die Schrauben mit den üblichen Werkzeugen nicht lösen lassen, mussten die Bekl. im streitgegenständlichen Zeitpunkt zur Erfüllung des Facharztstandards bereits in der Weise reagiert haben, dass ihnen zumindest ein linksdrehender Schraubendreher zur Verfügung stand. Hierzu führte der Sachverständige aufgrund seines Fachwissens und seiner eigenen Berufserfahrung überzeugend aus, dass in Praxen auch für die früher verwandten Platten bereits linksdrehende Extraktionsschrauben vorhanden waren für den Fall, dass sich Schrauben schwer lösen lassen. Insofern mussten niedergelassene Ärzte wie die Bekl. nach Bekanntwerden entsprechender Schwierigkeiten bei den neuen winkelstabilen Platten in vergleichbarer Weise Vorsorge treffen. Hierzu verwies der Sachverständige unterstützend auf Anfang 2012 und damit

vor Durchführung der streitgegenständlichen Operation veröffentlichte Aufsätze von Höntzsch u.a., die in den Fachzeitschriften „OP-Journal“ und „Unfallchirurg“ erschienen sind und in denen explizit angesprochen wurde, dass linksdrehende Extraktionsschrauben zu verwenden seien, wenn sich Schrauben in winkelstabilen Platten nicht lösen lassen würden; es solle ein sog. „Screw-Removal-Set“ mit verschiedenen Extraktionsbolzen vorhanden sein. Jedenfalls bei der Zeitschrift „OP-Journal“ handele es sich um ein gängiges Organ. Der Hinweis der Bekl., sie hätten nach Erscheinen der Artikel im Jahr 2012 nicht genügend Zeit gehabt, sich auf die dortigen Hinweise einzustellen, geht dabei fehl. Denn die Problematik war wie ausgeführt spätestens seit 2008 und damit lange vor der streitgegenständlichen Operation vom 9.5.2012 bekannt.

b) Durch den Behandlungsfehler, nämlich das Fehlen des notwendigen Werkzeugs bei der ersten Operation, wurde die zweite Operation erforderlich. Weitere Gesundheitsbeeinträchtigungen stehen dagegen nicht in einem Kausalzusammenhang mit dem Behandlungsfehler. Dies gilt insbesondere für die bei dem Eingriff am 9.5.2012 erlittenen Nervenläsionen. Insofern führte der Sachverständige im Senatstermin aus, dass die Beeinträchtigung mit der Entfernung der Platte als solcher, nicht aber mit der festsitzenden Schraube im Zusammenhang steht, da der nervus medianus sich in der Nähe der Platte befindet und bei deren Entfernung beiseitegeschoben werden musste. Hierbei könne es in seltenen Fällen zu einer Beeinträchtigung des Nervs kommen. Diese schlüssigen und nachvollziehbaren Einschätzungen legt der Senat seiner Entscheidung als eigene zugrunde. Zweifel an der Richtigkeit bestehen angesichts der geschilderten anatomischen Verhältnisse nicht.

c) Wegen der durch die notwendig gewordene zweite Operation erlittenen Beeinträchtigungen hält der Senat unter Einbeziehung aller erkennbarer Umstände ein Schmerzensgeld i.H.v. 500 € auch unter dem Aspekt der Genugtuung für ausreichend, aber auch erforderlich, um die durch den Behandlungsfehler erlittenen Folgen auszugleichen. Dabei wird insbesondere berücksichtigt, dass es einerseits eine Belastung darstellt, sich einem weiteren Eingriff unterziehen zu müssen, dieser andererseits aber auch zeitnah, ambulant und in Lokalanästhesie durchgeführt werden konnte sowie komplikationslos verlief.

Darüber hinaus haben die Bekl. die Kl. von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 43,38 € freizustellen. (*Wird ausgeführt.*)

2. Eine weitergehende Haftung kommt nicht unter dem Aspekt in Betracht, dass die erste Operation mangels wirksamer Einwilligung rechtswidrig war. Ein Aufklärungsfehler ist nicht festzustellen.

a) Über die Tatsache, dass die Bekl. kein Werkzeug zur Verfügung hatten, mit denen sich schwer lösbare Schrauben entfernen lassen, war nicht aufzuklären. Wie ausgeführt handelte es sich insofern um einen Behandlungsfehler und über einen solchen ist nicht aufzuklären. Aufzuklären ist nur über Risiken, die sich auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt oder bei fehlerfreier Durchführung des Eingriffs nicht mit Gewissheit ausschließen lassen (vgl. hierzu OLG Koblenz, Urt. v. 29.11.2001 – 5 U 1382/00, juris Rz. 95).

b) Über das Risiko, dass es beim Lösen der Schrauben zu Schwierigkeiten kommen kann, war ebenfalls nicht aufzuklären.

aa) Eine wirksame Einwilligung des Patienten setzt dessen ordnungsgemäße Aufklärung voraus. Dabei ist ein Patient über schwerwiegende Risiken, die mit einer Operation verbunden sind, grundsätzlich auch dann aufzuklären, wenn sie sich nur selten verwirklichen. Risikostatistiken sind für das Maß der Aufklärung von nur geringem Wert. Entscheidend für die ärztliche Hinweispflicht ist nicht ein bestimmter Grad der Risikodichte, insbesondere nicht eine bestimmte Statistik. Maßgebend ist vielmehr, ob das betreffende Risiko dem Eingriff spezifisch anhaftet und es bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belastet (BGH, Urt. v. 30.9.2014 – VI ZR 443/13, juris Rz. 6 = GesR 2015, 20).

bb) Nach diesen Maßstäben war über den Umstand, dass sich eine Schraube möglicherweise nicht oder nur schwer lösen lässt, nicht aufzuklären. Es handelt sich um ein seltenes Risiko im Sinne der genannten Rechtsprechung. Dabei kann dahinstehen, ob die vom Sachverständigen angegebene Häufigkeit zutrifft. Denn jedenfalls geht aus seinen Angaben hervor, dass das Problem nur in einer ganz geringen Anzahl von Fällen vorkommt. Über dieses Risiko war wegen seiner Seltenheit nicht aufzuklären. Zwar ist es als spezifisches Risiko einzuordnen. Hierzu erläuterte der Sachverständige nachvollziehbar, dass und warum es zu der Verbindung zwischen einer Schraube und einer Platte kommen kann. Die Verwirklichung des Risikos wirkt sich für den Patienten aber nicht als besonders belastend im eingangs genannten Sinne aus, weil gegebenenfalls eine weitere – lediglich ambulant und ohne Vollnarkose mögliche – Operation durchzuführen ist.

3. Soweit sich die Berufung gegen die Feststellung der Ersatzpflicht weiterer Schäden wendet, hat sie vollumfänglich Erfolg. Ein zulässiger Feststellungsantrag ist nur begründet, wenn der haftungsrechtlich relevante Eingriff zu möglichen künftigen Schäden führen kann (vgl. BGH, Beschl. v. 9.1.2007 – VI ZR 133/06, Rz. 6, GesR 2007, 165; BGH, Urt. v. 16.1.2001 – VI ZR 381/99, juris Rz. 8). Hieran fehlt es vorliegend. Der Sachverständige verneinte dies in konsequenter Fortführung der – wie dargelegt zutreffenden – Annahme, Folge des Behandlungsfehlers sei ausschließlich die zweite, komplikationslos verlaufene Operation gewesen. Danach kann, was er auch ausdrücklich bestätigte, ausgeschlossen werden, dass noch Schäden entstanden sind oder entstehen werden, die bei Klageeinreichung noch nicht bezifferbar waren. ...

Haftungsrechtliche Folgen einer fehlenden Belegarztanerkennung

BGB §§ 280 Abs. 1, 823

Die Tatsache, dass ein Arzt in einem Krankenhaus eine Entbindung vornimmt, ohne dort über eine Anerkennung als Belegarzt zu verfügen, begründet allein noch keine Haftung für die Folgen der Behandlung. (amtl.)

OLG Karlsruhe, Urt. v. 6.12.2017 – 7 U 221/16

(LG Baden-Baden – 2 O 299/12)

Aus dem Tatbestand:

Die Kl. erbringt für D. S. (nachfolgend: Patient) Leistungen nach dem SGB XII (früher BSHG) und macht mit ihrer Klage aus übergegangenem Recht Schadensersatzansprüche wegen behaupteter fehlerhafter ärztlicher Behandlung im Zusammenhang mit der Geburt des Patienten am ... 1988 geltend. Sie begehrt in der Hauptsache die Zahlung von 321.256,45 € für nicht kompensierte Leistungen nach dem SGB XII im Zeitraum 2005 bis zum 30.6.2012 (Eingliederungshilfe), die monatliche Vorauszahlung der – je nach Anzahl der monatlichen Kalendertage bezifferten – Leistungen ab dem 1.7.2012 sowie Feststellung einer Ersatzpflicht für weitere materielle Schäden (vorwiegend Fahrtkosten).

Das LG ... hat die Klage abgewiesen. ...

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Kl. hat keinen Erfolg.

Die Kl. kann von dem Bekl. aus übergegangenem Recht weder unter dem Gesichtspunkt einer positiven Vertragsverletzung i.V.m. §§ 611 BGB, Art. 229 § 5 EGBGB noch unter dem Gesichtspunkt einer unerlaubten Handlung gem. §§ 823 Abs. 1, 249 ff. BGB Ersatz des materiellen Schadens und die Feststellung einer Ersatzpflicht für künftigen materiellen Schaden verlangen.

1. Der Bekl. haftet nicht aufgrund von Behandlungsfehlern.

a. Eine Haftung ergibt sich nicht bereits allein aus dem Umstand, dass der Bekl. die Mutter des Patienten entbunden hat, obwohl er zu diesem Zeitpunkt unstreitig nicht über eine Anerkennung als Belegarzt des Kreiskrankenhauses G. verfügt hat. Zu Recht hat das LG festgestellt, dass es insoweit für eine Haftung an dem erforderlichen Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen dem ärztlichen Handeln bzw. Unterlassen des Bekl. und dem eingetretenen Schaden fehlt. Die von der Kl. in Bezug genommene Anlage zum Bundesmantelvertrag regelt die stationäre kassenärztliche Behandlung in Krankenhäusern und dient der Verzahnung von ambulanter und stationärer Versorgung der Patienten. Hingegen ist dem Schutzzweck von § 3 der Anlage zum damaligen Bundesmanteltarif nicht das Verbot einer Entbindung der Gebärenden durch einen Gynäkologen und ärztlichen Geburtshelfer in einer gynäkologisch ausgerichteten Belegabteilung eines Krankenhauses zu entnehmen. Anders als in der von der Kl. angeführten Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG, Urt. v. 28.7.2008 – B 1 KR 5/08 R, BSGE 101, 177 = GesR 2008, 641) geht es vorliegend nicht um eine bedarfsgerechte, leistungsfähige und wirtschaftliche Krankenhausbehandlung oder die Frage, ob die Mutter des Patienten durch ein Krankenhaus ohne Zulassung für die konkrete Leistungserbringung den Risiken einer unkontrollierten Behandlung ausgesetzt wurde (BSG, Urt. v. 23.6.2015 – B 1 KR 26/14 R, BSGE 119, 150 = GesR 2015, 482). Im Streitfall liegen vielmehr weder in der Person des Bekl. wichtige Gründe vor, die einer geburtshilflichen Betreuung entgegenstehen, noch sind etwa die Belegabteilungen für die konkrete Leistungserbringung der Geburtshilfe nicht zugelassen. Dass der Bekl. über keine Anerkennung als Belegarzt verfügt hat, ist letztlich nur im Innenverhältnis des Bekl. zu den kassenärztlichen Vereinigungen für die Abrechnung und im Innenverhältnis zu der

stationären Einrichtung (Belegarztvertrag) von Bedeutung (ähnlich zur Funktion des D-Arztes: BGH, Urt. v. 29.11.2016 – VI ZR 208/15, juris = GesR 2017, 90).

Auf die Frage, ob der Bekl. in rechtlich zulässiger Weise als Vertreter des Dr. L. tätig wurde, kommt es deshalb im vorliegenden Rechtsstreit nicht an.

b. Ohne Rechtsfehler und auf zutreffend festgestellter Tatsachengrundlage, die den Senat nach § 529 Abs. 1 ZPO bindet, hat das sachverständig beratende LG überdies Behandlungsfehler des Bekl. verneint. Soweit die Kl. vorträgt, der Bekl. hätte bei einer Absprache mit der Hebamme, zu welchem Zeitpunkt er gerufen werden will, darauf hingewiesen, dass er bei den Anknüpfungstatsachen, die sich dann tatsächlich im Verlauf der Geburt gezeigt haben, hinzugezogen werden möchte, beachtet sie nicht hinreichend, dass es aus Sicht der Hebamme keine hinreichenden Anknüpfungstatsachen für eine frühere Heranziehung des Bekl. gab. Die die Geburt leitende Hebamme H. hat nach den auch von der Kl. nicht in Zweifel gezogenen Feststellungen des LG Baden-Baden – 2 O 48/89 – die vorgeburtliche Herzfrequenz des Patienten nicht ausreichend kontrolliert, weshalb der vorgeburtlich eingetretene Sauerstoffmangelzustand von ihr nicht rechtzeitig bemerkt worden war. Nach ihrer Beurteilung lagen keine medizinischen Anzeichen vor, die eine frühere Benachrichtigung des Bekl. – sei es aufgrund einer entsprechenden Absprache, sei es aufgrund eigenen Willensentschlusses – erfordert hätten. Dass eine Hinzuziehung des Arztes bei fehlenden Auffälligkeiten erst zur eigentlichen Geburt aus medizinischer Sicht ausreichend ist, hat der Sachverständige bei seiner erstinstanzlichen Anhörung überzeugend dargelegt. Die Feststellungen des LG zum Erfordernis einer bereits anfänglich geburtsbegleitenden Anwesenheit des Bekl., zur sog. „Hol-Regelung“ und zur technischen Funktionsfähigkeit des dem damaligen medizinischen Standard entsprechenden CTG-Gerätes greift die Berufung zu Recht nicht mehr an (zur Aufklärungspflichtverletzung s. unten 2.).

2. Der Bekl. haftet auch nicht wegen Aufklärungsfehlern.

a. Der Bekl. war nicht verpflichtet, die Mutter des Patienten darauf hinzuweisen, dass das Kreiskrankenhaus G. mit einem CTG-Gerät Sonicaid FM3 ausgestattet war, welches aus seiner Sicht keine brauchbaren bzw. überzeugenden Aufzeichnungen lieferte. Solange dem Patienten im Krankenhaus eine Behandlung geboten wird, die dem jeweils zu fordernden medizinischen Standard genügt, ist er nicht darüber aufzuklären, dass dieselbe Behandlung andernorts mit besseren personellen und apparativen Mitteln und deshalb mit einem etwas geringeren Komplikationsrisiko möglich ist. Anderes gilt, sobald neue Verfahren sich weitgehend durchgesetzt haben und dem Patienten entscheidende Vorteile bieten (BGH, Urt. v. 22.9.1987 – VI ZR 238/86, NJW 1988, 763). Vorliegend entsprach die apparative Ausstattung des Kreiskrankenhauses G. mit einem CTG-Gerät Sonicaid FM3 nach den Darlegungen des Sachverständigen in seinem schriftlichen Gutachten dem damaligen medizinischen Standard. Anhaltspunkte dafür, dass das regelmäßig gewartete Gerät technisch defekt war, liegen nicht vor. Insbesondere sprechen die im Zusammenhang mit der Geburt des Patienten gefertigten Aufzeichnungen gegen einen technischen Defekt, wenngleich die Aufzeichnungen auch nicht auswertbar waren. Der Sachverständige hat insoweit überzeugend ausgeführt, dass die Herzaktionen des Kindes mit Ultraschalltransducern nicht

immer sicher erfasst werden können. Kindsbewegungen, bestimmte Kindslagen aber auch Bewegungen der Gebärenden beeinflussen die Qualität der Herzfrequenzerfassung. Die vorhandenen CTG-Aufzeichnungen hat der Sachverständige als nicht auswertbar, aber auch als für die damaligen CTG typisch bezeichnet. Eine Aufklärungspflicht bestand auch nicht unter dem Gesichtspunkt, dass wegen der möglicherweise schlechten Qualität der Aufzeichnungen mittels CTG eine Überwachung der Herzfrequenz nicht möglich sei. Tatsächlich war eine Überwachung möglich. In dem vorhandenen CTG-Gerät war zusätzlich eine Registrierung des fetalen EKGs integriert. Bei mangelhafter Qualität der Aufzeichnungen aus dem äußeren CTG hätte mithin durch Anlage eines internen CTG an der Kopfhaut des Patienten eine zuverlässig auswertbare Herzfrequenzmessung erfolgen können. Die Hebamme war nach Öffnung der Fruchtblase um 05:45 Uhr auch befugt, das interne CTG anzulegen. Schließlich konnten die Herztöne des Patienten auch mit einem Höhrrohr erfasst werden.

b. Entgegen der Berufung haftet der Bekl. auch nicht deshalb, weil er die Mutter des Patienten nicht darüber aufgeklärt hat, dass er nicht im Besitz einer Zulassung als Belegarzt des Kreiskrankenhauses G. war. Es fehlt insoweit ebenfalls am Pflichtwidrigkeitszusammenhang. Die Mutter des Patienten hat bei ihrer Zeugenvernehmung vor dem LG erklärt, dass sie deshalb zur Entbindung nach G. gegangen sei, weil sie gewollt habe, dass der Bekl. die Entbindung mache. Dieser sei ihr Frauenarzt gewesen und zu ihm habe sie Vertrauen gehabt. Sonst hätte sie keinen Grund gehabt, nach G. zu gehen. Sie habe den Bekl. dabei haben wollen. Sie sei darüber informiert gewesen, dass es sich in G. um ein kleines Krankenhaus mit einer kleinen Entbindungsstation handele. Tatsächlich wurde der Bekl. von der Hebamme zur Geburt hinzugerufen und war kein anderer Arzt geburtshilflich tätig. Die Mutter der Patientin wurde mithin von dem Arzt an dem Ort entbunden, an dem und von dem sie entbunden werden wollte. Soweit die Zeugin erklärt hat, wenn sie gewusst hätte, dass der Bekl. keine Belegbetten in G. gehabt hätte, wäre sie in die Stadtklinik Baden-Baden gegangen, ist diese Aussage ersichtlich vor dem Hintergrund zu sehen, dass für die Zeugin die Anwesenheit des Bekl. erstrangig und der Ort zweitrangig von Bedeutung war. ...

Arzthaftung: „Chefarztstandard“?

BGB §§ 280 Abs. 1, 630a

Ein Chefarztstandard, der in medizinischer Hinsicht über den für den Begriff des Behandlungsfehlers maßgeblichen Facharztstandard hinausgehen würde, existiert nicht. (nicht amtl.)

OLG Köln, Beschl. v. 22.1.2018 – 5 U 101/17
(LG Köln – 25 O 330/15)

Aus den Gründen:

I. Die Kl. erlitt am 29.4.2014 einen Fahrradunfall. Sie wurde mit dem Rettungswagen in das von der Bekl. zu 1) betriebene Krankenhaus verbracht. Dort wurden eine hintere Beckenringsfraktur und eine Humerusmehrfragmentfraktur rechts diagnostiziert. Die Fraktur des Beckenrings wurde konservativ behandelt, der Ellenbogen operativ mittels Osteosynthese ver-

sorgt. Nach Entlassung der Kl. aus der stationären Behandlung am 8.6.2014 schloss sich eine Rehabilitationsbehandlung an. Im August 2014 wurde bei der Kl. eine Dens-Fraktur diagnostiziert. Diese wurde am 3.11.2014 in der U. operativ versorgt.

Die Kl. hat den Bekl. Behandlungsfehler vorgeworfen. Sie habe schon frühzeitig über Nackenschmerzen geklagt. Auf Ihre Beschwerden sei aber nicht reagiert worden. Im Bereich des Ellenbogens hätten sich Anzeichen für ein Versagen der Osteosynthese gezeigt, auf die nicht reagiert worden sei. Infolge der Behandlungsfehler habe sich eine Pseudoarthrose gebildet und die Heilung sei verzögert worden. ...

Das LG hat ... die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Kl. habe Behandlungsfehler nicht bewiesen.

II. Die Berufung ist gem. § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen, denn sie hat nach einstimmiger Überzeugung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die Rechtsache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Senats aufgrund mündlicher Verhandlung, die auch sonst nicht geboten ist. Zur Begründung wird auf den Beschluss des Senats vom ... Bezug genommen, an dem der Senat auch in seiner jetzigen Besetzung festhält.

Die gegen den Hinweisbeschluss erhobenen Einwände der Kl. in ihrer Stellungnahme vom 11.1.2018 führen auch nach nochmaliger Überprüfung der Sach- und Rechtslage zu keiner anderen Beurteilung. Entgegen der Annahme der Kl. schuldet der Bekl. zu 2) als Chefarzt keinen über den Facharztstandard hinausgehenden Standard. Ein „Chefarztstandard“, der in medizinischer Hinsicht über die Maßstäbe des für den Begriff des Behandlungsfehlers maßgeblichen Facharztstandard hinausgehen würde, existiert nicht. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Kl. zitierten Entscheidung des BGH (Urt. v. 16.10.2014 – III ZR 85/14, juris = GesR 2014, 720). Dort wurde über die Frage entschieden, ob ein selbstständiger Honorararzt, der auf der Grundlage einer Kooperationsvereinbarung mit einem Krankenhaus dort eine Operation durchführte, liquidationsberechtigter Wahlarzt i.S.d. §§ 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG sein kann. Die Kl. misst einer einzelnen, aus dem Kontext losgelösten Formulierung des BGH (BGH, Urt. v. 16.10.2014 – III ZR 85/14, juris, Ziff. 25 = GesR 2014, 720: „Dem Patienten geht es also darum, sich über den Facharztstandard hinaus ... die Leistungen hochqualifizierter Spezialisten ‚hinzuzukaufen‘.“) eine Bedeutung zu, die sie ersichtlich nicht hat. ...

(Einsender: RA Bernd Brandl, FAMedR, FAVersR, Köln)

Erbenhaftung für Arzneimittelregress

BGB § 1922 Abs. 1, 1967; SGB X § 10 S. 1 Nr. 1; SGB V § 106 Abs. 5 S. 3 u. S. 8

Verwaltungsverfahren zur Prüfung von Regressanträgen wegen unzulässiger Verordnung von Arzneimitteln sind nach dem Tod des Vertragsarztes unter Beteiligung des bzw. der Erben fortzusetzen.

(amtl.)

*LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 8.11.2017 – L 3 KA 80/14
(SG Hannover – S 24 KA 314/13)*

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Festsetzung eines Arzneimittelregresses.

Die Beigel. zu 2. ist Ehefrau und Alleinerbin des am 17.2.2013 verstorbenen Internisten E., der mit Praxissitz in F. (Landkreis G.) an der vertragsärztlichen Versorgung teilgenommen hat. H. hatte in den Quartalen II/2011 bis IV/2012 für die bei der Kl. versicherte Patientin I. das Arzneimittel Competact verordnet. Hierbei handelt es sich um ein Arzneimittel, das zur Behandlung von Diabetes Typ 2 eingesetzt wird und zwei Antidiabetika kombiniert, darunter den Wirkstoff Pioglitazon.

Die Kl. beantragte unter dem 21.12.2012 bei der bekl. Prüfungsstelle die Festsetzung von Regressen i.H.v. insgesamt 1.103,75 € (für die Quartale II/2011 bis II/2012) und unter dem 28.6.2013 einen Regress i.H.v. insgesamt 488,79 € (für die Quartale III und IV/2012). Zur Begründung gab sie an, das Präparat Competact sei nach der Anl. III Nr. 49 der Arzneimittel-Richtlinie (AM-RL) nicht verordnungsfähig.

Die Bekl. lehnte die Anträge mit 5 Bescheiden vom 25.4.2013 (Quartale II/2011 bis II/2012) bzw. mit zwei Bescheiden vom 22.8.2013 (Quartale III und IV/2012) ab. Da der Vertragsarzt verstorben sei, sei dessen Beteiligtenfähigkeit i.S.v. § 10 S. 1 Nr. 1 SGB X entfallen. Der Regressanspruch als öffentlich-rechtlicher Schadensausgleich sei als höchstpersönlicher Anspruch zu bewerten und gehe deshalb nicht auf den Rechtsnachfolger nach zivilrechtlichen Regeln über. ...

Hiergegen hat die Kl. Klagen zum SG erhoben. ...

Das SG hat die Klage mit Gerichtsbescheid vom 8.8.2014 abgewiesen. ...

Aus den Gründen:

Die Berufung der Kl. ist zulässig und begründet. Entgegen der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts durfte die Bekl. die inhaltliche Bescheidung ihrer Regressanträge nicht unter Hinweis darauf ablehnen, dass der verordnende Vertragsarzt verstorben ist.

I. Die Klagen vom Mai und vom August 2013 sind zulässig.

1. Klagegegenstand sind allein die Bescheide der Bekl. vom 25.4. bzw. 22.8.2013. Die grundsätzlich vor Klageerhebung gebotene Anrufung des Beschwerdeausschusses war im vorliegenden Fall nicht erforderlich. Denn gem. § 78 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGG i.V.m. § 106 Abs. 5 S. 8 SGB V (i.d.F. des GKV-WSG vom 26.3.2007 BGBl. I 378) findet in Fällen der Festsetzung einer Ausgleichspflicht für den Mehraufwand bei Leistungen, die durch das Gesetz oder durch die Richtlinien nach § 92 SGB V ausgeschlossen sind, ein Vorverfahren i.S.v. § 106 Abs. 5 S. 3 SGB V nicht statt. Ein solcher Fall lag hier vor, weil die Anträge der Kl. auf die Festsetzung einer Ausgleichspflicht wegen der Verordnung des Arzneimittels Competact zur Behandlung von Diabetes Typ 2 gerichtet gewesen ist. Hierfür eingesetzte Glitazone – dazu zählt das in Competact enthaltene Pioglitazon – sind gem. § 16 Abs. 1 der aufgrund § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6

SGB V vom GBA beschlossenen AM-RL i.d.F. vom 18.12.2008/22.1.2009 (zuletzt geändert am 17.2.2011) i.V.m. Anl. III Nr. 49 von der Verordnung zu Lasten der Gesetzlichen Krankenversicherung ausgeschlossen. An der gesetzlich angeordneten Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens ändert nichts, dass der Vertragsarzt durch die AM-RL ausgeschlossene Arzneimittel gem. § 31 Abs. 1 S. 4 SGB V und § 16 Abs. 5 AM-RL ausnahmsweise in medizinisch begründeten Einzelfällen verordnen darf (BSG, Urt. v. 2.7.2014 – B 6 KA 25/13 R, GesR 2015, 278 = SozR 4-2500 § 106 Nr. 45). Auch in Fällen, in denen sich neben dem Ausschluss von Leistungen zusätzliche rechtliche Probleme ergeben – hier: Fortsetzung des Prüfverfahrens nach dem Tod des verordnenden Vertragsarztes –, bleibt es angesichts des eindeutigen Wortlauts in 106 Abs. 5 S. 8 SGB V beim Ausschluss des Vorverfahrens.

2. Die Klage ist als kombinierte Anfechtungs- und Bescheidungsklage (§§ 54 Abs. 1, 131 Abs. 3 SGG) statthaft. Bei der hier begehrten Festsetzung einer Ausgleichspflicht wegen der Verordnung von Arzneimitteln, die nach dem Gesetz oder den AM-RL von der vertragsärztlichen Verordnung ausgeschlossen sind, steht der Bekl. zwar kein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum zu (BSG, Urt. v. 3.2.2010 – B 6 KA 37/08 R, SozR 4-2500 § 106 Nr. 26), was dafür sprechen könnte, dass die Gerichte – wie üblicherweise im Bereich der gebundenen Verwaltung – die Sache grundsätzlich spruchreif machen und den Sachverhalt deshalb vollständig ermitteln müssen; dies könnte für die Statthaftigkeit einer Verpflichtungsklage i.S.v. § 54 Abs. 1 SGG sprechen. In der Rspr. des BSG (BSG, Urt. v. 29.6.2011 – B 6 KA 16/10 R, GesR 2012, 148 = SozR 4-2500 § 106 Nr. 31) ist aber anerkannt, dass sich der Kl. in vertrags-(zahn)arztrechtlichen Angelegenheiten auf einen Bescheidungsantrag beschränken kann, wenn strittig ist, ob überhaupt ein Verwaltungsverfahren durchzuführen ist oder ob dem ggf. Antrags- oder ähnliche Fristen entgegenstehen. Dies ist schon deshalb überzeugend, weil dies der Situation einer Untätigkeitsklage gleichkommt, für die § 131 Abs. 3 SGG die bloße Bescheidungsklage vorsieht. Außerdem würde es dem Gewaltenteilungsgrundsatz widersprechen, wenn die Prüfung von Regressansprüchen, die mit den Prüfungsgremien von Gesetzes wegen besonders sachkundigen Verwaltungsstellen zugewiesen ist, in das gerichtliche Verfahren verlagert werden würde. Für den vorliegenden Fall kann nichts anderes gelten.

II. Die Klage ist auch begründet. Die Bekl. hat es zu Unrecht abgelehnt, die Anträge der Kl. wegen der Verordnung des Arzneimittels Competact zu prüfen.

1. Rechtsgrundlage für die Prüfung einer wirtschaftlichen Verordnungsweise von Arzneimitteln ist § 106 Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 SGB V (i.d.F. des AMNOG vom 22.12.2010 [BGBl. I 2262]), wonach die Prüfungsstelle und (ggf.) der Beschwerdeausschuss die Wirtschaftlichkeit der ärztlichen Verordnung von Leistungen prüft. Hierzu gehört gem. § 106 Abs. 2 S. 4 SGB V i.V.m. § 33 der in Niedersachsen geltenden Vereinbarung zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit in der vertragsärztlichen Versorgung ab dem Jahr 2010 (PrüfV) auch die auf Antrag (u.a. einer Krankenkasse) durchzuführende Prüfung, ob der Vertragsarzt unwirtschaftliche Arznei- bzw. Heilmittelanwendungen veranlasst hat. Im Rahmen dieser Prüfung hat die Prüfungsstelle zu untersuchen, ob die im Einzelfall vom Vertragsarzt ausgestellte Verordnung von Arzneimitteln unmittelbar gegen gesetzliche Regelungen (vgl. BSG, Urt. v. 12.12.2012 – B 6 KA 50/11 R, SozR

4-2500 § 106 Nr. 38) oder gegen Richtlinien (BSG, Urt. v. 14.3.2001 – B 6 KA 19/00 R, SozR 3-2500 § 106 Nr. 52) verstößt oder außerhalb der arzneimittelrechtlichen Zulassung des Präparats erfolgt ist (BSG, Urt. v. 3.2.2010 – B 6 KA 37/08 R, SozR 4-2500 § 106 Nr. 26). Ist dies zu bejahen, setzt die Prüfungsstelle – auch ohne ausdrückliche Ermächtigung in § 33 PrüfV – eine Ausgleichspflicht in Höhe des der betroffenen Krankenkasse entstandenen Schadens fest (BSG, Urt. v. 14.3.2001 – B 6 KA 19/00 R, SozR 3-2500 § 106 Nr. 52; BSG, Urt. v. 3.2.2010 – B 6 KA 37/08 R, SozR 4-2500 § 106 Nr. 26 und 27). Dabei steht der Prüfungsstelle weder ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum zu noch ist vor Festsetzung einer Ausgleichspflicht eine Beratung des Vertragsarztes geboten (BSG, Urt. v. 3.2.2010 – B 6 KA 37/08 R, SozR 4-2500 § 106 Nr. 26).

2. a) Der Durchführung eines Verfahrens nach § 106 Abs. 2 S. 4 SGB V i.V.m. § 33 PrüfV, das ein Verwaltungsverfahren i.S.v. § 8 SGB X ist, steht nicht entgegen, dass mit dem Tod des verordnenden Vertragsarztes ein notwendigerweise am Verwaltungsverfahren zu Beteiligender i.S.v. § 10 SGB X weggefallen ist. Zwar enthält das SGB X – ebenso wie im allgemeinen Verwaltungsverfahren das VwVfG – keine Regelung der Frage, ob das Verwaltungsverfahren fortzusetzen ist, wenn der daran beteiligte Bürger verstorben ist. Es ist aber allgemein anerkannt, dass das Verwaltungsverfahren unter Heranziehung des Rechtsnachfolgers – der in die Beteiligtenrolle nach § 10 SGB X eintritt – fortzusetzen ist, wenn die Rechtsposition, um die es geht, nach den Regeln des materiellen Rechts vererbt worden ist (vgl. BSG, Urt. v. 17.12.1965 – 8 RV 749/64, BSGE 24, 190 [192]; *Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 8. Aufl., § 9 Rz. 206 und § 13 Rz. 49 f.).

b) Die vorliegend umstrittene Ausgleichspflicht ist entgegen der Auffassung der Beigel. zu 2. übergegangen, so dass diese im Verwaltungsverfahren an die Stelle des Erblassers getreten ist. Dies ergibt sich aus § 1922 Abs. 1 BGB, wonach mit dem Tode einer Person deren Vermögen als Ganzes auf den bzw. die Erben übergeht. Hierzu gehören gem. § 1967 BGB auch die vom Erblasser herrührenden Schulden. Die genannten Regelungen gelten unabhängig davon, ob der Erblasser Rechte und Pflichten im Privatleben begründet hat oder ob es sich um Ansprüche und Verpflichtungen aus seiner beruflichen Tätigkeit handelt. Auch öffentlich-rechtliche Verpflichtungen unterliegen dem Übergang auf den Erben nach § 1967 (*Weidlich* in: *Palandt*, BGB, 76. Aufl., § 1967 Rz. 3).

aa) Etwas anderes gilt nur für höchstpersönliche Verpflichtungen, die mit dem Tode des Erblassers erlöschen (*W. Schlüter* in: *Erman*, BGB, 13. Aufl., § 1967 Rz. 4). Höchstpersönlich ist dabei eine Rechtsbeziehung, die sich nicht von der Person des Trägers lösen lässt und sich in diesem persönlichen Bezug erschöpft (BVerwG, Urt. v. 18.9.1981 – 8 C 72.80, BVerwGE 64, 105 [110]; BVerwG, Urt. v. 16.3.2006 – 7 C 3.05, BVerwGE 125, 325 [334 f.]). Eine Verpflichtung ist demgegenüber dann nicht höchstpersönlich, wenn ihre Erfüllung auch durch Dritte erfolgen kann und sie damit eine vertretbare Handlung ist (BVerwG, Urt. v. 16.3.2006 – 7 C 3.05, BVerwGE 125, 325, [334 f.]).

Bei dem hier von der Kl. geltend gemachten Arzneimittelregress handelt es sich nach st. Rspr. des BSG (BSG, Urt. v. 29.1.1997 – 6 RKA 5/96, SozR 3-2500 § 106 Nr. 38; BSG, Urt. v.

27.4.2005 – B 6 KA 1/04 R, GesR 2005, 522 = SozR 4-2500 § 106 Nr. 9 und Nr. 11) um einen besonderen Typus eines – verschuldensunabhängigen – Schadensersatzanspruchs, durch den der Schaden ausgeglichen werden soll, der einer Krankenkasse entstanden ist, weil ein Vertragsarzt zu ihren Lasten rechtlich unzulässige Arzneimittelverordnungen vorgenommen hat. Die darin liegende Pflicht zum Geldersatz kann nicht nur vom Vertragsarzt, sondern auch von dessen Erben erfüllt werden. Allein der Umstand, dass die Ursache für das Entstehen des Ersatzanspruchs in der besonderen vertragsärztlichen Pflichtenposition des Erblassers zu sehen ist, reicht für die Annahme einer „Höchstpersönlichkeit“ nicht aus, weil es nicht auf den Grund, sondern auf die Natur des jeweiligen Anspruchs ankommt. So wird auch nicht in Zweifel gezogen, dass der Erbe eines Arztes für die Schäden aufkommen muss (u.a. durch Zahlung von Schmerzensgeld), die Patienten entstanden sind, weil der Arzt in vorwerfbarer Weise Behandlungsfehler begangen hat (vgl. z.B. OLG Stuttgart, Urt. v. 29.12.1998 – 14 U 33/98; OLG Nürnberg, Urt. v. 15.2.2008 – 5 U 103/06; beide juris).

Hieran ändert nichts, dass es auch Zweck der Wirtschaftlichkeitsprüfung ist, die Funktionstüchtigkeit und Leistungsfähigkeit des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung zu erhalten (BVerfG, Beschl. v. 8.6.1984 – 1 BvR 580/84, SozR 2200 § 368n Nr. 29; BSG, Urt. v. 31.6.1991 – 6 RKA 18/90, SozR 3-2500 § 106 Nr. 7). Denn daneben tritt das Ziel, die Höhe vertragsärztlicher Honoraransprüche oder entsprechender Regressansprüche festzusetzen (*Engelhard* in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Stand: August 2017, § 106 Rz. 37), womit eindeutig vermögensrechtliche Ziele verfolgt werden. Insoweit ist die Situation nicht anders zu bewerten als bei der Rückforderung zu Unrecht gezahlter vertragsärztlicher Honorare im Wege der nachgehenden sachlich-rechnerischen Berichtigung (vgl. hierzu bereits das Urt. v. 19.12.2007 – L 3 KA 87/06). Höchstpersönlich wäre demgegenüber die Verpflichtung, sich als Ergebnis einer Wirtschaftlichkeitsprüfung einer Beratung zu unterziehen, weil damit das Ziel verfolgt wird, einem erneuten unwirtschaftlichen Verhalten des Arztes in der Zukunft vorzubeugen (*Schlarmann/Hamann*, Fortführung der Wirtschaftlichkeitsprüfung nach dem Tod des Vertragsarztes, *MedR* 2016, 955 [957]). Eine Beratung als Ergebnis des vorliegenden Verwaltungsverfahrens ist allerdings – wie bereits dargelegt – bei der Prüfung von Arzneimittelregressen im Einzelfall ausgeschlossen.

bb) Dem Übergang einer evtl. Verpflichtung zur Zahlung von Schadensersatz auf die Beigel. zu 2. steht auch nicht entgegen, dass der Regressanspruch erst mit der Festsetzung des Regressbetrags durch die Prüfungsstelle entsteht (BSG, Urt. v. 22.10.2014 – B 6 KA 3/14 R, GesR 2015, 344 = SozR 4-2500 § 106 Nr. 48). Denn nach § 1967 BGB gehen mit dem Erbfall auch solche Pflichten auf den Erben über, die zwar erst nach dem Erbfall entstehen, deren wesentliche Entstehungsgrundlage – hier: die Verordnung des Arzneimittels Competact durch den Verstorbenen J. – schon vor dem Erbfall gegeben war (BGH, Urt. v. 13.11.1996 – IV ZR 62/96, BGHZ 134, 60 [64]; *W. Schlüter*, a.a.O., Rz. 3).

c) Die Beigel. ist der Beigel. zu 2. gegenüber auch befugt, über die von der Kl. beantragte Festsetzung eines Arzneimittelregresses durch Verwaltungsakt zu entscheiden. Insoweit ist zunächst in der Rspr. des BSG (BSG, Urt. v. 20.3.2013 – B 6 KA 17/12 R,

GesR 2013, 540 = SozR 4-5540 § 48 Nr. 2) geklärt, dass die Berechtigung der Prüfgremien, nach § 106 SGB V Schadensersatzansprüche wegen unwirtschaftlichen Verhaltens des Vertragsarztes durch Verwaltungsakt festzusetzen, auch nach dem Ausscheiden des Arztes aus der vertragsärztlichen Versorgung bestehen bleibt. Dies gilt auch im Verhältnis zu einem Rechtsnachfolger des Vertragsarztes, der für Honorarrückforderungen oder Schadensersatzansprüche haftet, die ihren Grund in dessen vertragsärztlicher Tätigkeit haben. Hierzu bedarf es keiner gesonderten gesetzlichen Ermächtigung, weil es sich lediglich um die Abwicklung der zwischen dem Vertragsarzt und der Kassenärztlichen Vereinigung bzw. den Prüfgremien bestehenden hoheitlich geprägten Rechtsbeziehungen handelt, die mit dem Erben fortgesetzt werden (BSG, Urt. v. 13.12.2005 – B 2 U 16/05 R, SozR 4-2700 § 150 Nr. 2; BSG, Urt. v. 17.12.1965 – 8 RV 749/64, BSGE 24, 190 [192]).

3. Es sind auch keine weiteren Umstände ersichtlich, die der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens zur Prüfung eines Arzneimittelregresses entgegenstehen. Dies könnte allerdings der Fall sein, wenn es der Beigel. zu 2. nicht möglich wäre, die ihrem verstorbenen Ehemann als Vertragsarzt zur Verfügung stehenden verfahrensrechtlichen Mitwirkungs- und Verteidigungsrechte (vgl. z.B. § 21 Abs. 2 und § 24 SGB X) wahrzunehmen. Hintergrund hierfür ist insbesondere, dass sich der Vertragsarzt, der wegen einer grundsätzlich unzulässigen Verordnung von Arzneimitteln in Anspruch genommen wird, darauf berufen kann, ausnahmsweise liege ein medizinisch begründeter Einzelfall vor, in dem das betreffende Arzneimittel nicht ausgeschlossen ist. Da die hierfür maßgeblichen Vorschriften (§ 31 Abs. 1 S. 4 SGB V; § 16 Abs. 5 AM-RL) insoweit erfordern, dass eine entsprechende Verordnung „mit Begründung“ erfolgt ist, muss sich die Begründung für eine Ausnahmeindikation (zumindest) aus der Dokumentation des Vertragsarztes in den Patientenunterlagen ergeben (Bayerisches LSG, Urt. v. 2.3.2016 – L 12 KA 107/14). Der Beigel. zu 2. muss dementsprechend die Möglichkeit eröffnet sein, tatsächlich und rechtlich über die Möglichkeit zu verfügen, die Patientenunterlagen ihres verstorbenen Ehemannes einzusehen und sich daraus ggf. ergebende Entlastungsmomente der Bekl. mitzuteilen.

a) Hieran bestehen aber keine Zweifel. So ist zunächst unstreitig, dass die den Arzt gem. § 630f Abs. 3 BGB treffende Pflicht zur Aufbewahrung der Patientenunterlagen nach dessen Tod auf die Erben übergeht (Wagner in MünchKomm/BGB, 7. Aufl., § 630f Rz. 15). Hieran würde sich auch nichts ändern, wenn der Erbe die ärztliche Praxis weiterveräußert. Denn in diesem Fall ist es seine Aufgabe, Abreden mit dem Erwerber der Praxis zu treffen, die es ihm ermöglichen, im Fall einer nachträglichen Wirtschaftlichkeitsprüfung Zugriff auf die Behandlungsunterlagen zu nehmen (vgl. Senatsurt. v. 28.5.2008 – L 3 KA 49/05). Regelmäßig wird dies durch das sog. „Zweischrank-Modell“ ermöglicht, wonach die Behandlungsunterlagen des früheren Arztes (bzw. des Erben) von denen des Praxiserwerbers räumlich getrennt zu bleiben haben, so dass der Praxisveräußerer weiterhin die Verfügungsmacht über die Unterlagen behält (vgl. hierzu Schlund in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., § 19 Rz. 4a).

b) Der Einsichtnahme des Erben in die Patientenunterlagen des Erblassers stehen auch datenschutzrechtliche Vorschriften nicht entgegen. Maßgeblich ist insoweit § 28 BDSG, selbst wenn das BDSG im Geltungsbereich des Sozialgesetzbuchs

grundsätzlich keine Anwendung finden sollte (vgl. BSG, Urt. v. 10.12.2008 – B 6 KA 37/07 R, GesR 2009, 305 = SozR 4-2500 § 295 Nr. 2). Denn bei der Frage, ob der Erbe eines Arztes Einsicht in dessen Patientenakte nehmen kann, handelt es sich nicht um eine spezifische Problematik des SGB V, weil dies gleichermaßen die Unterlagen von Privatpatienten und Patienten betrifft, die Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung sind. Gemäß § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG ist die Nutzung von besonderen Arten personenbezogener Daten – hierzu gehören gem. § 3 Abs. 9 BDSG Angaben zur Gesundheit – für eigene Geschäftszwecke auch ohne Einwilligung des Betroffenen zulässig, wenn dies zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Nutzung überwiegt. Dieser Fall liegt hier vor, weil zur „Verteidigung“ i.S.d. Vorschrift auch die in einem Verwaltungsverfahren notwendige Abwehr von auf den eigenen Anspruch bezogenen Gegenansprüchen zu verstehen ist (Schlarmann/Hamann, a.a.O., S. 961 m.w.N.).

Auch die ggf. erforderliche Übermittlung von Patientendaten zur Begründung einer ausnahmsweise gegebenen Verordnungsfähigkeit des ausgeschlossenen Arzneimittels ist datenschutzrechtlich zulässig. Dies folgt aus § 298 SGB V, wonach die versichertenbezogene Übermittlung von Angaben über ärztliche oder ärztlich verordnete Leistungen im Rahmen eines Prüfverfahrens zulässig ist, soweit die Wirtschaftlichkeit oder Qualität der ärztlichen Behandlung oder Ordnungsweise im Einzelfall zu beurteilen ist. Dies erlaubt die Übermittlung von konkreten Einzelangaben über Versicherte durch die Vertragsärzte (Didong in: jurisPK-SGB V, 3. Aufl., § 298 Rz. 7). Diese Befugnis geht als Folge der Universalsukzession nach § 1922 Abs. 1 BGB auf den Erben über.

c) Hieraus ergibt sich im Übrigen auch, dass die Beigel. zu 2. dadurch, dass sie der Bekl. gegenüber patientenbezogene Umstände zur Darlegung eines Ausnahmefalles vorbringt, keine Verletzung der Schweigepflicht begeht. Aus § 203 Abs. 3 S. 3 StGB folgt zwar, dass der Erbe eines Arztes wie dieser (gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB) verpflichtet ist, ihm bekannt gewordene gesundheitliche Verhältnisse von Patienten nicht unbefugt zu offenbaren. Eine solche Offenbarungsbefugnis i.S.d. § 203 Abs. 1 StGB ist aber konkludent der Vorschrift des § 298 SGB V zu entnehmen (LSG Saarland, Urt. v. 1.4.1998 – L 3 Ka 19/96, juris; Hess in: Kasseler Kommentar, Stand: Juli 2017, § 298 Rz. 3).

d) Der Senat muss schließlich nicht entscheiden, ob dem Erben eines Vertragsarztes zuzumuten ist, sich an einem Verwaltungsverfahren der Wirtschaftlichkeitsprüfung zu beteiligen, wenn es dabei auf die Darlegung von Praxisbesonderheiten (d.h. einer besonderen Praxisausrichtung bzw. einer besonderen Patientenlientel) des verstorbenen Arztes ankommt (z.B. bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung nach Durchschnittswerten oder anhand von Richtgrößen). Deshalb kann auch offen bleiben, ob es für den Erben praktikabel ist, sich hierzu ärztlicher Berater zu bedienen (vgl. hierzu Schlarmann/Hamann, a.a.O., S. 959 ff.). Denn vorliegend beschränken sich die Verteidigungsmöglichkeiten der Beigel. zu 2. – wie ausgeführt – auf das Darlegen von Gründen für eine ausnahmsweise gegebene Verordnungsfähigkeit, die sich aus der vertragsärztlichen Dokumentation ergeben müssen. Sollten sich hierbei im Einzelfall praktische Schwierigkeiten ergeben (z.B. weil ärztliche Notizen

unleserlich oder in unverständlichen Kürzeln abgefasst sind), ist es Sache der Prüfungsstelle, diesen ggf. bei der Sachverhaltswürdigung Rechnung zu tragen.

4. Nach alledem ist die Bekl. verpflichtet, den Anträgen der Kl. nachzugehen und zu prüfen, ob gegenüber der Beigel. zu 2. als Alleinerbin des Vertragsarztes J. ein Arzneimittelregress i.H.v. 1.592,54 € festzusetzen ist.

Zuschläge für pharmazeutischen Großhandel

UWG § 3a; AMG § 78 Abs. 1 S. 1 Nr. 1; AMPreisV §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 u. 2; GG Art. 12 Abs. 1 S. 2

Die Vorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV legt für den pharmazeutischen Großhandel bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln an Apotheken mit den dort vorgesehenen Großhandelszuschlägen lediglich eine Preisobergrenze fest. Der Großhandel ist danach nicht verpflichtet, einen Mindestpreis zu beanspruchen, der der Summe aus dem Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers, der Umsatzsteuer und einem Festzuschlag von 70 Cent entspricht. Er kann deshalb nicht nur auf den in § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV genannten preisabhängigen, bis zur Höchstgrenze von 3,15 Prozent veränderlichen Zuschlag, höchstens jedoch 37,80 €, sondern auch auf den darin erwähnten Festzuschlag von 70 Cent ganz oder teilweise verzichten. (amtl.)

BGH, Urt. v. 5.10.2017 – I ZR 172/16
(OLG Bamberg – 3 U 216/15)

Aus dem Tatbestand:

- 1 Die Bekl. betreibt einen Großhandel mit pharmazeutischen Produkten. Sie vertreibt verschreibungspflichtige Arzneimittel (sog. Rx-Artikel).
- 2 Die Bekl. warb in einem Informationsblatt (Anlage K2) jedenfalls bis zur Erhebung der vorliegenden Klage im März 2015 wie folgt:

Wir gewähren unseren Apothekenkunden auf alle Rx-Artikel

– bis 70 €

3 % Rabatt plus 2,5 % Skonto auf den rabattierten Preis

(Skonto nur bei Einhaltung des Zahlungsziels) = in Summe 5,425 %

– ab 70 € bis zur Hochpreisgrenze

2 % Rabatt plus 2,5 % Skonto auf den rabattierten Preis

(Skonto nur bei Einhaltung des Zahlungsziels) = in Summe 4,45 %.

Unsere Rabatte bei Rx-Produkten beziehen sich auf die gesetzlich festgesetzte Höchstbasis (rAEP).
- 3 In vergleichbarer Weise warb die Bekl. auch in ihrem Internetauftritt (Anlage K3). Die Bekl. gewährt ihren Kunden die beworbenen Konditionen.
- 4 Unstreitig liegen die von der Bekl. versprochenen und gewährten Preisabschläge einschließlich der Skonti im Betrag insgesamt über dem Höchstzuschlag von 3,15 Prozent, den der

pharmazeutische Großhandel nach § 2 Abs. 1 Satz 1 und 3 AMPreisV auf den nach § 78 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 AMG vom pharmazeutischen Unternehmer sicherzustellenden einheitlichen Abgabepreis für verschreibungspflichtige Arzneimittel aufschlagen darf.

Die Kl., die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, ist der Auffassung, die von der Bekl. beworbenen und gewährten Rabatte und Skonti verstießen gegen die arzneimittelrechtlichen Preisvorschriften in § 78 Abs. 1 AMG und §§ 1, 2 AMPreisV und das Heilmittelwerberecht. Sie mahnte die Bekl. mit Schreiben vom 26.11.2014 erfolglos ab.

Die Kl. hat beantragt, die Bekl. unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, geschäftlich handelnd bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln an Apotheken Rabatte zu bewerben, die über den Höchstzuschlag von 3,15 % hinausgehen, wenn dies geschieht wie aus der Anlage K2 oder der Anlage K3 ersichtlich, und/oder solchermaßen beworbene Rabatte ankündigungsgemäß zu gewähren.

Darüber hinaus hat sie den Ersatz von pauschalen Abmahnkosten i.H.v. 246,10 € nebst Zinsen begehrt.

Das LG hat die Klage abgewiesen (LG Aschaffenburg, Urt. v. 22.10.2015 – 1 HKO 24/15, PharmR 2016, 56). Auf die Berufung der Kl. hat das Berufungsgericht der Klage stattgegeben (OLG Bamberg, Urt. v. 29.6.2016 – 3 U 216/15, WRP 2016, 1151). Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kl. beantragt, erstrebt die Bekl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kl. stünden die geltend gemachten Ansprüche gem. § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 2, § 4 Nr. 11 UWG a.F. und §§ 3, 3a UWG n.F. i.V.m. § 78 Abs. 1 AMG, § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV und § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a HWG zu. Dazu hat es ausgeführt:

Die von der Bekl. gewährten Rabatte und Skonti bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln an Apotheken gingen über den in § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV vorgesehenen Höchstzuschlag von 3,15 Prozent auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmens hinaus. Damit erhebe sie den in dieser Regelung vorgesehenen Festzuschlag von 70 Cent nicht in vollem Umfang. Die Vorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV lege für den pharmazeutischen Großhandel für die Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel nicht nur eine Höchstgrenze, sondern auch eine Untergrenze fest. Der Großhandel habe den Festzuschlag von 70 Cent stets zu erheben. Hiermit stehe das Verhalten der Bekl. nicht in Einklang.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat zu Recht die Klage als zulässig angesehen. (Wird ausgeführt.)

2. Die Klage ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht begründet. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Bekl. sei der Kl. gegenüber gem. §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG a.F. (§ 3a UWG n.F.) i.V.m. § 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AMG und § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV sowie nach den §§ 8, 3, 4 Nr. 11

UWG a.F. (§ 3a UWG n.F.) i.V.m. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Halbs. 2 HWG zur Unterlassung verpflichtet, hält den Angriffen der Revision nicht stand. Die Bekl. hat nicht gegen Preisvorschriften verstoßen, die aufgrund des Arzneimittelgesetzes gelten. Aus diesem Grund steht der Kl. auch der geltend gemachte Anspruch auf Ersatz von Abmahnkosten nebst Zinsen nicht zu.

- 21 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Bekl. verstoße mit der Gewährung der streitgegenständlichen Rabatte und Skonti und der Werbung hierfür gegen § 78 Abs. 1 AMG, § 2 Abs. 1 AMPreisV und § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a HWG und damit gegen Marktverhaltensregelungen. Zwischen den Parteien sei unstrittig, dass die von der Bekl. gewährten Rabatte unter Einschluss der Skonti über den Höchstzuschlag von 3,15 Prozent des Abgabepreises des pharmazeutischen Unternehmers hinausgingen. Lediglich dieser prozentuale Zuschlag von 3,15 Prozent sei nach § 2 Abs. 1 AMPreisV der Preisdisposition des Großhandels unterworfen. Bei dem in dieser Regelung vorgesehenen Festzuschlag handele es sich dagegen nach dem gesetzgeberischen Willen um einen Festpreis, der nicht durch einen Preisnachlass reduziert werden dürfe, sondern stets zu erheben sei. Die Regelung in § 2 Abs. 1 AMPreisV lege damit eine Mindestpreisgrenze für den Abgabepreis verschreibungspflichtiger Arzneimittel für den Großhandel fest. Die Gewährung von Skonti sei von der Vorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV erfasst. Es sei unerheblich, ob der unabhängig vom Arzneimittelpreis aufzuschlagende Festzuschlag in der vorgesehenen Höhe von 70 Cent zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels einer flächendeckenden, bedarfsgerechten und wohnortnahen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln tatsächlich erforderlich sei.
- 22 b) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass es sich bei § 78 Abs. 1 AMG, § 2 AMPreisV und § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a HWG um Marktverhaltensregelungen i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG a.F. und § 3a UWG n.F. handelt, weil sie nach ihrem Zweck dazu bestimmt sind, den (Preis-)Wettbewerb unter den Pharmagroßhändlern zu regeln (vgl. BGH, Urt. v. 9.9.2010 – I ZR 98/08, GRUR 2010, 1133 Rz. 19 = WRP 2010, 1471 – Bonuspunkte; Urt. v. 6.11.2014 – I ZR 26/13, GRUR 2015, 504 Rz. 9 = WRP 2015, 565 – Kostenlose Zweitbrille).
- 23 c) Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, dass nach § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV der pharmazeutische Großhandel bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln an Apotheken zwingend auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers einen Festzuschlag von 70 Cent zu erheben hat und nicht berechtigt ist, auf diesen Festzuschlag ganz oder teilweise zu verzichten. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts legt § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV lediglich eine Preisobergrenze und nicht auch eine Preisuntergrenze fest.
- 24 aa) Die Preisbindung für verschreibungspflichtige Arzneimittel hat ihre Grundlage in § 78 AMG. Nach § 78 Abs. 2 Satz 2 AMG ist ein einheitlicher Apothekenabgabepreis für Arzneimittel zu gewährleisten, die vom Verkehr außerhalb der Apotheken ausgeschlossen sind. Danach müssen Apotheken bei der Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Patienten einheitliche Preise verlangen. Für diese Arzneimittel hat zudem der pharmazeutische Unternehmer nach § 78 Abs. 3 Satz 1

AMG einen einheitlichen Abgabepreis sicherzustellen. In § 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 AMG wird der Ordnungsgeber ermächtigt, Preisspannen für Arzneimittel, die im Großhandel, in Apotheken oder von Tierärzten im Wiederverkauf abgegeben werden, und Preise für Arzneimittel, die in Apotheken oder von Tierärzten hergestellt und abgegeben werden, festzusetzen. Nach § 78 Abs. 1 Satz 3 AMG gelten die Preisvorschriften für den Großhandel aufgrund von § 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AMG auch für pharmazeutische Unternehmer bei der direkten Abgabe an Apotheken, die die Arzneimittel zur Abgabe an den Verbraucher beziehen.

Die auf der Grundlage der Verordnungsermächtigung in § 78 Abs. 1 AMG erlassene Arzneimittelpreisverordnung regelt die Preisspannen des Großhandels bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln im Wiederverkauf an Apotheken oder Tierärzte (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2 AMPreisV) und die Preisspannen sowie die Preise für besondere Leistungen der Apotheken bei der Abgabe im Wiederverkauf (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit den §§ 3, 6 und 7 AMPreisV).

Maßgeblich ist im Streitfall die Regelung in § 2 AMPreisV über Großhandelszuschläge für Fertigarzneimittel in der seit dem 1.1.2012 geltenden Fassung. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV darf bei der Abgabe von Fertigarzneimitteln durch den Großhandel an Apotheken oder Tierärzte auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers ohne die Umsatzsteuer höchstens ein Zuschlag von 3,15 Prozent, höchstens jedoch 37,80 €, zzgl. eines Festzuschlags von 70 Cent sowie die Umsatzsteuer erhoben werden. Der Berechnung der Zuschläge nach § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV ist jeweils der Betrag zugrunde zu legen, zu dem der pharmazeutische Unternehmer das Arzneimittel nach § 78 Abs. 3 oder Abs. 3a AMG abgibt (§ 2 Abs. 1 Satz 3 AMPreisV).

bb) Die Revision macht zu Recht geltend, dass aus diesen Regelungen nicht hervorgeht, dass eine Belieferung von Apotheken durch den pharmazeutischen Großhandel zu Preisen, die unter dem Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers zzgl. eines Festzuschlags von 70 Cent liegen, unzulässig ist.

(1) Der Wortlaut des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV bietet hierfür keinen hinreichenden Anhaltspunkt.

Die Regelung des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV ist sprachlich eindeutig. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV „darf“ auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers ohne Umsatzsteuer „höchstens“ ein Zuschlag von 3,15 Prozent, höchstens jedoch 37,80 €, zzgl. eines Festzuschlags von 70 Cent sowie die Umsatzsteuer „erhoben werden“. Diese Regelung stellt die Erhebung von Zuschlägen in das Ermessen des Großhandels (KG, Urt. v. 11.9.2012 – 5 U 57/11, GRUR-RR 2013, 78 [79]). Zu Unrecht wird dem im Schrifttum entgegengehalten, damit werde die Neufassung dieser Vorschrift durch Art. 8 Nr. 1 AMNOG vom 22.12.2010 (BGBl. I, 2262) nicht berücksichtigt (Meyer, PharmR 2013, 39). Die sprachliche Struktur der Regelung der Großhandelszuschläge in § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV („darf ... höchstens ... erhoben werden“) ist weder durch Art. 8 Nr. 1 AMNOG noch durch vorangehende Änderungen der Arzneimittelpreisverordnung angetastet worden. Diese Struktur ist seit ihrer Einführung am 1.1.1981 im Grundsatz unverändert geblieben. Die Regelung sah bereits in der Fassung vom 1.1.1981 vor, dass bei der Abgabe von Fertigarzneimitteln auf

den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers ohne die Umsatzsteuer „höchstens Zuschläge nach Abs. 2 oder 3 sowie die Umsatzsteuer erhoben“ werden „dürfen“. Durch Art. 8 Nr. 1 AMNOG haben sich allein die Zuschläge geändert, die nach § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV vom Großhandel auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers aufgeschlagen werden können. Damit wird nach dem Wortlaut in § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV („darf ... höchstens ... erhoben werden“) nicht ein Fest- oder Mindestpreis, sondern ein Höchstpreis festgelegt. Für die Festlegung eines Mindestpreises hätte der Gesetzgeber, der in Art. 8 Nr. 1 AMNOG den Wortlaut dieser Verordnung festgelegt hat, Begriffe verwenden müssen, aus denen sich ergibt, dass der Großhandel auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers „mindestens“ den genannten Festzuschlag aufschlagen „muss“.

- 30 Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann aus der Verwendung des Wortes „Festzuschlag“ nicht geschlossen werden, dass dieser Zuschlag stets zu erheben ist. Mit der Beschreibung des Zuschlags von 70 Cent als „fest“ wird vom Wortlaut her lediglich zum Ausdruck gebracht, dass es sich um einen Zuschlag in Höhe eines festen Betrags handelt, der im Gegensatz zu dem variablen Aufschlag von 3,15 Prozent vom Preis des jeweiligen Arzneimittels unabhängig ist.
- 31 Soweit die Regelung des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV einen „Festzuschlag“ und die „Umsatzsteuer“ als solche Zuschläge nennt, die der Unternehmer erheben „darf“, ergibt sich hieraus nichts anderes (*Zwenke/Hofbach*, MPR 2016, 130, 131; a.A. OLG München, Urt. v. 23.2.2017 – 29 U 2934/16, juris Rz. 46; OVG NW, Beschl. v. 26.10.2015 – 13 A 2598/14, *Meyer*, PharmR 2016, 56 [61 f.]). Die Regelung zählt enumerativ die zulässigen Zuschläge auf, die dem Großhandel bei der Abgabe von Fertigarzneimitteln an Apotheken gestattet sind. Daraus folgt lediglich, dass weitere Zuschläge unzulässig sind, nicht jedoch, dass diese Zuschläge stets zu erheben sind. Aus dem Umstand, dass der Großhandel im eigenen Interesse die Umsatzsteuer erheben wird, kann nicht geschlossen werden, dass er gezwungen ist, den nach § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV gestatteten Festzuschlag zu erheben. Der Großhandel kann nach dem Wortlaut der Regelung hierauf ganz oder teilweise verzichten ebenso wie auf den preisabhängigen, bis zur Höchstgrenze von 3,15 Prozent veränderlichen Zuschlag auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers ohne die Umsatzsteuer, höchstens jedoch 37,80 €.
- 32 (2) Aus der Systematik der Regelungen des Arzneimittelgesetzes und der Arzneimittelpreisverordnung ergibt sich ebenfalls nicht, dass der Großhandel bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zwingend einen Mindestpreis zu beanspruchen hat, der der Summe aus dem Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers, der Umsatzsteuer und einem Festzuschlag von 70 Cent entspricht.
- 33 Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV sind bei der Abgabe von Fertigarzneimitteln ein Festzuschlag von 3 Prozent zzgl. 8,35 € zzgl. 16 Cent zur Förderung der Sicherstellung des Mindestes sowie die Umsatzsteuer zu erheben. In § 3 Abs. 2 Nr. 1 AMPPreisV wird festgelegt, dass der Festzuschlag auf den Betrag „zu erheben ist“, der sich aus der Zusammenrechnung des Abgabepreises des pharmazeutischen Unternehmers ohne die Umsatzsteuer und des darauf entfallenden Großhandelshöchstzuschlags nach § 2 ergibt. Durch die Wendung im Imperativ,

dass bestimmte Zuschläge „zu erheben sind“ oder ein Festzuschlag „zu erheben ist“, wird deutlich, dass die Apotheken bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln keinen preislichen Spielraum haben. Der Wortlaut dieser Regelung weicht damit deutlich von demjenigen des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV ab, nach dem der Großhandel Zuschläge erheben „darf“.

Für die Annahme, § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV lege für verschreibungspflichtige Arzneimittel eine Preisuntergrenze für den pharmazeutischen Großhandel in Höhe des Abgabepreises des pharmazeutischen Unternehmers zzgl. eines Festzuschlags i.H.v. 70 Cent fest, spricht nicht der Umstand, dass nach § 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AMG für den Großhandel „Preisspannen“ festgelegt werden und dies nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 AMPPreisV in § 2 AMPPreisV erfolgen soll. Bei Preisspannen handelt es sich um die Differenz zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis (vgl. BGH, Urt. v. 22.4.1984 – I ZR 13/82, GRUR 1984, 748 [749] = WRP 1984, 538 – Apothekerspannen). Wie sich aus § 2 Abs. 1 Satz 3 AMPPreisV ergibt, hat der Ordnungsgeber bei der Festlegung der Preisspanne des Großhandels den gem. § 78 Abs. 3 AMG vom pharmazeutischen Unternehmer sicherzustellenden einheitlichen Abgabepreis als Einkaufspreis des Großhandels zugrunde gelegt. Außerdem hat er einen Höchstverkaufspreis festgelegt, der sich aus diesem Einkaufspreis und mehreren darauf erhobenen Zuschlägen zusammensetzt. Demgegenüber ist nicht erkennbar, dass durch § 2 AMPPreisV für den Großhandel überhaupt eine Preisuntergrenze festgesetzt wird und der Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers zzgl. Umsatzsteuer und zzgl. des Festzuschlags von 70 Cent diese Untergrenze für die vom Ordnungsgeber festgesetzte Preisspanne ist.

(3) Allerdings wird im Hinblick auf den aus den Gesetzgebungsmaterialien ersichtlichen Willen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten und dem mit der Einführung des Festzuschlags verfolgten Zweck in der Rechtsprechung und im Schrifttum die Auffassung vertreten, § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV begründe eine Verpflichtung des Großhandels, auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers einen Festzuschlag von 70 Cent und die Umsatzsteuer zu erheben (OLG Saarbrücken, Urt. v. 31.8.2016 – 1 U 150/15, GRUR-RR 2017, 80 [82]; OLG München, Urt. v. 23.2.2017 – 29 U 2934/16, juris Rz. 46; *Kutlu* in Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl., § 2 AMPPreisV Rz. 4; *Mand* in Gröning/Mand/Reinhart, Heilmittelwerberecht, Stand 1.1.2015, § 7 HWG Rz. 205; *Mand* in Prütting, Medizinrecht, 4. Aufl., § 7 HWG Rz. 80b; *Rektorschek*, Preisregulierung und Rabattverbote für Arzneimittel, Diss. Hamburg 2012, S. 62; *Mand*, A&R 2014, 147; *Czettritz/Thewes*, PharmR 2014, 450 [462]; *Meyer*, PharmR 2016, 56, 62; zweifelnd *Grau/Volkwein*, A&R 2016, 64, 67 [70]).

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und FDP des AMNOG vom 6.7.2010 sollte der mit einer Änderung der Arzneimittelpreisverordnung neu einzuführende preisunabhängige Bestandteil nicht rabattfähig sein. Der Festzuschlag sollte sicherstellen, dass der Großhandel eine angemessene und flächendeckende Belieferung der Apotheken sicherstellen kann. Der rabattfähige prozentuale Zuschlag dagegen sollte dem Großhandel einen gewissen Spielraum bei der Preisgestaltung gegenüber den Apotheken gewährleisten und insbesondere Funktionsrabatte, etwa für die

Bestellung größerer Mengen ermöglichen (BT-Drucks. 17/2413, 36 f.).

- 37 Ein entsprechender Wille ist zudem aus der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) zum Entwurf des GKV-Versorgungsstrukturgesetzes vom 30.11.2011 erkennbar, auf dessen Anregung § 78 Abs. 1 Satz 3 AMG in das Arzneimittelgesetz eingefügt worden ist, mit dem die Geltung der Preisvorschriften für den pharmazeutischen Großhandel auf den Direktvertrieb von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln durch den pharmazeutischen Unternehmer an Apotheken angeordnet wird. In der Beschlussempfehlung heißt es, dass „die Vorschriften zur Höhe der Großhandelszuschläge und zum Rabattverbot“ für den Großhandel mit Arzneimitteln (§ 78 Abs. 1 AMG i.V.m. § 2 AMPreisV) gälten und dass das Gewähren von Rabatten auf den fixen Großhandelszuschlag unzulässig sei. Mit der vorgeschlagenen Neuregelung solle klargestellt werden, dass dies für alle Unternehmen gelte, die Großhandelsfunktionen ausübten, mithin auch für pharmazeutische Unternehmer im Direktvertrieb oder für Apotheken, die entsprechende wirtschaftliche Betätigungen wahrnahmen (BT-Drucks. 17/8005, 135).
- 38 Die Verfasser des Gesetzesentwurfs haben das Ziel verfolgt, dem Großhandel eine für seine Funktionsfähigkeit erforderliche Mindestvergütung zu sichern. Nach § 52b Abs. 1 AMG hat der Betreiber von Arzneimittelgroßhandlungen eine angemessene und kontinuierliche Bereitstellung von Arzneimitteln sicherzustellen, damit der Bedarf von Patienten im Geltungsbereich dieses Gesetzes gedeckt ist. Vollversorgende Arzneimittelgroßhandlungen müssen im Rahmen ihrer Verantwortlichkeit eine bedarfsgerechte und kontinuierliche Belieferung der mit ihnen in Geschäftsbeziehung stehenden Apotheken gewährleisten. Dies gilt entsprechend für andere Arzneimittelgroßhandlungen im Umfang der von ihnen jeweils vorgehaltenen Arzneimittel (§ 52b Abs. 3 AMG). Da dieser Auftrag unabhängig vom Preis eines Arzneimittels zu erfüllen ist, sollte der Großhandel nach dem Willen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten im Gegenzug eine Vergütung erhalten, die ausreichend ist, eine angemessene und flächendeckende Belieferung der Apotheken zu gewährleisten (Begründung zum Regierungsentwurf des AMNOG, BT-Drucks. 17/2413, 36).
- 39 (4) Der Ansicht, dass dieses gesetzgeberische Ziel eine Auslegung von § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV dahingehend rechtfertigt, dass der Großhandel auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers zwingend 70 Cent aufzuschlagen hat, kann jedoch nicht zugestimmt werden. Dieser gesetzgeberische Wille ist im Wortlaut des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV nicht zum Ausdruck gekommen, obwohl der Verordnungsgeber von der gesetzgeberischen Vorgabe in Art. 8 Nr. 1 AMNOG nicht abgewichen ist. Die Vorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPreisV legt nach ihrem Wortlaut und der Systematik der Verordnung lediglich einen Höchstpreis fest.
- 40 Für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgeblich, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist demgegenüber die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte einer Vor-

schrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können (BVerfG, Urt. v. 21.5.1952 – 2 BvH 2/52, BVerfGE 1, 299 [312]; BGH, Urt. v. 20.5.1954 – GSZ 6/53, BGHZ 13, 265 [277]). Die vorrangig am objektiven Sinn und Zweck des Gesetzes zu orientierende Auslegung kann durch Motive, die im Gesetzgebungsverfahren dargelegt wurden, im Gesetzeswortlaut aber keinen Ausdruck gefunden haben, nicht gebunden werden (BGH, Beschl. v. 21.2.1995 – KVR 4/94, BGHZ 129, 38 [50] – Weiterverteiler; BGH, Beschl. v. 8.2.2011 – X ZB 4/10, BGHZ 188, 200 Rz. 20 – S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr I; BGH, Beschl. v. 19.4.2012 – I ZB 80/11, BGHZ 195, 257 Rz. 30 – Alles kann besser werden; BGH, Beschl. v. 19.4.2012 – I ZB 77/11, ZUMRD 2012, 587 Rz. 29; vgl. auch BGH, Urt. v. 14.4.1983 – VII ZR 199/82, BGHZ 87, 191 [194 ff.]; BGH, Beschl. v. 25.6.2008 – II ZB 39/07, BGHZ 177, 131 Rz. 17).

(5) Zu berücksichtigen ist bei der Auslegung zudem, dass es sich bei Preisvorschriften um Berufsausübungsregelungen handelt, die die verfassungsrechtlich garantierte, wenn auch unter einem Gesetzesvorbehalt stehende Berufsfreiheit einschränken (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG). Derartige Regelungen müssen aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit das verbotene Handeln unzweideutig beschreiben (vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.7.1987 – 1 BvR 537/81, BVerfGE 76, 171 [187 f.]). Es ist den von einer ihrem Wortlaut nach klaren Berufsausübungsregelung Betroffenen nicht zuzumuten, den Umfang der sie treffenden Pflichten aus Gesetzgebungsmaterialien zu ermitteln.

cc) Die Frage, ob ein vom Großhandel zwingend zu erhebender Festzuschlag auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers mit unionsrechtlichen Vorschriften vereinbar wäre, kann deshalb offen bleiben.

(1) Das Urteil des EuGH vom 19.10.2016 (C-148/15, GRUR 2016, 1312 = GesR 2016, 801 = WRP 2017, 36 – Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale) wäre für diese Frage allerdings ohne Bedeutung. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat dort entschieden, dass sich die im deutschen Recht vorgesehene Festlegung einheitlicher Apothekenabgabepreise auf in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland ansässige Apotheken stärker auswirkt als auf im deutschen Hoheitsgebiet ansässige Apotheken und dass dadurch der Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten stärker behindert werden könnte als für inländische Erzeugnisse. Eine solche Regelung stelle eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung i.S.v. Art. 34 AEUV dar (EuGH, Urt. v. 26.10.2016 – Rs. C-611/14, GRUR 2016, 1312 Rz. 26 f. – Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale). Außerdem hat der Gerichtshof der Europäischen Union angenommen, dass das deutsche Arzneimittelpreisrecht, das für verschreibungspflichtige Humanarzneimittel einheitliche Apothekenabgabepreise festsetzt, nicht mit dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen i.S.v. Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden könne, da es nicht geeignet sei, die angestrebten Ziele zu erreichen (EuGH, Urt. v. 26.10.2016 – Rs. C-611/14, GRUR 2016, 1312 Rz. 46 – Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale; hierzu auch BGH, Urt. v. 24.11.2016 – I ZR 163/15, GRUR 2017, 635 Rz. 45 ff. = GesR 2017, 512 = WRP 2017, 694 – Freunde werben Freunde).

- 44 (2) Die Frage, ob eine in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Versandapotheke bei einem Versand von Arzneimitteln nach Deutschland an den in § 78 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 3 Satz 1 AMG, § 1 Abs. 1 und 4, § 3 AMPPreisV vorgesehenen einheitlichen Apothekenabgabepreis gebunden ist, stellt sich im Streitfall nicht. Im zur Entscheidung stehenden Verfahren geht es allein um die Frage, in welchem Umfang der pharmazeutische Großhandel in seiner Preisgestaltung durch § 2 AMPPreisV gebunden ist und ob die im Inland ansässige Bekl. dagegen verstoßen hat. Der Streitfall betrifft damit zum einen einen rein innerstaatlichen Sachverhalt ohne grenzüberschreitenden Bezug, in dem nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union die Art. 34 bis 36 AEUV nicht zur Anwendung gelangen (EuGH, Urt. v. 19.1.2017 – Rs. C-282/15, GRUR-Int. 2017, 259 Rz. 38 ff. = WRP 2017, 288 – Queisser Pharma/Bundesrepublik Deutschland). Zum anderen geht es im Streitfall nicht um die Frage, ob einheitliche Apothekenabgabepreise in Deutschland mit der unionsrechtlich garantierten Waren- und Dienstleistungsfreiheit vereinbar sind.
- 45 dd) Danach stellt sich im Streitfall nicht die Frage, ob die Anordnung eines Festzuschlags von 70 Cent in ungerechtfertigter Weise in die durch Art. 12 GG verfassungsrechtlich geschützte Berufsausübungsfreiheit des pharmazeutischen Großhandels eingreifen würde.
- 46 d) Liegt danach kein Verstoß gegen arzneimittelrechtliche Preisvorschriften vor, sind die fraglichen Rabatte und Skonti auch nicht nach § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG unzulässig, weil der Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a HWG eingreift.
- 47 III. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben. Da die Sache zur Endentscheidung reif ist, ist das die Klage abweisende Urteil des LG wiederherzustellen (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Unentgeltliche Pen-Abgabe

HeilmWerbG §§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, 7 Abs. 1 S. 1; MPG § 3

Die Abgabe einer mehrfach verwendbaren Spritze (Pen) durch den Arzt ist dann keine nach §§ 1 Abs. 1 Nr. 1 lit. a), 7 Abs. 1 S. 1 HWG unzulässige Zuwendung oder sonstige Werbegabe, wenn das Medizinprodukt der Verabreichung eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels dient, die erste subkutane Gabe des Mittels nach dem Inhalt der Fachinformation des Arzneimittels notwendig unter ärztlicher Aufsicht durchzuführen ist und sich eine Übung, dass Konkurrenzprodukte regelmäßig entgeltlich über Apotheken abgegeben werden, auf dem konkret betroffenen Arzneimittelmarkt nicht herausgebildet hat, so dass weder der Arzt noch der Patient in der Abgabe des Pens ein Werbegeschenk erblicken und eine unsachliche Beeinflussung des Fachverkehrs ebenso ausgeschlossen ist wie eine solche der Patienten. (amtl.)

OLG Hamburg, Urt. v. 18.5.2017 – 3 U 180/16
(LG Hamburg – 315 O 172/16)

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Berufung der Ag'in ist begründet. Die unentgeltliche Abgabe des H. Pen an Ärzte zum Zwecke der unent-

geltlichen Abgabe des Pens an – zumeist (das Mittel ist unter bestimmten Bedingungen auch für die Anwendung bei erwachsenen Männern indiziert; vgl. Anlage EV 2) – Patientinnen verstößt nicht gegen § 7 Abs. 1 HWG und ist mithin auch nicht wettbewerbswidrig i.S.d. §§ 3, 3a UWG.

1. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ist es unzulässig, Zuwendungen oder sonstige Werbegaben anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren, wenn keine der in den Nr. 1 bis 5 dieser Vorschrift geregelten Ausnahmen vorliegt. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1a HWG gilt dieses grundsätzliche Verbot auch bei der Werbung für Medizinprodukte i.S.v. § 3 MPG (BGH, Urt. v. 26.3.2009 – I ZR 99/07, GesR 2010, 104 = GRUR 2009, 1082, Rz. 13 – DeguSmiles & more; BGH, Urt. v. 6.11.2014 – I ZR 26/13, MDR 2015, 601 = GRUR 2015, 504, Rz. 12 – Kostenlose Zweitbrille; BGH, Urt. v. 1.12.2016 – I ZR 143/15, GesR 2017, 317 = WRP 2017, 536, Rz. 33 – Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln).

Bei dem von der Ag'in abgegebenen H. Pen handelt es sich um ein Medizinprodukt.

Der Anwendung von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG auf Medizinprodukte stehen keine unionsrechtlichen Vorschriften entgegen. Die für Medizinprodukte geltenden unionsrechtlichen Bestimmungen enthalten bis auf verschiedene Kennzeichnungsvorschriften keine besonderen Regelungen für die Werbung (BGH, Urt. v. 26.3.2009 – I ZR 99/07, GesR 2010, 104 = GRUR 2009, 1082, Rz. 23 – DeguSmiles & more; BGH, Urt. v. 1.12.2016 – I ZR 143/15, GesR 2017, 317 = WRP 2017, 536, Rz. 35 – Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln).

Das in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG geregelte grundsätzliche Verbot von Werbegaben stellt eine Marktverhaltensregelung dar (BGH, Urt. v. 6.7.2006 – I ZR 145/03, MDR 2007, 163 = GRUR 2006, 949, Rz. 25 – Kunden werben Kunden; BGH, Urt. v. 26.3.2009 – I ZR 99/07, GesR 2010, 104 = GRUR 2009, 1082, Rz. 21 – DeguSmiles & more; BGH, Urt. v. 6.11.2014 – I ZR 26/13, MDR 2015, 601 = GRUR 2015, 504, Rz. 9 – Kostenlose Zweitbrille; BGH, Urt. v. 1.12.2016 – I ZR 143/15, GesR 2017, 317 = WRP 2017, 536, Rz. 34 – Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln). Die Regelung des § 7 Abs. 1 HWG soll durch eine weitgehende Eindämmung der Werteklamme im Bereich der Heilmittel der abstrakten Gefahr begegnen, dass Verbraucher – soweit diese betroffen sind – bei der Entscheidung, ob und welche Heilmittel sie in Anspruch nehmen, durch die Aussicht auf Werbegaben unsachlich beeinflusst werden (BGH, Urt. v. 26.3.2009 – I ZR 99/07, GesR 2010, 104 = GRUR 2009, 1082, Rz. 16 – DeguSmiles & more; BGH, Urt. v. 25.4.2012 – I ZR 105/10, GRUR 2012, 1279, Rz. 29 – DAS GROSSE RÄTSELHEFT; BGH, Urt. v. 6.11.2014 – I ZR 26/13, MDR 2015, 601 = GRUR 2015, 504, Rz. 9 – Kostenlose Zweitbrille; BGH, Urt. v. 1.12.2016 – I ZR 143/15, GesR 2017, 317 = WRP 2017, 536, Rz. 34 – Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln). Soweit durch die Vorschrift auch Zuwendungen an Fachkreise untersagt sind, sollen mit dem grundsätzlichen Verbot der Werteklamme Verkaufsförderungspraktiken verhindert werden, die geeignet sind, bei den Angehörigen der Gesundheitsberufe ein wirtschaftliches Interesse an der Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln zu wecken; gefördert werden soll eine medizinische und pharmazeutische Praxis, die den Berufsregeln entspricht (BGH, Urt. v. 17.8.2011 – I ZR 13/10, GesR 2011, 697 = GRUR 2011, 1163, Rz. 18 – Arzneimitteldatenbank I; BGH, Urt. v. 25.4.2012 – I ZR 105/10, MDR 2012, 1483 = GRUR 2012, 1279,

Rz. 29 – DAS GROSSE RÄTSELHEFT; BGH, Urt. v. 12.12.2013 – I ZR 83/12, GRUR 2014, 689, Rz. 14 = MDR 2014, 850 [LS] – Testen Sie ihr Fachwissen).

2. Bei der im Streit stehenden unentgeltliche Abgabe des H. Pen durch die Ag'in an Ärzte zum Zwecke der unentgeltlichen Weitergabe des Pens an Patienten handelt es nicht um eine § 7 Abs. 1 HWG unterfallende Absatzwerbung. Der so abgegebene H. Pen ist weder aus der – maßgeblichen – Sicht des Arztes noch aus der der Patienten eine Werbegabe i.S.d. genannten Vorschrift.

a) Das Heilmittelwerbegesetz (HWG) gilt allein für produktbezogene Werbung, also Produkt- und Absatzwerbung (BGH, Urt. v. 6.7.2006 – I ZR 145/03, MDR 2007, 163 = GRUR 2006, 949, Rz. 23 – Kunden werben Kunden; BGH, Urt. v. 26.3.2009 – I ZR 99/07, GesR 2010, 104 = GRUR 2009, 1082, Rz. 15 – DeguSmiles & more m.w.N.; BGH, Urt. v. 1.12.2016 – I ZR 143/15, GesR 2017, 317 = WRP 2017, 536, Rz. 37 – Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln).

Der Begriff der Werbegabe in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ist weit auszulegen und erfasst grundsätzlich jede unentgeltliche Vergünstigung, die im Zusammenhang mit der Werbung für Arzneimittel gewährt wird (BGH, Urt. v. 21.6.1990 – I ZR 240/88, MDR 1991, 221 = GRUR 1990, 1041 [1042] – Fortbildungskassetten; BGH, Urt. v. 17.8.2011 – I ZR 13/10, GesR 2011, 697 = GRUR 2011, 1163, Rz. 15 – Arzneimitteldatenbank I).

Um von einer solchen Werbegabe ausgehen zu können, muss einerseits zwischen der Zuwendung und der Heilmittelwerbung ein Zusammenhang bestehen; für die Frage, ob ein solcher Zusammenhang besteht, ist auf die Sicht der Empfänger abzustellen (BGH, Urt. v. 17.8.2011 – I ZR 13/10, GesR 2011, 697 = GRUR 2011, 1163, Rz. 15 – Arzneimitteldatenbank I). Eine produktbezogene Werbung liegt vor, wenn sie auf ein bestimmtes Mittel oder eine Mehr- oder Vielzahl bestimmter Mittel bezogen ist (BGH, Urt. v. 26.3.2009 – I ZR 99/07, GesR 2010, 104 = GRUR 2009, 1082, Rz. 16 – DeguSmiles & more; BGH, Urt. v. 9.9.2010 – I ZR 193/07, MDR 2010, 1478 = GRUR 2010, 1136, Rz. 24 = GesR 2010, 636 [LS] – Unser Dankeschön für Sie; BGH, Urt. v. 1.12.2016 – I ZR 143/15, GesR 2017, 317 = WRP 2017, 536, Rz. 37 – Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln).

Dass im Streitfall zwischen der Abgabe des H. Pen und dem Arzneimittel H. ein Zusammenhang besteht, ist zwar nicht zweifelhaft. Das gilt sowohl aus der Sicht der Ärzte als auch aus der Sicht der Patienten, denn der Pen ist zur Gabe des Mittels H. unabdingbar erforderlich.

Der Zusammenhang muss aber ein werblicher sein. Denn mit dem Verbot der Werbegaben soll der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung begegnet werden, die von Zuwendungen ausgeht. Eine solche auch nur abstrakte Gefahr besteht nicht, wenn diejenigen, die als Empfänger in Betracht kommen, in der fraglichen Zuwendung kein Werbegeschenk sehen (BGH, Urt. v. 17.8.2011 – I ZR 13/10, GesR 2011, 697 = GRUR 2011, 1163, Rz. 15 – Arzneimitteldatenbank I, dort für Fachkreise).

b) Zwischen der streitigen unentgeltlichen Abgabe des H. Pen und dem Arzneimittel H. besteht kein werblicher Zusammenhang. Weder der Arzt noch seine Patienten sehen in der unentgeltlichen Abgabe des Pens ein Werbegeschenk, sondern lediglich ein der Verabreichung des Arzneimittels H. dienendes Me-

dizinprodukt, das im Zusammenhang mit der notwendig unter ärztlicher Aufsicht durchzuführenden ersten subkutanen Gabe des Mittels zur Anwendung kommt, ohne dass damit ein werblicher Effekt einhergeht. Die unentgeltliche Abgabe des Pens ist vor diesem Hintergrund nicht geeignet, Arzt oder Patienten unsachlich zu beeinflussen.

aa) Das Verkehrsverständnis des situationsadäquat aufmerksamen, durchschnittlich informierten und vernünftigen Fachverkehrs, hier der in sog. Kinderwunschzentren tätigen Fachärzte, vermögen die Mitglieder des Senats, die sich hierbei auf ihre eigene Sachkunde und Lebenserfahrung stützen können, selbst zu beurteilen. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist die Beurteilung des Verkehrsverständnisses von Ärzten durch die Mitglieder des Gerichts jedenfalls dann möglich, wenn der Erkenntnisstand der Wissenschaft im Hinblick auf den maßgebenden Sachverhalt vorgetragen wurde und außerdem – wie hier – keine Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass der angesprochene Arzt den Sachverhalt anders verstehen könnte als jemand, der ebenfalls ein wissenschaftliches Studium absolviert hat (vgl. OLG Hamburg, Urt. v. 23.6.2016 – 3 U 13/16, GRUR-RR 2016, 466, Rz. 37, juris; OLG Hamburg, Urt. v. 21.12.2006 – 3 U 77/06, PharmaR 2007, 204, Rz. 37, juris). Der Senat vermag aufgrund seiner eigenen Sachkunde und Lebenserfahrung unter den zum streitigen Sachverhalt vorgetragenen Umständen auch das durch die unentgeltliche Abgabe des H. Pen bewirkte Verkehrsverständnis der Patienten festzustellen.

bb) Der Zweck des § 7 Abs. 1 HWG besteht – wie schon ausgeführt – vor allem darin, durch eine weitgehende Eindämmung der Werteklamme im Arzneimittelbereich der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung zu begegnen, die von einer Werbung mit Geschenken ausgehen kann (BGH, Urt. v. 30.1.2003 – I ZR 142/00, MDR 2003, 1066 = GRUR 2003, 624 [625] – Kleidersack; BGH, Urt. v. 25.4.2012 – I ZR 105/10, MDR 2012, 1483 = GRUR 2012, 1279, Rz. 29 – DAS GROSSE RÄTSELHEFT; BGH, Urt. v. 12.12.2013 – I ZR 83/12, GRUR 2014, 689, Rz. 14 = MDR 2014, 850 [LS] – Testen Sie ihr Fachwissen; BGH, Urt. v. 6.11.2014 – I ZR 26/13, MDR 2015, 601, GRUR 2015, 504, Rz. 24 – Kostenlose Zweitbrille; BGH, Urt. v. 12.2.2015 – I ZR 213/13, GesR 2015, 490 = GRUR 2015, 813, Rz. 18 – Fahrdienst zur Augenklinik I). Die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung ist im Sinne einer individuellen Beeinflussbarkeit der Zuwendungsempfänger zu bewerten.

Für die Bemessung des Werts einer Werbegabe bei § 7 HWG kommt es im Hinblick auf den Zweck der Vorschrift, eine unsachliche Beeinflussung der Empfänger zu verhindern, auf den Verkehrswert an, den die Werbegabe für den Durchschnittsadressaten hat (vgl. BGH, Urt. v. 25.4.2012 – I ZR 105/10, MDR 2012, 1483 = GRUR 2012, 1279, Rz. 27 – DAS GROSSE RÄTSELHEFT; BGH, Urt. v. 12.2.2015 – I ZR 213/13, GesR 2015, 490 = GRUR 2015, 813, Rz. 19 – Fahrdienst zur Augenklinik I), also auf die Sicht des Empfängers. Darauf hat die ASt'in zutreffend hingewiesen. Auf den objektiven Wert kommt es nicht maßgeblich an.

cc) Der Senat vermag dennoch die Sichtweise des LG, die streitige unentgeltliche Abgabe des H. Pen sei geeignet, sowohl die Fachkreise als auch die Patienten unsachlich zu beeinflussen, nicht zu teilen. Ein werblicher Zusammenhang, der zu eine sol-

che unsachlichen Beeinflussung bewirken könnte, ist nicht ersichtlich.

Das LG hat gemeint, die Gefahr der unsachlichen Beeinflussung von Ärzten liege darin, dass sie den Patientinnen einen handfesten Vermögensvorteil zuwenden und sich damit in einem guten Licht präsentieren könnten. Ärzte seien damit eher bereit, das Produkt der Ag'in zu verordnen oder zu empfehlen. Auch für die Patientinnen sei die unentgeltliche Weitergabe des Pens ein Geschenk. Das ist nicht überzeugend.

(1) Unstreitig handelt es sich bei dem fachkundigen Empfängerkreis um Ärzte, die in sog. Kinderwunschzentren tätig sind bzw. diese betreiben. Sie sind im Bereich der Behandlung von Patientinnen spezialisiert, die einen unerfüllten Kinderwunsch haben und zur Entwicklung von Follikeln eine zusätzliche hormonelle Unterstützung durch das follikelstimulierende Hormon der Arzneimittel der Parteien benötigen. Dafür, dass diese Ärzte das Mittel H. der Ag'in eher verordnen könnten als andere Wettbewerbsprodukte, also unsachlich beeinflusst werden könnten, weil sie den H. Pen unentgeltlich zur unentgeltlichen Weitergabe an die Patientinnen direkt von der Ag'in erhalten, fehlt es an hinreichenden Anknüpfungspunkten.

Schon die Annahme des LG, die Ärzte wüssten darum, dass sie den Patientinnen einen handfesten Vermögensvorteil zuwenden und sich deshalb in einem guten Licht präsentieren könnten, überzeugt nicht.

Die Möglichkeit, dass der Arzt die unentgeltliche Abgabe des Pens werblich für sich nutzen könnte, setzt voraus, dass die unentgeltliche Weitergabe des Pens gerade auch aus der Sicht der Patientinnen als eine Geschenk oder als eine wie auch immer geartete Wohltat erscheint. Denn ist dies nicht der Fall, dann kann der Arzt durch die Weitergabe des Pens für sich keinen werblichen Effekt erzielen. So liegt der Fall hier.

(2) Für die Annahme, die Patientinnen sähen in der unentgeltlichen Abgabe des Pens einen „handfesten Vermögensvorteil“, gibt es keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte. Ebenso wenig dazu, dass die Patientinnen den ihnen überreichten Pen als „hochwertige Werbegabe“ bzw. als „erhebliches geldwertes Geschenk“ ansehen könnten, was dann – soweit die Beeinflussung des Arztes in Rede steht – von diesem mit der Folge unsachlicher Beeinflussung werblich genutzt werden könnte.

Die AS't'in hat schon nicht vorgetragen, welchen konkreten Wert der streitige Pen aus der Sicht des Verkehrs haben könnte. Soweit dabei der Preis des von der AS't'in für ihr Mittel K. über Apotheken vertriebenen Pens einen Anhaltspunkt liefern könnte, ist auch dieser nicht dargetan.

Soweit die AS't'in in der Berufungsinstanz meint, die Ag'in habe gar nicht in Abrede gestellt, dass die Ärzte und Patientinnen die unentgeltliche Zurverfügungstellung des H. Pen als unentgeltliche Zuwendung ansähen, kann dem nicht gefolgt werden. Dass der Pen unentgeltlich abgegeben wird, ist unstreitig. Dass er allerdings eine „Zuwendung oder sonstige Werbegabe“ i.S.d. § 7 Abs. 1 HWG ist, stand zwischen den Parteien von Beginn des Rechtsstreits an im Streit. Die Ag'in hat betont, dass es sich bei dem Pen nicht um eine unentgeltliche Werbegabe handele. Sie hat gemeint, bei dem Pen handele es sich um ein integrales Zubehör des Behandlungskonzepts von H., in dessen Kaufpreis der Preis für den Pen vollständig integriert sei. Der

Pen könne nur zur Verabreichung von H. verwendet werden. Weder der Arzt noch der Patient könnten mit dem Pen etwas anderes anfangen. Das ist hinreichend, um der Annahme der AS't'in entgegen zu treten, der Verkehr sehe in der Abgabe des Pens eine wie auch immer werthaltige Zuwendung oder sonstige Werbegabe.

(3) Dafür, dass die Patienten in der Situation, in der das eigentliche Arzneimittel H. verordnet und verschrieben wird, schon um die spätere unentgeltliche Abgabe des H. Pen wüssten und die Unentgeltlichkeit somit werblich genutzt werden könnte, ist ebenfalls nichts ersichtlich. Die AS't'in stellt insoweit lediglich Mutmaßungen über ein mögliches Verhalten des Arztes an.

Ihre Annahme, es sei naheliegend, dass der Arzt H. verordne und den H. Pen gleich mitgebe, ist aber fernliegend.

Das Mittel muss bei der ersten Anwendung durch die Patientin unter ärztlicher Kontrolle gespritzt werden. Der Arzt weiß dies und wird den Pen schon deshalb nicht im Zusammenhang mit der Verschreibung des Arzneimittels H. abgeben, weil damit die Gefahr bestünde, dass die Patientin das Mittel ohne seine Aufsicht spritzt. Abgesehen davon, dass die fachliche Sorgfalt, von der angenommen werden muss, dass der Arzt sie beachtet, ein solches Verhalten verhindert, entginge dem Arzt dadurch auch ein weiteres Honorar gerade für die Aufsicht bei der ersten Anwendung.

Auch ist es eine bloße Mutmaßung der AS't'in, dass der Arzt ankündigen könnte, dass die Patientin den Pen – nachdem sie das Mittel H. aus der Apotheke besorgt hat – unentgeltlich von ihm erhalte. Zwingend ist dies entgegen der Annahme der AS't'in keinesfalls. Dafür, dass die Patientin in der Apotheke im Rahmen der dortigen Beratung auf den erforderlichen Pen angesprochen wird, ist ebenfalls nichts ersichtlich. Der Apotheker weiß darum, dass er den zugehörigen Pen nicht abgeben kann, weil nicht er, sondern der verordnende Arzt den Pen hat. Anlass dafür darauf hinzuweisen, dass es einen anderen – käuflich zu erwerbenden – Pen für ein anderes – nicht verordnetes – Präparat gibt, nämlich das der AS't'in, deren Pen in der Apotheke verkauft wird, hat der Apotheker ebenso wenig wie der Arzt. Dass der Arzt also bei der Abgabe Werbung für sich und die Ag'in macht oder machen könnte, ist nicht feststellbar.

(4) Entgegen der Sicht des LG kann auch nicht angenommen werden, dass die Patienten um den Umstand wüssten, dass die Pens von Konkurrenzprodukten des H. Pen entgeltlich in der Apotheke abgegeben werden.

Nur wenn die Patienten über die marktübliche Abgabe von in der Apotheke käuflich zu erwerbenden Pens für die follikelstimulierende Hormongabe wüssten, könnten sie sich Gedanken darüber machen, dass sie mit der unentgeltlichen Abgabe des Pens einen wie auch immer gearteten Vermögensvorteil erlangten. Für eine solche Verkehrssicht auf den Markt der follikelstimulierenden Hormonpräparate ist aber nichts vorgetragen. Es ist nicht dargelegt, dass sich insoweit bereits eine gewisse Gewöhnung des Verkehrs mit entsprechenden Kenntnissen entwickelt hätte, wie dies auf dem Markt anderer Arzneimittel der Fall sein mag.

Im Gegenteil. Auf der Grundlage des vorgetragenen Sachverhalts ist als überwiegend wahrscheinlich davon auszugehen, dass nur die AS't'in ihren Pen gesondert über Apotheken ver-

kauft. Das Mittel G. wird ausweislich der Anlage EV 4 entweder in Durchstechflaschen mit einer Fertigspritze und ggf. weiteren 6 oder 15 Einwegspritzen, die nicht gesondert verkauft werden, sondern Bestandteil eines Gesamtpakets sind, verkauft oder als „Mehrfachdosis-Fertigpen“ mit 8, 12 oder 20 Injektionsnadeln. Auch der Fertigpen für G. wird also nicht gesondert zu einem bestimmten Preis verkauft, sondern ist Bestandteil des abgegebenen Arzneimittels. Dass dieses auch über Apotheken verkauft wird, ändert nichts daran, dass die Übung der AST'in, das follikelstimulierende Arzneimittel und den zur Gabe des Mittels notwendigen Pen jeweils gesondert zu verkaufen, einzigartig ist. Das ist nicht hinreichend, um annehmen zu können, dass die Patienten in der Verordnungssituation beim Arzt darum wüssten, dass das ihnen verschriebene Mittel wegen der erwarteten unentgeltlichen Abgabe des Pens einen Vorteil gegenüber den Wettbewerbsprodukten haben könnte.

(5) Auch könnte sich ein solch möglicher Vorteil nur dann maßgeblich auswirken, wenn er bei den Gesamtkosten, die für das Mittel und seine Gabe mittels einer Spritze aufzuwenden sind, überhaupt zu Buche schlagen würde. Denn von einer unsachlichen Beeinflussung des Patienten könnte allenfalls dann ausgegangen werden, wenn die unentgeltliche Abgabe des Pens zu einem wie auch immer gearteten Preisvorteil gegenüber den Wettbewerbsprodukten führen könnte. Insoweit wäre aber, weil die jeweiligen Pens bei allen Wettbewerbsprodukten nur für die Gabe des zugehörigen Arzneimittels Verwendung finden können, jedenfalls ein Vergleich der Gesamtkosten, die für die jeweiligen Arzneimittel und die zugehörigen Pens entstehen, erforderlich. Entsprechenden Vortrag hat aber keine der Parteien gehalten, so dass der vom LG gezogene Schluss, den Patienten werde ein „handfester Vermögensvorteil“ zugewendet, ohne tatsächliche Grundlage ist.

(6) In der Folge fehlt es an genügenden Anhaltspunkten dafür, dass die unentgeltliche Abgabe des Pens durch den Arzt die Patienten selbst in Bezug auf die Wahl des Mittels und damit die Verordnungsentscheidung überhaupt unsachlich beeinflussen könnte. Mangels abweichender Anhaltspunkte ist vielmehr davon auszugehen, dass die Patienten von der unentgeltlichen Abgabe des Pens erst erfahren, wenn die Verordnungsentscheidung des Arztes von diesem bereits getroffen worden ist. Dafür, dass die Patienten in die Entscheidung eingebunden würden, fehlt es an genügenden Anhaltspunkten. Es kann – wie ausgeführt – nicht zuverlässig davon ausgegangen werden, dass der Arzt zuvor mit der Patientin die Wahl des Mittels unter Hinweis darauf erörtert, dass sie den für dessen Anwendung erforderlichen Pen im Zusammenhang mit der ersten Anwendung von ihm unentgeltlich erhalten werde. Hat aber die Patientin das Mittel H. bereits verordnet erhalten und in der Apotheke erworben, dann fehlt es ebenfalls schon an der Möglichkeit der unsachlichen Beeinflussung in Bezug auf die Verordnungsentscheidung, wenn sie den Pen bei der ersten, vom Arzt beaufsichtigten Anwendung erhält und ihr mitgeteilt wird, dass der Pen auch für die weiteren Anwendungen verwendet werden kann und sie ihn deshalb behalten darf. Gleiches gilt für den Fall, dass die Patientin nach der Verordnung von H. aus Anlass des Erwerbs des Mittels in der Apotheke erfährt, dass sie den Pen dort nicht bekommen könne, sondern bei der ersten, vom Arzt beaufsichtigten Anwendung von diesem erhält. Für eine Beeinflussung der Entscheidung über die Mittelwahl ist es dann bereits zu spät.

(7) Kann aber schon nicht festgestellt werden, dass die Patienten um einen etwaigen Vermögensvorteil wüssten, dann kann auch nicht angenommen werden, dass sich der Arzt eines solchen Sichts der Patienten bei der unentgeltlichen Abgabe des Pens werblich zunutze machen und damit unsachlich zu einer vermehrten Verschreibung von H. veranlasst werden könnte.

Zudem erscheint es fernliegend, dass sich die Ärzte durch den von der Ag'in gewählten Vertriebsweg dazu verleiten lassen könnten, das Mittel der Ag'in eher zu verschreiben als Wettbewerbspräparate. Selbst dann, wenn der Arzt – wie nicht – annehmen könnte, dass Patienten in der unentgeltlichen Abgabe des H. Pen durch ihn eine besondere Serviceleistung des Arztes erblicken, erscheint es ausgeschlossen, dass sich der Arzt bei seiner Verordnungsentscheidung davon und nicht von sonstigen Vorteilen des Mittels, wie etwa dem – mangels entgegenstehenden Vortrags zu unterstellenden – gegenüber Wettbewerbsprodukten insgesamt geringeren Preis, leiten lässt. Immerhin weiß auch der Arzt, dass die Patienten die Kosten für das Mittel zu einem großen Teil, wenn nicht sogar insgesamt selbst tragen müssen.

(8) Dass der Arzt, wie das LG mit der AST'in weiter gemeint hat, wegen der Menge der gelagerten Medizinprodukte, die er auch wieder loswerden wolle, unsachlich in seiner Verordnungsentscheidung beeinflusst werden könnte, erscheint schließlich ebenfalls fernliegend. Die Ag'in hat dargelegt und glaubhaft gemacht, dass sie den jeweiligen Arzt vor der Abgabe von Pens dazu befrage, wie viele Pens er voraussichtlich benötige, und sodann Pens in der angegebenen Anzahl an den Arzt abgebe. Das ist unstreitig geworden. Auch ist nicht ersichtlich, dass für die Lagerung der sodann benötigten Pens eine größere Lagerfläche erforderlich wäre. Im Übrigen ist glaubhaft gemacht, dass die Ag'in auf Anforderung alle ausgelieferten Pens auch zurücknehmen würde. Dass deshalb ein Verordnungsdruck für H. bestehen könnte, erscheint nicht naheliegend oder gar überwiegend wahrscheinlich.

dd) Unter diesen Umständen kommt es, da schon keine „Werbegabe“ i.S.d. § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG vorliegt, nicht mehr darauf an, ob es sich bei dem Pen der Ag'in um ein erlaubterweise abzugebendes handelsübliches Zubehör i.S.d. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HWG handelt. Dass andere Wettbewerber ihren Pen üblicherweise, also verkehrsüblich, gegen Entgelt über Apotheken abgeben, wie das LG gemeint hat, kann allerdings nicht festgestellt werden. Nach dem vorgetragenen Sachverhalt ist dies nur bei der AST'in der Fall. Bei G. wird der Fertigpen üblicherweise ohne besondere Berechnung mit dem Arzneimittel zusammen abgegeben.

c) Der Hinweis der AST'in auf die Vorschrift des § 128 Abs. 1 SGB V, nach der die Abgabe von Hilfsmitteln an gesetzlich Versicherte über Depots bei Vertragsärzten unzulässig ist, soweit es sich nicht um Hilfsmittel handelt, die zur Versorgung in Notfällen benötigt werden, verhilft der AST'in ebenfalls nicht zum Erfolg.

Zum einen stützt sie sich für ihren Anspruch nicht auf die Verletzung jener Vorschrift, sondern auf den Verstoß der Ag'in gegen § 7 Abs. 1 HWG, weshalb nicht entschieden werden muss, ob es sich bei § 128 Abs. 1 SGB V um eine marktverhaltensregelnde Norm i.S.d. § 3a UWG handelt.

Zum anderen stellt der Verfügungsantrag nicht auf die unentgeltliche Abgabe des H. Pen an einen bestimmten Patientenzirkel, nämlich gesetzlich krankenversicherte Patienten, und/oder die damit möglicherweise verbundene Vorratshaltung ab. Das beantragte Verbot würde daher auch die von § 128 Abs. 1 SGB V nicht betroffene Abgabe des Pens an privatversicherte Patienten betreffen und damit unzulässiger Weise erlaubte Handlungen erfassen.

d) Die AS'tin kann das begehrte Verbot letztlich auch deshalb nicht erlangen, weil weder die von der AS'tin beschriebenen Szenarien, die mit der unentgeltlichen Abgabe des Pens verbunden sein könnten, noch die aus der Anlage EV 3 ersichtlichen Begleitschreiben Gegenstand des gestellten Antrags sind. Zutreffend weist die Ag'in darauf hin, dass die Art und Weise der Abgabe des Pens an den Arzt, wie sie etwa mit dem Anschreiben an den Arzt gemäß der Anlage EV 3 angeregt worden ist, nicht Gegenstand des beantragten und ausgesprochenen Verbots ist. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, dass der Arzt nach dem Inhalt jenes Anschreibens aufgefordert wird, den H. Pen „unentgeltlich und im Namen von B.“ an die Patienten weiterzugeben. Soweit darin eine gesonderte werbliche Handlung liegen könnte, die auch geeignet sein könnte, die Sicht jedenfalls des Patienten auf die Abgabe hin auf einen werblichen Zweck zu beeinflussen, ist dies nicht Antragsgegenstand.

Da das begehrte Verbot nicht auf ein bestimmtes ärztliches Verhalten abstellt, würde es in der Folge auch solche Situationen erfassen, die mit keinerlei weiteren Informationen durch Arzt oder Apotheker, die die AS'tin für möglich erachtet, einhergehen. Dann aber würde – ohne dass ein entsprechendes Verbot begründet sein könnte – auch erlaubtes Verhalten verboten werden, was dem Anspruch ebenfalls entgegensteht.

Privatkrankenhaus in Verbindung mit Plankrankenhaus

KHG §§ 17 Abs. 1 S. 5, 20

§ 17 Abs. 1 S. 5 KHG ist nicht einschränkend dahin auszulegen, dass die dort geregelte Entgeltobergrenze nur für Privatkrankenhäuser gilt, die durch eine (missbräuchliche) Ausgründung einer Privatklinik aus einem bereits zuvor existierenden Plankrankenhaus entstanden sind. (nicht amtl.)

OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.7.2017 – 10 U 2/17, n.rkr., Revision anhängig beim BGH unter Az. III ZR 244/17
(LG Karlsruhe – 3 O 278/16)

Aus den Gründen:

I. Die Kl. nimmt den Bekl. auf Zahlung restlicher Kosten einer stationären Krankenhausbehandlung in Anspruch.

Die Kl. betreibt seit 1995 eine private Sportklinik in P. („A. Sportklinik“), die weder im Bettenbedarfsplan des Landes B. aufgenommen ist, noch öffentliche Fördergelder erhält. Gesellschafter der Kl. sind die Ri. GmbH, die A. GmbH und die O. GmbH. Alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Ri. GmbH ist Herr Prof. R., alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der A. GmbH ist Herr Dr. E., alleiniger Gesell-

schafter und Geschäftsführer der O. GmbH ist Herr Dr. B. Die A. Sportklinik verfügt über zwei Standorte. Ihre Klinikräume befinden sich am ursprünglichen Standort in der W.-Straße und außerdem in einer Entfernung von ca. 850 m in einem 2006 errichteten Gebäudekomplex am Standort R.-Straße.

In diesem Gebäudekomplex in der R.-Straße betreibt gleichzeitig die Fa. R. GmbH ein 2006 gegründetes und in den Krankenhausplan von B. aufgenommenes Krankenhaus („A. Klinik“). Gesellschafter der R. GmbH sind ebenfalls die Ri. GmbH und die A. GmbH sowie Herr Dr. B. als natürliche Person.

Sowohl die Kl. als auch die R. GmbH haben die Räume am Standort R.-Straße von der R. Klinik Betriebs GmbH angemietet. Die Herren Prof. R., Dr. E. und Dr. B. sind jeweils als leitende Ärzte in beiden Kliniken tätig. Auch Teile des weiteren Klinikpersonals sind in beiden Kliniken tätig. Außerdem werden Räume und Einrichtungen gemeinsam genutzt, neben verschiedenen Funktionsräumen (Röntgenräume, OP-Vorbereitungsräume, Verwaltungsräume etc.) insbesondere der Eingangs- und Empfangsbereich. Beide Kliniken verfügen über einen gemeinsamen Internetauftritt („A. Sportklinik und Klinik“) und sind über dieselbe Telefonnummer erreichbar.

Der Bekl. befand sich aufgrund Behandlungsvertrages vom 16.4.2012 vom 7.5.2012 bis 15.5.2012 zur stationären Behandlung in der Klinik der Kl. Am 8.5.2012 erfolgte die operative Implantation einer zementfreien Hüftprothese, wofür ihm Behandlungskosten i.H.v. 13.125,41 € in Rechnung gestellt wurden. Hiervon wurden von der privaten Krankenversicherung des Bekl. 6.684,70 € an die Kl. bezahlt. Dies entspricht dem Betrag, der für die Behandlung in einem Plankrankenhaus angefallen wäre.

Die Kl. begehrt die Zahlung der rechnerisch verbleibenden Differenz nebst Zinsen. ...

Das LG hat die ursprünglich vor dem AG P. erhobene Klage nach erfolgter Verweisung abgewiesen. Dabei hat es offen gelassen, ob die Kl. ihre Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung verletzt hat. Jedenfalls sei die Vergütungsvereinbarung nach § 134 BGB wegen Verstoß gegen § 17 Abs. 1 Satz 5 KHG nichtig. Die Vorschrift sei weder formell noch materiell verfassungswidrig. Ihre Anwendung werde auch nicht durch § 20 KHG ausgeschlossen. Soweit der Wortlaut dies nahe lege, sei von einem redaktionellen Versehen des Gesetzgebers auszugehen, weil die Neuregelung andernfalls weitgehend leer laufen würde. Auch sei der Tatbestand des § 17 Abs. 1 Satz 5 KHG erfüllt, und eine räumliche und organisatorische Nähe zu einem geförderten Krankenhaus zu bejahen. ...

II. Die zulässige Berufung ist nicht begründet.

Das LG hat einen weitergehenden Anspruch der Kl. auf Behandlungskosten für die stationäre Behandlung des Bekl. in der A. Sportklinik über die bereits erfolgte Zahlung hinaus zu Recht verneint. Unstreitig ist die Entgeltforderung der Kl. bis zur Höhe der nach dem DRG-System berücksichtigungsfähigen Fallpauschalen erfüllt. Die Vereinbarung darüber hinausgehender Entgelte ist nichtig, denn sie verstößt gegen die zwingende Entgeltbeschränkung des § 17 Abs. 1 S. 5 KHG (1.). Der Senat hält diese Vorschrift auch nicht für verfassungswidrig (2.).

1. Die Forderung der Kl. ist auf die vom Bekl. bzw. dessen Krankenversicherung bereits ausgeglichenen Leistungen begrenzt.

Soweit die Vergütungsvereinbarung die Zahlung höherer als die nach § 17 Abs. 1 Satz 5 KHG pflegesatzfähigen Beträge vorsieht, ist sie gem. § 134 BGB nichtig, weil sie gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.3.2017 – 12 U 143/16, RuS 2017, 313; Hanseatisches OLG, Urt. v. 13.6.2017 – 9 U 242/16).

Bei § 17 Abs. 1 S. 5 KHG handelt es sich um ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB in Form einer Preisbestimmung. Die Kl. darf nach dieser Vorschrift für allgemeine Krankenhausleistungen der A. Sportklinik keine höheren Entgelte verlangen, als sie nach den Regelungen des KHG, des KHEntgG und der BPflVO zu leisten wären. Damit wird eine zwingende Preisobergrenze für den Vergütungsanspruch der Kl. bestimmt. Die Wirksamkeit der getroffenen Abreden im Übrigen bleibt hiervon unberührt (OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.3.2017 – 12 U 143/16, RuS 2017, 313 m.w.N.).

a) Das KHG ist grundsätzlich auch auf Privatkliniken anwendbar (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.12.2015 – 10 U 32/13, GesR 2016, 244). Dies gilt zwar nicht voraussetzungslos für alle Arten von Krankenhäusern. Insbesondere sind Privatkrankenhäusern, die nicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 KHG gefördert werden, grundsätzlich in ihrer Preisgestaltung frei (vgl. BGH, Beschl. v. 21.4.2011 – III ZR 114/10, GesR 2011, 492).

Nach dem mit Art. 6 des GKV-Versorgungsstrukturgesetzes vom 22.12.2011 eingefügten § 17 Abs. 1 S. 5 KHG darf aber auch eine private Einrichtung, die in räumlicher Nähe zu einem geförderten Krankenhaus liegt und mit diesem organisatorisch verbunden ist, für allgemeine, dem Versorgungsauftrag des Krankenhauses entsprechende Krankenhausleistungen keine höheren Entgelte verlangen als sie nach den Regelungen des KHG, des Krankenhausentgeltgesetzes und der Bundespflege-satzverordnung zu leisten wären.

Diese Tatbestandsvoraussetzungen sind erfüllt. Die A. Sportklinik ist, wie das LG zutreffend festgestellt hat, eine Einrichtung, welche mit der A. Klinik in diesem Sinne verbunden ist (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.12.2015 – 10 U 32/13, GesR 2016, 244).

aa) Bei der A. Sportklinik handelt es sich um eine „Einrichtung“ i.S.d. § 17 Abs. 1 S. 5 KHG.

Das KHG verwendet den Begriff „Einrichtung“ als einen auch Krankenhäuser mitumfassenden Oberbegriff. Dies ergibt sich unmittelbar aus der Legaldefinition des § 2 Nr. 1 KHG, wonach Krankenhäuser Einrichtungen sind, die bestimmte in § 2 Nr. 1 KHG genannte Voraussetzungen erfüllen müssen. Bereits aus dieser Legaldefinition ergibt sich zwingend, dass ein Krankenhaus auch eine Einrichtung i.S.d. KHG ist. Da es sich bei dem Begriff der Einrichtung um einen Oberbegriff handelt, kann – entgegen der Ansicht der Kl. – aus der Verwendung des Begriffs „Einrichtung“ in § 17 Abs. 5 KHG nicht gefolgert werden, dass die Vorschrift nicht (auch) für Krankenhäuser – wie hier die A. Sportklinik – gelten soll. Dafür, dass der Gesetzgeber das Tatbestandsmerkmal der „Einrichtung“ in § 17 Abs. 1 Satz 5 KHG in einem von der Legaldefinition des § 2 Nr. 1 KHG abweichenden Sinne verstanden wissen wollte, ist nichts ersichtlich. Anhaltspunkte hierfür hat auch die Kl. nicht aufgezeigt.

bb) Räumliche Nähe ist regelmäßig dann gegeben, wenn die Einrichtung z.B. auf dem gleichen Gelände oder in geographischer Nähe zu einem Plankrankenhaus, z.B. auf dem Nachbargelände angesiedelt ist (BT-Drucks. 17/8005 vom 30.11.2011, S. 133).

Auf die zutreffenden Feststellungen des LG zur räumlichen Nähe der A. Sportklinik zur A. Klinik, insbesondere dem Sitz an derselben Adresse bzw. der gemeinsamen Nutzung eines Gebäudekomplexes wird verwiesen. Dass die A. Sportklinik im Unterschied zur A. Klinik zusätzlich Räume in der W.-Straße nutzt, ändert hieran nichts. Der Tatbestand des § 17 Abs. 1 Satz 5 KHG fordert keine räumliche Nähe jedes einzelnen Raumes oder Bauteils der Privatklinik zum Plankrankenhaus. Erforderlich ist vielmehr eine räumliche Nähe der „Einrichtung“. Die Räume in der W.-Straße sind aber Teil einer einheitlichen Einrichtung. Sie gehören unstreitig zur A. Sportklinik als Gesamteinheit am Standort R.-Straße. Dies entspricht auch dem nach außen vermittelten Bild. In ihrem Internetauftritt präsentiert sich die (gesamte) A. Sportklinik explizit als Teil der A. Kliniken am Standort R.-Straße. Von nachgeordneten Räumen an anderen Standorten ist soweit ersichtlich nicht die Rede.

Nach Ansicht des Senats kommt es deshalb auch nicht entscheidend darauf an, ob der Bekl. tatsächlich am Standort R.-Straße oder in der W.-Straße operiert und stationär behandelt worden ist, wofür zudem jeder Anhalt fehlt. Notwendig aber auch ausreichend ist vielmehr, dass sich die A. Sportklinik als Einrichtung i.S.d. § 2 Nr. 1 KHG in der R.-Straße und damit in (sogar unmittelbarer) Nähe des Plankrankenhauses befindet.

cc) Eine organisatorische Verbindung liegt vor, wenn diese durch rechtliche Grundlagen, wie z.B. über eine gemeinsame Trägerschaft oder in sonstiger organisatorischer Weise, etwa durch Nutzung des gleichen Personals oder durch Nutzung von gemeinsamer Infrastruktur, gegeben ist (BT-Drucks. 17/8005 vom 30.11.2011, S. 133).

Die A. Sportklinik und die A. Klinik sind jedenfalls mittelbar über ihre Gesellschafter verbunden. Schon dies ist hinreichend (OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.12.2015 – 10 U 32/13, GesR 2016, 244; OLG Karlsruhe Urt. v. 28.3.2017 – 12 U 143/16, RuS 2017, 313). Beide Kliniken werden durch dieselben Geschäftsführer vertreten. Von beiden Kliniken wird darüber hinaus gemeinsame Infrastruktur wie z.B. Röntgenräume, OP-Vorbereitung, Empfangshalle und Verwaltung genutzt. Bei dieser Sachlage hat der Senat keinen Anlass, an einer organisatorischen Verbindung der beiden Kliniken zu zweifeln (vgl. Hanseatisches OLG, Urt. v. 13.6.2017 – 9 U 242/16).

Für die Rechtsauffassung der Kl., wonach eine gemeinsame Trägerschaft, die Nutzung des „gesamten“ gleichen Personals und der „kompletten“ gemeinsamen Infrastruktur zu fordern sei, findet sich weder im Wortlaut des § 17 Abs. 1 Satz 5 KHG noch in der Gesetzesbegründung ein Anhalt. Im Tatbestand des § 17 Abs. 1 Satz 5 KHG hat der Gesetzgeber von einer solchen Einschränkung des Merkmals der organisatorischen Verbundenheit abgesehen. Soweit in der Gesetzesbegründung eine gemeinsame Trägerschaft bzw. die Nutzung gleichen Personals und gemeinsamer Infrastruktur genannt sind, handelt es sich nach dem insoweit klaren Wortlaut nur um beispielhaft erwähnte Umstände, bei deren Vorliegen eine organisatorische Verbundenheit sogar regelmäßig bejaht werden soll. Ein abschließender Charakter dieser Aufzählung kommt damit eben-

so wenig zum Ausdruck wie das Erfordernis, dass die gemeinsame Nutzung jeweils das gesamte Personal und die gesamte Infrastruktur erfassen müsste. Eine solche Differenzierung würde den Willen des Gesetzgebers auch leerlaufen lassen. Denn in diesem Fall ließen sich die Beschränkungen dieser Vorschrift bereits durch die separate Einstellung eines Mitarbeiters umgehen.

b) Die Anwendung des § 17 Abs. 1 Satz 5 KHG ist auch nicht nach § 20 KHG ausgeschlossen.

Nach § 20 KHG finden die Vorschriften des Dritten Abschnitts mit Ausnahme des § 17 Abs. 5 KHG zwar keine Anwendung auf Krankenhäuser, die nach § 5 Abs. 1 Nr. 2, 4 oder 7 nicht gefördert werden. Dass es sich bei der A. Sportklinik um ein nicht in diesem Sinne gefördertes Krankenhaus handelt, ist zwischen den Parteien unstreitig. § 20 KHG ist jedoch einschränkend dahin auszulegen, dass § 17 Abs. 1 Satz 5 KHG von dem darin angeordneten Anwendungsausschluss nicht erfasst wird (OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.12.2015 – 10 U 32/13, GesR 2016, 244; RuS 2017, 313; Hanseatisches OLG, Urt. v. 13.6.2017 – 9 U 242/16).

aa) Die Kl. übersieht, dass § 17 Abs. 1 S. 5 KHG im Verhältnis zu § 20 KHG die jüngere und speziellere Vorschrift ist und ihr schon aus diesem Grund vorgeht.

Für ranggleiches innerstaatliches Recht gilt im Fall der Kollision der Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“, es sei denn, die ältere Regelung ist spezieller als die jüngere oder die Geltung dieses Grundsatzes wird abbedungen (BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, juris). § 20 KHG ist aber weder die speziellere Vorschrift, noch hat der Gesetzgeber die Geltung des genannten Rechtsgrundsatzes erkennbar abbedungen. Die Vorschrift umreißt allgemein den Anwendungsbereich der Vorschriften zu den Krankenhauspflugesätzen und beschränkt diese auf öffentlich geförderte Krankenhäuser. § 17 Abs. 1 S. 5 KHG regelt demgegenüber nicht die Anwendbarkeit des Pflugesatzrechtes insgesamt. Diese Vorschrift erstreckt lediglich eine im Grundsatz nur von Plankrankenhäusern zu beachtende Entgeltobergrenze für allgemeine Krankenhausleistungen auf private Einrichtungen, soweit sie dem Versorgungsauftrag eines verbundenen Plankrankenhauses entsprechen.

bb) Selbst wenn man nach dem Wortlaut des § 20 KHG von einem Ausschluss der Anwendung des § 17 Abs. 1 S. 5 KHG auf nicht geförderte Einrichtung ausgehen müsste, läge insoweit ein redaktionelles Versehen vor (OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.12.2015 – 10 U 32/13, GesR 2016, 244; OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.3.2017 – 12 U 143/16, RuS 2017, 313; Hanseatisches OLG, Urt. v. 13.6.2017 – 9 U 242/16).

Es war gerade Ziel der Einführung des § 17 Abs. 1 S. 5 und 6 KHG, nicht geförderte Privatkliniken der an sich durch § 20 KHG ausgeschlossenen Entgeltbindung zu unterwerfen, sofern sie mit einem Krankenhaus mit Versorgungsauftrag räumlich und organisatorisch verbunden sind (BT-Drucks. 17/8005 vom 30.11.2011, S. 133). Bei der Einführung des § 17 Abs. 1 S. 5 KHG handelt es sich um eine explizite Reaktion des Gesetzgebers auf die Entscheidung des BGH vom 21.4.2011 (BGH, Beschl. v. 21.4.2011 – III ZR 114/10, GesR 2011, 492). In dieser Entscheidung hatte der BGH die Anwendung des Krankenhausentgelts auf ein aus einem Plankrankenhaus ausgegründetes, mit diesem aber räumlich und organisatorisch

verbundenen Privatkrankenhaus im Hinblick auf die Bestimmung des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 KHEntG ausdrücklich abgelehnt (BGH, Beschl. v. 21.4.2011 – III ZR 114/10, GesR 2011, 492 = MedR 2011, 801). § 1 Abs. 2 Ziff. 2 KHEntG nimmt dieselben Krankenhäuser von der Anwendbarkeit der Regelungen des Entgeltrechtes aus wie § 5 Abs. 1 Nr. 2, 4 und 7 KHG, worauf § 20 S. 1 KHG verweist. Diese Rechtsprechung war Anlass der Gesetzesänderung und wird ausdrücklich von ihr zitiert (BT-Drucks. 17/8005 vom 30.11.2011, S. 133). Die Gesetzesänderung würde ins Leere laufen, wenn es über § 20 S. 1 KHG bei einem generellen Ausschluss der gesetzlichen Entgeltbindung für private Krankenhäuser bzw. bei denselben Ausnahmen bleiben würde, denen die gesetzliche Regelung gerade entgegenwirken wollte.

Bei einem Ausschluss aller nicht geförderten Krankenhäuser von der Anwendung der Entgeltobergrenze des § 17 Abs. 1 S. 5 KHG wäre der Sinn und Zweck dessen Einfügung nicht zu erreichen (OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.12.2015 – 10 U 32/13 Rz. 58 = GesR 2016, 244). Dem damit verfolgten Regelungsplan des Gesetzgebers liefe eine wortlautgetreue Auslegung des § 20 KHG erkennbar zuwider (Hanseatisches OLG, Urt. v. 13.6.2017 – 9 U 242/16).

Dass bei der Änderung einzelner Vorschriften des KHG durch Art. 1 PsychVVG vom 19.12.2016 (BGBl. I, 2986) keine Änderung des § 20 KHG erfolgt ist, steht der Annahme eines redaktionellen Versehens nicht entgegen (Hanseatisches OLG, Urt. v. 13.6.2017 – 9 U 242/16). Im Unterschied zu der spätestens in der Senatsentscheidung vom 11.12.2015 (OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.12.2015 – 10 U 32/13, GesR 2016, 244) geäußerten Annahme, wonach eine Anwendung des § 17 Abs. 1 Satz 5 KHG auf nicht geförderte Privatkrankenhäuser wie die A. Sportklinik nicht durch § 20 KHG ausgeschlossen sein dürfte, wurde die gegenteilige Rechtsauffassung der Kl. zum Zeitpunkt der Gesetzesnovelle soweit ersichtlich in Schrifttum und Rechtsprechung nicht vertreten (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.3.2017 – 12 U 143/16, RuS 2017, 313). Aus Sicht des Gesetzgebers dürfte damit auch kein Klarstellungsbedarf vorgelegen haben. Dafür, dass die Frage einer Änderung von § 20 S. 1 KHG im Hinblick auf § 17 Abs. 1 S. 5 KHG Gegenstand der Diskussion im Gesetzgebungsverfahren war, ist nichts ersichtlich. Allein die Nichtänderung bei einer folgenden Novelle ist kein Hinweis auf einen gesetzgeberischen Willen im Hinblick auf § 20 S. 1 KHG oder § 17 Abs. 1 S. 5 KHG.

c) Die Tatsache, dass die A. Sportklinik nicht aus einem bereits existierenden Plankrankenhaus „ausgegründet“, sondern seit 1995 bereits an einem anderen Standort betrieben worden ist bzw. die Aufnahme des Klinikbetriebs des Privatkrankenhauses am Standort R.-Straße im Jahr 2006 gleichzeitig mit demjenigen der A. Klinik aufgenommen wurde, steht einer Anwendung des § 17 Abs. 1 Satz 5 KHG nicht entgegen.

Entgegen der Annahme der Kl. ist § 17 Abs. 1 S. 5 KHG nicht einschränkend dahin auszulegen, dass die dort geregelte Entgeltobergrenze nur für Privatkrankenhäuser gilt, die durch eine (missbräuchliche) Ausgründung einer Privatklinik aus einem bereits zuvor existierenden Plankrankenhaus entstanden sind. Ausreichende Anhaltspunkte für einen dahingehenden Willen des Gesetzgebers vermag der Senat in Übereinstimmung mit dem Hanseatischen OLG in der vorstehend zitierten Entscheidung vom 13.6.2017 nicht zu erkennen.

Eine solche Einschränkung ist der Vorschrift weder nach dem Wortlaut, noch im Wege der Auslegung aus ihrem Sinn und Zweck zu entnehmen.

Zwar mag es sein, dass der Gesetzgeber bei der Einführung der Vorschrift den wohl häufigeren Fall der Ausgründung einer Privatklinik aus einem Plankrankenhaus, der auch dem vom BGH im Jahr 2011 entschiedenen Fall zugrunde lag, vor Augen hatte. Dafür spricht die Begründung des Änderungsantrages des Gesundheitsausschusses (BT-Drucks. 17/8005 vom 30.11.2011, S. 133). Allerdings ergibt sich aus dieser Begründung keine Beschränkung auf den Fall einer Ausgründung des Plankrankenhauses aus einem Plankrankenhaus. Vielmehr soll die Maßnahme unabhängig von der Reihenfolge der Betriebsaufnahme beider Einrichtungen verhindern, „dass Krankenhaussträger von nicht GKV-Versicherten, die in mit einem Plankrankenhaus verbundenen Einrichtungen in räumlicher Nähe dieses Krankenhauses behandelt werden, für allgemeine Krankenhausleistungen höhere Entgelte verlangen können als von gesetzlich Krankenversicherten, die im Plankrankenhaus behandelt werden. Sie stellt auf diese Weise sicher, dass PKV-Unternehmen und deren Versicherte als Beitragszahler nicht unzumutbar für allgemeine Krankenhausleistungen, die sich von den Leistungen für die übrigen Krankenhauspatienten nicht unterscheiden, mit höheren Entgelten belastet werden“ (BT-Drucks. 17/8005 vom 30.11.2011, S. 133 2. Absatz). Die Regelung soll aus sozialstaatlichen Erwägungen auch für privat Versicherte sozial tragbare Pflegesätze ermöglichen und vermeiden, dass die in der GKV geltenden kostenbegrenzenden Regelungen durch höhere Preise für Selbstzahler kompensiert werden (BT-Drucks. 17/8005 vom 30.11.2011, S. 133, 2. Spalte 1. Absatz). Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Überlegungen nicht gelten sollten, wenn die private Einrichtung ihren Betrieb bereits vor oder gleichzeitig mit dem Plankrankenhaus aufgenommen hat. In diesem Fall besteht die Möglichkeit einer „Verlagerung“ von Privatpatienten in die mit dem Plankrankenhaus verbundene private Einrichtung mit der Folge, für weitgehend identische Leistungen deutlich höhere Entgelte verlangen zu können, in gleicher Weise. Vor diesem Hintergrund wäre es auch mit Blick auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz kaum zu rechtfertigen, aus einem Plankrankenhaus ausgegründete Privatkliniken der Entgeltbindung zu unterwerfen, nicht aber im selben Umfang organisatorisch und räumlich mit einem Plankrankenhaus verbundene Privatkliniken, die zeitlich vor dem Plankrankenhaus bestanden haben.

Dass der Gesundheitsausschuss den konkreten Fall einer gleichzeitigen Aufnahme des Klinikbetriebs eines Plankrankenhauses und eines bereits existierenden privaten Krankenhauses an einem neu gegründeten Standort möglicherweise nicht vor Augen hatte, ändert an den dargelegten gesetzgeberischen Zielen nichts. Auch das BVerfG hat in seinem Nichtannahmebeschluss in Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut räumlich und organisatorisch mit Plankrankenhäusern verbundene Privatkliniken als von der Norm umfasst betrachtet, ohne nach der Reihenfolge der Betriebsaufnahme zu differenzieren (BVerfG, Beschl. v. 20.8.2013 – 1 BvR 2402/12 und 1 BvR 2684/12, GesR 2013, 603 = MedR 2014, 159).

2. Die Anwendung der Beschränkungen dieses Gesetzes ist schließlich auch nicht wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht nichtig. § 17 Abs. 1 S. 5 KHG ist weder formell (a) noch

materiell (b) verfassungswidrig (OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.3.2017 – 12 U 143/16, RuS 2017, 313; Hanseatisches OLG, Urt. v. 13.6.2017 – 9 U 242/16).

a) Die von der Kl. in Bezug auf die Kompetenzordnung der Verfassung geäußerten Bedenken hat das BVerfG in seiner Kammerentscheidung vom 20.8.2013 als grundlos bezeichnet. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (BVerfG, Beschl. v. 20.8.2013 – 1 BvR 2402/12, GesR 2013, 603 = NVwZ-RR 2013, 985).

Verfahrensvorschriften des Grundgesetzes wurden bei Erlass des Gesetzes nicht verletzt. Weder handelt es sich bei der Einfügung von § 17 Abs. 1 S. 5 und 6 KHG um einen eigenständigen Gesetzentwurf, weswegen sich die Frage der Verletzung des Initiativrechts gem. Art. 76 Abs. 1 GG nicht stellt, noch ist § 17 Abs. 1 S. 5 KHG wegen nicht hinreichender Beratung im Bundestag gem. Art. 42 GG verfassungswidrig.

aa) Der später angenommene Vorschlag des Gesundheitsausschusses des Deutschen Bundestages im Gesetzgebungsverfahren zum GKV-Versorgungsstrukturgesetz, ergänzend § 17 Abs. 1 S. 5 und 6 KHG einzufügen, stellt bereits keinen neuen Gesetzesentwurf dar.

Ein solcher liegt vor, wenn im Gesetzgebungsverfahren eine neue Regelungsmaterie eingeführt wird, ohne dass auch nur eine thematisch verwandte Regelung Gegenstand des vorherigen Verfahrens gewesen wäre (vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.1.2008 – 2 BvL 12/01, Rz. 69, juris). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die mit § 17 Abs. 1 S. 5 und 6 KHG eingefügte Regelung steht in unmittelbarem Sachzusammenhang mit dem Gesetzesentwurf zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung. Bereits die Vermeidung von Quersubventionierungen durch Leistungen der GKV an mit Privatkliniken verbundene Plankrankenhäuser stellt einen hinreichenden Bezug zu der im GKV-Versorgungsstrukturgesetz behandelten Problematik dar.

bb) Die Aufnahme von § 17 Abs. 1 S. 5 und 6 in das GKV-Versorgungsstrukturgesetz auf Vorschlag des Gesundheitsausschusses verstößt auch nicht gegen das in Art. 42 Abs. 1 Satz 1 GG normierte Prinzip der Öffentlichkeit der parlamentarischen Beratung.

Grundlage einer sinnvollen Beratung muss eine hinreichende Information der Abgeordneten über den Beratungsgegenstand sein (BVerfG, Beschl. v. 8.12.2009 – 2 BvR 758/07, BVerfGE 125, 104, Tz. 59). Eine solche hinreichende Information ist jedoch erfolgt. Die Regelung ist aus der tabellarischen Übersicht der Änderungsvorschläge klar ersichtlich und wurde im Übrigen vom Gesundheitsausschuss ausführlich begründet (BT-Drucks. 17/8005 vom 30.11.2011, S. 133). Dass Abgeordnete vor einer Abstimmung über ein Gesetz die hierzu eingebrachten Änderungsvorschläge des Gesundheitsausschusses nicht zur Kenntnis nehmen, kann weder angenommen werden, noch ist dies entscheidungserheblich (OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.3.2017 – 12 U 143/16, RuS 2017, 313).

b) § 17 Abs. 1 S. 5 KHG greift nicht unzulässig in Rechte der privaten Krankenhaussträger aus Art. 12 Abs. 1 GG oder Art. 14 Abs. 1 GG ein. Ebenso wenig ist eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG zu erkennen.

Auch damit hat sich das BVerfG bereits in seinem Nichtannahmebeschluss vom 20.8.2013 befasst (BVerfG, Beschl. v. 20.8.2013 – 1 BvR 2402/12, GesR 2013, 603 = NVwZ-RR 2013, 985). Auf diese Entscheidung nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug.

Das von der Kl. vorgelegte Privatgutachten gibt zu einer anderen Beurteilung keinen Anlass. Wie die Gutachterin darin unter Ziff. I.1 selbst ausführt, hat das BVerfG die von ihr bereits im Jahre 2011 in einem vorangegangenen Gutachten angeführten Aspekte anders beurteilt.

Auf die vom Bkl. weiter geltend gemachte Verletzung der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht kommt es ebenso wenig an wie darauf, ob die von der Kl. berechneten Leistungen umsatzsteuerbefreit sind. ...

Der Senat lässt die Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO zu. Die Frage, ob § 17 Abs. 1 S. 5 KHG den Honoraranspruch einer Privatklinik begrenzt, welche an einem anderen Standort zeitlich bereits vor dem mit ihr räumlich und organisatorisch verbundenen Plankrankenhaus gegründet wurde, tritt in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen auf. Zu der hier zu entscheidenden Rechtsfrage sind u.a. beim Senat noch weitere Verfahren anhängig, weswegen diese Rechtsfrage eine grundsätzliche Bedeutung hat.

Hochschulkliniken in der Krankenhausplanung

KHG § 8; KHEntgG § 8 Abs. 1 S. 4 Nr. 2; VwGO §§ 80 Abs. 5, 80a, 123 Abs. 1 S. 2; GG Art. 19 Abs. 4

1. Neben einem einstweiligen Rechtsschutzantrag auf Aufnahme in einen Krankenhausplan gem. § 123 VwGO kann ein zusätzlicher Antrag gem. §§ 80a Abs. 3 i.V.m. § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage gegen den an den Konkurrenten begünstigenden Bescheid zulässig sein. Dies kommt in Betracht, wenn der zurückgesetzte Bewerber die Planaufnahme in eigener Sache erstrebt.

2. Soweit Hochschulkliniken allgemein an der Krankenversorgung teilnehmen, konkurrieren sie auf dem Markt mit den anderen Krankenversorgern und unterliegen insoweit auch den Regelungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes, insbesondere auch den für die Auswahlentscheidung geltenden Grundsätzen des § 8 KHG.

(alle amtl.)

VG Greifswald, Beschl. v. 28.8.2017 – 3 B 967/17 HGW

Aus den Gründen:

I. Die Parteien streiten um die Aufnahme der Ast'in in den Krankenhausplan des Landes Mecklenburg-Vorpommern 2012 (nachfolgend Krankenhausplan) mit einer Gesamtzahl vollstationärer Planbetten i.H.v. 190 für den Fachbereich Psychiatrie und Psychotherapie.

Die Ast'in ist derzeit mit 172 vollstationären Planbetten für den Bereich Psychiatrie und Psychotherapie im Krankenhausplan aufgenommen. Nach dem Krankenhausplan soll die Auslastung in diesem Bereich 90 % betragen. Die Betten im Krankenhaus der Ast'in waren seit November 2014 bis einschließ-

lich Mai 2016 mit durchschnittlich 100 % ausgelastet und zwar mit steigenden Tendenzen.

Vor diesen Hintergrund beantragte die Ast'in beim Ag. mit Schreiben vom 25.5.2016 die Aufnahme weiterer 18 vollstationärer Betten. Denn bei Zugrundelegung einer 90 % Auslastung, ergebe sich ein Planbettenbedarf von 190 Betten. Mit Schreiben des Ag. vom Oktober 2016 an die Ast'in und an die Beigel. wurde ein Bedarf von 18 Betten durch den Ag. festgestellt. Da beide Träger für die Versorgungsregion B-Stadt in Betracht kommen würden, wurde im Rahmen der zu treffenden Auswahlentscheidung um weitere Informationen von den jeweiligen Beteiligten gebeten, wie etwa Behandlungskonzept, personelle und räumliche Ausstattung. Mit an die Beigel. adressiertem Bescheid vom 28.3.2017 stellte der Ag. fest, dass die Beigel. mit 20 weiteren Betten in den Krankenhausplan aufgenommen werde. Auf Nachfrage der Ast'in erklärte der Ag., dass damit gleichzeitig der Antrag der Ast'in abgelehnt sei. Auf einen gesonderten Bescheid werde verzichtet.

Am 10.4.2017 erhob die Ast'in gegen diesen Bescheid Klage unter dem Aktenzeichen 3 A 760/17 vor dem erkennenden Gericht.

Mit Schreiben vom 27.4.2017 forderte die Ast'in den Ag. auf, die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den an die Beigel. gerichteten Bescheid vom 28.3.2017 wiederherzustellen und die Ast'in vorläufig in den Krankenhausplan aufzunehmen. Dieses Begehren lehnte der Ag. mit Schreiben vom 3.5.2017 ab.

Die Ast'in hat am 4.5.2017 einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gestellt. Sie ist der Ansicht, dass der Bescheid vom 28.3.2017 eine Doppelwirkung habe. Zum einen sei der Anspruch der Ast'in auf Feststellung der Aufnahme in den Krankenhausplan abgelehnt worden, so dass einstweiliger Rechtsschutz nur über einen Antrag nach § 123 VwGO erreicht werden könne. Zum anderen sei dem Antrag der Beigel. entsprochen worden, so dass eine Anfechtungssituation vorliege und dies einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO rechtfertige. ...

Die Ast'in beantragt,

1. den Ag. vorläufig, vorbehaltlich einer Entscheidung in der Hauptsache zu verpflichten, die Ast'in ab dem 1.5.2017 bis zur rechtskräftigen Entscheidung in dem Verfahren 3 A 760/17 mit einer Zahl von 190 vollstationären Bettenplätzen in den Krankenhausplan des Landes Mecklenburg-Vorpommern aufzunehmen und dies innerhalb einer Woche nach Zustellung des entsprechenden Beschlusses durch Bescheid festzustellen,

2. die aufschiebende Wirkung der Klage vom 10.4.2017 – Az. 3 A 760/17 – gegen den an die Beigel. gerichteten Bescheid des Ag. vom 28.3.2017 wiederherzustellen. ...

II. Die Anträge der Ast'in haben keinen Erfolg.

1. Der zulässige Antrag zu 1. ist unbegründet. Die Ast'in hat weder einen Anordnungsanspruch noch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis eine einstweilige Anordnung treffen, wenn die Regelung nötig erscheint, um wesentliche Nachteile für den Antragsteller abzuwenden. Voraussetzung hierfür ist, dass der Antragsteller einen Anordnungsanspruch, das heißt den mate-

riellen Anspruch, für den er um vorläufigen Rechtsschutz nachsucht, und einen Anordnungsgrund, das heißt die Eilbedürftigkeit der vorläufigen Regelung, glaubhaft macht. An die Glaubhaftmachung der Eilbedürftigkeit sind erhöhte Anforderungen zu stellen, wenn der Antrag auf eine Vorwegnahme der Hauptsache abzielt. Das ist dann der Fall, wenn dem Antragsteller für die Dauer des Klageverfahrens die Rechtsposition gewährt werden soll, die er in der Hauptsache anstrebt. Zielt der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auf eine teilweise Vorwegnahme der Hauptsache, kann ihm daher nur dann stattgegeben werden, wenn dem Antragsteller ohne sofortige Befriedigung des Anspruchs schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung eine Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (vgl. *Schenke* in: *Kopp/Schenke, VwGO*, 23. Aufl., § 123 Rz. 14; *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 6. Aufl., Rz. 206 ff. jeweils m.w.N.).

Die Ast'in begehrt mit ihrem einstweiligen Rechtsschutzantrag die vorläufige Feststellung der Aufnahme mit 18 weiteren vollstationären Betten im Bereich Psychiatrie und Psychotherapie in den Krankenhausplan 2012 des Landes Mecklenburg-Vorpommern, Stand August 2017 (nachfolgend Krankenhausplan). Darin liegt eine teilweise Vorwegnahme der Hauptsache, denn die Ast'in hätte für den Geltungszeitraum der einstweiligen Anordnung sachlich dasselbe Ziel wie das im Hauptsacheverfahren verfolgte erreicht (vgl. *OVG Greifswald*, Beschl. v. 10.6.2008 – 2 M 161/06, juris Rz. 3 m.w.N.). Deren Wirkungen tatsächlicher wie rechtlicher Art können nicht oder jedenfalls nicht ohne weiteres rückgängig gemacht werden (vgl. *VGH Mannheim*, Beschl. v. 20.9.1994 – 9 S 687/94, juris; *OVG Bautzen*, Beschl. v. 16.5.2011 – 2 B 273/09, juris Rz. 6).

Bereits die Aufnahme in den Krankenhausplan löst dem Grunde nach Förderungsansprüche nach §§ 8 ff. KHG aus. Ob die Ast'in diese geltend macht, steht ihr grundsätzlich frei. Selbst wenn sie hierauf gegenüber dem Ag. wirksam verzichtete, führt die Feststellung der Aufnahme unabhängig davon gem. § 108 Nr. 2, § 109 Abs. 1 Satz 2 und 3 SGB V kraft Gesetzes zum Abschluss eines Versorgungsvertrags mit den gesetzlichen Krankenkassen. Sie entfaltet damit – im Sinne einer Tatbestandswirkung – unmittelbare Rechtswirkungen, berechtigt und verpflichtet die Krankenkassen zur Kostenübernahme bei der Behandlung Versicherter im Krankenhaus der Ast'in. Die Feststellung der Aufnahme in den Krankenhausplan, auch nur für die Dauer des Hauptsacheverfahrens, hat somit Statuscharakter mit Wirkung auch auf Dritte. An der zeitlich begrenzten, der Sache nach indes endgültigen Vorwegnahme der Hauptsache würde ein Misserfolg der Klage nichts ändern. In diesem Fall würde lediglich die Aufnahme in den Krankenhausplan als solche, aber nur mit Wirkung ex nunc beendet.

Im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG gilt das grundsätzliche Verbot einer Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung jedoch nicht, wenn eine bestimmte Regelung zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes schlechterdings notwendig ist, d.h. wenn die sonst zu erwartenden Nachteile für den Antragsteller unzumutbar und im Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären und ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg auch in der Hauptsache spricht (*Schenke* in: *Kopp/Schenke*, a.a.O., Rz. 14). Die Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

a. Das Abwarten auf den Ausgang der Hauptsacheentscheidung stellt sich für die Ast'in nicht als unzumutbar dar. Die Ast'in kann sich insbesondere nicht darauf berufen, ein Abwarten der Hauptsacheentscheidung sei ihr deshalb unzumutbar, da schon jetzt bei ihr Überkapazitäten bestehen würden, die sie nicht gegenüber den Krankenkassen geltend machen könnte. Die Verluste würden sich auf jährlich 1.455.898,80 € belaufen, obwohl sie fortlaufend Behandlungen vornehmen müsse. Eine unmittelbare Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz hat die Ast'in damit nicht hinreichend substantiiert dargetan. Dabei ist zu bedenken, dass die Ast'in bereits mit 172 Betten in den Krankenhausplan aufgenommen wurde und sie diese Kosten gegenüber den Krankenkassen geltend machen kann. Soweit die Ast'in vorträgt seit November 2014 bis einschließlich Mai 2016 seien die – vorhandenen 172 – Betten durchschnittlich zu 100 % ausgelastet gewesen, führt dies zu keinen Verlusten bei der Ast'in. Soweit die Auslastung seit Anfang des Jahres 2017 über 100 % liegt und die Ast'in in diesem Umfang auch Krankenhausbehandlungen durchführt, ohne dass ihr Antrag auf Aufnahme in den Krankenhausplan positiv beschieden wurde, führt dies zu keiner anderen Bewertung. Denn die Entscheidung, die Behandlungen in diesem Bereich auch ohne Berücksichtigung im Krankenhausplan aufzunehmen, hat die Ast'in in eigener Verantwortung getroffen. Selbst verschuldete Eilbedürftigkeit ist jedoch nicht geeignet, einen Anordnungsgrund zu begründen (*OVG Lüneburg*, Beschl. v. 22.9.2008 – 13 M.E. 90/08, juris Rz. 11; *VGH München*, Beschl. v. 1.8.2002 – 21 CE 02.950, juris).

Nicht erkennbar ist darüber hinaus und auch nicht von der Ast'in vorgetragen, dass ein Anordnungsgrund im Hinblick auf das behauptete Versorgungsdefizit besteht, d.h. dass in jedem der behandlungsbedürftigen Fälle eine lebensbedrohliche Situation gegeben wäre, die eine sofortige Behandlung erfordere und keinen Aufschub dulde.

b. Darüber hinaus kann derzeit nicht festgestellt werden, dass der Ast'in ein Anspruch auf Feststellung der Aufnahme der beantragten 18 weiteren vollstationären Bettenplätze im Bereich Psychiatrie und Psychotherapie in den Krankenhausplan zusteht.

Zwar besteht ein Anspruch des insoweit durch Art. 12 GG geschützten Krankenhausträgers auf Feststellung der Aufnahme in den Krankenhausplan, wenn dies der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung dient, das Krankenhaus leistungsfähig ist und mit der Aufnahme zu sozial tragbaren Pflegesätzen beigetragen wird und zur Deckung des zu versorgenden Bedarfs kein anderes ebenfalls geeignetes Krankenhaus zur Verfügung steht. Dieser aus den Art. 12 GG, §§ 8 und 1 KHG abgeleitete Anspruch reduziert sich erst in einer zweiten Entscheidungsstufe auf einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie (Auswahl-) Entscheidung, wenn über den Bedarf hinaus mehrere geeignete Krankenhäuser zur Verfügung stehen; allein dies ist Regelungsinhalt des § 8 Abs. 2 Satz 1 KHG, nach dessen missverständlichem Wortlaut kein Anspruch auf die Aufnahme in den Krankenhausplan besteht (*BVerwG*, Urt. v. 18.12.1986 – 3 C 67.85, juris Rz. 60 ff.; dazu auch *BVerfG*, Beschl. v. 12.6.1990 – 1 BvR 355/86, *BVerfGE* 82, 198 ff.; ebenso z.B. *VGH Mannheim*, Urt. v. 23.4.2002 – 9 S 2124/00, juris Rz. 21; *OVG Thüringen*, Urt. v. 25.9.2006 – 2 KO 73/05, *GesR* 2007, 86 = juris; *OVG Bautzen*, Beschl. v. 16.5.2011 – 2 B 273/09, juris Rz. 12).

Bedarfsgerecht ist ein Krankenhaus, wenn es nach seinen objektiven Gegebenheiten in der Lage ist, einem vorhandenen Bedarf gerecht zu werden, also diesen Bedarf zu befriedigen. Dies ist einmal der Fall, wenn das zu beurteilende Krankenhaus und die von ihm angebotenen Betten notwendig sind, um den in seinem Einzugsbereich vorhandenen Bettenbedarf zu decken, weil anderenfalls ein Bettenfehlbestand gegeben wäre. Zum anderen ist ein Krankenhaus aber auch dann bedarfsgerecht, wenn es neben anderen Krankenhäusern geeignet ist, den vorhandenen Bedarf zu decken. Bei der über diese Eignung (Bedarfsgerechtigkeit i.e.S.) auf der ersten Stufe zu treffenden Entscheidung müssen die Ziele der Krankenhausplanung noch außer Betracht bleiben, da diese erst auf der zweiten Entscheidungsstufe bei der Auswahl zwischen mehreren Krankenhäusern zu berücksichtigen sind (BVerwG, Urt. v. 18.12.1986 – 3 C 67.85, juris).

Die Ermittlung der Bedarfsgerechtigkeit erfordert zum einen eine Bedarfsanalyse, d.h. eine Feststellung des gegenwärtigen und voraussichtlich in der Zukunft zu erwartenden tatsächlichen Bedarfs unter Berücksichtigung der Bevölkerungsentwicklung im Einzugsgebiet, dessen Bevölkerung versorgt werden soll, und zum anderen eine Krankenhausanalyse, die die tatsächlichen Versorgungsbedingungen in den einzelnen Krankenhäusern beschreibt, die in den Krankenhausplan aufgenommen worden sind oder aufgenommen werden wollen (vgl. nur VGH Mannheim, Urt. v. 23.4.2002 – 9 S 2124/00, juris Rz. 23). In diesem Rahmen ist insbesondere zu prüfen, ob die Krankenhäuser im Hinblick auf die streitigen 18 Betten im vollstationären Bereich der Psychiatrie und Psychotherapie als leistungsfähig und wirtschaftlich einzustufen sind.

aa. Vorliegend geht der Ag. wie auch die übrigen Beteiligten davon aus, dass aufgrund der von der Ast'in mitgeteilten Überschreitung des Auslastungsgrades von 90 % in dem Zeitraum November 2014 bis Mai 2016 in der Versorgungsregion der Fachabteilungen Psychiatrie und Psychotherapie B-Stadt (vgl. zu den Versorgungsregionen Seite 15 des Krankenhausplans) ein weiterer Bedarf von mindestens 18 vollstationären Betten zur zukünftigen bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung besteht. Da dies von den Beteiligten nicht substantiiert gerügt wird, wird von einer weitergehenden Prüfung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens abgesehen; dies bleibt dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

bb. Diesen Bedarf für die Versorgungsregion B-Stadt unterstellt, führt allerdings nicht zu der Annahme, dass der durch die Ast'in geltend gemachte Anspruch auf Erweiterung ihrer Behandlungskapazitäten um 18 Bettenplätze im Bereich Psychiatrie und Psychotherapie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit besteht. Die Ast'in übersieht, dass vorliegend – wie von dem Ag. festgestellt – neben der Ast'in auch die Beigel. geeignet ist, eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung in dem streitgegenständlichen Bereich vorzunehmen. Damit steht zur Deckung des zu versorgenden Bedarfs ein anderes, ebenfalls geeignetes Krankenhaus zur Verfügung, so dass lediglich ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie (Auswahl-)Entscheidung besteht (vgl. nur OVG Bautzen, Beschl. v. 16.5.2011 – 2 B 273/09, juris Rz. 12). Anhaltspunkte für eine Ermessensreduzierung auf Null und damit einem Anspruch der Ast'in auf Feststellung der Aufnahme in den Krankenhausplan bestehen nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung dagegen nicht. Die Ast'in kann daher allein mit ihrem

Antrag eine Verpflichtung des Ag. zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes erreichen.

Entgegen dem Vortrag der Ast'in war die Beigel. bei der Auswahlentscheidung zu berücksichtigen. Zutreffend geht der Ag. davon aus, dass in der Versorgungsregion B-Stadt mehrere leistungsfähige und kostengünstige Krankenhäuser zur bedarfsgerechten Versorgung zur Verfügung stehen. Soweit die Ast'in anführt, der Berücksichtigung der Beigel. stehe grundsätzlich entgegen, dass es sich um eine Hochschulklinik (Universitätsmedizin) handle und diese nur Kapazitäten erhalten könne, soweit diese der Forschung und Lehre dienten, verfängt dieser Einwand nicht. Die Ast'in übersieht, dass die Beigel. als Hochschulklinik – losgelöst von ihrer Funktion für Forschung und Lehre – auch allgemein an der Krankenversorgung teilnimmt. Hochschulkliniken sind ebenso in die staatliche Gewährleistungsverantwortung für die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung eingebunden, wie andere Krankenhäuser (vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.4.1981 – 1 BvR 608/79, juris; Möller/Beckmann-Fuchs in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl., § 21 Rz. 42f). Der Bereich der allgemeinen Krankenversorgung ist damit nicht Gegenstand der Hochschulgesetze, sondern der Krankenhausplanung der Länder nach dem KHG (vgl. Quaas, Die Einbeziehung der Hochschulklinik in die staatliche Krankenhausplanung, MedR 2010, 149 [150]; Möller/Beckmann-Fuchs, a.a.O.). Dem entspricht auch die Regelung in § 97 Abs. 2 Satz 1 Landeshochschulgesetz (LHG M-V), nachdem die Universitätsmedizin neben der Pflege und Entwicklung der Wissenschaften durch Forschung, Lehre und Studium auch Aufgaben in der Krankenversorgung, Hochleistungsmedizin sowie weitere Aufgaben im öffentlichen Gesundheitswesen wahrnimmt. Nimmt die Beigel. daher allgemein an der Krankenversorgung teil – wie vorliegend unstreitig der Fall, da die streitgegenständlichen Betten nicht der Forschung und Lehre dienen –, konkurriert sie auf dem Markt mit den anderen Krankenversorgern und unterliegt insoweit auch den Regelungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes. Entgegen dem Vorbringen der Ast'in finden daher die Grundsätze des § 8 KHG auch auf diese Fallgestaltung zumindest entsprechend Anwendung. Insoweit stehen der Beigel. als Beteiligte am Verfahren dieselben Verfahrensrechte wie den anderen Beteiligten zu, d.h. auch sie hat einen Anspruch auf eine fehlerfreie Auswahlentscheidung. Auf die Frage der Grundrechtsfähigkeit kommt es somit entgegen dem Einwand der Ast'in entscheidungserheblich nicht an. Dabei verkennt das Gericht nicht, dass einer Hochschulklinik aufgrund der Aufgaben im Bereich der Forschung und Lehre ein besonderer Status zukommt und es sich eben nicht um ein Plankrankenhaus i.S.d. § 108 Nr. 2 SGB V handelt. Die Anerkennung als Krankenhaus erfolgt vielmehr durch die jeweiligen landesrechtlichen hochschulrechtlichen Vorschriften und nicht durch die Aufnahme in den Krankenhausplan eines Landes. Allerdings bestimmt sich der Versorgungsauftrag der Hochschulklinik jedenfalls in den Fällen, in denen sie an der allgemeinen Krankenhausversorgung teilnimmt, nach den Regelungen des Krankenhausplans (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 KHEntgG) und eines insoweit ergehenden Feststellungsbescheides.

Steht damit fest, dass auch die Beigel. grundsätzlich an dem Auswahlverfahren teilnehmen kann, kann die Ast'in dem nicht entgegenhalten, dass die Beigel. derzeit über keine Bettenkapazitäten außerhalb des Bereiches Forschung und Lehre in ihrer

Klinik und Poliklinik für Psychiatrie und Psychotherapie verfügt. Denn maßgeblich ist, dass die Beigel. in ihren Schreiben vom 11.10.2016 und vom 10.11.2016 deutlich unter Darlegung ihres Konzeptes zum Ausdruck gebracht hat, dass sie willens und auch in der Lage ist, die zusätzlichen vollstationären Kapazitäten von 18 Bettenplätzen zu übernehmen.

In nicht zu beanstandender Weise hat der Ag. nach Prüfung dieser eingereichten Unterlagen auch die Eignung der Beigel. für die Übernahme weiterer 18 vollstationären Betten angenommen. Die Bewerber sind für die in Streit stehende medizinische Versorgung dann als geeignet anzusehen, wenn die nach den medizinischen Erkenntnissen erforderliche personelle, räumliche und medizinische Ausstattung des Krankenhauses auf Dauer so angelegt ist, dass die Leistungsfähigkeit konstant erhalten bleibt (BVerfG, Beschl. v. 12.6.1990 – 1 BvR 355/86 Rz. 72; BVerwG, Urt. v. 25.3.1993 – 3 C 69.90, juris). Die Entscheidung der Behörde kann dabei vom Gericht im vollen Umfang nachvollzogen werden. Soweit die Ast'in anführt, die räumliche Ausstattung der Beigel. wäre nicht ausreichend, kann dem aufgrund der eingereichten Unterlagen nicht gefolgt werden. Räumliche Kapazitäten, die den gesetzlichen Anforderungen an die Patientenversorgung genügen, sind bei der Beigel. vorhanden. Dass gegebenenfalls aufgrund geplanter Umstrukturierungsmaßnahmen bei der Beigel. in diesem Bereich noch Veränderungen stattfinden, steht dem nicht entgegen.

Ergibt sich somit, dass das Bettenangebot mehrerer geeigneter Krankenhäuser den Bettenbedarf übersteigt, führt dies zur Notwendigkeit einer ermessensfehlerfreien Auswahlentscheidung nach § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG, nicht aber vorab zur Ausschließung neu hinzukommender Krankenhäuser von der Bedarfsdeckung. Dabei steht dem Ag. bei der Auswahl zwischen mehreren Krankenhäusern ein Beurteilungsspielraum zu. Die gerichtliche Kontrolle ist daher darauf beschränkt, ob die zuständige Landesbehörde bei ihrer Entscheidung von einem zutreffenden und vollständigen ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, dass sie einen sich sowohl im Rahmen des Gesetzes als auch im Rahmen der Beurteilungsermächtigung haltenden Beurteilungsmaßstab zutreffend angewandt hat und ob für die Entscheidung keine sachfremden Erwägungen bestimmend gewesen sind. Dabei ist letztlich auch zu erwägen, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung gem. Art. 3 Abs. 1 GG dazu führen kann, dass mehrere in gleichem Maße geeignete Krankenhäuser anteilig berücksichtigt werden müssen (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.7.1985 – 3 C 25.84, juris Rz. 67; OVG Weimar, Urt. v. 3.11.2016 – 3 KO 578/13, juris Rz. 79). Zu beachten ist weiter, dass es im Krankenhausrecht, anders als z.B. im Beamtenrecht, keinen Grundsatz der „Krankenhausstabilität“ gibt. Der Vertrauensschutz der bereits im Krankenhausplan befindlichen Krankenhäuser ist insoweit deutlich eingeschränkt, weil sie jederzeit damit rechnen müssen, von einem neu in den Markt strebenden Teilnehmer verdrängt zu werden bzw. sich im Rahmen einer Auswahlentscheidung gegenüber diesem bewähren zu müssen. Eine einmal erhaltene Planposition stellt damit keinen unentziehbaren Besitzstand dar, sondern steht unter dem Vorbehalt laufender Überprüfung (BVerfG, Beschl. v. 23.4.2009 – 1 BvR 3405/08, juris Rz. 10 = GesR 2009, 376; BVerwG, Urt. v. 25.9.2008 – 3 C 35.07, juris Rz. 21 = GesR 2009, 27).

Vorliegend geht es nicht um die Entziehung von Planbetten, sondern um die Feststellung weiterer Planbetten. Auch unter

Berücksichtigung der Darlegungen der Ast'in ist bei der im vorliegenden Verfahren gegebenen Prüfungsdichte eine Reduzierung des Auswahlermessens des Ag. im Sinne des Planaufnahmebegehrens der Ast'in nicht erkennbar. Der Ag. hat die Auswahl zugunsten der Beigel. u.a. deshalb getroffen, weil eine umfassende interdisziplinäre Kooperation innerhalb des Hauses gegeben sei, diese vor dem universitären Hintergrund über eine wissenschaftliche Expertise verfüge, die eine optimale Voraussetzung dafür biete, dass die Therapie stets auf einem sehr aktuellen Stand des Wissens bleibe und damit auch bessere Voraussetzungen für die Ausbildung ärztlichen Nachwuchses geschaffen würden. Diese Vorteile, namentlich der optimalen Kooperation mit universitären Einheiten und der damit einhergehenden Unterstützung und Betreuung von Forschung und Lehre über die 30 bereits vorhandenen Betten in diesem Bereich, rechtfertigt die Auswahlentscheidung. Hierbei handelt es sich nach Ansicht des Gerichtes um sachliche, aus gegenwärtiger Sicht nicht zu beanstandende Gesichtspunkte, die im Einklang mit dem Krankenhausplan stehen. Soweit die Ast'in anführt, damit werde ein Krankenhaus mit Maximalversorgung bevorzugt, mag dies zutreffend sein. Dies beruht vorliegend jedoch auf einer Entscheidung im konkreten Einzelfall; eine – von der Rechtsprechung als unzulässig angesehene – generelle Bevorzugung größerer Häuser mit umfangreichem Leistungsangebot (vgl. BVerfG, Beschl. v. 4.3.2004 – 1 BvR 88/00, GesR 2004, 296 = juris) kann darin aufgrund der angeführten Erwägungen und dem Umstand, dass die Ast'in bisher in der Versorgungsregion B-Stadt das einzige Versorgungs Krankenhaus in diesem Bereich war, d.h. ein Krankenhaus mit Maximalversorgung in diesem Bereich bisher nicht tätig war, nicht gesehen werden. Ob und inwieweit dies auch für künftig zu vergebende Bettenplätze gilt, bedarf hier keine Entscheidung.

Der Einwand der Ast'in, ihr Krankenhaus verfüge bereits über eine hochkompetente Ausstattung sowohl in personeller als auch in räumlicher Hinsicht, die für die Behandlung von Patienten im Bereich Psychiatrie und Psychotherapie ausgelegt ist, wohingegen dies bei der Beigel. nicht der Fall sei, ist nicht geeignet, allein ihr Krankenhaus als das der Krankenhausplanung am besten gerecht werdende darzustellen. Dieser Gesichtspunkt kann schon deshalb kein durchschlagendes Gewicht beanspruchen, weil nach einer Planaufnahme des konkurrierenden Krankenhauses – hier die Beigel. – auch dieses die Möglichkeit hat, eine grundsätzlich gleichqualifizierte Abteilung wie die im Krankenhaus der Ast'in aufzubauen, und ihm nicht negativ angelastet werden kann, was betriebswirtschaftlich sinnvoll ist, nämlich mit dem Aufbau einer solchen Abteilung erst nach gesicherter Planaufnahme zu beginnen. Zudem kann ein Krankenhausträger nicht durch Schaffung vollendeter Tatsachen die Planungsbehörde in ihrem Ermessen vorab festlegen. Es unterfällt seinem Risikobereich, wenn er in Kenntnis des Zusammenspiels zwischen der Krankenhausplanung nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz und der GKV-Versorgung nach dem Sozialgesetzbuch V eine Abteilung bzw. Betten ohne vorherige Planaufnahme oder Abstimmung mit der Krankenhausplanungsbehörde aufbaut bzw. unterhält (vgl. OVG NW, Beschl. v. 18.7.2002 – 13 B 1186/02, juris Rz. 7).

Ob und inwieweit der Ag. darüber hinaus seine Entscheidung auch auf Gemeinwohlgründe hat stützen dürfen bzw. inwieweit er bei seiner Entscheidung auch zu erwägen gehabt hätte, die

zu vergebenen Bettenkapazitäten gegebenenfalls unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten anteilig aufzuteilen, wird im Hauptsacheverfahren näher zu prüfen sein.

2. Der Antrag zu 2. ist zulässig, aber unbegründet.

a. Der Antrag zu 2. ist zulässig. Es besteht ein Rechtsschutzbedürfnis für diesen Antrag. Das allgemeine Rechtsschutzinteresse würde nur fehlen, wenn der Rechtsbehelf für den Rechtsschutzsuchenden offensichtlich keine rechtlichen oder tatsächlichen Vorteile bringen kann. Bei Verfahren, die das Begehren der Aufnahme in den Krankenhausplan zum Gegenstand haben, bietet grundsätzlich die Verpflichtungsklage „in eigener Sache“ vollständigen Rechtsschutz (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.9.2008 – 3 C 35.07, juris Rz. 38 = GesR 2009, 27; VGH Mannheim, Beschl. v. 13.6.2016 – 10 S 439/16, juris Rz. 10). Allerdings führt die Verpflichtungsklage möglicherweise nicht stets zu einem Aufnahmeanspruch, sondern lediglich zu einem Anspruch auf eine erneute Auswahlentscheidung. Daher kann eine zusätzliche – flankierende – Anfechtungsklage gegen den Drittbescheid als richtiger Rechtsbehelf zulässig sein. Das ist der Fall, wenn die Erfolgsaussichten der Klage gegen den „eigenen“ Feststellungsbescheid durch den zwischenzeitlichen Vollzug des den Dritten begünstigenden Bescheids faktisch geschmälert werden können. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der zurückgesetzte Bewerber die Planaufnahme erstrebt, in eigener Sache also eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines begünstigenden Feststellungsbescheides erhebt oder erheben müsste. Denn soweit lediglich ein Anspruch auf Neuentscheidung besteht, ist die dann gegebene Sach- und Rechtslage einschließlich aller zwischenzeitlich eingetretenen Veränderungen zu berücksichtigen. Dies folgt bereits aus dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage im Rahmen einer auf die Aufnahme in den Krankenhausplan gerichteten Verpflichtungsklage. Dabei kommt es nicht auf den den Antrag ablehnenden Bescheid, sondern vielmehr auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz an. In einer derartigen Fallgestaltung muss die Planbehörde mithin die tatsächlichen Veränderungen einbeziehen, die sich durch den Vollzug der Planaufnahme des Dritten zwischenzeitlich ergeben haben. Das wird die Erfolgsaussichten der Klage in eigener Sache nur dann nicht erheblich schmälern, wenn der Dritte bereits zuvor in den Plan aufgenommen war und diese Planposition lediglich fortgesetzt wurde (vgl. VGH Mannheim, Beschl. v. 19.11.2015 – 10 S 2004/15, juris; Beschl. v. 13.6.2016 – 10 S 439/16, juris Rz. 10; OVG Weimar, Urt. v. 3.11.2016 – 3 KO 578/13, juris Rz. 40).

Gemessen hieran kann der Ast'in das Rechtsschutzbedürfnis für die gegen die Drittbegünstigung gerichtete Anfechtungsklage und den diesbezüglichen Eilantrag nicht abgesprochen werden. Die Planposition des Krankenhauses der Beigel. wird hier nicht lediglich fortgesetzt. Mit dem Feststellungsbescheid vom 28.3.2017 werden diesem Krankenhaus erstmals vollstationäre Bettenplätze im Bereich der Psychiatrie und Psychotherapie zugewiesen.

Es ist in der Rechtsprechung auch geklärt, dass es sich bei § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG, welcher die Vorgaben für die behördliche Auswahlentscheidung regelt, um eine drittschützende Norm handelt, weil sie den ausgewählten Bewerber begünstigt und – als Kehrseite – seine Konkurrenten zurückweist. Wenn die Behörde zwischen mehreren Anbietern auswählt, betrifft ihre

Entscheidung zwangsläufig die Rechte all dieser Mitbewerber (BVerwG, Urt. v. 25.9.2008 – 3 C 35.07, GesR 2009, 27 = juris; OVG Weimar, Urt. v. 3.11.2016 – 3 KO 578/13, Rz. 41).

b. Der Antrag ist unbegründet.

Bei der hier zu treffenden Entscheidung nach § 80a Abs. 3 i.V.m. § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO hat das Gericht eine Abwägung vorzunehmen zwischen dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung des Feststellungsbescheides vom 28.3.2017, dem Interesse der Ast'in als der durch den Bescheid Belasteten, dass dieser bis zur abschließenden Klärung seiner Rechtmäßigkeit nicht vollzogen wird, und dem Interesse der Beigel. als der durch den Bescheid Begünstigten, bereits vor der abschließenden Klärung seiner Rechtmäßigkeit von ihm Gebrauch zu machen; bei dieser Abwägung ist die gesetzgeberische Entscheidung für den grundsätzlichen Vorrang des Vollzugsinteresses (vgl. § 9 Abs. 2 Satz 3 Landeskrankenhausgesetz) zu beachten.

Dabei stehen sich bei mehrpoligen Rechtsverhältnissen, insbesondere bei begünstigenden Verwaltungsakten mit belastender Drittwirkung wie dem hier angegriffenen Feststellungsbescheid, Rechtspositionen der entsprechend reziprok betroffenen Privaten grundsätzlich gleichrangig gegenüber. Von einem prinzipiellen prozessualen Vorrang des einen Aufnahmebescheid anfechtenden Dritten kann mithin nicht ausgegangen werden, so dass die Frage, wer bis zur Hauptsacheentscheidung das Risiko der Herbeiführung vollendeter Tatsachen tragen muss, primär nach dem materiellen Recht zu beantworten ist, also nach der Erfolgsaussicht des Hauptsacherechtsbehelfs (vgl. VGH Mannheim, Beschl. v. 13.6.2016 – 10 S 439/16, juris Rz. 10). Ein überwiegendes Interesse des durch den Verwaltungsakt begünstigten Beteiligten ist dann anzunehmen, wenn der von einem Dritte eingelegte Rechtsbehelf mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erfolglos bleiben wird und zudem die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung dem begünstigten Beteiligten gegenüber unbillig erscheinen muss. Hingegen überwiegt das Aussetzungsinteresse des Rechtsschutzsuchenden in aller Regel, wenn sein Rechtsbehelfs aller Voraussicht nach erfolgreich sein wird; denn weder besteht ein öffentliches Interesse am Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, noch hat der durch einen solchen Verwaltungsakt Begünstigte ein berechtigtes Interesse daran, die Begünstigung weiterhin auszunutzen.

Aufgrund der oben gemachten Ausführungen ist vorliegend davon auszugehen, dass der eingelegte Rechtsbehelf gegen den Bescheid vom 28.3.2017 keinen Erfolg haben wird. Der Ast'in stehen nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung weder ein Anspruch auf Aufnahme in den Krankenhausplan noch ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes zu. Demgegenüber erscheint die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung dem begünstigten Beteiligten gegenüber unbillig, so dass die aufschiebende Wirkung der Klage nicht anzuordnen war. ...

Kommunale Zuwendungen an Alters- bzw. Pflegeheim keine unzulässige Beihilfe

AEUV Art. 107 Abs. 1, Art. 108 Abs. 3; UWG § 3a

Zuwendungen einer kreisfreien Stadt an ein Alten-/Pflegeheim, das ein örtlich geprägtes Einzugsgebiet hat, Standardleistungen im Pflegebereich anbietet und dessen Bewohner nicht aus anderen Mitgliedstaaten, sondern nur aus der näheren Region stammen, stellen keine staatlichen Beihilfen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV dar. Es handelt sich um rein lokale Fördermaßnahmen ohne Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel. (amtl.)

OLG Nürnberg, Urt. v. 21.11.2017 – 3 U 134/17

(LG Regensburg – 6 O 381/16 (I))

Vergabe von Notarztleistungen im Rettungsdienst

GWB §§ 122 Abs. 4, 97 Abs. 1 S. 2; VgV § 46 Abs. 1

Zum Ausschluss von Ärzten für Orthopädie und Unfallchirurgie bei der Ausschreibung notärztlicher Leistungen im Rettungsdienst. (nicht amtl.)

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.2.2018 – VII-Verg 55/16

(Vergabekammer Westfalen – VK 1-42/16)

Aus den Gründen:

1. Die Ag'in schrieb nach Inkrafttreten des GWB 2016 den Abschluss von Dienstleistungsverträgen zur Bereitstellung von Notärztinnen und Notärzten für ihren kommunalen Rettungsdienst im offenen Verfahren EU-weit in 2 Losen aus. Die Vertragsdauer soll jeweils 4 Jahre betragen. Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis.

Streitbefangen ist das Los 2. Es betrifft im Wesentlichen das Bereitstellen von Notärztinnen/Notärzten zur Besetzung eines Notarzt-Einsatzfahrzeugs, das Stellen einer Oberärztin/eines Oberarztes Rettungsdienst und einen Sonderbedarf für die C. Kirmes.

Gemäß der Leistungsbeschreibung sollten die zur Verfügung gestellten Notärztinnen/Notärzte u.a. mindestens folgende Voraussetzungen erfüllen:

- Gültige Approbation als Ärztin/Arzt,
- mindestens 24-monatige klinische Tätigkeit,
- (davon) sechs Monate Weiterbildung ganztätig in Intensivmedizin, Anästhesiologie oder in der Notfallaufnahme, deren Tätigkeitsspektrum zu grundlegenden Kenntnissen und Erfahrungen in der Erkennung und Behandlung von lebensbedrohlichen Zuständen befähigt – unter besonderer Berücksichtigung der Themen Differenzierte Katecholamintherapie, Atemwegsmanagement, Differenzierte Beatmungstherapie (invasiv und nicht-invasiv) sowie Notfall-Narkoseführung,
- laufende oder abgeschlossene Weiterbildung in einem Fach mit engem Bezug zur Intensiv- und Notfallmedizin (Innere Medizin, Chirurgie, Anästhesiologie, Allgemeinmedizin),

- Fachkundenachweis „Arzt im Rettungsdienst“ beziehungsweise Zusatzweiterbildung Notfallmedizin einer Landesärztekammer ...

In Bezug auf die oder den zu stellenden Oberärztin oder Oberarzt Rettungsdienst formulierte die Leistungsbeschreibung u.a. folgende Mindestvoraussetzungen:

- Gültige Approbation als Ärztin/Arzt,
- abgeschlossene Weiterbildung in einem Fach mit engem Bezug zur Intensiv- und Notfallmedizin (Innere Medizin, Chirurgie, Anästhesiologie, Allgemeinmedizin),
- Zusatzweiterbildung Notfallmedizin einer Landesärztekammer ...

Daraufhin verlangte die Ast'in von der Ag'in, auch Ärzte mit der Fachkompetenz „Orthopädie und Unfallchirurgie“ zum notärztlichen Dienst zuzulassen, weil sie solche Ärzte in ihren Kliniken zahlreich beschäftigt. In der darüber entstandenen Korrespondenz lehnte die Ag'in eine derartige Erweiterung jedoch ab und präziserte den Begriff „Fach“ nebst einer Erläuterung des Fachgebiets „Chirurgie“ in einem „Änderungen im Leistungsverzeichnis“ genannten und Ende September 2016 veröffentlichten Dokument wie folgt:

Der Rettungsdienst braucht aus Sicht des Aufgabenträgers notärztliche Allrounder, d.h. Notfallmediziner/innen, welche intensivmedizinisch umfangreich ausgebildet sind und insbesondere Störungen der Vitalfunktionen sicher nicht-invasiv und invasiv versorgen können – gerade bei internistischen, neurologischen und Vergiftungs-Notfällen, welche den Hauptanteil der Einsätze ausmachen.

Höchste chirurgische Kompetenzen/Spezialisierungen z.B. im Bereich der Herzchirurgie, der Kinderchirurgie oder der Plastischen und Ästhetischen Chirurgie, sind aus Sicht des Aufgabenträgers in der präklinischen Notfallmedizin ebenso von untergeordnetem Nutzen wie umfangreiche Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten der konservativen Behandlung und operativen Versorgung von Erkrankungen der Stütz- und Bewegungsorgane (Facharztkompetenz Orthopädie und Unfallchirurgie).

Die ärztlich-fachliche Konzentration auf Erkrankungen der Stütz- und Bewegungsorgane wird aus Sicht des Aufgabenträgers – auch und gerade aufgrund zahlreicher negativer Erfahrungen der vergangenen Jahre im Rettungsdienst der Stadt H – den Bedürfnissen eines großstädtisch geprägten Rettungs- und Notarztdienstes nicht gerecht. Sog. „Chirurgische Notfälle“ stellen im Notarztdienst der Stadt H mit ca. zehn % des Einsatzaufkommens lediglich eine Ausnahme dar; meist handelt es sich hierbei um geringfügige, nicht lebensgefährliche Verletzungen. Darüber hinaus verteilen sich die „Chirurgischen Notfälle“ auf gefäß-, Thorax-, unfall-, viszeral-, kinder- und gynäkologisch-chirurgische Einsätze. Eine derart breit ausgerichtete notfallmedizinische Kompetenz sieht der Aufgabenträger im Gebiet Chirurgie innerhalb der Facharztkompetenz 6. 1 Allgemeine Chirurgie. ...

In Bezug auf das Gebiet „Chirurgie“ entsprechen die Anforderungen der Ausschreibung insbesondere der Facharztkompetenz 6.1. FA Allgemeine Chirurgie.

Die Facharztkompetenz „FA Orthopädie und Unfallchirurgie“ erfüllt die Qualitätsanforderungen der Ausschreibung ... für den Notarztdienst der Stadt H nicht.

Mit Anwaltsschreiben vom 13.10.2016 ließ die Ast'in den Ausschluss von Ärzten für Orthopädie und Unfallchirurgie als sachlich ungerechtfertigt rügen. Die Ag'in half der Rüge nicht ab und begründete dies im Schreiben vom 19.10.2016.

Unter dem 24.10.2016 reichte die Ast'in ein Angebot zu Los 2 ein, wobei sie im Begleitschreiben darauf aufmerksam machte:

Unser Angebot steht unter folgenden Vorbehalten:

- Die Facharztkompetenz „FA für Orthopädie und Unfallchirurgie“ wird formell anerkannt als die Facharztgruppe, die die Qualitätsanforderung der Ausschreibung ... für den Notarzdienst der Stadt H erfüllt.
- Der § 2 Abs. 5 der „Vereinbarung über die Bereitstellung von Notärztinnen und Notärzten für den Kommunalen Rettungsdienst des Auftraggebers“ ist dahingehend zu erweitern, dass der Auftraggeber vor den in diesem Abs. genannten Entscheidungen ein Fachgremium (der ÄLRD* und zusätzlich jeweils ein Leitender Notarzt oder Chefarzt der Auftragnehmer) konsultiert.

Der Auftraggeber wird durch dieses Fachgremium nicht in seiner grundsätzlichen Entscheidungsbefugnis eingeschränkt. Es dient einer qualitätsorientierten Kommunikation und der Sachlichkeit der Entscheidungsfindung, die für einzelne Notärztinnen und Notärzte und für den Auftragnehmer gegebenenfalls mit jeweils weitreichenden Konsequenzen verbunden ist.

* Ärztlicher Leiter Rettungsdienst

§ 2 Abs. 5 der den Vergabeunterlagen im Entwurf beigelegten Vereinbarung über die Bereitstellung von Notärztinnen und Notärzten sieht in der Originalfassung vor:

Stellt der Aufgabenträger fest, dass die/der eingesetzte NA nicht den Anforderungen der Abs. 1 – 4 entspricht oder aus anderem Grund für den Notarzdienst nicht geeignet ist, kann er die weitere Bereitstellung dieser NA für den Rettungsdienst ablehnen und vom Auftragnehmer die unverzügliche Gestellung eines geeigneten Ersatzes verlangen. Ebenso kann der Aufgabenträger die Beseitigung der in der Person des NA liegenden Mängel (z.B. Nachschulung, Rezertifizierung) verlangen. Die Entscheidung wird von Aufgabenträger nach pflichtgemäßem Ermessen getroffen. Im Falle einer Ablehnung begründet der Aufgabenträger seine Entscheidung schriftlich gegenüber dem Auftragnehmer.

Ebenfalls unter dem 24.10.2016 reichte die Ast'in einen Nachprüfungsantrag ein, mit dem sie begehrte, die Ag'in zu verpflichten, den Zuschlag für Los 2 nur unter Berücksichtigung ihres, der Ast'in, Angebots und Einbeziehung von Fachärzten für Orthopädie und Unfallchirurgie, insbesondere mit der Zusatzweiterbildung „Notfallmedizin“ zu erteilen.

Die Ag'in ist dem Nachprüfungsantrag entgegengetreten. ...

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag für zulässig, aber unbegründet erachtet. ...

Der Senat hat zur Frage der sachlichen Rechtfertigung eines allgemeinen Ausschlusses von Ärzten für Orthopädie und Unfallchirurgie vom notärztlichen Rettungsdienst Beweis durch Einholen eines mündlichen Sachverständigengutachtens von Prof. Dr. Dr. L. erhoben (ordentlicher Professor an der Technischen Hochschule K., Ärztlicher Leiter Rettungsdienst der Berufsfeuerwehr der Stadt K., Leiter des Instituts für Notfallmedizin der

Berufsfeuerwehr K. und Vorsitzender des Vorstands des Bundesverbands der Ärztlichen Leiter Rettungsdienst Deutschland e.V.).

II. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

Der Nachprüfungsantrag der Ast'in ist zulässig und begründet.

1. Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags:

Die Ast'in ist antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB) und hat ihrer Rügeobliegenheit genügt (§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB).

Die Antragsbefugnis der Ast'in lässt sich entgegen der Meinung der Ag'in nicht mit der Begründung verneinen, die Ast'in habe mit den beiden im tatbestandlichen Teil dieses Beschlusses dargestellten Vorbehalten die Ausschreibungsbedingungen geändert, was zum Ausschluss ihres Angebots führe (vgl. §§ 57 Abs. 1 Nr. 4, 53 Abs. 7 Satz 1 GWB). Die Vergabekammer hat dem zu Recht entgegengehalten, dass die Ast'in, sofern ihrem hauptsächlichen und gegen einen allgemeinen Ausschluss von Ärzten für Orthopädie und Unfallchirurgie gerichteten Begehren stattgegeben würde und die Ausschreibungsbedingungen abgeändert werden müssten, im Wege einer „zweiten Chance“ ein neues, vergaberechtskonformes Angebot einreichen kann.

Ein Interesse am Auftrag und eine mögliche Rechtsverletzung der Ast'in stehen nicht in Frage. Letztere sieht der Senat freilich nicht, wie die Vergabekammer (was auch an der Bezugnahme auf die Entscheidung des Senats vom 13.4.2016 – VII-Verg 47/15 deutlich wird), in einer Verletzung der vergaberechtlichen Grenzen der Beschaffungsautonomie des öffentlichen Auftraggebers (vgl. § 31 Abs. 6 VgV), sondern in einer behaupteten Überschreitung der dem Auftraggeber bei der Bestimmung der Eignungsanforderungen gesetzlich gesetzten Grenzen (§ 122 Abs. 4 GWB, § 46 Abs. 1 VgV).

Auch ein möglicher Schaden – eine mögliche Beeinträchtigung ihrer Auftragschancen – durch die Beschränkung des Notdienstes auf Ärzte für Innere Medizin, Chirurgie, Anästhesiologie und Allgemeinmedizin ist von der Ast'in dargetan worden. Im Senatstermin vom 8.11.2017 hat ihr Geschäftsführer unbestritten angegeben, die Ast'in beschäftige im Facharztbereich Orthopädie und Unfallchirurgie in ihren Kliniken überproportional zahlreiche Ärzte, nämlich etwa 60.

Allein unter den übrigen Ärzten Notärzte für die streitbefangene Ausschreibung zu finden, sei in ihrer Lage schwierig; diese seien nicht in ausreichender Zahl verfügbar, wenn der Klinikbetrieb nicht beeinträchtigt werden solle. Die Beschränkung der Ausschreibung wirke sich nachteilig auf ihren Krankenhausbetrieb aus und benachteilige sie, die Ast'in, bei der Kalkulation. Dies lässt sich nachvollziehen, zumal die Ast'in wegen der Beschränkung der Ausschreibung auf bestimmte Fachrichtungen zu Umdisponierungen im Klinikbetrieb und zu Neueinstellungen angehalten werden kann, welche die Kalkulation eines Angebots erschweren und dieses verteuern kann.

Die Rügefrist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist mit der Rüge vom 13.10.2016, nachdem die geänderte Leistungsbeschreibung auf der gewählten Vergabepattform Ende September 2016 von der Ag'in veröffentlicht worden ist, unwiderlegt eingehalten worden.

2. Begründetheit des Nachprüfungsantrags:

Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

a) Nichtzulassung von Ärzten für Orthopädie und Unfallchirurgie zum Rettungsdienst:

aa) Die Ag'in hat in der Leistungsbeschreibung der Sache nach Eignungsanforderungen gestellt (vgl. § 122 Abs. 4 GWB, § 46 Abs. 1 VgV – die berufliche Leistungsfähigkeit betreffend).

Eignungskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen (§§ 122 Abs. 4, 97 Abs. 1 Satz 2 GWB – Verhältnismäßigkeitsprinzip).

Der öffentliche Auftraggeber kann im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bewerber oder Bieter Anforderungen stellen, die sicherstellen, dass die Bewerber oder Bieter über die erforderlichen personellen und technischen Mittel sowie ausreichende Erfahrungen verfügen, um den Auftrag in angemessener Qualität ausführen zu können. Bei Lieferaufträgen, für die Verlege- oder Installationsarbeiten erforderlich sind, sowie bei Dienstleistungsaufträgen darf die berufliche Leistungsfähigkeit der Unternehmen auch anhand ihrer Fachkunde, Effizienz, Erfahrung und Verlässlichkeit beurteilt werden (§ 46 Abs. 1 VgV).

Soweit in den genannten Vorschriften Regeln für Eignungsanforderungen an Unternehmen aufgestellt worden sind, darf der öffentliche Auftraggeber diese gleichermaßen auf die zur Ausführung des Auftrags einzusetzenden Kräfte beziehen.

Bei dem gegebenen Normenbestand unterliegen die vom Auftraggeber aufgestellten Eignungsanforderungen einer dichten Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen. Zwar hat der Auftraggeber einen Festlegungsspielraum. Ein Ermessen gibt es im Rechtssinn aber nicht.

bb) Der Sachverständige Prof. Dr. Dr. L. hat dazu im Wesentlichen ausgeführt:

Einen Facharzt für Notfallmedizin gibt es in Deutschland nicht.

Die bislang kodifizierten Anforderungen für eine Notarztausbildung seien generell ungenügend.

Darüber sei die Ag'in in der Ausschreibung aber ohnehin bereits hinausgegangen:

- Gefordert werde für Notärzte nicht nur eine 18-monatige, sondern eine 24-monatige klinische Tätigkeit.
- Außerdem werde nicht nur eine dreimonatige Weiterbildung in Intensivmedizin, Anästhesiologie oder in der Notfallaufnahme, deren Tätigkeitsspektrum zu grundlegenden Kenntnissen und Erfahrungen in der Erkennung und Behandlung von lebensbedrohlichen Zuständen befähigt – unter besonderer Berücksichtigung der Themen Differenzierte Katecholamintherapie, Atemwegsmanagement, Differenzierte Beatmungstherapie (invasiv und nicht-invasiv) sowie Notfall-Narkoseführung, sondern eine sechsmonatige Weiterbildung verlangt.
- Und schließlich werde eine laufende oder abgeschlossene Weiterbildung in einem Fach mit engem Bezug zur Intensiv- und Notfallmedizin (Innere Medizin, Chirurgie, Anästhesiologie, Allgemeinmedizin) zum Maßstab erhoben – ebenso wenig eine allgemeine Anforderung.

Einen pauschalen Ausschluss von Ärzten für Orthopädie und Unfallchirurgie vom Notdienst hat der Sachverständige in diesem Zusammenhang aufgrund seiner Erfahrungen für sachlich ungerechtfertigt gehalten. Beim Einsatz von Notärzten sei auf die individuellen Kenntnisse und Erfahrungen abzustellen, die oftmals eine Eignung belegten (oder aber zu einer Verneinung führen könnten). Bestätigt wird dies dadurch, dass z.B. der Ennepe-Ruhr-Kreis zeitnah einen Orthopäden als Leiter des ärztlichen Rettungsdienstes eingestellt hat.

Die Ausführungen des Sachverständigen sind im Senatstermin von den Verfahrensbeteiligten nicht bezweifelt worden. Sie sind anschaulich und nachvollziehbar gewesen und werden deswegen vom Senat geteilt. Die von der Ag'in aufgestellten Eignungsanforderungen, die mit einem generellen Ausschluss von Ärzten für Orthopädie und Unfallchirurgie verbunden sind, stehen zum Auftragsgegenstand zwar in Verbindung; sie stehen zu diesem aber in keinem angemessenen Verhältnis. Dazu hat der Senat auch bereits in den Beschlüssen vom 11.12.2013 – VII-Verg 25/13 und 19.11.2014 – VII-Verg 30/14 entschieden, der öffentliche Auftraggeber dürfe diejenigen Eignungsanforderungen stellen, die zur Sicherstellung des Erfüllungsinteresses erforderlich sind, die mit den gesetzlichen Bestimmungen im Einklang stehen und die nicht unverhältnismäßig, nicht unangemessen und für Bewerber und Bieter nicht unzumutbar sind.

Die Ag'in hat sich dagegen verteidigt, für eine Einzelfallprüfung der Eignung von Notärzten über keine ausreichenden Ressourcen zu verfügen. Damit dringt sie nicht durch. Schon das Gebot der Verhältnismäßigkeit (§ 97 Abs. 1 Satz 2 GWB) fordert, dass vor einem generellen Ausschluss einer bestimmte Ärztegruppe vom Rettungswesen eine Einzelfallprüfung vom öffentlichen Auftraggeber vorgenommen wird. Dieser hat die Vergabestelle mit den dafür notwendigen personellen und sachlichen Mitteln auszustatten.

cc) Vorfälle in der Vergangenheit:

Die Ag'in hat mit der im Beschwerdeverfahren vorgelegten Dokumentation fünf Fälle von Behandlungsfehlern mit zum Teil tödlichen Folgen durch Orthopäden und Unfallchirurgen im ärztlichen Rettungsdienst in der Zeit von Dezember 2014 bis Januar 2017 namhaft gemacht. Dies erfordert jedoch keine andere rechtliche Beurteilung der Sache. Es handelt sich um lokale Einzelfälle, bei denen ebenso wenig der Nachweis geführt worden ist, die behaupteten Behandlungsfehler seien ursächlich für die geltend gemachten Todesfolgen gewesen. Dies entspricht auch der Einschätzung des Sachverständigen, der der Senat folgt.

b) Änderungen an den Ausschreibungsbedingungen:

Die in 2 Vorbehalten zum Ausdruck gekommenen Änderungen der Ast'in an den Ausschreibungsbedingungen wirken sich nicht nachteilig für diese aus. Denn die Ag'in hat die Ausschreibungsbedingungen zu ändern und hat die Ausschreibung auch für Ärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie zu öffnen. Nach Veröffentlichung jener Änderung haben alle potentiellen Bieter Gelegenheit, neue Angebote einzureichen, zu bekommen, mit denen sie Ausschlussgründe vermeiden können.

c) Entscheidung:

Auf den festgestellten Rechtsverstoß hat der Senat als Beschwerdegericht – wie die Vergabekammer – die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern (§ 168 Abs. 1 Satz 1 GWB). Dies ist im Streitfall die Untersagung des Zuschlags. Dagegen kann der Senat der Beschwerde nicht nach dem gestellten Antrag, der Ag'in eine Wiederholung der Angebotswertung unter Einbeziehung des Angebots der Ast'in aufzugeben, stattgeben. Damit unterläge das Angebot der Ast'in weiterhin einem Ausschluss wegen einer Änderung an den Vergabeunterlagen (§ 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV), und zwar zumindest deswegen, weil sie an § 2 Abs. 5 des Vereinbarungsentwurfs über die Bereitstellung von Notärzten Änderungen angebracht hat.

Der Senat darf aber ebenso wenig in den Entscheidungsspielraum der Ag'in eingreifen, wie sie den Rechtsverstoß beheben will. Sie kann dies tun, indem sie die Ausschreibung nunmehr für Orthopäden und Unfallchirurgen öffnet. Dabei hat sie sich auch zu entscheiden, ob sie ausschließlich Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie für den Notarztdienst zulassen will oder ob diese Anforderung dem zur Verfügung zu stellenden Oberarzt Rettungsdienst vorbehalten bleiben soll und „einfache“ Notärzte auch solche sein können, die sich in einer laufenden Weiterbildung zum Facharzt für Innere Medizin, Chirurgie, Anästhesiologie, Allgemeinmedizin oder Orthopädie und Unfallchirurgie befinden. In jedem Fall bedarf es freilich einer vorherigen Änderung der Ausschreibungsbedingungen, die hinsichtlich der Art und Weise, wie sie ausfallen soll, der Ag'in zu überlassen ist. Dies verweist den Senat darauf, mit der Beschwerdeentscheidung lediglich eine Untersagung des Zuschlags auf der Grundlage der bestehenden Ausschreibungsbedingungen auszusprechen.

Injektionen zur Gewichtsabnahme sind Heilbehandlung

BGB § 603c Abs. 1 S. 1; HPG § 1; StGB § 224

Die Verabreichung subkutaner Injektionen zur Gewichtsabnahme stellt eine Heilbehandlung im Sinne des § 1 Heilpraktikergesetz dar; sie ist folglich Ärzten oder Heilpraktikern vorbehalten.

§ 630c Abs. 2 Satz 1 BGB ist bei gefährlichen Eingriffen wie einer subkutanen Injektion jedenfalls analog auch dann anwendbar, wenn sie von einem Nicht-Arzt durchgeführt werden.

(alle nicht amtl.)

AG Saarbrücken, Urt. v. 8.11.2017 – 121 C 478/17 (09), n.rkr.

Aus dem Tatbestand:

1. Die Parteien streiten um abgetretene Ansprüche aus einem Dienstleistungsvertrag.

Die Zedentin – eine Firma „E GmbH“ – betreibt in Saarbrücken ein sog. „E Therapiezentrum“. Die Bekl. vereinbarte mit der Zedentin die Teilnahme an der „Original E Therapie“ im Zeitraum 10.1.2017 bis 30.3.2017 und im Gegenzug für diese 84 Therapietage eine Vergütung von € 3.500.

In der als Anlage K1 vorgelegten schriftlichen Vereinbarung „für die Behandlung Original-e-Therapie zur Gewichtsabnahme“ heißt es u.a., dass „die Kosten der Original-e-Therapie weder von privaten, noch von gesetzlichen Krankenkassen getragen“ würden und dass sie „weder beihilfe- noch zuschussfähig“ seien.

Weiter heißt es „Am ersten Therapietag entsteht ein Kostenanteil für die Anamnese, die Eingangsuntersuchung, die individuelle Therapieplanung sowie das Aushändigen des Ernährungs-Know-hows i.H.v. € 450 ...“ und „Der Teilnehmer verpflichtet sich, die zur Therapie gehörenden Maßnahmen strikt einzuhalten und dafür Sorge zu tragen, dass die subkutanen Injektionen (unter die Haut) regelmäßig entgegengenommen werden.“

Die 1967 geborene Bekl. füllte am 10.1.2017 bei der Zedentin einen Fragebogen aus, in dem sie u.a. zu ärztlichen Behandlungen Auskunft gab. Sie wog ihren Angaben zufolge bei 1,67 cm Größe 130 kg und wollte 85 kg wiegen.

Der Bekl. wurde eine Ratenzahlung von 35 Raten à € 100 ab 1.2.2017 eingeräumt. Sie erhielt eine Widerrufsbelehrung und wollte trotz laufender Widerrufsfrist mit der Therapie beginnen. Die Bekl. erteilte Abbuchungsmandat und zeigte sich mit einer Abrechnung und Beitreibung der der Forderung durch die Kl. einverstanden.

Am 11.1.2017 erteilte die Kl. – der privatärztliche Abrechnungsservice Dr. ... – Rechnung über € 3.500 inkl. € 558,82 MwSt.

Am 6.2.2017 widerrief die Bekl. den Vertrag und kündigte ihn unter Verweis auf Nebenwirkungen der subkutanen Spritzen (Kopfschmerzen, Schwindel, Blutdruckerhöhung).

Mit Schreiben vom 17.2.2017 teilte die Kl. der Bekl. mit, weder Widerruf noch Kündigung würden akzeptiert, es handele sich bei der Therapie um eine auf Ernährungsumstellung basierende Stoffwechseltherapie unter ärztlicher Aufsicht. Die Nebenfolgen bestreite man und halte die Vertragsleistungen im Leistungszeitraum weiterhin offen.

Mit Schreiben vom 21.2.2017 forderte die Bekl. anwaltlich Anerkennung der Kündigung und ein Schmerzensgeld von € 400. Die Bekl. wisse noch nicht einmal, was für ein Mittel gespritzt worden sei.

Mit Schreiben vom 24.3.2017 akzeptierte die Kl. die Kündigung dann unter den Bedingungen des § 627 BGB unter Aufrechterhaltung der bis zur Kündigung angefallenen Teilleistungen. Es sei ein „homöopathisches“ Mittel gespritzt worden.

Über Risiken und Nebenwirkungen ist nicht aufgeklärt worden. Der Bekl. wurde vor Verabreichung der subkutanen Spritzen nicht mitgeteilt, welches Mittel gespritzt worden ist. Dem entsprechenden Vortrag der Beklagtenseite ist die Kl. nicht entgegengetreten.

Mit Schreiben vom 11.4.2017 rechnete die Kl. unter § 627 BGB dann € 1.330,37 ab, wobei sie € 450 für Vorableistungen und sodann den Anteil von 27 Therapietagen berechnete.

Die Kl. legt eine Abtretungsbestätigung zum 28.7.2017 vor.

Auf Hinweisbeschluss teilte die Kl. am 25.9.2017 mit, dass eine Notwendigkeit für eine Therapieerlaubnis nicht bestünde. Dies wird auf rechtliche Erwägungen gestützt.

2. Die Kl. ist der Ansicht, eine Therapieerlaubnis nach dem Heilpraktikergesetz sei nicht erforderlich, da die Voraussetzungen des § 1 dieses Gesetzes nicht erfüllt seien. ...

Aus den Gründen:

I. Die zulässige Klage ist nicht begründet.

1. Die Kl. hat keinen Anspruch aus abgetretenem vertraglichem Recht auf Zahlung von € 1.330,37 gegen die Bekl. Der abgetretene Anspruch besteht nicht.

a) Die Vereinbarung zwischen der Zedentin und der Bekl. vom 10.1.2017 ist rechtlich unwirksam. Sie ist nach § 134 BGB nichtig, weil sie gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.

aa) Die Zedentin verstößt mit der ihr obliegenden Leistung gegen ein gesetzliches Verbot. Der Zedentin fehlt die erforderliche Genehmigung nach § 1 HPG.

Die Norm lautet:

§ 1

(1) Wer die Heilkunde, ohne als Arzt bestellt zu sein, ausüben will, bedarf dazu der Erlaubnis.

(2) Ausübung der Heilkunde im Sinne dieses Gesetzes ist jede berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen, auch wenn sie im Dienste von anderen ausgeübt wird.

(3) Wer die Heilkunde bisher berufsmäßig ausgeübt hat und weiterhin ausüben will, erhält die Erlaubnis nach Maßgabe der Durchführungsbestimmungen; er führt die Berufsbezeichnung „Heilpraktiker“.

Die Ausübung der Heilkunde ist folglich unter Erlaubnisvorbehalt verboten. Entgegen der Auffassung der Klägerseite fällt die „original e Therapie“ auch unter das generelle Verbot der Heilkunde.

(1) Die Zedentin handelte gewerbsmäßig. Unstreitig betreibt sie ein „Therapiezentrum“. Ihre Leistungen stehen dem Publikumsverkehr offen und werden mit Gewinnerzielungsabsicht offeriert.

(2) Die Tätigkeit bezieht sich auf Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen.

Bei der Bekl. lag nach den unstreitigen Grunddaten zumindest die anfängliche Indikation zur Annahme einer Krankheit, nämlich auf Adipositas, vor. Nach der WHO-Definition liegt eine Adipositas ab einem Körpermasseindex (BMI) von 30 kg/m² vor, wobei der BMI als Quotient von Körpergewicht und der quadrierten Körpergröße ermittelt wird. Dem entsprechen die Leitlinien der Deutschen Adipositasgesellschaft, wie sie bereits in der Rechtsprechung u.a. des VGH Mannheim aufgegriffen wurden:

23 Soweit die Antragstellerin eine Aussage aus dem Gutachten des CVUA vom 16.3.2017 herausgreift, wonach „Übergewicht mit vermehrtem Bauchfett“ „gemäß Empfehlung 5.1 [der Leit-

linie „Prävention und Therapie der Adipositas“ u.a. der Deutschen Adipositasgesellschaft] eine Indikation zur Behandlung“ sei, erweist sich diese als missverständlich. Denn die Leitlinie sieht im Kapitel 5.1 (Indikationen) in den Empfehlungen 5.1 Indikationen für eine Behandlung übergewichtiger und adipöser Menschen lediglich vor

24 bei einem BMI $\geq 30 \text{ kg/m}^2$ (Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschl. v. 30.8.2017 – 9 S 1861/17, Rz. 24, juris)

Nach den Daten der Bekl. aus dem Anamnesebogen lag ihr Wert bei 130kg Gewicht und 1,67m Größe über 45 kg/m², was zumindest eine Anfangsindikation für eine Krankheit begründet.

Im Übrigen erfasst der Begriff des „Leidens“ auch eine rein subjektive Unzufriedenheit mit dem eigenen Körper, die durch konkrete heilbehandelnde, typischerweise Ärzten vorbehaltene Behandlungsmethoden und Eingriffe in den Körper ausgeglichen werden soll (vgl. dazu die Kasuistik zur Faltenunterspritzung und Botoxinjektionen in Heinz/Haage, Heilpraktikergesetz, 2. Aufl., § 1 Rz. 16 m.w.N.). Das ist nachgerade bei dem Wunsch einer Gewichtsreduktion der Fall, wobei es allerdings auf die Art der Therapie ankommt.

(3) Die „Original e Therapie“ stellt Heilkunde im Sinne einer Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen dar.

Zwar darf der sog. Eindruckstheorie nach dem Urteil des BVerfG (Beschl. v. 3.6.2014 – 2 BvR 1802/02) nicht mehr uneingeschränkt gefolgt werden, doch ist nach Auffassung des erkennenden Gerichts die Art der vereinbarten Therapie entscheidend für die Frage, ob es sich um eine erlaubnispflichtige Behandlung oder eine nicht erlaubnispflichtige Diätberatung handelt. In diesem Rahmen spielt auch der dem Patienten vermittelte Eindruck weiterhin eine hervorgehobene Rolle. Denn offensichtlich wird niemand bei einem Programm, das ausschließlich auf eine Ernährungsumstellung und deren Kontrolle, gegebenenfalls in Kombination mit einer Anleitung zu vermehrter körperlicher Betätigung, einen ärztlichen Heileingriff annehmen wollen, weil auch Nicht-Ärzte Diät- oder Sportberatung erteilen können.

Anders verhält es sich dagegen bei angeleiteten Programmen, die als wesentlichen Bestandteil auf die Einnahme von Medikamenten oder sonstige, typischerweise nur von Ärzten angewendete Methoden aufweisen. Heilkunde liegt daher nach zutreffender Rechtsprechung folglich stets vor, wenn einerseits für die Behandlung medizinische Fachkunde erforderlich ist und andererseits eine generelle und abstrakte Gefahr mit dem Eingriff verbunden ist:

19 Mit § 1 Abs. 1 HPG wird das Ziel verfolgt, den einzelnen und die Allgemeinheit vor unberufenen Heilbehandlern zu schützen (s. auch Schelling in Spickhoff, Medizinrecht 2011, S. 822 m.w.N.). Das zum Schutz der Volksgesundheit als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut angeordnete präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist als erforderliche subjektive Zulassungsschranke mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar (BVerfG, Beschl. v. 10.5.1988 – 1 BvR 482/84, 1 BvR 1166/85; Quaas/Zuck, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008 S. 748; Schelling in Spickhoff, a.a.O., S. 823).

20 Die in § 1 Abs. 2 HPG definierte Ausübung der Heilkunde im Sinne dieses Gesetzes ist verfassungskonform dahin auszulegen, dass eine Ausübung der Heilkunde stets dann vorliegt, wenn die Tätigkeit ärztliche bzw. medizinische Fachkenntnisse erfordert und die Behandlung – bei generalisierender und typisierender Betrachtung der in Rede stehenden Tätigkeit – gesundheitliche Schädigungen verursachen kann. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit reicht aber ein nur geringfügiges Gefahrenmoment nicht aus, um die Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 HPG auszulösen. Das Gefährdungspotential wird zudem geringer, je weiter sich das Erscheinungsbild des Behandlers von einer medizinisch/ärztlichen Behandlung entfernt (OVG NW, Beschl. v. 28.4.2006 – 13 A 2495/03; Schelling in Spickhoff, a.a.O., S. 825 m.w.N.).

(OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.2.2012 – 4 U 197/11, Rz. 19, juris).

Diese Bedingungen liegen gegenständlich vor: Die Bekl. führte eine Kurzanamnese durch und übergab der Bekl. Spritzen zur subkutanen Injektion mit einer unbekannten Wirksubstanz von der sie selbst nur angibt, es handele sich um ein homöopathisches Mittel. Bei einer subkutanen Injektion eines Medikaments handelt es sich indes um einen Ärzten vorbehaltenen Eingriff in den Körper der Patientin. Nach der Rechtsprechung des OLG Karlsruhe, der sich das erkennende Gericht anschließt, ist dies für Faltenunterspritzung entschieden:

23 Das Injizieren des Füllmaterials in die Haut erfordert neben dem gebotenen notwendigen allgemeinen Wissen bei der Verabreichung von Injektionen auch zusätzliche Kenntnisse über den Aufbau und die Schichten der Haut sowie über den Verlauf von Blutgefäßen, Nervenbahnen und Muskelsträngen (vgl. auch OVG NW, a.a.O.; VG Trier, Urt. v. 23.1.2003 – 6 K 867/02.TR). Es kommt hinzu, dass sich selbst für einen Laien bei schlichter Betrachtung des Vorgangs der Faltenunterspritzung die Notwendigkeit dermatologischer Kenntnisse aufdrängt. Da es sich um das Einbringen dauerhafter Implantate in die Gesichtshaut handelt, muss sowohl die zu füllende Hautschicht fachkundig ermittelt und getroffen als auch die Unbedenklichkeit des zu verwendenden Implantats beurteilt werden (so auch BVerwG, Beschl. v. 25.6.2007 – 3 B 82/06).

(OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.2.2012 – 4 U 197/11, Rz. 23, juris).

Nach diesen Grundsätzen kann auch für die schlichte Injektion eines unbekannten Mittels unter die Haut nichts anderes gelten. Schon mit einer subkutanen Injektion sind erhebliche gesundheitliche Gefahren verbunden sind. So besteht bei jeder Injektion das Risiko eines anaphylaktischen Schocks sowie der Infektion mit Keimen. Diese Feststellung kann das Gericht aus eigener Sachkenntnis auch ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen treffen, denn sie ist in der Medizin unumstritten und allgemein bekannt. Nach Sinn und Zweck des Heilpraktikergesetzes muss folglich ein solcher Eingriff einem Heilbehandler vorbehalten bleiben, auch und gerade, wenn die Spritzen zur Selbstinjektion übergeben werden. Denn dann bedarf es im Vorfeld einer ordnungsgemäßen Aufklärung nach § 630c BGB durch einen zugelassenen, sachkundigen Heilbehandler oder Arzt. Nur ein Arzt kann beurteilen, welche Flüssigkeit bedenkenlos wohin im Körper gespritzt werden kann.

Im Übrigen gab sich die Kl. durch weitere Umstände die Anmutung eines ärztlichen Zentrums:

- So bezeichnete sie ihre Diät nicht als solche, sondern als „Therapie“. Schon nach allgemeiner Definition (wie etwa Wikipedia) bezeichnet das Wort Therapie (altgriechisch θεραπεία therapeia „Dienst, Pflege, Heilung“) aber Maßnahmen zum Behandeln von Behinderungen, Krankheiten und Verletzungen aufgrund einer zuvor erlangten Diagnose. Auch die im Vertragsformular enthaltenen Begriffe Anamnese, Eingangsuntersuchung und Therapieplanung müssen die Annahme des Patienten verstärken, er befinde sich in Heilbehandlung.
- Forderungen lässt die Zedentin nicht durch einen gewöhnlichen Inkassodienst, sondern durch die Kl., einen „privatärztlichen Abrechnungsservice Dr. ...“ abrechnen, wie es sonst nur Ärzte und andere Heilberufe zu tun pflegen. Dieser wirbt mit einem Askolapstab. Beides wird der Patientin schon bei Vertragsschluss mitgeteilt.
- In ihren AGB weist die Zedentin darauf hin, dass die Therapie weder von den Krankenkassen, noch von privaten Krankenversicherungen oder der Beihilfe bezahlt werde. Bei einer schlichten Diätberatung hätte ein Kunde diese Vermutung indes gar nicht. Der Hinweis führt mithin ebenfalls zur Annahme einer Heilbehandlung.

Colorandi causa ist darauf hinzuweisen, dass die Kl. vorprozessual im Schreiben vom 17.2.2017 gegenüber der Bekl. behauptet hatte, die Therapie stünde unter ärztlicher Aufsicht. Trotz des Hinweisbeschlusses des Gerichts hat die Kl. diese Behauptung aber nicht in das Verfahren eingeführt.

(4) Eine Erlaubnis – ärztliche Approbation oder Heilpraktikererlaubnis – hat die Kl. schon nicht dargelegt.

bb) Das verletzte Verbot erfasst auch und gerade das vorliegende Rechtsgeschäft nach Sinn und Zweck, denn Patienten sollen vor Behandlungen durch nicht beaufsichtigte und nicht in ihrer Sachkunde ausgewiesene Heilbehandler geschützt werden.

cc) Die Nichtigkeit der Spritzenbehandlung erfasst den gesamten Vertrag, da den vertraglichen Vereinbarungen ein Salvator nicht entnommen werden kann. Schon kraft gesetzlicher Bestimmung folgt ohne eine solche Klausel die Gesamtnichtigkeit. Im Übrigen folgt auch aus dem Vertrag selbst, dass die subkutanen Injektionen ausweislich des ausdrücklichen Hinweises der Zedentin an die Bekl. Kernbestandteil der sog. Therapie sind und dass die Therapie ohne den Wirkstoff nach der Vereinbarung der Parteien keinen Sinn macht. Dies folgt zwingend aus dem an herausgehobener Stelle Hinweis, dass die subkutanen Injektionen regelmäßig entgegenzunehmen seien. Eine Teilung der Leistungen ist daher nicht möglich, denn auch die nach dem Vertrag am ersten Therapietag erteilten Leistungen „Anamnese, Eingangsuntersuchung, individuelle Therapieplanung und Ernährungs-Know-how“ sind – wie der folgende Satz im Vertrag vom 10.1.2017 belegt, auf die Therapie als solche ausgerichtet; hierbei sind die Spritzen der wesentliche Bestandteil.

b) Im Übrigen stünde dem Anspruch der Kl. jedenfalls aus dem Gesichtspunkt *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* (§ 242 BGB) ein im Vergleich zur Honorarforderung gleich hoher Schadenersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB i.V.m. § 223 StGB gegen die Zedentin entgegen, den sie sich nach § 404 BGB entgegenhalten lassen muss.

Denn nach dem (unstreitigen) Sachverhalt ist die Behandlung der Bekl. rechtlich als vorsätzliche gefährliche Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs i.S.d. § 223 ff. StGB zu werten.

aa) Bei der Injektion einer unbekannten Substanz mittels Spritze handelt es sich per se um eine gefährliche Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs nach §§ 223, 224 StGB. Durch den Einstich in den Körper ist der objektive Tatbestand erfüllt; denn das Herbeiführen einer Einstichstelle als Loch in der Haut und das Vorhandensein eines körperfremden Stoffes im Körper stellt per se einen pathologischen Zustand dar. Es handelt sich dabei auch nicht um eine Bagatelle, da durch die Öffnung der Haut die Gefahr für Infektionen begründet wird.

bb) Im konkreten Fall ist das Eigenhandeln der Bekl. den Behandlern der Zedentin zurechenbar. Denn letztere sind einerseits zwanglos als Erfüllungsgehilfen i.S.d. § 278 BGB anzusehen.

bb) Weiterhin liegt ein Fall der mittelbaren Täterschaft kraft überlegenen Sachwissens vor. Denn die Bekl. wusste – anders als die Zedentin – nicht – so der unstreitige Sachverhalt – was sie sich spritzte. Die Kl. hat selbst im hiesigen Prozess nicht offenbart oder offenbaren können, welche Substanz die Zedentin insofern verwendet. Daraus folgt zwingend, dass dieser Umstand auch der Bekl. nicht bekannt war. Den entsprechenden Vortrag der Bekl. hat die Kl. konsequent auch nicht bestritten.

cc) Eine Rechtfertigung bzw. ein tatbestandsausschließendes Einverständnis liegt nicht vor. Nur soweit der Behandler den Informationspflichten des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB genügt, vermag eine subkutane Spritze als Heileingriff über § 224 StGB rechtfertigbar sein. Die Norm des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB ist bei gefährlichen Eingriffen wie einer subkutanen Spritze jedenfalls analog anwendbar, auch wenn sie von einem Nicht-Arzt durchgeführt werden: Nur nach einer hinreichenden Aufklä-

rung über Inhalt, Folgen und Risiken eines Eingriffs ist eine rechtsgültige Einwilligung möglich.

Da die Kl. den Vortrag der Bekl., sie wisse nicht, was ihr gespritzt werden sollte, nicht bestritt, kann dem § 630c Abs. 1 S. 1 BGB unabhängig vom weiteren Vortrag nicht genügt sein. Die Angabe, es habe sich um homöopathische Mittel gehandelt, genügt nicht im Rahmen des § 630c BGB und enthebt die Zedentin nicht ihrer Aufklärungspflicht.

c) Dahingestellt bleiben kann, ob der Honoraranspruch der Kl. auch an einer auf §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB oder Wucher gestützten Einrede dolo agit scheitert, selbst wenn diese Verstöße mit Blick auf die nicht substantiiert behauptete Wirksamkeit der Injektionen und den Preis von € 3.500 nahe- liegen mögen.

2. Die Kl. hat auch keinen (teilweisen) Anspruch auf Zahlung gegen die Bekl. aus sonstigen Rechtsgrundlagen, etwa ungerechtfertigter Bereicherung, jeweils in Verbindung mit der Abtretung.

Denn die Bereicherung mit einer verbotenen Leistung kann technisch nicht als Erlangtes i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gewertet werden. Es verstieße auch gegen den Grundgedanken des § 134 BGB, die erlaubten Teilleistungen der Zedentin über Bereicherungsrecht gesondert zu honorieren. Denn wie oben festgestellt war die Leistung der Zedentin unteilbar, auch die vorab erbrachten Leistungen zielten auf die weitere Therapie mittels Spritzen ab. Die Teilleistungen vom ersten Tag (Anamnese, Eingangsuntersuchung, Ernährungs-Know-how, Therapieplanung) blieben rechtlich mithin unselbständig und führten nicht zu einem „Erlangten“ im genannten Sinne.

Im Übrigen schlosse § 817 S. 2 BGB einen solchen Anspruch aus. ...

Rezensionen

Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht

Handbuch, 2. Aufl., München (C.H. Beck) 2017, 710 Seiten, 149 €

Nach der Ersterscheinung des Handbuchs „Krankenhausrecht“ im Jahr 2010 ist nunmehr die 2. Aufl. erschienen, nachdem sich in der Zwischenzeit die Rechtsgrundlagen für die stationäre Gesundheitsversorgung erheblich geändert haben und eine Überarbeitung erforderlich machten. Eingearbeitet wurden das im Jahr 2016 in Kraft getretene Gesetz zur Reform der Strukturen der Krankenhausversorgung (KHSG) sowie das Gesetz zur Weiterentwicklung der Versorgung und Vergütung für psychiatrische und psychosomatische Leistungen (PsychVVG). Daneben sind zwei neue Kapitel eingefügt worden zu den Fragen der Qualitätssicherung im Krankenhaus sowie zu Medizinischen Versorgungszentren in Krankenhausträgerschaft. Einheitlicher Rechtsstand des Werkes ist nach Angaben der Herausgeber der 1.1.2017.

Die Autoren des ersten Kapitels widmen sich den Grundsätzen der Gesundheitsökonomie, darauf aufbauend werden krankenhauspolitische Fragen unter gesundheitsökonomischen Aspekten diskutiert. Im zweiten Kapitel werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben für das Krankenhausrecht erörtert, im dritten Kapitel die europarechtlichen Vorgaben für das Krankenhausrecht. Das vierte Kapitel befasst sich eingehend mit den Grundlagen und dem System der Krankenhausplanung der Bundesländer, im fünften Kapitel wird das Recht der Krankenhausfinanzierung abgehandelt. Es folgen Ausführungen zur Krankenhausbehandlung als Leistung der GKV sowie in den nachfolgenden Kapiteln zur Qualitätssicherung, und zwar konkret im Krankenhausplanungsrecht als auch im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, zur Krankenhausbehandlung als PKV-Leistung, zur Kooperation von Krankenhäusern mit anderen Leistungserbringern, zu Medizinischen Versorgungszentren in Krankenhausträgerschaft, zu wettbewerbs- und steuerrechtlichen Fragen des Krankenhauswesens, zum Recht des Krankenhauspersonalwesens, zu den Grundzügen des Kran-

kenhausbehandlungsvertrages und zur Krankenhaushaftung und zu Rechtsfragen der Krankenhausprivatisierung, zu Beschaffungsfragen und Public Private Partnership, zum kommunalen Sicherstellungsauftrag und schließlich zu den einzelnen Trägerformen von Krankenhäusern einschließlich Universitätskliniken, Unfallkliniken der Berufsgenossenschaft, die seit 2015 in der Rechtsform der gemeinnützigen GmbH organisiert sind, und psychiatrischen Kliniken.

Damit werden alle erdenklichen Aspekte des Krankenhausrechts umfassend beleuchtet und von den Autoren aus Rechtsanwaltschaft, Hochschule, Verwaltung und Krankenhausgeschäftsführung ausführlich behandelt. Durchgehend findet sich eine ausführliche Verweisung auf aktuelle Rechtsprechung und Literatur. Dass in einigen Kapiteln auch Themen bearbeitet werden, zu denen sich ansonsten nur rudimentär Literatur finden lässt (dies gilt z.B. für die Themenkomplexe „Unfallkliniken der Berufsgenossenschaft“ und „Psychiatrische Kliniken“, aber auch „kommunaler Sicherstellungsauftrag zur Krankenhausversorgung“), ist besonders hervorzuheben und macht dieses Handbuch zu einem umfassenden Compendium zum Recht des Krankenhauswesens.

Das Abdecken aller denkbaren Themenkomplexe im Bereich des Krankenhausrechts bedingt naturgemäß, dass nicht alle Fragen erschöpfend behandelt werden können. Dies gilt insbesondere für das Kapitel 6 der Krankenhausbehandlung als Leistung der GKV. Obwohl in Deutschland kaum ein Krankenhaus von Rechnungskürzungen und MDK-Prüfungen verschont sein dürfte, fallen die Ausführungen zu den besonderen Formen der Krankenhausbehandlung und deren Abrechnung, insbesondere zu der hier in den letzten Jahren prägenden Rechtsprechung des 1. Senats des BSG, sehr knapp aus. Praxisrelevante Themen wie z.B. Aufwandspauschale, Prüfverfahrensvereinbarung auf Grundlage von § 17c KHG, sachlich-rechnerische Richtigkeitsprüfung sowie das vom 1. Senat des BSG kreierte Institut des „wirtschaftlichen Alternativverhaltens“ fehlen bedauerlicherweise, obwohl sie das Abrechnungswesen in den Krankenhäusern beherrschen, den Sozialgerichten regelrechte Klagefluten beschern und mithin zu den Standardaufgaben von Krankenhausanwälten gehören.

Angesichts der umfassenden Bearbeitung des „Krankenhausrechts“ kann dieses Buch jedoch insgesamt auch in seiner zweiten Auflage allen Praktikern in der Krankenhausverwaltung sowie Rechtsanwälten, die im Medizin-, Gesundheits-, Sozial- und Verwaltungsrecht tätig sind, uneingeschränkt empfohlen werden, wobei es insbesondere auch durch seine klare, übersichtliche Struktur und sein angenehmes Schriftbild besticht.

**Rain Dr. Heike Thomae, FMedR,
Anwaltskanzlei Quaas & Partner mbB, Dortmund**

Rolf Schallen, Zulassungsverordnung für Vertragsärzte, Vertragszahnärzte, Medizinische Versorgungszentren, Psychotherapeuten

9. Aufl., Heidelberg (C.F. Müller) 2018, 929 S., 89,99 €

Bereits beim optischen Vergleich der 8. mit der 9. Aufl. wird klar, dass sich einige grundlegende Veränderungen ergeben ha-

ben. Allein quantitativ beinhaltet die 9. Aufl. ein Mehr von 126 Seiten. Zudem haben an der 9. Aufl. neben dem vormaligen Richter des 6. Senats des BSG, *Thomas Clemens*, und der aktuellen Richterin des 6. Senats des BSG, *Ruth Düring*, auch *Gert Filler* (Justitiar bei der KVHH i.R.), *Jana Harwart* (u.a. Vorsitzende des Berufungsausschusses der Zahnärzte und Krankenkassen Saarland), *Hans Thome* (u.a. Vorsitzender der Berufungsausschüsse Sachsen-Anhalt [bis 2013] und Saarland [bis 2015]) und *Anja Tiedemann* (Justitiarin des GBA) mitgewirkt. Der Kommentar zeichnet sich also dadurch aus, dass er ausschließlich von erfahrenen Praktikern erstellt worden ist, wobei es sich aus Gründen der Ausgewogenheit ggf. angeboten hätte, auch einen einschlägigen Rechtsanwalt mit einzubeziehen. Schließlich hat sich die Zitierweise vollständig geändert. Insbesondere enthält die Bearbeitung Fußnoten und zahlreiche Zitate, speziell aus der obergerichtlichen Rechtsprechung, u.a. des sachlich für den Vertragsarzbereich zuständigen 6. Senats des BSG. Trotz dieser grundlegenden Veränderungen erscheint der Kommentar weiterhin unter dem Namen „*Schallen*“, wohl weil sich dieser Name und der damit verbundene Kommentar am Markt durchgesetzt haben.

Beibehalten ist der inhaltliche Aufbau des *Schallen*. Zunächst wiedergegeben werden die unkommentierten Texte der Zulassungsverordnungen für Vertragsärzte (Ärzte-ZV) und Vertragszahnärzte (Zahnärzte-ZV). Im Anschluss an grundlegende Vorbemerkungen folgt mit der chronologischen Kommentierung der Zulassungsverordnungen – wie auch in den Voraufgaben – der mit Randziffern versehene eigentliche Hauptteil des Kommentars. Anschließend erfolgt als Anhang 1 ein Textauszug aus dem SGB V. Danach ist als Anhang 2 die vollständige Bedarfsplanungsrichtlinie Ärzte sowie als Anhang 3 die Bedarfsplanungsrichtlinie Zahnärzte, jeweils nebst Anlagen 1 bis 6, aufgeführt. Anhang 4 des *Schallen* enthält einen Auszug aus dem Bundesmantelvertrag Ärzte (BMV-Ä) und Anhang 6 einen Auszug aus dem BMV-Zahnärzte, während Anhang 5 die KV-übergreifende Berufsausübungs-Richtlinie wiedergibt. Anhang 7 wiederum enthält einen Auszug aus der Muster-Berufsordnung für die deutschen Ärzte, während Anhang 8 einen Auszug aus der Muster-Berufsordnung für die Psychologischen Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten beinhaltet. Anhang 9 gibt schließlich die Musterberufsordnung der Bundeszahnärztekammer wieder, bevor der Kommentar mit einem nach wie vor überschaubaren Sachregister abschließt. Bereits aus diesen Inhalten geht die Komplexität der speziellen Rechtsmaterie hervor.

Inhaltlich berücksichtigt die 9. Aufl. neben Rechtsprechung und Literatur auch die Neuregelungen durch das GKV-VSG vom 16.7.2015. Nachfolgend soll in der gebotenen Kürze beispielhaft § 24 Ärzte-ZV näher betrachtet werden, der von *Clemens* in der von diesem gewohnten herausragenden Qualität bearbeitet worden ist. Nach dem Text der Rechtsverordnung (vgl. Vorbemerkungen zur Ärzte-ZV) und einer Inhaltsübersicht folgt unter den Rz. 44 bis 57 die eigentliche Kommentierung der Vorschrift. Abs. 7 setzt sich z.B. mit der Verlegung auseinander. Die Kommentierung zeichnet sich durch ihre Aktualität und durch ihre immense Praxisnähe aus. Insbesondere berücksichtigt der Autor dabei die neuere Rechtsprechung des BSG. Sehr erfreulich ist auch die darauf folgende Auseinandersetzung mit den Rechtsbehelfen gegen eine Sitzverlegung (Rz. 58, 59).

Insgesamt handelt es sich bei dem *Schallen* um eine äußerst praxisnahe Auseinandersetzung mit dem komplexen Zulassungsverfahren. Der *Schallen* eignet sich hervorragend für eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser nicht einfachen Rechtsmaterie. Nach wie vor ist der *Schallen* im Zulassungsrecht das Maß aller Dinge, so dass es trotz erheblicher Veränderungen dabei bleibt, dass für den Rechtsanwender, der oftmals aus nichtjuristischen Bereichen kommt, oder bei entsprechender Rechtsvertretung kein Weg am *Schallen* vorbeiführt.

RA Dr. Michael Ossege, LL.M., FAMedR,
rehborn.rechtsanwälte, Dortmund

Philipp Kircher, Der Schutz personenbezogener Gesundheitsdaten im Gesundheitswesen

Baden-Baden (Nomos) 2016, 260 S., 68 €

Der Monographie von Kircher liegt eine Regensburger Dissertation zugrunde, die im Zusammenhang mit dem von der Deutschen Forschungsgemeinschaft geförderten Forschungsprojekt der Regensburger Lehrstühle Prof. Thorsten Kingreen und Prof. Jürgen Kühling entstanden und aus dem das im selben Verlag erschienene Werk „Gesundheitsdatenschutzrecht“ (2015) hervorgegangen ist, an dem Kircher mit einem Kapitel zum Gesundheitswesen mitgewirkt hat.

Die von Kingreen betreute Arbeit setzt sich umfassend mit den Gegebenheiten und den Voraussetzungen des Schutzes der Gesundheitsdaten auseinander. Sie beginnt in ihrem Teil 1 mit einer Definition der Gesundheitsdaten, geht kurz auf die im Gesundheitssystem in Betracht kommenden Datenströme ein und gibt einen interessanten historischen Überblick über die Entwicklung des Gesundheitsdatenschutzrechtes, dessen Wurzeln sich sowohl aus den Regelungen zur ärztlichen Schweigepflicht als auch aus dem allgemeinen Datenschutzrecht, wie es im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) normiert ist, herleiten. Des Weiteren behandelt er in einem Teil 2 die europa- und die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Gesundheitsdatenschutzrechtes, ihr Verhältnis zueinander sowie die kompetenzrechtlichen Grundlagen für den Bundesgesetzgeber, dessen Gesetzgebungskompetenz er für die Regelung des Datenumgangs bei Privatärzten und bei Krankenhäusern, die nicht als Leistungserbringer an der gesetzlichen Krankenversicherung teilnehmen, verneint (S. 86 f., S. 104 f.). Teil 3 der Arbeit befasst sich mit den einfachrechtlichen Grundlagen des Gesundheitsdatenschutzrechtes, dass durch eine Vielzahl von Rechtsquellen sowohl auf bundes- als auch auf landesrechtlicher Ebene gekennzeichnet ist. Er zeigt auf, dass der Bundesgesetzgeber mit dem Sozialdatenschutzrecht (§ 35 SGB I i.V.m. §§ 67 ff. SGB X) neben dem Rechtssystem des BDSG ein zweites umfassendes Datenschutzregime begründet hat, das als Vollregelung den Normierungen des BDSG vorgeht und das durch bereichsspezifische Regelungen z.B. im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V) ergänzt werde.

Einen Schwerpunkt der Arbeit bildet die Abhandlung über den Datenschutz in der ambulanten Behandlungssituation, die Verf. zunächst auf der Grundlage des BDSG überprüft und deren allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Datenumgang (Einwilligung, Freiwilligkeit, Informiertheit, Form, Zweckbin-

dung, Erforderlichkeit) er darstellt. Im detailreichsten Abschnitt der Arbeit (S. 155 ff.) geht er sodann auf konkrete Behandlungssituationen, die Datenübertragung zwischen Leistungserbringern, die Einbindung Dritter sowie Abrechnungsfragen ein und untersucht die rechtlichen Voraussetzungen der Umgänge mit Gesundheitsdaten durch den behandelnden Arzt und seine Gehilfen, durch mitbehandelnde Leistungserbringer in der Haus-/Facharztbeziehung, des Weiteren bei Konzilen und bei Supervision, in Ärztenetzwerken, in der integrierten Versorgung nach § 140a SGB V und in strukturierten Behandlungsprogrammen (§ 137f SGB V). Er behandelt Fragen der Einbeziehung externer Dienstleister durch den behandelnden Arzt (Callcenter, EDV-Administration in der Praxis, private Abrechnungsstellen) und wendet sich der Abrechnung von Leistungen in der GKV zu, wobei er sich kritisch mit einem Urteil des BSG vom 10.12.2008 – B 6 KA 37/07 R, GesR 2009, 305 auseinandersetzt. Dieses hatte den Gesetzgeber zu bereichsspezifischen Regelungen des Gesundheitsdatenschutzes im SGB V veranlasst. Nach Abhandlung des Datenumgangs durch weitere Leistungserbringer im Rahmen der GKV (Apotheker, Hebammen, sonstige Leistungserbringer) erörtert er den Umgang mit Gesundheitsdaten im Rahmen von Krankenhausbehandlungen, bei denen sich dem ambulanten Bereich vergleichbare Probleme stellen. Auch hier setzt er sich mit datenschutzrechtlichen Fragen in den typischen Fallgestaltungen auseinander. Schließlich behandelt er den für die Leistungsträger maßgeblichen Sozialdatenschutz auf der Grundlage des § 35 SGB I i.V.m. §§ 67 ff. SGB X, ebenfalls an Hand aller in Betracht kommenden Einzelfälle. Im inhaltlich abschließenden 4. Teil der Arbeit geht Verf. auf die europarechtlichen Entwicklungen ein, die durch das – nach Abschluss der Arbeit zum 1.4.2016 erfolgte – Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) der EU (Verordnung EU 2016/679) am 24.5.2016 bestimmt sind, die ab dem 25.5.2018 anzuwenden ist. Verf. analysiert auf der Grundlage des Entwurfs der DSGVO die in Betracht kommenden Auswirkungen auf das nationale Datenschutzrecht. Er äußert die Erwartung, dass durch die DSGVO die aufgezeigten Probleme bei der Abgrenzung der innerstaatlichen Gesetzgebungskompetenzen entfallen, da die DSGVO die wesentlichen Grundzüge des allgemeinen Datenschutzrechts selbst regelt, ohne dass es ihrer mitgliedstaatlichen Umsetzung bedürfe. Dadurch könne eine Entschlackung des allgemeinen Datenschutzrechts bewirkt werden. Hingegen könnten die Auswirkungen der DSGVO im Bereich des Sozialdaten- und speziell des Gesundheitsdatenschutzes geringer ausfallen als erwartet. Teil 5 der Arbeit rundet diese mit Thesen ab, die sich für den Verf. als Quintessenz seiner Untersuchung ergeben haben.

Die außerordentlich detailreiche Arbeit von Kircher zeigt die Problematik des Gesundheitsdatenschutzrechtes auf, das aufgrund unterschiedlicher Entwicklungen und Rechtssysteme zu Mehrfachstrukturen und zu einer hohen Komplexität geführt hat. Sie leistet einen wesentlichen Beitrag zur Systematisierung des allgemeinen Datenschutzrechts mit seiner Auswirkung auf Gesundheitsdaten und in seiner Verknüpfung mit dem in verschiedenen Sozialgesetzbüchern (SGB I, V und X) geregelten besonderen Gesundheitsdatenschutzrecht. Bei einer – auch durch das Inkrafttreten der DSGVO bedingten – Neuordnung des Gesundheitsdatenschutzrechtes wird die Arbeit von Kircher eine wertvolle Hilfe sein.

Dr. Klaus Engelmann,
Vors. Richter am BSG a.D., Kassel

GesR Report

Beschäftigten und der Patienten in den Kliniken. Dies kann aber nur gelingen, wenn eine gute Personalausstattung nicht mit Rechtfertigungszwängen gegenüber den Krankenkassen verknüpft wird. „Ein Personalaufbau in den Kliniken muss in diesem System belohnt werden“, betont Gaß.

Der vorgesehenen Ausweitung der Personaluntergrenzen über die pflegesensitiven Bereiche hinaus auf alle bettenführenden Abteilungen werden sich die Krankenhäuser stellen. Klar ist aber auch, dass ein derartiges Verfahren methodisch anspruchsvoll ist, ausreichend Vorbereitungszeit erfordert und nur mit Flexibilitätskomponenten funktionieren kann. Die Verlängerung des Hygienesonderprogramms für Krankenhäuser ist ebenfalls ein wichtiger Schritt und macht deutlich, dass dem Kampf gegen Keime auf politischer Seite ein hoher Stellenwert eingeräumt wird.

Die Notwendigkeit des Abbaus von Versorgungshemmnissen zwischen ambulant und stationär wird besonders deutlich bei der Notfallversorgung. Es ist begrüßenswert, dass die Krankenhäuser gleichberechtigt in die Organisation des ambulanten Notfalldienstes einbezogen werden. Klar muss aber auch sein, dass das Morbiditätsrisiko in diesem Segment den Krankenkassen zugeordnet werden muss. Aus Sicht der Krankenhäuser wäre ein neues Budget kontraproduktiv. Notfallleistungen müssen extrabudgetär finanziert werden. Dazu ist eine neue, den Aufwendungen der Krankenhäuser gerecht werdende Gebührenordnung zu schaffen.

„Positiv wäre es gewesen, wenn in diesem Koalitionsvertrag auch die ambulante spezialärztliche Versorgung an den Kliniken thematisiert worden wäre“, erklärt Gaß und fordert: „Die Restriktionen, die sich in der Umsetzung durch die Selbstverwaltung ergeben haben, müssen dringend abgebaut werden.“ Nur dann könne den GKV-Versicherten die hohe Expertise der Kliniken in diesem Bereich voll umfänglich zugänglich gemacht werden.

Zustimmend bewertet der DKG-Präsident, dass die künftige Koalition die Wohnortnähe von stationären Leistungen als Grundbestandteil der Daseinsvorsorge hervorhebt. „Die Betonung der wohnortnahen Geburtshilfen macht deutlich, dass der bisherige Ansatz, die wohnortnahe Versorgung über Sicherstellungszuschläge zu garantieren, untauglich ist“, so Gaß. Dass die Krankenhäuser insbesondere im ländlichen Raum ergänzende niedrighschwellige Versorgungsangebote im Bereich der Nachsorge und Pflege als neue Aufgaben übertragen bekommen sollen, trägt einem dringenden Bedürfnis von Wohnortnähe in der Grundversorgung Rechnung.

Ein weiterer wichtiger Aspekt für die Krankenhäuser ist das Ziel, den MDK unabhängiger zu gestalten. Dies könnte auch einen Beitrag zur Entbürokratisierung leisten. „Wir brauchen eine Abkehr von der Misstrauenskultur und eine Rückführung der Bürokratie auf das Notwendige. Einen klaren Arbeitsauftrag zur Entbürokratisierung vermissen wir aber im Koalitionsvertrag. Jede Stunde die wir durch den Abbau von Überregulierungen gewinnen, kommt den Patienten zugute“, erklärt der DKG-Präsident.

„Bedauerlich ist, dass die drei Parteien nicht den Mut hatten, bei der Investitionsfinanzierung eine Bundesbeteiligung miteinzubeziehen. Nur die Bezugnahme auf den fortgeführten Strukturfonds wird der Problematik des Investitionskostenstaus in keiner Weise gerecht“, stellt Gaß fest. Wie auch in Bereichen des Schienenverkehrs, der Schulen und aller Bildungseinrichtungen bedarf es in den Kranken-

häusern einer dringenden Aufstockung der Investitionsmittel. „Da die Länder dieser Aufgabe nicht gerecht werden, ist es dringend geboten, dass der Bund sich beteiligt“, fordert Gaß. Insbesondere dann, wenn die Digitalisierung im Gesundheitswesen tatsächlich als eine der wichtigsten Herausforderungen einer neuen Bundesregierung angesehen wird. Das Sonderprogramm „Digitales Krankenhaus“ und ein Digitalisierungsaufschlag auf die DRGs seien dringend erforderlich.

„Man erkennt deutlich das politische Ziel der Verhandler, die Rahmenbedingungen für die Patienten und die Beschäftigten in den Krankenhäusern zu verbessern. Bei der gesetzlichen Umsetzung muss es nun darum gehen, klare Regelungen zu formulieren, damit die Ziele der Politik auch schnell wirksam werden“, appelliert Gaß.

(Quelle: PM DKG v. 7.2.2018)

Paul-Ehrlich Institut (PEI)

Auswirkungen des Brexit: Vorbereitungen des Paul-Ehrlich-Instituts

Nach einem erfolgten Brexit stehen die Arzneimittelagenturen des Vereinigten Königreichs für Human- und für Tierarzneimittel (Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency, MHRA und Veterinary Medicines Directorate, VMD) voraussichtlich nicht mehr für Arzneimittelzulassungsverfahren innerhalb der Europäischen Union (EU) zur Verfügung.

Betroffen vom Brexit sind auch die Produktprüfung und die Erstellung von EU-Zertifikaten für die staatliche Chargenfreigabe. Die Expertinnen und Experten des Paul-Ehrlich-Instituts (PEI) stellen sich darauf ein, zukünftig zusätzliche Aufgaben zu übernehmen.

► Hintergrund

Das Vereinigte Königreich (United Kingdom, UK) hat sich mit einem Referendum für den Austritt aus der EU entschieden (Brexit). In Folge des nach Art. 50 des EU-Vertrags eingeleiteten Verfahrens erfolgt der Austritt aus der EU am 30.3.2019. Bis zu diesem Datum ist UK ein vollwertiges Mitglied der EU.

► Engagement im regulatorischen Bereich

Das PEI, Bundesinstitut für Impfstoffe und biomedizinische Arzneimittel, bereitet sich darauf vor, sein Engagement im europäischen Netzwerk der Arzneimittelbehörden auszubauen. Es erweitert seine personellen Kapazitäten, um Verfahren, die bisher unter Federführung von UK-Behörden standen, zu übernehmen und damit potentiellen Engpässen vorzubeugen. Bei den Verfahren handelt es sich um:

- Verfahren der gegenseitigen Anerkennung (Mutual Recognition Procedure, MRP) und Dezentrale Verfahren (Decentralised Procedure, DCP) sowie deren Folgeverfahren – HMA,
- Zentralisierte Zulassungs- und deren Folgeverfahren – EMA,
- Chargen- und Produktprüfung im Rahmen des OMCL-Netzwerks – EDQM.

Auch in den Bereichen der Genehmigung klinischer Prüfungen bzw. Feldversuchen, der wissenschaftlichen Beratungen, Inspektionen und der Pharmakovigilanz verstärkt das PEI seine Aktivitäten.

► Hinweise für Antragsteller

Übernahme bestehender MRP/DCP Zulassungen

Die Verfügbarkeit von Human- und Tierarzneimitteln muss auch nach dem Brexit gewährleistet sein. Das PEI empfiehlt Zulassungsinhabern, rechtzeitig vor dem Austritt von UK zu reagieren und proaktiv bestehende Zulassungen auf notwendige Änderungen zu überprüfen. Insbesondere MRP/DCP-Zulassungen mit UK als Reference Member State (RMS) müssen im sog. „RMS-Switch“ an andere EU-Staaten (oder EWR) übergeben werden. Es wird den Zulassungsinhabern ausdrücklich empfohlen, diesen Wechsel baldmöglichst zu initiieren, um einen Übernahmestau kurz vor Inkrafttreten des Brexit zu vermeiden. Das PEI unterstützt beratend einen RMS-Wechsel und steht gerne als neuer RMS zur Verfügung.

Fragen zum Vorgehen richten Sie bitte an:

- Humanarzneimittel: eu-cooperation@pei.de
- Veterinärarzneimittel: veterinaermedizin@pei.de

Übernahme Produktprüfung als OMCL

Das PEI ist an einem engen Dialog mit den Herstellern interessiert, um zusätzliche Aufgaben innerhalb der staatlichen Chargenfreigabe und Produktprüfung in den akkreditierten Laborbereichen zu übernehmen und begleitet gerne einen Wechsel des OMCLs (Veterinär und Human).

Fragen zum Vorgehen richten Sie bitte an:

Produktprüfung: omcl@pei.de

► Informationen zum Brexit aus den europäischen Gremien

Die relevanten europäischen Gremien haben Arbeitsgruppen zum Thema Brexit etabliert, die zeitnah europäische Festlegungen sowie FAQs zu verschiedenen Fragestellungen auf ihren Internetseiten veröffentlichen:

Heads of Medicine Agencies (HMA)

- Die Co-ordination Group for Mutual Recognition and Decentralised procedures – Human (CMDh) [<http://www.hma.eu/535.html>].
- Die Co-ordination Group for Mutual Recognition and Decentralised procedures – Veterinary (CMDv) [<http://www.hma.eu/542.html>].

European Medicines Agency (EMA)

- United Kingdom's withdrawal from the European Union („Brexit“) [http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/news_and_events/general/general_content_001707.jsp&mid=WC0b01ac0580a809a7].

European Directorate for the Quality of Medicines & Healthcare (EDQM)

Derzeit hat das OMCL-Netzwerk (Official Medicines Control Laboratory) noch keine spezifischen Informationen veröffentlicht. Diese werden bei Erscheinen auf der Homepage des PEI verlinkt.

EU-Kommission

- Questions and Answers related to the United Kingdom's withdrawal from the European Union with regard to the medicinal products for human and veterinary use within the framework of the Centralised Procedure [https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/documents/qa_on_brexit.pdf].
- Notice to marketing authorisation holders of centrally authorised medicinal products for human and veterinary use [https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/documents/ec_ema_notice_communication_brexit.pdf].

(Quelle: PM PEI v. 7.2.2018, aktualisiert am 23.2.2018 mit hilfreichen links auf der homepage)

Deutscher Ethikrat

Deutscher Ethikrat diskutierte mit Bundestagsabgeordneten über Big Data und Gesundheit, Wohltätigen Zwang sowie Keimbahneingriffe am menschlichen Embryo

Etwa 30 Mitglieder des Deutschen Bundestages sind der Einladung des Deutschen Ethikrates zu seinem 8. Parlamentarischen Abend in Berlin gefolgt, darunter auch die Staatssekretärin im Bundesministerium für Gesundheit, *Annette Widmann-Mauz* (CDU/CSU), und der Vorsitzende des Ausschusses für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung, *Ernst Dieter Rossmann* (SPD).

Bundestagsvizepräsident *Hans-Peter Friedrich* (CDU/CSU) begrüßte die Abgeordneten und Mitglieder des Ethikrates und zeigte sich beeindruckt von der Fülle der vom Deutschen Ethikrat in den letzten zehn Jahren vorgelegten 14 Stellungnahmen. ...

Der Ratsvorsitzende *Peter Dabrock* dankte dem Bundestagsvizepräsidenten für seine ermutigenden Worte, dem Parlament weiterhin Impulse für seine Arbeit geben zu sollen. Das Motto des Ethikrates, auf der Grundlage von Menschenwürde und Menschenrechten Pluralität zu achten, Nachdenklichkeit zu erzeugen und Orientierung anzubieten, sei eine Selbstverpflichtung, der der Ethikrat durch vielfältige Aktivitäten nachkomme.

Themenschwerpunkt des Abends war die Präsentation und Diskussion der jüngsten Empfehlungen und der aktuellen Arbeit des Ethikrates: Zunächst stellte Ratsmitglied *Steffen Augsberg* die jüngste Stellungnahme des Ethikrates „Big Data und Gesundheit – Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung“ vor. Im weiteren Verlauf des Abends informierte Ratsmitglied *Sigrid Graumann* über den aktuellen Stand der Arbeit an der Stellungnahme zum Thema Wohltätiger Zwang. Und schließlich berichtete Ratsmitglied *Alena Buyx* über die gerade begonnene Arbeit an der Stellungnahme zu Keimbahneingriffen am menschlichen Embryo. Diese knüpft an die kürzlich veröffentlichte Ad-hoc-Empfehlung zu diesem Thema an, in der der Ethikrat einen globalen politischen Diskurs und eine internationale Regulierung fordert.

(Quelle: PM Ethikrat 1/2018 v. 22.2.2018)

Eine echte Koryphäe.



Martis/Winkhart **Arzthaftungsrecht** Fallgruppenkommentar. Von RA Rüdiger Martis, RAin FAinMedR Martina Winkhart-Martis. 5. neu bearbeitete Auflage 2018, 1.616 Seiten Lexikonformat, gbd. 119,- €. ISBN 978-3-504-18055-3

Wer mit Arzthaftungsfällen befasst ist, steht in einer besonderen Verantwortung, denn Informationsdefizite können hier existenzielle Folgen haben. Mit dem Fallgruppenkommentar von Martis/Winkhart behalten Sie in dem extrem kasuistischen Rechtsgebiet den Durchblick.

Vertreter der Behandlungsseite, Patientenanwälte, Schadenssachbearbeiter und Krankenhausjustiziere – vom Einsteiger in die Thematik bis hin zum erfahrenen Praktiker schlagen hier alle nach, um sich die Leitlinien der Rechtsprechung für ihren konkreten Fall schnell und sicher zu erschließen.

Für die 5. Auflage wurde das gesamte Werk umfassend aktualisiert, rund 600 neue Gerichtsentscheidungen ausgewertet und die Erläuterungen zu medizinischen Begriffen, Diagnostik und Therapie ausgebaut.

Probelesen und bestellen unter www.otto-schmidt.de/mwa5

otto schmidt

Symposium

„Die Weiterentwicklung des Berufsbildes des Vertragsarztes von 1993 bis 2018 oder sind Kooperationen das Ende der Freiberuflichkeit“

Veranstaltungsdatum: 24.04.2018
10.00 Uhr – ca. 16.00 Uhr
Veranstaltungsort: Kaiserin-Friedrich-Haus,
Robert-Koch-Platz 7,
10115 Berlin-Mitte

Einleitung und Moderation
Prof. Dr. Ulrich Wenner

Art. 12 GG als Grundrecht der Vertragsärzte: effektive Gewährleistung oder „zahnloses“ Versprechen?
Prof. Dr. Stephan Rixen

Der selbständige, freiberufliche Vertragsarzt aus ökonomischer Perspektive: Rückgrat der ambulanten ärztlichen Versorgung oder Auslaufmodell?
Prof. Dr. Jürgen Wasem

Freiberufliche Tätigkeit im Lichte der Rechtsprechung der verschiedenen Gerichtszweige
Dr. Ole Ziegler

Selbständige, freiberufliche Tätigkeit und Kooperationen

- in Berufsausübungsgemeinschaften - Anforderungen an die Vertragsgestaltung und die Leistungserbringung
Dr. Andreas Meschke
- in Medizinischen Versorgungszentren
Dr. Katharina Wodarz
- von Vertragsärzten und angestellten Ärzten
Dr. Herbert Schiller

(Änderungen im Ablaufplan bleiben vorbehalten)

Veranstalter:

Deutsche Gesellschaft für Kassenarztrecht,
Herbert-Lewin-Platz 2, 10623 Berlin

Eine Tagungsgebühr wird nicht erhoben.
Eine Bescheinigung nach § 15 FAO (bis 5 Zeitstunden) kann für Mitglieder ausgestellt werden.

Eine verbindliche Anmeldung erbitten wir unter:
http://www.dg-kassenarztrecht.de/Symposium/symposium_termine_anmeldung_24.04.2018.html

Deutsche Gesellschaft für Kassenarztrecht - Sitz: Berlin
Vorstand: Prof. Dr. Ulrich Wenner (**Vorsitzender**)
Stellv. Vorsitzende: Dr. Thomas Rompf / Johann-Magnus Freiherr von Stackelberg –
Mark Barjenbruch / Ulrike Elsner / Christian Finster /
Prof. Dr. Thorsten Kingreen / Prof. Dr. Martin Stellpflug /
Dr. Katharina Wodarz / Dr. Markus Zimmermann
Geschäftsführung: Ulrike Wollersheim

Impressum

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Postfach 51 10 26, 50946 Köln · Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln · Tel. 02 21/9 37 38-9 97 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), Fax 02 21/9 37 38-9 43 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung). Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.

Herausgeber: RA Prof. Dr. Martin Rehborn · rehborn.rechtsanwälte · Brüderweg 9 · 44135 Dortmund · Tel. (02 31) 2 22 43-1 12 · Fax (02 31) 2 22 43-1 84 · E-Mail: gesr@rehborn.com; RA Dr. Rudolf Ratzel · Ratzel Rechtsanwälte · Romanstraße 77 · 80639 München · Tel. (0 89) 28 70 09-60 · Fax (0 89) 28 70 09-77

Redaktion: Herausgeber-Redaktion: Dr. Jens Ahlhaus · Diplom-Wirtschaftsjurist (Redakteur) · rehborn.rechtsanwälte · Anschrift, Telefon, Fax, E-Mail s.o.; Verlags-Redaktion: Dr. Jasmin Thüls · (Redakteurin) · Sandra Roeseler (Redaktionsassistentin) · Anschrift des Verlags · Tel. (02 21) 9 37 38-1 69 · Fax (02 21) 9 37 38-9 06 · E-Mail: gesr@otto-schmidt.de

Herstellung: Christian P. Mundt

Anzeigenverkauf: sales friendly Verlagssdienstleistungen, Pfaffenweg 15, 53227 Bonn · Tel. 02 28/9 78 98-0, Fax 02 28/9 78 98-20, E-Mail: media@sales-friendly.de · gültig ist die Preisliste Nr. 17 v. 1.1.2018.

Druck: rewi Druckhaus, Reiner Winters GmbH, Wiesenstr. 11, 57537 Wissen, druckhaus@rewi.de, www.rewi.de.

Erscheinungsweise: Jeweils zum 20. eines Monats.

Bezugspreis: Jahres-Abonnement inkl. App-Zugang 343 € (Print-Anteil 329 €/Online-Anteil 14 €**); Einzelheft 32,90 €. **Alle Preise** verstehen sich inkl. gesetzlicher MwSt. *7 % oder **19 % sowie zzgl. Versandkosten. Die Rechnungsstellung erfolgt jährlich zu Beginn des Bezugszeitraumes für das aktuelle Kalenderjahr (ggf. anteilig). **Bestellungen** bei jeder Buchhandlung sowie beim Verlag. Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahresschluss.

ISSN: 1610-1197 (Print) · 2194-4229 (eJournal)

Urheber- und Verlagsrechte: Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Annahme des Manuskripts (Aufsatz, Bearbeitung, Leitsatz) gehen für die Dauer von vier Jahren das ausschließliche, danach das einfache Nutzungsrecht vom Autor auf den Verlag über, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren Vervielfältigung und Verbreitung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer, elektronischer und anderer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Diensten.

Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Dies gilt auch für Entscheidungen und deren Leitsätze, soweit sie redaktionell oder vom Einsender redigiert bzw. erarbeitet wurden. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verlags. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen nur als Einzelkopien für den persönlichen Gebrauch hergestellt werden. Das Zitieren von Rezensionen ist in vollem Umfang erlaubt.

Hinweise für Autoren und Einsender: Bitte senden Sie alle Manuskripte (als Datei per E-Mail), zum Abdruck bestimmte Gerichtsentscheidungen und Leserbriefe unmittelbar an die Redaktion. Bei der Einsendung von Gerichtsentscheidungen sind wir für den Hinweis dankbar, ob sie rechtskräftig sind. Wird im Fall des Abdrucks eine Pauschalvergütung gezahlt, gilt sie für die Übertragung eines ggfs. bestehenden Nutzungsrechts mit der Maßgabe, die Entscheidung auch in anderen Print- und elektronischen Produkten des Verlages veröffentlichen zu können.

Jetzt abonnieren!

Diese Vorteile bietet Ihnen ein Abonnement:

- **Einmal monatlich** die Zeitschrift – plus Beiträge zum Selbststudium nach § 15 FAO.
- Zugriff auf **GesR online** mit dem GesR-Archiv sowie Volltexte zu Gesetzen, Gerichtsentscheidungen, Verwaltungsanweisungen.
- Mobile Nutzung über die **Otto-Schmidt-Zeitschriften-App**.

GesR	
GesundheitsRecht	
Zeitschrift für Arztrecht, Krankenhausrecht, Apotheken- und Arzneimittelrecht	
Herausgeber: Rechtsanwalt Prof. Dr. Martin Rehborn · Rechtsanwalt Dr. Rudolf Ratzel	
www.otto-schmidt.de	
Aufgaben	
Die Rechte – Der neue Patientenvertrag auf einen Blick	69
Jug-Rechte – Wirtschaftliche und Rechtswahlprüfung auf Basis der Vermögensgegenstände	73
Zweit-Schulden (Zweit-Schulden) – Zur Pflichterfüllung des Gemeinsamen Schlichtungsausschusses bei der Bildung von Festbeträgen der Stufe 3	76
Rechtsprechung	
Praktische Handlung von Sachverständigen oder Sachverständigen (StB) – StB-StB-StB	80
Vergütung im Auftragsrecht (StB) – StB-StB-StB	84
Abschluss der Patientenrechte und Kostenverteilung (StB) – StB-StB-StB	87
Forensische Not- und Kassenärztliche Versorgung (StB) – StB-StB-StB	89
Kostenverteilung – Zentrale Entscheidung – StB-StB-StB	93
Rechtsprechung kompakt	
Zum Verlangen eines Sachverständigen in einem Auftragsverhältnis (StB) – StB-StB-StB	91
otto-schmidt	

Das kostenlose Probeabo inkl. App und GesR online gibt's hier: **www.otto-schmidt.de/gesr**
Oder telefonisch beim AboService-Telefon 0221 93738-997

Klare Diagnose

Pause/Offenloch

Arzthaftungsrecht

Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung

RWS-Skript 137

14., neu bearbeitete Auflage 2018

380 Seiten

Broschur € 68,00

ISBN 978-3-8145-7801-9

Auch als



erhältlich

Das Arzthaftungsrecht ist kein statisches Recht. Es wird insbesondere durch die Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte stetig verfeinert und an neue Herausforderungen angepasst. Das nun in der 14. Auflage vorliegende Werk macht an den entschiedenem medizinischen Sachverhalten das immer dichter werdende Netz der Leitlinien der arzthaftungsrechtlichen Rechtsprechung transparent.

Für die Neuauflage haben die Autoren, die Tag für Tag mit dem Arzthaftungsrecht zu tun haben, zahlreiche neue Entscheidungen ausgewertet und in das Buch aufgenommen.

Mehr Informationen unter rws-verlag.de/78019



Burkhard Pauge war bis März 2015 Richter am Bundesgerichtshof und seit 2001 Mitglied des für das Arzthaftungsrecht zuständigen VI. Zivilsenats. Er ist Mitherausgeber des Kommentars *Gesamtes Medizinrecht*.



Richter am BGH **Thomas Offenloch** ist seit Oktober 2013 Mitglied des für das Arzthaftungsrecht zuständigen VI. Zivilsenats. Erfahrungen im Arzthaftungsrecht sammelte er zuvor im Rahmen seiner Tätigkeit in einer auch für dieses

Rechtsgebiet zuständigen Zivilkammer beim Landgericht
Baden-Baden und als Leiter eines zivilrechtlichen Referats
im baden-württembergischen Justizministerium.



RWS Verlag
Kommunikations-
forum GmbH

Weiterkommen im Wirtschaftsrecht.
Bücher. Zeitschriften. Seminare. Online.



Faxbestellung (0221) 400 88 77

Versandkostenfreie Bestellung unter rws-verlag.de/shop

— Expl. **Pauge/Offenloch, Arzt Haftungsrecht**

€ 68,00

ISBN 978-3-8145-7801-9

Name _____

Firma

Straße

PLZ/Ort

Datum/Unterschrift

F-Mail-Adresse

Ich bin damit einverstanden, dass Sie mir weitere Informationen zu Produkten und Dienstleistungen des RWS Verlags zusenden (Wenn nicht gewünscht, bitte streichen).

Bei schriftlicher oder elektronischer Bestellung habe ich das Recht, meine Bestellung innerhalb von 2 Wochen nach Abholung ohne Begründung in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) zu widerrufen. Die rechtzeitige Absendung des Widerrufs innerhalb der genannten Frist genügt. Die Frist beginnt dabei nicht vor Erhalt dieser Belehrung. Der Widerruf ist zu richten an den Lieferanten (Buchhandlung, ws-verlag.de oder ws-verlag@ws-verlag.de). Im Falle eines Widerrufs sind beiderseits empfangene Leistungen zurückzugewähren. Kosten und Gefahr der Rücksendung trägt der Lieferant. Zu gleichen Bedingungen habe ich auch ein Rückgaberecht für die Erstlieferung innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt.



RWS Verlag bei Twitter
twitter.com/RWS_Verlag



 RWS Verlag bei Facebook
facebook.com/RWS.Verlag

028A0917

Blättern, browsen oder beides: Sie haben die Wahl.



**Unser Miet-Rechtsberater – MietRB
inkl. Beratermodul Miet- und WEG-Recht**

Sichern Sie sich kostenlos **3 Ausgaben** der Fachzeitschrift zur mietrechtlichen Beratungspraxis + **3 Monate Testzugang zum Beratermodul** Miet- und WEG-Recht und zur Zeitschriften-App für Ihr Smartphone.¹

3 Monate gratis testen!¹

oder



**Unser Beratermodul
Miet- und WEG-Recht**

Erhalten Sie **1 Monat kostenlosen Zugang zu unserer Datenbank**. Damit steht Ihnen für Ihre Recherchen ein ständig wachsender Pool von **mietrechtlichen Entscheidungen im Volltext** zur Verfügung.²

1 Monat gratis testen!²

Jetzt bestellen und im Mietrecht up to date bleiben!

In unserer renommierten Fachzeitschrift und unserem Beratermodul informieren wir Sie regelmäßig über Rechtsprechung und Gesetzesänderungen im Mietrecht. Zudem erhalten Sie aktuelle Praxistipps für Ihre eigenen Fälle. **Am besten gleich gratis testen!^{1,2}**



Beratung zu den Abo-Produkten per Telefon
0221 / 93738-997



Infos im Internet
www.otto-schmidt.de/mietrecht2018



Selbststudium nach § 15 FAO.

Im Rahmen des kostenlosen Probeabos können Sie auch die Lernerfolgskontrolle testen.

¹) Erfolgt nach Erhalt des letzten Heftes keine Abbestellung, wird das Probeabo automatisch als berechnetes Jahresabonnement fortgesetzt. Jahresbezugspreis: 219 € (inkl. MwSt.) zzgl. Versandkosten.

²) Erfolgt bis zum Ende des Probemonats keine Abbestellung, wird das Probeabo automatisch als berechnetes Halbjahresabonnement fortgesetzt. Halbjahresbezugspreis für 3 Nutzer: 94,80 € zzgl. MwSt. (entspricht 15,80 € pro Monat).