1 | 2021
Mai // S. 1–41

www.healthcare-hospital-law.de

ISSN 2748-2332
1. Jahrgang

Healthcare & Hospital Law

Das eJournal für Recht in der Praxis

Inhalt

» Zur Neuregelung der Ausgleichszahlungen für Krankenhäuser in der Corona-Pandemie
» Einmalprodukte und ihre Aufbereitung und Weiterverwendung MPBetreibV neue Fassung
» Rechtsfragen der Telemedizin
» Rechtsprechung zur außerordentlichen Kündigung von Konsiliararztverträgen
» Privatgeheimnisse in der Pflege – Wie weit reicht § 203 StGB?
» Zur Strafbarkeit der Korruption im Gesundheitswesen
» Neues aus der Rechtsprechung
» Praxisfrage: Was tun, wenn Krankenhäuser Personaluntergrenzen unterschreiten?

Herausgeber

Prof. Hans Böhme
Prof. Dr. Bernd Halbe
Dr. Hartmut Münzel

Ständige Autorenschaft

Prof. Dr. Dr. Reinhold Altendorfer
Ernst Burger
Michael Grübnau-Rieken
Christoph Heppekausen
Henrike Korn
Philipp Prüner
Thorsten Siefarth
Dr. Frank Stollmann
Leon Steinbacher
Prof. Dr. Thomas Weiß
Dr. Matthias Wiemers

medhochzwei

Editorial

Das erste eJournal mit Rechtsfragen im Gesundheitswesen

Nachdem die Juristische Fachinformation Pflege- & Krankenhausrecht (PKR) nach 24 erfolgreichen Jahren im Januar 2021 mit Heft 1/24. Jahrgang eingestellt wurde, wollten die Autoren und Schriftleiter neue Wege gehen. Mit dem medhochzwei Verlag haben wir hierfür den richtigen Partner gefunden und gemeinsam ein durchdachtes Konzept entwickelt, um die Marktlücke eines Produkts zu füllen, das Rechtsfragen im Gesundheitswesen und Krankenhaus in der Praxis an den Schnittstellen und den Kooperationen beantwortet. Aus diesen Überlegungen ist letztendlich das eJournal „Healthcare & Hospital Law" entstanden. Da die Neuentwicklungen sich geradezu überschlagen, ist ein eJournal – in Verbindung mit einem Newsletter – ein Medium, das sicherlich dem Leser, der meist wenig Zeit hat, aber auf dem Laufenden bleiben möchte, entgegenkommt.

„Healthcare & Hospital Law" passt bestens in das Portfolio des Verlages. Der medhochzwei Verlag deckt die Themenfelder Pflegemanagement, Krankenhausmanagement, Case Management bis hin zu Medizinrecht und Psychotherapie ab und behandelt übergreifende Fragestellungen der Gesundheitsversorgung, Krankenversicherung und Gesundheitspolitik. Da alle Bücher und Zeitschriften des Verlags in der medhochzwei Online-Bibliothek digital verfügbar sind, ist ein Internetportal vorhanden, in das gerade auch die Beiträge und das Rechtsprechungsarchiv so eingebaut werden können, dass eine nachhaltige Nutzung durch geeignete Stichwörter möglich ist.

Unsere bisherigen Autoren sind im Wesentlichen erhalten geblieben, ja um zusätzliche Autoren bereits jetzt erweitert. Das eJournal erscheint sechs Mal im Jahr an den ungeraden Monaten, beginnend mit dieser Ausgabe im Mai 2021. Jedem Beitrag wird eine kurze Zusammenfassung bzw. Einleitung vorangestellt. Dem schließen sich die wichtigsten Stichwörter, um die es im Beitrag geht, an. Die Fußnoten befinden sich am Ende der Textseite und die Kontaktdaten des Autors am Ende des jeweiligen Beitrags.

Heft 1 beginnt mit der Rubrik „Aktuelles aus der Gesetzgebung", nachdem das Jahr 2021 – neben der COVID-19-Pandemie – für Gesundheitseinrichtungen das MDR-Jahr wird. MDR (Medical Device Regulation) ist die Abkürzung für die Europäische Medizinprodukteverordnung, die jetzt endgültig am 26. Mai in Kraft treten wird und mit etlichen berufsrechtlichen Neuerungen in Verbindung steht.

Aktuelle Beiträge erfolgen von **Dr. Hartmut Münzel** zur Neuregelung der Ausgleichszahlungen für Krankenhäuser in der Corona-Pandemie, von **Prof. Hans Böhme** zur Aufbereitung von Einmalprodukten, von **Michael Grübnau-Rieken** zu Rechtsfragen der Telemedizin, von **Leon Steinbacher** zur Strafbarkeit der Korruption im Gesundheitswesen und von **Christoph Heppekausen** zur Rechtsprechung betreffend außerordentliche Kündigung von Konsiliararztverträgen sowie von **Dr. Matthias Wiesmer** zu Privatgeheimnissen in der Pflege – Wie weit reicht § 203 StGB?

Dem schließt sich ein Rechtsprechungsarchiv an, das permanent erweitert wird. Dem folgen Buchbesprechungen. Abgerundet wird Heft 1 mit der Beantwortung einer Frage aus der Praxis.

Auch in den Folgeheften werden erneut aktuelle und praxisnahe Beiträge im Vordergrund stehen. Das Rechtsprechungsarchiv mit aktuellen Gerichtsentscheidungen – speziell für Gesundheitseinrichtungen – wird ebenso fortgesetzt, wie Aktuelles aus der Gesetzgebung und der Beantwortung von Praktikerfragen.

Abschließend hoffen Verlag und Schriftleiter, der interessierten Leserschaft ein Medium anzubieten, das nachhaltige und aktuelle Informationen für deren praktische Arbeit liefert. Wir wünschen Ihnen viel Spaß beim Lesen und freuen uns auf Ihre Rückmeldungen zum neuen eJournal.

Prof. Hans Böhme
Prof. Dr. Bernd Halbe
Dr. Hartmut Münzel

medhochzwei

Das neue eJournal für Entscheider zu Rechtsfragen im Gesundheitswesen

Healthcare & Hospital Law

Jetzt abonnieren unter:
www.healthcare-hospital-law.de

Das eJournal

- kann schnell auf aktuelle Themen reagieren,
- leistet den Transfer von Wissenschaft und Theorie in die Praxis,
- kommt durch kurze, gut strukturierte Beiträge schnell auf den Punkt,
- wird durch Kurzzusammenfassungen, zusätzliche Keywords, Zwischenüberschriften und Grafiken übersichtlich gegliedert,
- ist überall mobil verfügbar.

Neben wissenschaftlich fundierten, aber für die Praxis aufbereiteten Beiträgen, beinhaltet das eJournal aktuelle Neuerungen, eine **umfassende Rechtssprechungssammlung** mit Leitsätzen und Fundstellen, Fragen aus der Praxis, die kurz und prägnant beantwortet werden, und aktuelle Buchbesprechungen.

Healthcare & Hospital Law wendet sich an die Managementebene in Krankenhäusern, Pflegeeinrichtungen und anderen Einrichtungen des Gesundheitswesens. Daneben richtet sich das eJournal an Rechtsanwälte und Berater, an Hochschulen für Studiengänge im KH-Management, Pflegemanagement, Healthcare etc., an Fachschulen und Ausbildungsstätten, an Verbände und Institutionen sowie Gerichte, Krankenkassen und Krankenversicherungen.

Jahresabonnement online (6 Ausgaben): 148,00 €; Zusatzlizenz je 103,60 €, Campus- und Firmenlizenzen auf Anfrage (info@medhochzwei-verlag.de). Inkl. Zugriff auf das gesamte Archiv und die Normsammlung Gesundheitswesen.

Als Ergänzung den kostenlosen HHL Newsletter abonnieren und auch zwischen den Ausgaben immer up-to-date bleiben!

INHALT

1 » Editorial

Beitrag
Hans Böhme
5 » Aktuelles

Beitrag
Hartmut Münzel
8 » Zur Neuregelung der Ausgleichzahlungen für Krankenhäuser in der Corona-Pandemie
Ausgleichszahlungen für Krankenhäuser | Corona-Pandemie | Krankenhausfinanzierungsgesetz | Verordnung zur Regelung weiterer Maßnahmen zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser

Beitrag
Hans Böhme
12 » Einmalprodukte und ihre Aufbereitung und Weiterverwendung nach Art. 17 MDR und § 8 MPBetreibV n. F.
Aufbereitung | Einmalprodukte | Gemeinsame Spezifikationen | MDR | Medizinprodukte | MPBetreibV | MPDG | Weiterverwendung

Beitrag
Michael Grübnau-Rieken
17 » Rechtsfragen der Telemedizin
Ärztliche Berufsordnung | Datenschutz | DGSVO | Digitale Versorgung | DVG | Elektronische Gesundheitskarte | E-Health-Gesetzes | Fernabsatzrecht | GSAV | MBO | TSVG

Beitrag
Christoph Heppekausen
21 » Rechtsprechung zur außerordentlichen Kündigung von Konsiliararztverträgen
Außerordentliche Kündigung | Belegarztvertrag | Bestechlichkeit im Gesundheitswesen, § 299a StGB | Fristlose Kündigung | Konsiliararztvertrag | Pflichten aus dem Leistungsverhältnis, § 241 BGB – Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB | Verschuldensvermutung, § 280 BGB | Wichtiger Grund, § 626 BGB

Beitrag
Matthias Wiemers
25 » Privatgeheimnisse in der Pflege – Wie weit reicht § 203 StGB?
Schweigepflicht | Verletzung von Privatgeheimnissen, § 203 StGB

Beitrag
Leon Steinbacher
28 » Zur Strafbarkeit der Korruption im Gesundheitswesen
Bestechlichkeit im Gesundheitswesen, § 299a StGB | Bestechung im Gesundheitswesen, § 299b StGB | Kooperation | Medizintourismus | Verblistern

Beitrag
Hans Böhme
32 » Neues aus der Rechtsprechung

Buchbesprechung
37 » Rechtliche Grenzen der Umgestaltung des Heilpraktikerwesens

Buchbesprechung
38 » Gesetz über die Pflegeberufe – Praxiskommentar in 3. Auflage

Buchbesprechung
39 » Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat

Praxisfrage
Hans Böhme
40 » Praxisfrage: Was tun, wenn Krankenhäuser Personaluntergrenzen unterschreiten?

41 » Impressum

Rechtliche Grundlagen • Technologien • digitale Köpfe

Das Buch liefert einen erstmaligen systematischen Überblick über das Themenfeld Digitale Gesundheitsanwendungen. Neben den Technologien geht es hier vor allem auch um die „digitalen Köpfe" dahinter.

Nach einer Einführung werden die rechtlichen Rahmenbedingungen sowie das Bewertungsverfahren in kurzer Form zusammengefasst, die Themen Datenschutz und Datensicherheit beschrieben und es folgt anschließend ein Ausblick auf die Versorgungsrealität.

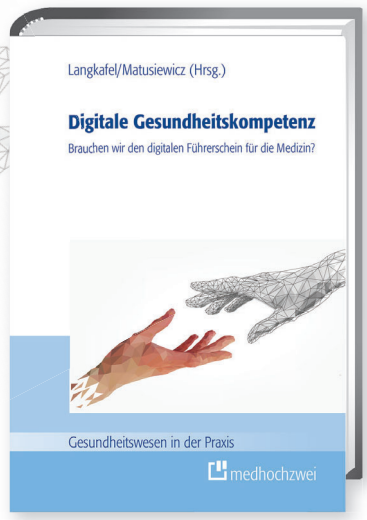
Im zweiten Teil des Buches werden die Perspektiven der einzelnen Akteure näher betrachtet – insbesondere die der Krankenversicherung als Kostenträger der Ärzteschaft, der pharmazeutischen Industrie sowie der einschlägigen Spitzenverbände.

Im letzten Teil geht es schließlich genauer um die Menschen hinter den Technologien, die in Form von Interviews Einblicke in ihre digitalen Gesundheitsanwendungen geben.

XIV, 404 Seiten. Softcover. € 79,99.
ISBN 978-3-86216-761-6

Erscheint Juni 2021

Was braucht es, damit BürgerInnen Digital Health kompetent nutzen werden?



ca. 250 Seiten. Softcover. € 79,99.
ISBN 978-3-86216-799-9

medhochzwei
www.medhochzwei-verlag.de/shop

Hans Böhme

Aktuelles

Neues Medizinprodukterecht ab 26.05.2021

Ab dem 26.05.2021 tritt die EU-Medizinprodukte-Verordnung (Verordnung (EU) 2017/745 – Medical Device Regulation – **MDR**)[1] in Kraft und ab dem 26.05.2022 kommt die In-vitro-Diagnostika-Verordnung (Verordnung (EU) 2017/746 – **IVDR**) zur Anwendung. Der Bundesgesetzgeber hat das Gesetz zur Anpassung des Medizinprodukterechts an die Verordnung (EU) 2017/745 und die Verordnung (EU) 2017/746 (Medizinprodukte-EU-Anpassungsgesetz – **MPEUAnpG)** vom 28.04.2020[2] geschaffen, das in Artikel 1 das Gesetz zur Durchführung unionsrechtlicher Vorschriften betreffend Medizinprodukte (Medizinprodukterecht-Durchführungsgesetz – **MPDG**) vom 28.04.2020[3] enthält. Das MPDG ersetzt das Medizinproduktegesetz (MPG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 07.08.2002[4], zuletzt geändert am 20.11.2019[5], und zwar für die MDR am 26.05.2021 und für die IVDR am 26.05.2022.

Am 26.03.2021 hat der Bundesrat der Verordnung zur Anpassung des Medizinprodukterechts an die Verordnung (EU) 2017/745 und die Verordnung (EU) 2017/746 (Medizinprodukte-EU-Anpassungsverordnung – **MPEUAnpV**) zugestimmt, die ebenfalls am 26.05.2021 in Kraft treten wird. In dieser Verordnung ist anstelle der Medizinprodukte-Sicherheitsplanverordnung (MPSV) die neue Medizinprodukte-Anwendermelde- und Informationsverordnung (MPAMIV) geregelt und es wird unter anderem die Medizinprodukte-Betreiberverordnung (MPBetreibV) geändert, wobei die wichtigste Änderung die Aufbereitung von Einmalprodukten betrifft (siehe dazu den Aufsatz von Böhme „Einmalprodukte und ihre Aufbereitung und Weiterverwendung im neuen Medizinprodukterecht", hier in dieser Ausgabe).

Im Bundesratsbeschluss wurde nur eine Ergänzung im neu formulierten § 1 Abs. 1 S. 1 MPBetreibV vorgenommen, nämlich dass diese Rechtsverordnung nur für das Betreiben und Anwenden von Produkten nach § 3 Nr. 1 MPDG *einschließlich der damit zusammenhängenden Tätigkeiten* gilt.

Die MDR ersetzt die bisherigen Medizinprodukte-Richtlinien, nämlich

- die Richtlinie 93/42/EWG über Medizinprodukte (Medical Device Directive – MDD) und
- die Richtlinie 90/385/EWG über aktive implantierbare Medizinprodukte (Active Implantable Medical Devices – AIMD).[6]

Die IVDR ersetzt die Richtlinie 98/79/EG über In-vitro-Diagnostika (IVD).[7]

Während die bisher geltenden Europa-Richtlinien über das MPG in bundesdeutsches Recht umgesetzt wurden, gelten die MDR und die IVDR unmittelbar in allen Mitgliedsstaaten. In Ausgabe 2/2021 werden die wesentlichen Änderungen für Betreiber und Anwender in einem eigenen Beitrag behandelt.

Das MTA-Reform-Gesetz vom 24.02.2021

Am 12.02.2021 hat der Bundesrat auf seiner 1000. Sitzung dem von Bundestag in 3. Lesung beschlossenen Gesetz zur Reform der technischen Assistenzberufe in der Medizin und zur Änderung weiterer Gesetze (MTA-Reform-Gesetz) zugestimmt. Das Gesetz ist am 24.02.2021 im Bundesgesetzblatt verkündet worden.[8]

In **Artikel 1** ist das **Gesetz über die Berufe in der medizinischen Technologie (MT-Berufe-Gesetz – MTBG)** enthalten.

Die wichtigsten Regelungen im Überblick:

- Die bisherige Berufsbezeichnung wird künftig durch die Berufsbezeichnung „Medizinische Technologin" und „Medizinischer Technologe" im jeweiligen Beruf (für Laboratoriumsanalytik, Radiologie, Funktionsdiagnostik und Veterinärmedizin) ersetzt.
- Die vorbehaltenen Tätigkeiten werden im bisherigen Umfang beibehalten. Nach § 5 Abs. 5 MTBG dürfen weiterhin auch HeilpraktikerInnen vorbehaltende Aufgaben anweisen und nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 MTBG auch ausüben.
- Das Ausbildungsziel in den jeweiligen Fachrichtungen wird modernisiert, weiter spezifiziert und nun kompetenzorientiert ausgestaltet. Die bisher allgemein gehaltenen Vorgaben zur Ausbildung werden konkretisiert und neu strukturiert. Die praktische Ausbildung wird im Umfang ausgeweitet.[9]

1 VERORDNUNG (EU) 2017/745 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES. Online: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:02017R0745-20170505&from=EN [abgerufen am 27.4.2021].

2 BGBl. I 2020, 960–1014.

3 BGBl. I 2020, 960–993.

4 BGBl. I 2002, 3146.

5 BGBl. I 2019, 1626.

6 Eine Entsprechungstabelle AIMD – MDD – MDR findet sich in Hill/Schmitt, WiKo, Teil B (EU-MDR), B I, Artikel XVII, 3 Seiten.

7 Eine Entsprechungstabelle IVDR – MDR findet sich in Hill/Schmitt, WiKo, Teil B (EU-MDR), B I, 9 Seiten.

8 BGBl. I 2021, 274.

9 Online: MTA-Reformgesetz – Bundesgesundheitsministerium, [abgerufen am 17.03.2021].

Übersicht: Die Rechtsgrundlagen des neuen Medizinprodukterechts

Europarecht	MDR + IVDR (ab 26.05.2022)
zusätzlich	Verordnungen wie Durchführungsverordnung (EU) 2020/1207 der Kommission vom 19.08.2020 (Gemeinsame Spezifikationen für die Aufbereitung von Einmalprodukten)
Deutschland	MPDG +
zusätzlich	MPAMIV + MPBetreibV

- Ein Ausbildungsvertrag und eine angemessene Ausbildungsvergütung werden verbindlich vorgesehen.
- Das MTBG wird am 01.01.2023 in Kraft treten. Zwischenzeitlich werden Ausbildungs- und Prüfungsordnungen geschaffen.

In Artikel 12 wird das **Notfallsanitätergesetz vom 22.05.2013** wie folgt geändert:
Nach § 2 wird folgender § 2a eingefügt:

§ 2a Eigenverantwortliche Durchführung heilkundlicher Maßnahmen durch Notfallsanitäterinnen und Notfallsanitäter

„Bis zum Eintreffen der Notärztin oder des Notarztes oder bis zum Beginn einer weiteren ärztlichen, auch teleärztlichen, Versorgung dürfen Notfallsanitäterinnen und Notfallsanitäter heilkundliche Maßnahmen, einschließlich heilkundlicher Maßnahmen invasiver Art, dann eigenverantwortlich durchführen, wenn

1. sie diese Maßnahmen in ihrer Ausbildung erlernt haben und beherrschen **und**
2. die Maßnahmen jeweils erforderlich sind, um Lebensgefahr oder wesentliche Folgeschäden von der Patientin oder dem Patienten abzuwenden."

Die Änderung ist nach Artikel 15 Abs. 3 des MTA-Reform-Gesetzes am 25.02.2021 in Kraft getreten.
Damit ist jetzt endlich die Rechtslage für Notfallsanitäter geklärt. In Notfallsituationen, in denen der Notarzt nicht rechtzeitig eintreffen kann und dem Patienten/der Patientin dringend geholfen werden muss, um zu überleben oder keine wesentlichen Folgeschäden zu erleiden, darf der Notfallsanitäter heilkundliche Maßnahmen, auch invasiver Art, eigenverantwortlich durchführen, wenn die Maßnahmen in der Ausbildung erlernt wurden und beherrscht werden.
Das gilt nur für Notfallsanitäter, also weder für Rettungssanitäter noch Rettungsassistenten.

Arztvorbehaltsaufgaben nach NiSV seit dem 31.12.2020

Am 29.11.2018 ist die Verordnung zum Schutz vor schädlichen Wirkungen nichtionisierender Strahlung bei der Anwendung am Menschen (NiSV) verkündet worden.[10] Diese Verordnung enthält Arztvorbehaltsaufgaben, die seit dem 31.12.2020 in Kraft getreten sind und Fachweiterbildungserfordernisse ab dem 31.12.2021.
Die Fachvorbehalte und Fachweiterbildungserfordernisse betreffen folgende Bereiche:

- Lasereinrichtungen und intensive Lichtquellen, § 5 NiSV,
- Hochfrequenzgeräte, § 6 NiSV,
- Stimulation des Zentralen Nervensystems, § 8 NiSV,
- Ultraschall, § 9 NiSV

Hinzukommt unter Verantwortung eines Arztes/einer Ärztin

- Magnetresonanzverfahren, § 10 NiSV.

Folgerichtig hat das Verwaltungsgericht Düsseldorf mit Urteil vom 11.03.2021[11] entschieden, dass die Entfernung von Tattoos in Form einer Laserbehandlung im Hinblick auf den Arztvorbehalt in § 5 Abs. 2 NiSV seit dem 31.12.2020 nicht mehr von Heilpraktikern, sondern nur noch von Ärzten vorgenommen werden darf (siehe auch Rechtsprechungsarchiv, hier in dieser Ausgabe).

DVPMG ab Mitte 2021

Zurzeit ist der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit eines Gesetzes zur digitalen Modernisierung von Versorgung und Pflege (Digitale Versorgung und Pflege – Modernisierungsgesetz (DVPMG) im Gesetzgebungsverfahren. Die erste Lesung im Bundesrat erfolge am 05.03.2021. Digitale Helfer für die Pflege, mehr Telemedizin und eine moderne Vernetzung im Gesundheitswesen – das sind Ziele des Gesetzes zur digitalen

10 BGBl. I 2018, 2034, 2187.
11 Aktenzeichen: 7 L 2665/20.

Modernisierung von Versorgung und Pflege (DVPMG). Das Gesetz soll Mitte 2021 in Kraft treten.

Was wird geregelt?

Die digitalen Gesundheitsanwendungen werden weiterentwickelt und auch Pflegeanwendungen einschließlich Pflegeberatung sollen digital unterstützt werden.

Die Vermittlung von Vor-Ort-Arztterminen soll um die Vermittlung telemedizinischer Leistungen ergänzt werden; auch der kassenärztliche Bereitschaftsdienst soll telemedizinische Leistungen anbieten. Der Gemeinsame Bundesausschuss wird beauftragt, die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der ausschließlichen Fernbehandlung zu ermöglichen. Telemedizinische Leistungen werden auch für Heilmittelerbringer und Hebammen ermöglicht. Auch die Telematikinfrastruktur wird erweitert und bekommt ein Update.

Die Notfalldaten werden zusammen mit Hinweisen der Versicherten auf den Aufbewahrungsort persönlicher Erklärungen zu einer elektronischen Patientenkurzakte weiterentwickelt.

Der elektronische Medikationsplan wird innerhalb der Telematikinfrastruktur in eine eigene Anwendung überführt.

Änderung und Widerruf der Organspendeerklärungen in dem vom BfArM zu errichtenden Organspenderegister können künftig auch über die Versicherten-Apps der Krankenkassen getätigt werden.

Für den Bereich der häuslichen Krankenpflege, außerklinischen Intensivpflege, der Soziotherapie, der Heil- und Hilfsmittel, der Betäubungsmittel und weiterer verschreibungspflichtiger Arzneimittel werden elektronische Verordnungen eingeführt.

Es soll ein für alle Beteiligten verfügbares Digitalportal entwickelt werden.

Versicherte sollen künftig Rezepte in der Apotheke auch personenbezogen mit Identitätsnachweis abrufen können. Auch bei Apotheken im europäischen Ausland soll es möglich werden, elektronische Rezepte einzulösen.

Mit dem Gesetz übernimmt der Gesetzgeber für die Verarbeitung personenbezogener Daten in den Komponenten der dezentralen Telematikinfrastruktur (z. B. Konnektoren und Kartenlesegeräte) die sogenannte Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) nach der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO).

Vgl. Sie auch den Aufsatz von Grübnau-Rieken, Rechtsfragen der Telemedizin, hier in dieser Ausgabe.

Prof. Hans Böhme

Assessor iur. und Soziologe
Honorarprofessor an der Ernst-Abbe-Hochschule Jena
Wissenschaftlicher Berater des Instituts für Gesundheitsrecht und -politik
26419 Schortens-Upjever
Mail: info@boehme-igrp.de

Hartmut Münzel

Zur Neuregelung der Ausgleichzahlungen für Krankenhäuser in der Corona-Pandemie

Am 07.04.2021 ist eine neue Verordnung des BMG zu Ausgleichszahlungen für Krankenhäuser in der Corona-Pandemie in Kraft getreten. Diese regelt die Ausgleichszahlungen neu, jedoch befristet bis zum 31.05.2021. Die Verordnung ist insgesamt sehr sperrig geraten, da sie auf verschiedene rechtliche Grundlagen verweist, statt im Text selbst nachvollziehbare Voraussetzungen zu setzen. Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über die Voraussetzungen, die die Verordnung für die Anspruchsfähigkeit von Krankenhäusern normiert. Der besseren Übersicht halber werden die Grundvoraussetzungen sodann in Tabellenform dargestellt.

Ausgleichszahlungen für Krankenhäuser | Corona-Pandemie | Krankenhausfinanzierungsgesetz | Verordnung zur Regelung weiterer Maßnahmen zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser

Vorgeschichte

Seit über einem Jahr fordert die Corona-Pandemie alle Länder heraus. Deutschland ist nach vergleichsweise gutem Start mittlerweile in schweres Fahrwasser geraten. „Dritte Welle" und ein weitgehend als missglückt empfundener Impfstart haben die Situation verschärft. Dies zeigt sich vor allem an der zunehmenden Hospitalisierung erkrankter Patienten. Krankenhäuser geraten damit wieder vermehrt in den Fokus des Geschehens. Politisch ist hierbei ein hartes Ringen im Gange, ob und wie die Krankenhäuser für die Sondersituation der Corona-Pandemie finanziell entschädigt werden sollen. Denn Patienten gehen nicht mehr in der gleichen Anzahl wie zuvor in die Krankenhäuser, aus Angst, sich dort zu infizieren. Außerdem mag sich im Rahmen der „Dritten Welle" wieder die Notwendigkeit ergeben, Krankenhäuser zu verpflichten, nur dringend notwendige Operationen durchzuführen und alles weitere zu verschieben. Solche Zahlungen im Interesse der Krankenhäuser und damit auch der Patienten sind jedoch immens teuer. Dem steht daher auf der anderen Seite das gleichermaßen berechtigte Interesse gegenüber, diese Zahlungen nicht ausufern zu lassen.

Bereits im Jahr 2020 hat der Gesetzgeber diverse Ausgleichsmechanismen zugunsten der Krankenhäuser aufgrund Corona-bedingter Erlösausfälle beschlossen. Dem lag zunächst die Vorstellung zugrunde, dass durch Regelungen des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers Krankenhäuser verpflichtet werden mussten, Bettenkapazitäten insbesondere im intensivmedizinischen Bereich freizuhalten, um COVID-19-Patienten zu behandeln. Diese erste Regelung war für die Krankenhäuser sehr großzügig bemessen. Zu einem späteren Zeitpunkt fiel dies und das damit verbundene Kostenvolumen auch dem Gesetzgeber auf. Die nächste Regelung war demzufolge deutlich sparsamer gewählt. Neben einer nach dem Versorgungsgrad differenzierten Regelung wurde darüber hinaus dafür Sorge getragen, dass nicht mehr alle Krankenhäuser in den Genuss der Pauschale kamen. Angeknüpft wurde stattdessen an Inzidenzzahlen und die Frage, ob und in welchem Umfang das jeweilige Krankenhaus zur Notfallversorgung zugelassen war. Nach hartem Ringen der Selbstverwaltungspartner hat der Gesetzgeber zunächst befristet bis zum 31.05.2021 jetzt eine neue Regelung getroffen.[1]

Neuregelung seit dem 05.04.2021

Aus der Neuregelung ergeben sich verschiedene Möglichkeiten, unter denen Krankenhäuser Ausgleiche erhalten können.

Anspruchsfähige Krankenhäuser nach § 1 der Verordnung i.V. mit § 21 Abs. 1a KHG

Die Neuregelung sieht bei Akutkrankenhäusern in den wesentlichen Eckpunkten im Grundsatz wie folgt aus:

Nach wie vor erhalten nicht alle Krankenhäuser Ausgleichszahlungen. Diese ist vielmehr weiterhin an Inzidenzzahlen geknüpft. Dabei differenziert die Verordnung zwischen verschiedenen Tatbeständen. Zunächst enthält § 1 der VO eine *„Sonderregelung zur 7-Tage-Inzidenz der Coronavirus-SARS-CoV-2-Fälle"* Danach kann die zuständige Krankenhausplanungsbehörde des Landes Krankenhäuser für Ausgleichszahlungen bestimmen, wenn in dem jeweiligen Landkreis oder der jeweiligen kreisfreien Stadt die 7-Tage-Inzidenz der SARS-CoV-2 Fälle je 100.000 Einwohnern über 50 liegt und

- die übrigen Voraussetzungen des § 21 Abs. 1a S. 2 KHG erfüllt sind,
- die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 oder Abs. 2 (der VO) erfüllt sind oder
- ein begründeter Ausnahmefall nach § 21 Abs. 1a S. 4 zweiter Halbsatz KHG vorliegt.

1 Verordnung zur Regelung weiterer Maßnahmen zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser vom 07.04.2021.

Tab. 1: Anspruchsfähige Krankenhäuser nach § 1 der Verordnung in Verbindung mit § 21 Abs.1a S.2 KHG

Grundlage	Voraussetzung: Inzidenz	Voraussetzung: durchschnittlicher Anteil freier Intensivmedizinische Kapazitäten im Landkreis/in der kreisfreien Stadt innerhalb eines 7-Tage-Zeitraums	Voraussetzung: Teilnahme Notfallversorgung
§ 1 VO i.V. mit § 21 Abs. 1a S.2 KHG, 1. Alt. (Nr.1)	Größer 50	Unter 25 %	Vereinbarung eines Zuschlags für Teilnahme an umfassender oder erweiterter Notfallversorgung für 2019 und 2020 oder (falls noch kein Zuschlag vereinbart ist) Versorgungsstruktur, die nach Feststellung der KH-Planungsbehörde mindestens den Anforderungen des G-BA-Beschlusses nach § 136c Abs. 4 S. 1 SGB V für Teilnahme an erweiterter Notfallversorgung entspricht
§ 1 VO i.V. mit § 21 Abs. 1a S.2 KHG 2. Alt. (Nr.2)	Größer 50	Unter 15 %	Vereinbarung eines Zuschlags für Teilnahme an Basisnotfallversorgung für 2019 und 2020 und nur nachrangig zu den KH der 1.Alt. sowohl im jeweiligen Kreis/Stadt an sich als auch zu solchen KH im Nachbarkreis/angrenzende kreisfreie Städte

Erforderlich für eine mögliche Anspruchsberechtigung nach § 1 ist demnach in allen denkbaren Alternativen zunächst das Vorliegen der Inzidenzzahl größer 50.
Sodann knüpft § 1 der VO an die Regelung des § 21 Abs. 1a S. 2 KHG an. Hierbei handelt es sich um eine sehr komplexe Regelung, die wiederum selbst verschiedene Tatbestandsalternativen vorsieht. Diese wiederum enthalten ihrerseits zum Teil wieder Alternativen, was die Nachvollziehbarkeit der Regelungen außerordentlich erschwert. Diese knüpfen einerseits an die Auslastung der Intensivbetten, andererseits an die Teilnahme des Krankenhauses an der Notfallversorgung an.
In der ersten möglichen Alternative (Nr. 1) verlangt die Norm, dass der Anteil freier betreibbarer intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten in dem Landkreis oder der kreisfreien Stadt in einem ununterbrochenen Zeitraum von 7 Tagen durchschnittlich unter 25 % liegt. In diesem Fall kann die Krankenhausplanungsbehörde Krankenhäuser als zu Ausgleichszahlungen berechtigt bestimmen, wenn diese

- einen Zuschlag für die Teilnahme an der umfassenden oder erweiterten Notfallversorgung gemäß § 9 Abs. 1a Nr. 5 KHG für das Jahr 2019 oder 2020 vereinbart haben oder
- (*zwar)* noch keine Zu- oder Abschläge für die Teilnahme oder Nichtteilnahme an der Notfallversorgung gemäß § 9 Abs. 1a Nr. 5 KHG vereinbart haben und *(jedoch)* eine Versorgungsstruktur aufweisen, die nach Feststellung der Krankenhausplanungsbehörde mindestens den Anforderungen des G-BA-Beschlusses nach § 136c Abs. 4 S. 1 SGB V über ein gestuftes System von Notfallstrukturen in Krankenhäusern für eine Teilnahme an der erweiterten Notfallversorgung entspricht. Damit werden insbesondere die Voraussetzungen in § 13 der G-BA-Richtlinie vom 20.11.2020 beschrieben. Die erweiterte Notfallversorgung beschreibt die nächst höhere Notfallversorgungsstruktur oberhalb der Basisnotfallversorgung.

In der zweiten Alternative (Nr.2) des § 21 Abs. 1a S. 4 KHG kann auch ein Krankenhaus für Ausgleichszahlungen bestimmt werden, das nicht die Voraussetzungen für die erweiterte oder die umfassende Notfallversorgung erfüllt. Ein solches Haus muss aber gemäß § 9 Abs. 1a Nr. 5 KHG einen Zuschlag für die Teilnahme an der Basisnotfallversorgung für das Jahr 2019 oder 2020 vereinbart haben. Diese Möglichkeit besteht jedoch nur dann, wenn der Anteil freier betreibbarer intensivmedizinischer Betten in dem Landkreis oder der kreisfreien Stadt in einem ununterbrochenen Zeitraum von sieben Tagen durchschnittlich unter 15 % liegt. Außerdem können solche Häuser nur nachrangig zu den Krankenhäusern nach Nr.1 und nachrangig zu Krankenhäusern in den angrenzenden Landkreisen oder kreisfreien Städten, die die Voraussetzungen nach Nr.1 erfüllen, sein.
Anspruchsfähige Krankenhäuser nach § 1 der Verordnung i.V. mit § 3 Abs. 1 und 2 der Verordnung
Neben der Anknüpfung an § 21 Abs. 1a S. 2 KHG lässt § 1 der VO auch eine Anknüpfung an § 3 Abs. 1 und 2 der VO zu. Unter der Überschrift *„Erweiterung der Bestimmungsmöglichkeit gemäß § 21 Abs. 1a S. 2 Nr. 2 KHG"* können auch weitere Krankenhäuser als anspruchsberechtigt bestimmt

Tab. 2: Anspruchsfähige Krankenhäuser nach § 1 der VO in Verbindung mit § 3 Abs.1 und 3 Abs. 2 der VO

Grundlage	Voraussetzung: Inzidenz	Voraussetzung: durchschnittlicher Anteil freier intensivmedizinischer Kapazitäten im Landkreis/in der kreisfreien Stadt innerhalb eines 7-Tage-Zeitraums	Voraussetzung: Teilnahme Notfallversorgung
§ 1 VO i.V. mit § 3 Abs. 1 der VO	Größer 50	Unter 15 %	Versorgungsstruktur, die nach Feststellung der KH-Planungsbehörde den Anforderungen des G-BA-Beschlusses für Basisnotfallversorgung entspricht (Vereinbarung Zuschlag nicht erforderlich) und Nur nachrangig zu KH mit erweiterter oder umfassender Notfallversorgung (wie in Tab. 1)
§ 1 VO i.V. mit § 3 Abs. 2 der VO	Größer 50	Unter 15 %	KH nach Aufstellung InEK mit besonders hohen Beatmungsleistungen oder besonders spezialisierten Abteilungen (im Text des Abs. 2 näher bestimmt)

werden. Mit dem Verweis (nur) auf Nr. 2 des § 21 Abs. 1a S. 4 KHG ist gemeint, dass die Auslastung der Intensivbetten unter 15 % liegen muss. Unter dieser Voraussetzung können auch Krankenhäuser als für Ausgleichszahlungen bestimmt werden, wenn diese noch keine Zu- oder Abschläge für die Teilnahme oder Nichtteilnahme an der Notfallversorgung vereinbart haben, jedoch *„eine Versorgungsstruktur aufweisen, die nach Feststellung der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde"* den Anforderungen des G-BA-Beschlusses nach § 136c Abs. 4 S. 1 SGB V für die Teilnahme an der Basisnotfallversorgung entsprechen. Dies stellt zur oben dargestellten Alternative eine Erweiterung dar, weil dort die Gleichsetzung mit den Häusern, die tatsächlich einen Zu- oder Abschlag vereinbart haben, nicht möglich war. Gleichwohl ist die Formulierung und Nachvollziehbarkeit der Anspruchsberechtigung sehr sperrig geraten. Es wäre sinnvoll, im Rahmen einer etwa anstehenden Neuregelung eine konsolidierte Fassung vorzulegen, die die Tatbestandsvoraussetzungen beschreibt, anstatt mit nur schwer nachvollziehbaren Gesetzesverweisungen zu arbeiten.

§ 3 Abs. 2 der VO lässt es dabei zu, dass auch solche Krankenhäuser bestimmt werden, wenn einer oder mehrere der Standorte (also nicht notwendigerweise alle) eines Krankenhauses in der Übersicht nach § 3 Abs. 3 S. 1 der VO aufgeführt sind. § 3 Abs. 3 wiederum knüpft an eine vom InEK zu erstellende Liste von Krankenhausstandorten an, die im Jahr 2019 besonders hohe Zahlen für Beatmungsstunden vorweisen können oder besonders spezialisierte Abteilungen im Bereich Kardiologie/Herzchirurgie oder Pneumologie, Lungen- und Bronchialheilkunde oder Thoraxchirurgie verfügen.

Eine Anspruchsfähigkeit kann ferner gegeben sein, wenn ein begründeter Ausnahmefall nach § 21 Abs. 1a S. 4 2. HS KHG vorliegt. Hier ist der Fall geregelt, dass in einem Landkreis bzw. einer kreisfreien Stadt kein Krankenhaus der erweiterten oder umfassenden Notfallversorgung existiert. Dann können in begründeten Ausnahmefällen auch Krankenhäuser bestimmt werden, die lediglich einen Zuschlag für die Teilnahme an der Basisnotfallversorgung vereinbart haben.

Anspruchsfähige Krankenhäuser nach § 2a Abs. 2 der Verordnung (hohe Inzidenz)

Im Hinblick auf die dramatischen Fallzahlen der „Dritten Welle" sind jetzt auch die Sonderregelungen des § 2 der VO von besonderem Interesse. Diese sieht eine Ausgleichsbefähigung bei besonders hohen Inzidenzzahlen vor, nämlich einmal in Abs. 1 bei einer 7-Tage-Inzidenz von über 200, und in Abs. 2 bei einer Inzidenz von über 150. Abs. 1 galt nur für Fälle zwischen dem 17.12.2020 und dem 14.01.2021. Abs. 2 gilt aber (rückwirkend) für alle Fälle seit dem 15.01.2021 (befristet bis zum 31.05.2021). Danach kann die Krankenhausplanungsbehörde abweichend von § 21 Abs. 1a S. 2 Nr. 1 und 2 und S. 4 KHG unabhängig von dem Anteil freier betreibbarer Intensivkapazitäten

Tab. 3: Anspruchsfähige Krankenhäuser nach § 2 Abs.2 der VO

Grundlage	Voraussetzung: Inzidenz	Voraussetzung: durchschnittlicher Anteil freier Intensivkapazitäten	Voraussetzung: Teilnahme Notfallversorgung
§ 2 Abs.2 VO i.V. mit § 21a Abs. 1a Nr. 1 und 2 KHG	Größer 150	Unabhängig von Auslastung	• Vereinbarung eines Zuschlags (mindestens Basisnotfallversorgung) oder bei fehlendem Zuschlag im Falle der erweiterten oder umfassenden Notfallversorgung • Feststellung der Gleichwertigkeit durch Planungsbehörde
§ 2 Abs. 2 VO i.V. mit § 3 der VO	Größer 150	Unabhängig von Auslastung	Feststellung der Gleichwertigkeit durch KH-Planungsbehörde bei KH der Basisnotfallversorgung, falls noch kein Zuschlag vereinbart

Krankenhäuser nach § 21 Abs. 1a S. 2 Nr. 1 und 2 KHG sowie im Sinne von § 3 der VO bestimmen, die Ausgleichszahlungen erhalten. Sinkt die Inzidenz wieder unter 150, greift die Regelung des § 21a Abs. 1a S. 6 KHG, die dann eine Aufhebung der Anspruchsberechtigung nach 14 Tagen vorsieht. Im Ergebnis bedeutet die Sonderregelung, dass bei dauerhaft hohen Inzidenzzahlen alle Krankenhäuser anspruchsberechtigt sein können, die zumindest die Anforderungen der Basisnotfallversorgungnach Feststellung der Krankenhausplanungsbehörde erfüllen, ohne dass notwendigerweise ein Zuschlag vereinbart ist.

Abschließende Hinweise

Wie bereits ausgeführt, ist die Neuregelung insgesamt sehr sperrig geraten. Dies ist einerseits nachvollziehbar, weil die Pandemie-Situation zeitlichen Verzug nicht duldet, sodass hier Schnelligkeit vor Präzision ging. Gleichwohl sei dringend angeraten, diesen Zustand zu ändern. Es wird im Laufe der nächsten Jahre noch reichlich Streit über die berechtigte oder unzureichende Gewährung von Ausgleichszahlungen geben. Mit Regelungen dieser Art, der Anknüpfung an zu einem späteren Zeitpunkt kaum mehr objektiv feststellbare Inzidenzwerte und unterschiedliche Daten wird eine objektive Beurteilung im Gerichtsverfahren erheblich erschwert.

Des Weiteren sei angemerkt, dass die Verordnung keinen Rechtsanspruch gewährt. Es ist jeweils nur davon die Rede, dass die Krankenhausplanungsbehörde Krankenhäuser bestimmen „kann". Ein Anspruch auf Gewährung von Ausgleichszahlungen wird damit gerade nicht formuliert. Wohl wird man aber zumindest einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung hieraus ableiten können. Für die Höhe der Ausgleichszahlung ist weiterhin auf die Regelung in § 21 Abs. 3 KHG abzustellen. Wie sich die Situation nach dem 31.05.2021 darstellen wird, bleibt abzuwarten. Entscheidend wird dies von der Entwicklung der Pandemie abhängen.

Die in der Verordnung enthaltenen Fragen zu einem Ganzjahresausgleich und zur Liquiditätshilfe werden Gegenstand eines separaten Aufsatzes sein.

Dr. Hartmut Münzel

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht und
Fachanwalt für Medizinrecht
c/o Prof. Dr. Halbe Rechtsanwälte
50670 Köln
halbe@medizin-recht.com

Hans Böhme

Einmalprodukte und ihre Aufbereitung und Weiterverwendung nach Art. 17 MDR und § 8 MPBetreibV n. F.

Seit Jahrzehnten ist in Deutschland umstritten, ob Einmalprodukte aufbereitet werden dürfen oder nicht, ob Aufbereiter von Einmalprodukten Hersteller sind oder Aufbereitung eine Tätigkeit von Betreibern und Anwendern ist sowie letztlich wie die Aufbereitung zu erfolgen hat. Nunmehr wird mit Art. 17 MDR europaweit ab dem 26.05.2021 eine Regelung für Einmalprodukte und ihre Aufbereitung in Kraft treten, die noch hinsichtlich der Gemeinsamen Spezifikationen durch die Durchführungsverordnung (EU) 2020/1207 vom 19.08.2020 konkretisiert wird. Zurzeit arbeitet der bundesdeutsche Gesetzgeber an einer Neuregelung des § 8 MPBetreibV, die ebenfalls am 26.05.2021 in Kraft treten soll. Im vorliegenden Beitrag werden die Neuerungen im Überblick dargestellt.

Aufbereitung | Einmalprodukte | Gemeinsame Spezifikationen | MDR | Medizinprodukte | MPBetreibV | MPDG | Weiterverwendung

Zur Entstehungsgeschichte

Im Medizinproduktegesetz von 1994 ist in § 3 Nr. 14 MPG lediglich die Aufbereitung definiert. Die Aufbereitung selbst wurde 1998 erstmals in der MPBetreibV geregelt. 2001 wurden durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Medizinproduktegesetzes[1] in § 4 MPBetreibV Anforderungen zur Aufbereitung unter Einbeziehung der gemeinsamen Empfehlung der Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention am Robert Koch-Institut (RKI) und des Bundesinstitutes für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) zu den Anforderungen an die Hygiene bei der Aufbereitung von Medizinprodukten aufgenommen. Durch die Neufassung der MPBetreibV ab 01.01.2017 wurde in § 8 MPBetreibV, der § 4 alte Fassung ablöst, ein Absatz 3 „Medizinprodukte mit besonders hohen Anforderungen an die Aufbereitung" und ein Absatz 4 mit besonderen Personalanforderungen eingefügt.

Damit sind in Deutschland die Betreiber- und Anwenderpflichten bei der Aufbereitung durch § 8 MPBetreibV ausführlich geregelt. Aufbereiten ist insoweit eine Tätigkeit von Betreibern und Anwendern, § 2 Abs. 4 Nr. 1 MPBetreibV. Die Herstellerregeln kamen insoweit bisher nicht zur Anwendung, es sei denn es handelte sich um industrielle Aufbereiter, für die bisher das MPG zur Anwendung kam.

Allerdings hat das von der EU-Kommission beauftragte SCENIHR (Scientific Committee on Emerging an Newly Identified Health Risks) in seinem Bericht, der am 15.04.2010 vorgelegt wurde,[2] bedeutende Gefahren im Hinblick auf gesundheitliche Risiken im Rahmen der Wiederaufbereitung (grundsätzlich bei allen Produkten, jedoch Fokus auf Einmalprodukte) identifiziert.

Die Wiederaufbereitung wiederverwendbarer Medizinprodukte wurde als unproblematisch angesehen, weil auch Anhang I Nr. 13.6h der MDD-Richtlinie (Richtlinie 93/42/EWG) Hersteller-Angaben verlangt, nach denen der Aufbereiter aufzubereiten hat.

Die Wiederaufbereitung von Einmalprodukten hingegen wird im Hinblick auf die Risiken als problematisch angesehen.[3] Aus diesem Grund wurde Artikel 17 MDR geschaffen, der zusammen mit der Durchführungsverordnung herstellerähnliche Anforderungen aufstellt.

Im Erwägungsgrund Nr. 38 der Gründe und Grundlagen, die der MDR vorangestellt sind, ist ausgeführt:

„Die Aufbereitung und Weiterverwendung von Einmalprodukten sollte nur dann zulässig sein, wenn sie nach nationalem Recht gestattet ist und die in dieser Verordnung festgelegten Anforderungen erfüllt werden. Der Aufbereiter eines Einmalprodukts sollte als Hersteller des aufbereiteten Produkts gelten und allen Pflichten, die Herstellern gemäß dieser Verordnung obliegen, unterworfen sein. Dennoch sollten die Mitgliedstaaten beschließen können, dass die Verpflichtungen in Bezug auf die Aufbereitung und Wiederverwendung von Einmalprodukten innerhalb einer Gesund-

1 2. MPG-ÄndG) vom 13.12.2001 in: BGBl I 2001, 3586.

2 The Safety of Reprocessed Medical Devices Marketed for Single-Use. 2010. Online: http://ec.europa.eu/health/scientific_committees/emerging/docs/scenihr_o_027.pdf [abgerufen am 20.03.2021].

3 *Jäkel*, Medizinprodukterecht (MPR) 3/2010, 79–82.

heitseinrichtung oder durch einen von ihr beauftragten externen Aufbereiter sich von den in dieser Verordnung genannten Herstellerpflichten unterscheiden dürfen. Grundsätzlich sollte eine solche Unterscheidung nur dann zulässig sein, wenn bei der Aufbereitung und Wiederverwendung von Einmalprodukten innerhalb einer Gesundheitseinrichtung oder durch einen externen Aufbereiter die festgelegten GS bzw. — sofern keine solchen festgelegt wurden — die einschlägigen harmonisierten Normen und nationalen Vorschriften eingehalten werden. Bei der Aufbereitung solcher Produkte sollte ein gleichwertiges Sicherheits- und Leistungsniveau wie bei den entsprechenden ursprünglichen Einmalprodukten gewährleistet sein."[4]

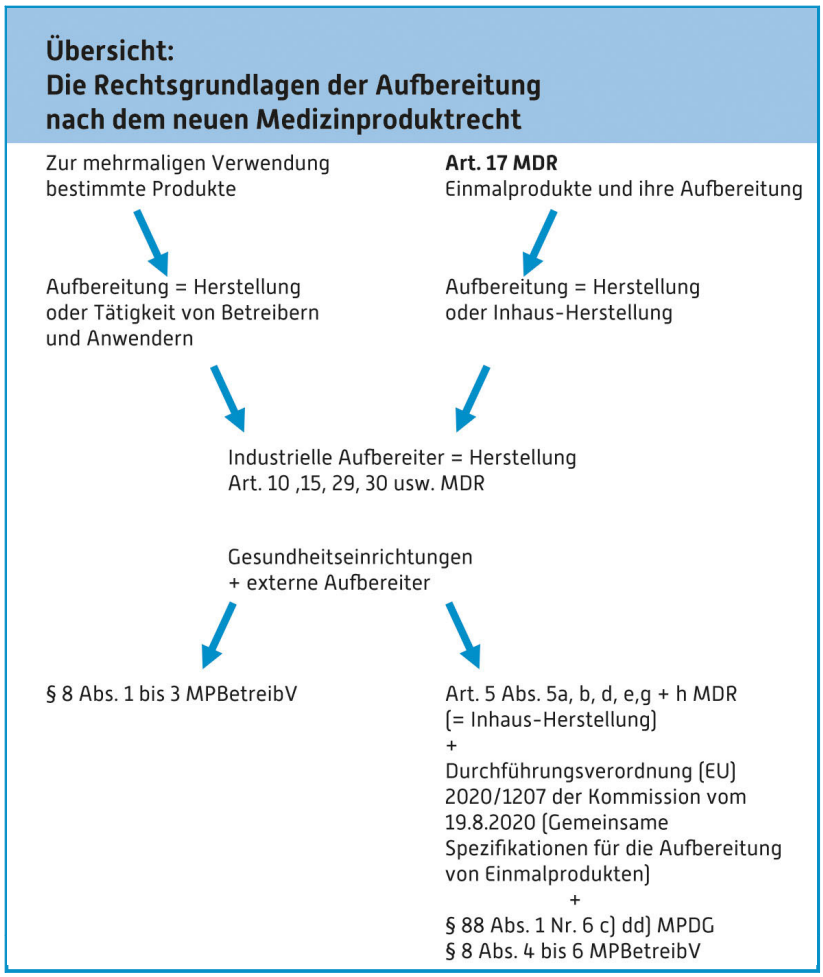


Abb. 1: Rechtsgrundlagen der Aufbereitung nach dem neuen MPG

Die Regelungssystematik beim Aufbereiten

Da ab 26.05.2021 das Medizinproduktegesetz von 1994 durch die Europäische Medizinprodukteverordnung – kurz MDR genannt – unmittelbar wirksam in den Mitgliedsstaaten der EU abgelöst wird, hat der Bundesgesetzgeber anstelle des MPG das Medizinprodukterecht-Durchführungsgesetz (MPDG) geschaffen. In dessen § 88 Abs. 1 Nr. 6 c) ist unter dd) geregelt, dass das Bundesministerium für Gesundheit ermächtigt wird, im Einvernehmen mit weiteren teilweise zuständigen Bundesministerien, wie in § 88 Abs. 1 MPDG zu Beginn aufgezählt, mit Zustimmung des Bundesrats durch Rechtsverordnung, die Aufbereitung von Einmalprodukten nach Artikel 17 Absatz 1 MDR zu gestatten. Die Ermächtigung gilt auch dafür, dass Verpflichtungen der Hersteller nach der MDR nicht gelten sollen für Einmalprodukte im Sinne des Artikels 2 Nr. 8 MDR, die entweder innerhalb einer Gesundheitseinrichtung aufbereitet und weiterverwendet werden oder im Auftrag einer Gesundheitseinrichtung von einem externen Aufbereiter aufbereitet werden, sofern das aufbereitete Produkt in seiner Gesamtheit an die betreffende Gesundheitseinrichtung zurückgegeben wird.

Der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit einer Verordnung zur Anpassung des Medizinprodukterechts an die Verordnung (EU) 2017/745 und die Verordnung (EU) 2017/746 (Medizinprodukte-EU-Anpassungsverordnung – MPEUAnpV) vom 28.02.2020[5] wurde nach der Verbändeanhörung erheblich überarbeitet und dem Bundesrat als Drucksache 177/21[6] zugeleitet. Hinsichtlich der Aufbereitung von Einmalprodukten werden in § 8 MPBetreibV neue Regelungen vorgesehen, die am 26.05.2021 in Kraft treten sollen.

Die Regelung in Artikel 17 MDR

Artikel 17 MDR hat zehn Absätze, die nachfolgend erläutert werden[7]:

Geltungsbereich

Abs. 1 regelt den Geltungsbereich. Dieser Artikel gilt nur für die Aufbereitung und Wiederverwendung von Einmalprodukten und nicht für die Aufbereitung von Produkten, die

4 Kritisch dazu *Hill/Schmitt*, WiKo, Teil B (EU-MDR), B I, Artikel 17 MDR, Rn. 6.

5 Online: RefE_MPEUAnpV.pdf (bundesgesundheitsministerium.de) [abgerufen am 22.03.2021].

6 Online: https://www.bundesrat.de/bv.html?id=0177-21; der Bundesrat entscheidet am 26.03.2021.

7 Einzelheiten dazu in *Böhme*, Beitrag 02017 Einmalprodukte und ihre Aufbereitung, in: Benad/Lau/Pleiss (Hrsg.), Praxis Medizinprodukterecht, Loseblatt, 10. Aktualisierung März 2021, TÜV Media Köln, 36 Seiten.

vom Hersteller zur mehrmaligen Verwendung bestimmt sind. Im letzteren Fall ist der Hersteller verpflichtet, das Produkt so auf den Markt zu bringen, dass es vom Betreiber und Anwender auch richtig aufbereitet werden kann.
Das „Einmalprodukt" ist in Art. 2 Nr. 8 MDR als ein Produkt definiert, das dazu bestimmt ist, an einer einzigen Person für eine einzige Maßnahme verwendet zu werden.

Aufbereiter ist grundsätzlich Hersteller

In Abs. 2 ist der Grundsatz der Herstellereigenschaft von Aufbereitern aufgestellt. In Art. 2 Nr. 30 MDR wird der Begriff „Hersteller" wie folgt bezeichnet:

„‚Hersteller' bezeichnet eine natürliche oder juristische Person, die ein Produkt herstellt oder als neu aufbereitet bzw. entwickeln, herstellen oder als neu aufbereiten lässt und dieses Produkt unter ihrem eigenen Namen oder ihrer eigenen Marke vermarktet"

Da der Aufbereiter dem Hersteller gleichgestellt ist, hat er die gleichen Pflichten. Er hat also Herstellerpflichten nach Art. 10, 15, 29, 30 usw. MDR zu beachten. Das gilt insbesondere für die Technische Dokumentation, die das ganze Produkt umfasst,[8] was in der Regel eine intensive Unterstützung durch den Originalhersteller verlangt.[9] Verpflichtet werden kann der Originalhersteller hierzu allerdings nicht.
In S. 2 von Art. 1 Abs. 2 steht unmissverständlich: *„Der Aufbereiter des Produkts gilt als Hersteller im Sinne von Artikel 3 Nummer 1 der Richtlinie 85/374/EWG."* Artikel 17 Absatz 2 Satz 2 MDR verweist wegen der Herstellereigenschaft ausdrücklich auch auf Artikel 3 Nummer 1 der Richtlinie 85/374/EWG des Rates über die Haftung für fehlerhafte Produkte.[10] Damit haftet der Aufbereiter auch nach dem Produkthaftungsrecht.

Inhaus-Aufbereitung durch Gesundheitseinrichtungen

Abs. 3 erlaubt unter bestimmten Voraussetzungen den Mitgliedsstaaten – bei innerhalb einer Gesundheitseinrichtung aufbereiteten und verwendeten Einmalprodukten – nicht alle der in dieser Verordnung festgelegten Regelungen hinsichtlich der Verpflichtungen der Hersteller anzuwenden. In jedem Falle bleiben Aufbereiter Hersteller im Sinne der MDR und müssen die Anforderungen des Art. 17 Abs. 2 und somit des Artikels 10 MDR erfüllen, ausgenommen solche Herstellerpflichten, die aufgrund der nationalen Sonderregelungen nicht anwendbar sind.

8 So zu Recht *Hill/Schmitt*, WiKo Medizinprodukterecht, Kap. B I Art. 17 MDR, Rn 8.

9 *Hill/Schmitt*, WiKo Medizinprodukterecht, Kap. B I Art. 17 MDR, Rn. 9.

10 Online: EUR-Lex – 31985L0374 – EN – EUR-Lex (europa.eu) [abgerufen am 22.03.2021].

Es müssen allerdings zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

a. Die Sicherheit und die Leistung des aufbereiteten Produkts muss der des Originalprodukts gleichwertig sein. Dabei müssen die Anforderungen des Art. 5 Abs. 5 a, b, d, e, g und h MDR eingehalten werden. Es handelt sich dabei um die Anforderungen an die Inhaus-Herstellung.
b. Die Aufbereitung muss gemäß qualifizierten gemeinsamen Spezifikationen (GS) erfolgen wie nach Abs. 5 vorgeschrieben.

Externe Aufbereitung für Gesundheitseinrichtungen

Nach Abs. 4 können die Bestimmungen von Abs 3 von den Mitgliedsstaaten auch für Einmalprodukte angewendet werden, die im Auftrag einer Gesundheitseinrichtung von einem externen Aufbereiter aufbereitet werden, sofern das aufbereitete Produkt in seiner Gesamtheit an die betreffende Gesundheitseinrichtung zurückgegeben wird und der externe Aufbereiter die Anforderungen gemäß Abs. 3 Bst. a und b erfüllt.

Gemeinsame Spezifikationen

Aufgrund von Abs. 5 hat die Kommission gemäß Art. 9 Abs. 1 die in Abs. 3 Bst. b genannten erforderlichen GS in Form der Durchführungsverordnung (EU) 2020/1207 vom 19.08.2020[11] vorgelegt.
Die zehn wichtigsten Regeln in diesem Zusammenhang sind:

1. Gegenstand der Verordnung sind nach Art. 1 die für die Inhaus-Aufbereitung durch die Gesundheitseinrichtung (Abs. 1) und durch externe Aufbereiter (Abs. 2) erforderlichen Anforderungen.
2. Zwischen Gesundheitseinrichtung und externen Aufbereiter muss ein schriftlicher Vertrag mit Mindestinhalten abgeschlossen werden (Art. 3).
3. Im Rahmen des Riskmanagements müssen Mindestanforderungen an Personal, Räumlichkeiten und Ausrüstung eingehalten werden (Artikel 4).
4. Vor Aufbereitung muss eine vorläufige Bewertung der Eignung eines Einmalprodukts für die Aufbereitung vorgenommen werden (Art. 5). Keine Änderungen des Einmalprodukts, auch hinsichtlich der Zweckbestimmung (Art. 6).
5. Der Aufbereitungszyklus muss nach Art. 7 festgelegt werden.
6. Auch die Höchstzahl der Aufbereitungszyklen muss festgelegt werden (Art. 8).
7. Es muss eine Technische Dokumentation über die Aufbereitungstätigkeit erstellt und 10 Jahre lang nach der letzten Wiederverwendung eines Einmalprodukts aufbewahrt werden (Art. 9).

11 Online: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32020R1207 [abgerufen am 20.3.2021].

8. Die Anforderungen an die Verfahren und Schritte der jeweiligen Aufbereitungszyklen einschließlich der Kennzeichnung sind im Einzelnen zu beachten (Art. 10-20).
9. Gesundheitseinrichtungen müssen alle schwerwiegenden Vorkommnisse mit aufbereiteten Einmalprodukten melden (Art. 23).
10. Es muss ein spezifisches Rückverfolgungssystem für die aufbereiteten Einmalprodukte eingerichtet werden (Art. 24).

Einmalprodukte müssen MDR oder MDD gerecht sein

Abs. 6 regelt, dass nur Einmalprodukte aufbereitet werden dürfen, die gemäß dieser Verordnung oder vor dem 26.05.2020 – jetzt 26.05.2021 – gemäß der Richtlinie 93/42/EWG (MDD) in Verkehr gebracht wurden. Damit findet Art. 17 auch auf Altprodukte Anwendung. Somit dürfen Altprodukte, die nach dem 26.05.2021 aufgrund der Übergangsbestimmungen nach Art. 120 MDR weiterhin in Verkehr gebracht werden dürfen, als Medizinprodukte gelten, die nach der Richtlinie in Verkehr gebracht worden sind.[12]

Neueste wissenschaftliche Erkenntnisse

Das Anliegen der Verordnung ist es, den Patienten – und den Anwenderschutz sicherzustellen.[13] Deshalb dürfen Einmalprodukte nach § 17 Abs. 7 MDR nur auf eine Art aufbereitet werden, die gemäß den neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen als sicher gilt. Das ist mit den GS in Abs. 5 gewährleistet.

Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang den Richtlinien des RKI zu. Die gesetzliche Legitimation des RKI ergibt sich aus § 4 IfSG. Beim RKI ist nach § 23 Abs. 1 IfSG die Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention (KRINKO) eingerichtet, die Richtlinien für ebenjene Krankenhaushygiene und Infektionsprävention erstellt.[14] Dazu gehört auch die Gemeinsame Empfehlung der KRINKO am RKI und des BfArM zu den Anforderungen an die Hygiene bei der Aufbereitung von Medizinprodukten, die in § 8 Abs. 2 MPBetreibV ausdrücklich erwähnt ist und auch von der Rechtsprechung als verbindlich angesehen wird.[15] Schließlich sind auch die Empfehlungen und Richtlinien der Deutschen Gesellschaft für Sterilgutversorgung zu beachten.

Kennzeichnung des aufbereiteten Einmalprodukts

Aufbereitete Produkte sind nach § 17 Abs. 8 MDR zu kennzeichnen. Aus Anhang I Kap. III Nr. 32.1 d) S. 2 MDR ergibt sich im Übrigen, dass eine Gebrauchsanweisung für Produkte der Klassen I und IIa ausnahmsweise entbehrlich ist, wenn eine sichere Anwendung dieser Produkte ohne Gebrauchsanweisung gewährleistet ist.

Zulässige nationale Verschärfung für die Aufbereitung

In Abs. 9 wird klargestellt, dass die Mitgliedsstaaten nationale Rechtsvorschriften erlassen oder beibehalten dürfen, die strenger sind als die Vorschriften in Artikel 17. MDR und die in seinem Hoheitsgebiet einzelne Tätigkeiten der Aufbereitung und Weiterverwendung einschränken oder verbieten.

Bericht über die Anwendung dieses Artikels

In Abs. 10 ist geregelt – wie bereits in der Richtlinie 93/42/EWG (MDD) in der Fassung vom 02.09.2007 in Art. 12a Wiederaufbereitung von Medizinprodukten –, dass die Kommission über die Anwendung des Art. 17 MDR einen Bericht erstellt und diesen bis 27.5.2024 dem Europäischen Parlament und dem Rat vorlegt. Aufgrund dieses Berichts soll eventuell die MDR überarbeitet werden.

Die Regelung in § 8 MPBetreibV

Die Zulässigkeit der Aufbereitung und Wiederverwendung von Einmalprodukten in Deutschland widerspricht nicht § 4 Abs. 1 MPBetreibV, der ausdrücklich bestimmt, dass Medizinprodukte nur ihrer Zweckbestimmung entsprechend eingesetzt werden dürfen. Zur Zweckbestimmung, die in Art. 2 Nr. 12 MDR definiert ist, gehören nur die in Art. 2 Nr. 1 MDR festgelegten Eigenschaften eines Medizinprodukts. Alle weiteren Erklärungen dienten lediglich der Kennzeichnung.[16] Danach ist die Aufbereitung und Wiederverwendung von Einmalprodukten grundsätzlich zulässig. Die Rechtsprechung ist einheitlich mit der herrschenden Meinung in der Literatur einig.[17]

Nunmehr ist mit Art. 17 Abs. 1 MDR klargestellt, dass die Aufbereitung und Weiterverwendung von Einmalprodukten nur gemäß diesem Artikel und nur dann zulässig ist, wenn sie nach nationalem Recht gestattet ist.

Im Entwurf der MPEUAnpV mit Bearbeitungsstand vom 11.2.2021[18] werden erhebliche Änderungen des § 8 MPBetreibV vorgesehen, die am 26.05.2021 in Kraft treten sollen. Nach § 8 Abs. 4 MPBetreibV n. F. ist die Aufbereitung und Wiederverwendung von Einmalprodukten ausdrücklich unter den dort genannten Voraussetzungen zulässig.

In § 8 Abs. 5 S. 1 MPBetreibV wird geregelt, dass für die Aufbereitung und Wiederverwendung von Einmalprodukten in Gesundheitseinrichtungen durch die Einrichtung selbst

12 *Hill/Schmitt*, WiKo Medizinprodukterecht, Kap. B I Art. 17 MDR, Rn. 23.

13 *Hill/Schmitt*, WiKo Medizinprodukterecht, Kap. B I Art. 17 MDR, Rn. 25.

14 *Geidzig/Weimer* in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 15 Krankenhaushaftung, Rn. 61; *BGH*, Urt. v. 16.8.2016, VI ZR 634/15 und v. 19.02.2019, VI ZR 505/17.

15 *OVG Nordrhein-Westfalen*, Beschl. v. 08.09.2009, 13 B 894/09.

16 *Großkopf/Jäkel*, Rechtsdepesche für das Gesundheitswesen 2007, 94–99 (96); *Schneider*, Medizinrecht (MedR) 2002, 453–455.

17 *OLG Koblenz*, Urt. v. 30.08.2005, 4 U 244/05 = GRUR-RR 2006, 141, *OVG Nordrhein-Westfalen*, Beschl. v. 9.11.2007 = GesR 2008, 102 = MedR 2008, 229–230 = MPR 1/2008, 23–24.

18 Online: http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2021/0177-21.pdf [abgerufen am 22.03.2021].

oder durch externe Aufbereiter abweichend von Art. 17 Abs. 2 MDR die Durchführung eines Konformitätsbewertungsverfahrens, die Aushändigung der Informationen und Unterlagen für den Nachweis der Konformität des Produktes, die Abgabe einer EU-Konformitätserklärung, die Anbringung einer CE-Kennzeichnung auf das Produkt und die Durchführung einer klinischen Bewertung nicht erforderlich sind.
Nach § 8 Abs. 5 S. 2 MPBetreibV gilt das auch für externe Aufbereiter, die Einmalprodukte im Auftrag einer Gesundheitseinrichtung aufbereiten, sofern das aufbereitete Produkt in seiner Gesamtheit an die betreffende Gesundheitseinrichtung zurückgegeben wird.
Die regelmäßigen externen Begutachtungen sind nach § 8 Abs. 6 MPBetreibV von der anerkannten Benannten Stelle vorzunehmen, die die Zertifizierung nach Art. 17 Abs. 5 S. 4 MDR vorgenommen hat.

Ausblick

Auf die Aufbereiter von Einmalprodukten kommt viel Arbeit zu. Die Übergangsvorschrift des § 99 MPDG – bis 27.5.2025 – dürfte hier entsprechende Anwendung finden.
Zweifelsfragen werden in einem gesonderten Beitrag behandelt.

Prof. Hans Böhme

Assessor iur. und Soziologe
Honorarprofessor an der Ernst-Abbe-Hochschule Jena
Wissenschaftlicher Berater des Instituts für Gesundheitsrecht und -politik
26419 Schortens-Upjever
Mail: info@boehme-igrp.de

Michael Grübnau-Rieken

Rechtsfragen der Telemedizin

Die Telemedizin hat angesichts des Ärztemangels insbesondere in ländlichen Gebieten und jüngst aufgrund der Corona-Pandemie zunehmend Aufmerksamkeit gewonnen. Sie wird auch in der Zukunft ein durchaus probates zusätzliches Mittel in der Gesundheitsversorgung darstellen. Sie wirft zahlreiche Rechtsfragen auf, die erst teilweise geklärt sind. Dieser Aufsatz gibt einen Überblick über die wichtigsten Problemfelder. Haftungsfragen werden in einem gesonderten Beitrag behandelt.

Ärztliche Berufsordnung | Datenschutz | DGSVO | Digitale Versorgung | DVG | Elektronische Gesundheitskarte | E-Health-Gesetzes | Fernabsatzrecht | GSAV | MBO | TSVG

Grundlegendes

Das Verhältnis zwischen Arzt und Patient ist ein von besonderem Vertrauen geprägtes (Rechts-)Verhältnis. Wenn neue Kommunikationsmittel eingesetzt werden und es etwa zur medizinischen Fernberatung kommt, ist der persönliche Kontakt gestört. Das Recht nimmt jedoch den Schutz des Patienten beim Einsatz neuer Medien nicht zurück.[1] Der Standard der ärztlichen Sorgfalt muss jedenfalls gewahrt bleiben.[2]

Lange Zeit war es im Rahmen des Fernbehandlungsverbotes Ärzten berufsrechtlich verboten, Patienten ausschließlich über Kommunikationsmedien zu behandeln. Mindestens ein initialer persönlicher Kontakt zwischen Arzt und Patient war unabdingbar. Nach § 7 Absatz 4 der Musterberufsordnung der Ärztinnen und Ärzte ist aber nunmehr (nach Umsetzung durch die Landesärztekammern) eine ärztliche Behandlung unter bestimmten Voraussetzungen auch ausschließlich über Kommunikationsmedien erlaubt. Mit großer Mehrheit haben die Delegierten des 121. Deutschen Ärztetages einer Änderung der ärztlichen (Muster-)Berufsordnung (MBO-Ä) zugestimmt und das bisher geltende berufsrechtliche Verbot der ausschließlichen Fernbehandlung gelockert, § 7 Abs. 4 MBO.[3]

Was ist Telemedizin?

Telemedizin ist die ärztliche Beratung oder Behandlung eines Patienten mit Hilfe von Kommunikationsmedien und stellt eine Erscheinungsform dar, die im Zuge der Digitalisierung auch das Gesundheitswesen erfasst hat.[4]

Gesundheitliche Versorgung in Deutschland ist im internationalen Vergleich auf einem sehr hohen Niveau anzusiedeln. In Zuge der Digitalisierung macht auch der technische Wandel vor der Gesundheitsversorgung keinen Halt. Eingebettet ist diese Entwicklung in den demographischen Wandel, der sich auch auf die ärztliche Versorgung der Bevölkerung mit stetig steigendem Altersdurchschnitt zieht. Der mit steigendem Alter erhöhte medizinische Versorgungsbedarf modifiziert die Anforderung an das Gesundheitssystem im beachtlichen Maße. Der Versorgungsbedarf ist gerade für ältere Menschen mit eingeschränkter Mobilität, die meist ein erhöhtes Bedürfnis nach regelmäßigen Arztbesuchen haben, schwierig zu decken. Gründe hierfür sind zum Beispiel die fehlende körperliche Eignung für die Teilnahme am Straßenverkehr oder das Nichtvorhandsein eines eigenen Pkws, um den Arzt aufzusuchen. Um eine flächendeckende Behandlung mit gesundheitsmedizinischen Leistungen auch im ländlichen Raum aufrechterhalten zu können, werden sowohl die Ärzteschaft, als auch die Patienten nicht an der Teilnahme an anderen Behandlungsmethoden umherkommen.

Dies hat die Weltgesundheitsorganisation WHO am Weltgesundheitstag am 07.08.2018 unter dem Motto „Flächendeckende Gesundheitsversorgung" getan und damit einen Appell an die Politiker gerichtet, geeignete Maßnahmen zur Sicherstellung einer allgemeinen Gesundheitsversorgung zu treffen.[5]

Mithin unterliegt das Gesundheitswesen einem Kostensenkungs- und Effizienzsteigerungsdruck, sodass Digitalisierung eine (Teil-)Automatisierung von medizinischen Arbeitsleistungen und eine Ermöglichung ortsunabhängiger Erbringung von ärztlicher Behandlung und Beratung notwendig erscheint.[6]

Im Folgenden sollen die Grundsätze der Fernbehandlung dargestellt werden. Des Weiteren die Grundsätze der Erlaubnisfähigkeit von Fernbehandlungen, vor allem in

1 *Andreas*, ArztR 2000, 32.

2 *Ulsenheimer/Heinemann,* MedR 1999, 197.

3 Vgl. *Krüger-Brand*, Fernbehandlung: Weg frei für die Telemedizin, Dtsch. Ärztebl. 2018; 115(20–21): A-965 / B-813 / C-813.

4 Zur Digitalisierung des Gesundheitswesens aus Sicht der Informatik Timm MedR 2016, 686 ff.; aus ärztlicher Sicht Hasenfuß, Frankfurter Forum 2017, 32 ff.; aus rechtlicher Sicht Katzenmeier MedR 2019, 787 ff.

5 WHO/Europa, Hintergrund Weltgesundheitstag 2018. Online:http://www.euro.who.int/de/media-centre/events/events/2018/04/world-heealth-day-2018-health-for-all/background, [abgerufen am 19.03.2021].

6 *Siglmüller,* Rechtsfragen der Fernbehandlung, Diss. München, 2020, 5.

Bezug auf das Standesrecht der Ärzte und sodann sollen Bezüge zum Behandlungsvertrag und den schutzrechtlichen Erwägungen hergestellt werden.
Kern jeder ärztlichen Behandlung ist die Anamnese. Die Anamnese zentriert sich auf den verbalen Teil der Tatsachenerforschung.
Damit ist das persönliche Gespräch unverzichtbar; der Arzt stellt konkrete Fragen und erhält aufgrund der Schilderungen des Patienten ein konkretes Krankheitsbild.[7]
Demnach ist es behandlungsfehlerhaft, wenn auf das Gespräch verzichtet und es dem Patienten überlassen wird, einen Fragebogen auszufüllen, auf dem er seine Beschwerden ankreuzt statt sie zu schildern.[8]
Eine Fernanamnese ist folglich die Ermittlung von potenziell medizinisch relevanten Informationen, bei der sich der Arzt und der Patient nicht im gleichen Raum befinden.
Die Untersuchung beschränkt sich daher auf die verbale Kommunikation, wobei dann eine körperliche Untersuchung nicht möglich ist. Allerdings ist eine Anamnese nicht nur der wichtigste, sondern zugleich auch schwierigste Teil der Gnostik und der Arzt-Patienten-Beziehung,[9] denn die Anamnese führt in 70 % der Fälle zur richtigen Diagnose.[10]
Die Anamnese ist daher von großer Bedeutung, denn der weitere Behandlungsverlauf stellt erhöhte Anforderungen an deren Durchführung, was dann auch das Kommunikationsmedium und die Qualität der Kommunikation beeinträchtigt. Soweit eine körperliche Untersuchung erforderlich ist, erscheint die Anamnese per Fernkommunikation tatsächlich wenig erfolgversprechend und damit nicht vorzugwürdig zu sein. Weitergehende Untersuchungen zur körperlichen Befunderhebung sind erforderlich wie Inspektion, Abtasten, Abklopfen oder Abhorchen. Dabei stößt dieses Medium schnell an seine Grenzen, jedoch wird durch eine Ferndiagnose oder Fernanamnese der Arzt die Möglichkeit haben, bereits im Vorfeld die Weichen für erforderliche weitere Untersuchungen zu stellen.

Rechtsgrundlagen der Fernbehandlung

Im Bereich des öffentlichen Gesundheitswesens hat die Digitalisierung Einzug gehalten. Hierfür wurden ergänzende Rechtsgrundlagen erforderlich.

Regulatorischer Rahmen

Das Bundesgesundheitsministerium richtete daher über die E-Health-Initiative eine Telematik-Infrastruktur ein und verfolgt mit der Einführung des E-Health-Gesetzes[11] das Ziel, Chancen der Digitalisierung für die Gesundheitsversorgung nutzbar zu machen, eine schnelle Einführung der digitalen Anwendung für die Patienten zu ermöglichen und zur Verbesserung der Qualität und Wirtschaftlichkeit der medizinischen Versorgung beizutragen.[12] Insbesondere soll eine Telematik-Infrastruktur etabliert werden, die eine sichere Kommunikation im Gesundheitswesen gewährleistet. Darüber hinaus ist ein Ziel des Gesetzes, die Interoperabilität der informationstechnischen Systeme im Gesundheitsteam zu verbessern, in dem Semantik, Inhalt und Struktur sowie Verarbeitungsprozessabläufe, Schnittstellen und Sicherheitsmechanismen der im Gesundheitswesen genutzten informationstechnischen Systeme harmonisiert werden.[13]
Zudem sollen medizinische Leistungen wie Videosprechstunden gefördert werden.[14] Durch das angekündigte E-Health-Gesetz II sollen weitere Anwendungen der elektronischen Gesundheitskarte ermöglicht werden, welche die verschiedenen Akteure im Gesundheitswesen wie Arztpraxen, Krankenhäuser, Apotheken und Pflegeeinrichtungen digital vernetzten.[15]
Mit dem „Gesetz für mehr Sicherheit in der Arzneimittelversorgung" (GSAV)[16] wurde das elektronische Rezept in das Erstattungsrecht integriert. Die Krankenkassen werden über das „Terminservice- und Versorgungsgesetz" (TSVG), das am 11.05.2019 in Kraft getreten ist, verpflichtet, ihren Versicherten spätestens ab dem 01.01.2021 elektronische Patientenakten zur Verfügung zu stellen.[17] Zudem hat der Bundestag auch am 07.11.2019 den Entwurf der Bundesregierung für das Digitale-Versorgungs-Gesetz (DVG) beschlossen.[18] Laut diesem Gesetz soll es Patienten künftig möglich sein, Gesundheits-Apps auf Rezept zu erhalten, Online-Sprechstunden einfach zu nutzen und über die gesamte Behandlung auf das sichere Datennetz im Gesundheitswesen zuzugreifen.
Dem liegt zugrunde, dass heute bereits viele Patienten Apps nutzen, die sie dabei unterstützen, ihre Arzneimittel regelmäßig einzunehmen oder ihre Blutzuckerwerte zu dokumentieren, wie es in dem Entwurf heißt. Apps sollen vom Arzt verschrieben werden können, wobei die gesetzliche Krankenversicherung die Kosten hierfür tragen soll.

Das E-Health-Gesetz

Im Zentrum des E-Health-Gesetzes stand die elektronische Gesundheitskarte nach § 290a SGB V, welche grundlegende

7 *OLG Koblenz*, VersR 1992, 359 (360).
8 *Schulte-Sasse/Andreas*, ArztR 1996, 291 (294).
9 *Laufs/Kern/Reborn*, Handbuch des Arztrechts, § 50, Rn. 2.
10 *Lauda*, MedKlin 1958, 1157 (1158).
11 Bundesgesetzblatt I, 2408.

12 BT-Drs. 18/5293, Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 22.06.2015, 1.
13 Sassenberg/Faber, Rechtshandbuch Industrie, § 15, Rn. 14; vgl. beispielsweise § 291e SGB V.
14 BT-Drs. 18/5293.
15 BT-Drs. 19/5810, Unterrichtung durch die Bundesregierung vom 15.11.2018, 29.
16 BT-Drs. 19/8753, Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 27.03.2019.
17 BT-Drs. 19/6337, S. 3 und S. 136; vgl. hierzu auch Katzenmeier, Big DATA, E-Health, M-Health, KI Robotik in der Medizin, MedR 2019, 259 (264).
18 BT-Drs. 19/13438, Fassung BT-Drs. 19/14867.

Informationen zur Identifikation des Versicherten und seines Leistungsanspruchs in elektronischer Form enthält, was Abrechnungsverfahren für die Leistungserbringer und die Anspruchsprüfung durch die Krankenkasse erleichtern soll.[19] Mit der elektronischen Gesundheitskarte will man in die Nutzung weiterer digitaler Technologien bei der Patientenbehandlung einsteigen.[20] Zu sehen ist die Speicherung medizinischer Notfalldaten, von elektronischen Arztbriefen, Medikationsplänen sowie elektronischen Patientenakten.

Ziel des Gesetzes ist es, Wirtschaftlichkeit, Qualität und Transparenz der Behandlung der gesetzlich versicherten Patienten zu verbessern, wobei hier datenschutzrechtliche Grundsätze zu berücksichtigen sind. Nach Art. 4 Nr. 15 DSGVO, § 67 Abs. 12 SGB X sind Gesundheitsdaten eine „besondere Art personenbezogener Daten" und damit einem besonderen Schutz unterworfen nach Art. 9 DSGVO.

Die medizinischen Daten auf der Gesundheitskarte sollen dabei nicht einfach auslesbar sein, sondern verschlüsselt gespeichert werden. Für den Zugriff auf die Daten gilt das sog. Zwei-Schlüssel-Prinzip, sodass für einen Zugriff sowohl der elektronische Arztausweis als auch die Gesundheitskarte erforderlich sind.

§ 291a Abs. 4 SGB V legt den Kreis der Zugriffsberechtigten auf Ärzte, Apotheker, Zahnärzte, deren jeweilige Auszubildende sowie auszubildenden Krankenhäusern und sonstigen Erbringern ärztlich verordneter Leistungen fest. Die für das Erheben, Verarbeiten und Nutzen personenbezogener Daten geltenden Vorschriften des Datenschutzes sind einzuhalten. Den gesetzlich Krankenversicherten soll Zugriff auf deren elektronische Patientenakte gegeben werden, sodass diese abhängig von etwaigen berufsrechtlichen Dokumentationspflichten der Leistungserbringer medizinische Informationen, insbesondere zu Befunden, Diagnosen und durchgeführten und geplanten Therapiemaßnahmen sowie zu Behandlungsberichten Zugriff haben.

Die Nutzung soll für die Versicherten allerdings freiwillig erfolgen.[21]

Durch das E-Health-Gesetz soll die Telemedizin gefördert werden, in dem die telekonsiliarische Befundbeurteilungen von Röntgenaufnahmen und die Online-Videosprechstunde mit Vertragsärzten in den einheitlichen Bewertungsmaßstab mit einer entsprechenden Abrechnungsziffer aufgenommen wurde.

In diesem Zusammenhang wurde das bisher in § 7 Abs. 4 der Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte verankerte Verbot der Fernbehandlung gelockert.

19 *Scholz* in BeckOK, SozR, SGB V, § 15, Rn. 2.

20 *Schickhardt/Schweiger/Schuppert* in Sassenberg/Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet, 2. Aufl. 2020, § 5, Nr. 17.

21 *Michels* in Becker/Kingreen, SGB V, § 68, Rn. 1 ff.; Rothers in Kassler Kommentar, SGB V, § 68, Rn. 3 f.

Berufsrechtliche Regelungen

Bis vor kurzem stand dem Einsatz der Telemedizin in vielen Fällen das *Berufsrecht* entgegen, das eine ausschließliche Fernbehandlung untersagte.

Im Jahre 2018 änderte der 121. Deutsche Ärztetag jedoch die einschlägige Regelung des § 7 MBO. Heute erlaubt § 7 Abs. 4 S. 3 MBO im Einzelfall auch eine „ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien". Voraussetzung ist nach § 7 Abs. 4 S. 4 MBO, dass „dies ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird und die Patientin oder der Patient auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt wird".[22]

In § 7 Abs. 4 MBO-Ä finden sich die wichtigsten Regelungen zur Fernbehandlung. Danach dürfen Ärzte individuelle ärztliche Behandlungen, insbesondere auch Beratung, nicht ausschließlich über Print- und Kommunikationsmedien durchführen. Dies bedeutet, dass Fernbehandlungen keinem generellen Verbot unterliegen, sondern nur einem eingeschränkten. Aus dem Wortlaut der Norm folgt unmittelbar, dass eine „nur" ergänzende Fernbehandlung, die den direkten Arzt – Patienten – Kontakt unterstützt, nicht ausgeschlossen ist.[23]

Zeitvorgaben oder notwendige zeitliche Reihenfolgen von Offline- und Online-Kontakt sind der Regelung nicht zu entnehmen, können sich aus den Vorgaben des jeweiligen Fachgebietes und letztlich aus der Pflicht des Arztes zur Einhaltung des medizinischen Standards ergeben.[24]

Es verhält sich nämlich dergestalt, dass nicht jedes Fachgebiet und nicht jede Behandlung alle Körpersinne gleichermaßen erfordert.[25]

Zudem eignen sich nicht alle Gesundheitszustände für eine telemedizinische Behandlung. Insofern stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber berufen ist, eine Regelung zu schaffen, bei welchen Erkrankungen eine Fernbehandlung durchgeführt werden kann oder nicht oder ob es der Ärzteschaft überlassen bleibt, zu entscheiden, welche Krankheiten für eine Fernbehandlung in Frage kommen.

In den USA scheint man hier bereits einen Schritt weiter zu sein, denn im Abendprogramm auf einem weniger bekannten Fernsehsender kann man beispielsweise eine Dermatologin sehen, die aufgrund der Corona-Pandemie Ihre Sprechstunden ausschließlich von zu Hause aus

22 Vgl. *Lipp* in Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Auflage 2021, Kapitel H, Rn. 70; Zur Neuregelung Braun MedR 2018, 563 (565); Hahn MedR 2018, 384 (384 ff.).

23 *Scholz* in Spickhoff (Herausgeber) Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 7, MBO-Ä, Rn. 17.

24 *Vorberg/Kanschick*, MedR 2016, 411, 412.

25 *Hahn*, MedR 2018, 384 (385).

durchführt und nur für notwendige Operationen Patienten in die Praxis einlädt.
Hieraus kann durchaus der Schluss gezogen werden, dass es je nach Facharztgruppe durchaus sein kann, dass nicht alle Erkrankungen der Fernsprechstunde zugänglich sind. Jedoch hat bspw. der Dermatologenverband in einem Modellversuch die Videosprechstunde für die Verlaufskontrolle erprobt.
Soll an dem Grundsatz „Keinesfalls ausschließlich online" festgehalten werden, so lässt sich dieses Ziel besonders einfach durch das Gebot „Offline first" sicherstellen. Eine generelle Pflicht des Patienten zum persönlichen Erscheinen zum Zweck einer Behandlung lässt sich nicht feststellen.
Abhängig von der Art der Erkrankung könnte man es eventuell den Patienten überlassen, ob sie zunächst eine Online-Konsultation durchführen, aufgrund deren Ergebnis der Arzt dann entscheidet, ob eine weitere körperliche Untersuchung in der Praxis oder Klinik notwendig ist oder eine konsiliarische Mituntersuchung erforderlich erscheint.
Nach der Gesetzesbegründung sind „alle sonstigen diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen im Rahmen einer Behandlung" erfasst[26] und somit auch die Fernbehandlung. Die Einwilligung muss sich stets auf einen *konkreten medizinischen Eingriff* beziehen, eine „Generaleinwilligung" in jedwede medizinische Behandlungsmaßnahme ist ebenso unwirksam wie ein vollständiger Verzicht auf eine grundrechtliche Schutzposition.[27]
Zudem soll dem Patienten aufgrund der Pflicht zur Information zu einem therapiegerechten Verhalten befähigt werden,[28] was selbstverständlich nicht nur für den Bereich der Fernbehandlung gilt. Als eine Pflicht aus dem Behandlungsvertrag ergibt sich wohl auch, dass der Arzt den Patienten in die erforderliche Hard- und Software einweist.[29] Dieser Ansicht kann nach Auffassung des Verfassers nur bedingt gefolgt werden, denn es ist Aufgabe des Arztes zur Diagnose und Behandlung. Die Einweisung in IT-Komponenten gehört nicht zu seinem originären Aufgabenbereich und kann an nichtärztliches Fachpersonal delegiert werden. Da derzeit ein kasseneinheitliches System geplant ist, kann für nicht IT-affine Patienten eine Einweisung auch durch die Krankenkassen vor Ort erfolgen.

Anwendbarkeit Fernabsatzrecht

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob durch die Behandlung, bei der der Arztvertrag mittels Fernkommunikationsmitteln zustande kommt, auch das Fernabsatzgesetz gilt, insbesondere § 312i BGB.
Welche Verpflichtungen kommen auf die Behandler zu? Jedoch gibt es in Art. 3 Abs. 3a und b Verbraucherrechtsrichtlinie eine Bereichsausnahme für Leistungen der Pflege sowie der Gesundheitsversorgung, die aber nicht in das BGB übernommen worden ist, weil zum Zeitpunkt der Kodifizierung der Richtlinie im deutschen Recht noch das Fernbehandlungsverbot galt. Der BGH sieht aber aufgrund des Informationsdefizites zwischen dem Arzt und dem Patienten als Verbraucher eine Ausgleichspflicht und damit den Anwendungsvorrang des neu kodifizierten Fernabsatzrechts.[30]
In diesem Zusammenhang, dass ein Behandlungsvertrag, der über Fernkommunikationsmedien geschlossen wird, als Fernabsatzvertrag anzusehen ist, für den die entsprechenden Regelungen gelten, sind ebenso die vorvertraglichen Informationspflichten maßgeblich. Hiernach hat der Behandelnde die erforderlichen Angaben zur Identität zu machen, wobei hier vielfach Überschneidungen mit der Impressumpflicht nach § 5 TMG gegeben sein werden.
Besonders wichtig ist der Umstand, dass der Behandelnde stets zur wirtschaftlichen Aufklärung nach § 36c Abs. 3 BGB i.V.m. § 12 Abs. 4 MBO-Ä verpflichtet ist. Soweit die Anfrage für eine Fernbehandlung erkennen lässt, dass eine Leistung außerhalb des GKV-Leistungskatalogs nachgefragt wird, sollte diese wirtschaftliche Aufklärung bereits vor Vertragsschluss stattfinden.
Auch ist auf das Widerrufsrecht, welches als Instrument zur Kompensation des Informationsdefizits bei Distanzgeschäften gesehen wird, zu beachten. Hierüber ist der Patient zu belehren. Auf die damit zusammenhängenden rechtlichen Probleme kann an dieser Stelle aufgrund des Umfanges nicht weiter eingegangen werden.

Schlussbetrachtung

Die Telemedizin ist seit ihrer Erlaubnis einem dynamischen Prozess in der Gesetzgebung unterworfen. Einzelfragen sind noch ungeklärt und werden die Gerichte noch geraume Zeit beschäftigen. Weitere Problemfelder werden durch künstliche Intelligenz (KI) und Big-Data entstehen und der Gesetzgeber bleibt nicht untätig wie z. B. das Digitale Versorgungs- und Pflege-Modernisierungsgesetz mit dem Referentenentwurf Stand 16.11.2020 zeigt.

26 BT-Drs. 17/10488, 34.

27 *Dreier/Dreier*, 3. Aufl. 2013, GG Vor Art. 1 Rn. 131; v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck, 6. Aufl. 2010, GG Art. 1 Abs. 3 Rn. 301; Bethge in Isensee/Kirchhof, HdB des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 203 Rn. 105 ff.; Merten in Merten/Papier, HdB der Grundrechte, Bd. III, § 73 Rn. 50 ff.

28 *Katzenmeier* in: BeckOK/BGB, § 630c Rn. 7.

29 *Kaeding*, MedR 2019, 288.

30 BGH, NJW 2018, 690 (691).

Michael Grübnau-Rieken, LL.M., M.A.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Sozialrecht
26441 Jever
Mail info@rechtsanwalt-rieken.de

Christoph Heppekausen

Rechtsprechung zur außerordentlichen Kündigung von Konsiliararztverträgen

Außerordentliche Kündigungen von Verträgen sind in aller Regel im Hinblick auf einen wichtigen Grund aus der Sphäre des zu Kündigenden zu betrachten und aus der Sphäre des Kündigenden äußerst schwer begründbar. Das Landgericht Augsburg hatte in einem Urteil die Frage zu entscheiden, wann Konsiliararztverträge, die zwischen einem Krankenhausträger und einem Arzt geschlossen wurden, fristlos kündbar sind. In diesem Beitrag wird diese Entscheidung vorgestellt und besprochen

Außerordentliche Kündigung | Belegarztvertrag | Bestechlichkeit im Gesundheitswesen, § 299a StGB | Fristlose Kündigung | Konsiliararztvertrag | Pflichten aus dem Leistungsverhältnis, § 241 BGB – Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB | Verschuldensvermutung, § 280 BGB | Wichtiger Grund, § 626 BGB

Das Urteil

Das Landgericht (LG) Augsburg hat zur Thematik der Möglichkeit, Konsiliararztverträge außerordentlich zu kündigen, folgenden Leitsatz verfasst: [1]

„Verstößt ein zwischen einem Krankenhausträger und einem Arzt geschlossener Konsiliararztvertrag gegen das Verbot der entgeltlichen Patientenzuweisung (hier offengelassen), scheidet eine außerordentliche fristlose Kündigung durch den Krankenhausträger jedenfalls dann aus, wenn die branchenüblichen Vertragsbedingungen durch den Krankenhausträger selbst gestellt worden sind, dem Vertrag ein von der Deutschen Krankenhausgesellschaft veröffentlichtes Vertragsmuster zugrunde liegt und er bereits einige Jahre stillschweigend und beanstandungsfrei gelebt wurde."

Aus dem Sachverhalt

Die Parteien streiten um die Rechtmäßigkeit einer durch das Krankenhaus ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung der „Konsiliararztverträge". Die Kläger sind niedergelassene Orthopäden/Unfallchirurgen und Gesellschafter der orthopädischen Berufsausübungsgemeinschaft. Der Beklagte ist Träger der als Eigenbetrieb organisierten Kliniken. Die Gesellschafter dieser Berufsausübungsgemeinschaft kooperieren seit vielen Jahren mit dem Krankenhaus.

Am 09.12.2010 schloss der Kläger zu 1), am 17.01.2012 der Kläger zu 2) mit dem Klinikum gleichlautende „Konsiliararztverträge" ab. Der Vertragstext wurde dabei vom Krankenhaus gestellt und basiert auf einem Vertragsmuster, das die Deutsche Krankenhausgesellschaft veröffentlicht hat. Als Vergütung erhalten die Kläger 18 % des jeweils nach dem Fallpauschalenkatalog abrechenbaren DRG (die nach dem Krankenhausentgeltgesetz abrechenbaren Fallpauschalen des Entgeltkatalogs für Hauptabteilungen).

Vertragsgemäß operierten die Kläger Patienten im Krankenhaus, die sie vorab in ihren Praxen bereits ambulant betreut hatten; das Krankenhaus stellte für die patientenseits benötigten Operationen die nötigen Termine und nahm die Patienten stationär auf. Die Kläger operierten regelmäßig (meist an ein bis zwei Tagen in der Woche) im Krankenhaus.

Die Tätigkeiten wurden über Jahre hinweg durch die Beteiligten durchgeführt.

Am 16.06.2015 erklärte der Geschäftsführer der Kliniken mündlich, tags darauf, am 17.06.2015 schriftlich, die außerordentliche Kündigung der Konsiliararztverträge der Kläger. Vorsorglich erklärte der Geschäftsführer mit Schreiben vom 25.06.2015 auch die ordentliche Kündigung der Verträge zum 31.12.2015.

Nach Erklärung der außerordentlichen Kündigung, ab 01.07.2015, brachten die Kläger diejenigen Patienten, für die bereits vor der Kündigung Operationstermine festgelegt waren, ersatzweise (und mit Zustimmung der Patienten) in der Belegabteilung (desselben Krankenhauses), in der sie als Belegärzte tätig waren, unter. Belegärzte sind niedergelassene Ärzte, deren Vergütung die zuständige Kassenärztliche Vereinigung nach ihrem Honorarverteilungssystem gem. § 87b SGB V festsetzt. Anders als Konsiliarärzte erbringen Belegärzte keine Krankenhausleistung nach § 2 Abs. 1 KHEntgG, weil sie nicht dem Krankenhaussektor angehören und nicht den Regelungen des Krankenhausentgeltrechts unterliegen. Bei Konsiliarärzten erfolgt die Vergütung der Krankenhausleistungen hingegen nach dem für den stationären

1 LG Augsburg, Urt. v. 25.09.2018 – 022 O 2736/17, Rn. 29 – 38 (redaktioneller Leitsatz).

Sektor zur Verfügung stehenden Budgets der Krankenhäuser direkt durch die Krankenkassen. In Einzelfällen können sich – je nach Art der stationären Behandlung – durch die unterschiedlichen Abrechnungsmodalitäten völlig unterschiedliche Vergütungssätze für ein und dieselbe Operation ergeben. Die Vergütungen der Belegärzte lagen in den letzten Jahren deutlich unter der zwischen den Parteien vertraglich vereinbarten Beteiligung von 18 % von der abrechenbaren DRG-Fallpauschale. Oftmals werden die belegärztlichen Vergütungssätze bei längeren Anfahrtswegen seitens der Ärzte mangels Kostendeckung nicht mehr als akzeptables Vergütungsmodell angesehen.
Auf Nachfrage begründete der rechtliche Vertreter der Klinik die plötzliche, fristlose Kündigung der Verträge damit, dass die Konsiliararztverträge „eine unzulässige, möglicherweise sogar strafbare Zuweisung von Patienten" darstellten, sodass er der Klinik die sofortige Aussprache der Kündigungen empfohlen hatte. Auch wurde auf die damals absehbar geplante Einführung des § 299a StGB im Juni 2016 verwiesen, d. h., dass man einen strafrechtlichen Verstoß bei Fortführung der Verträge befürchtete.
Die am 04.08.2015 aufgenommenen Verhandlungen zwischen den Parteien bezüglich abgeänderter, neuer Konsiliarverträge blieben erfolglos.
Am 28.09.2016 kündigten die Kläger Schadensersatzansprüche an, und zwar in Höhe des Differenzbetrages zwischen ihrer Vergütung nach Kündigung (d. h. als Belegärzte) und der 18 %-igen vertraglich festgelegten Vergütung aus den abgeschlossenen Konsiliarverträgen bis zum 31.12.2015, also dem Wirksamkeitszeitpunkt der ordentlichen Kündigung.

Aus den Entscheidungsgründen

Das LG Augsburg entschied, dass die Kläger einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB wegen unberechtigter fristloser Kündigung gegen den Beklagten haben. Das rechtswidrige Verhalten des Geschäftsführers des Krankenhauses musste sich der Beklagte als Träger des Krankenhauses nach § 278 BGB zurechnen lassen.
Das LG Augsburg führte weiter aus, dass die am 16.06.2015 mündlich bzw. am 17.06.2015 schriftlich erklärte und zugegangene außerordentliche Kündigung des Geschäftsführers der Klinik unwirksam ist und damit eine Pflichtverletzung im Rahmen des Vertragsverhältnisses darstellt. Es liegt kein wichtiger Grund i.S.v. § 626 BGB vor, insbesondere war dem Beklagten ein Abwarten der Kündigungsfrist und eine ordentliche Kündigung zumutbar.
Weiterhin stellte das LG Augsburg in seiner Entscheidung klar, dass es vorliegend einzig um die Frage gehe, ob die außerordentliche Kündigung wirksam war. Dass das Vertragsverhältnis ordentlich zum 31.12.2015 gekündigt wurde und werden konnte, ist gemäß der Entscheidung des LG Augsburg unstreitig.

Bezüglich der fristlosen Kündigung führte das LG Augsburg folgende Punkte an:
Bei fristlosen Kündigungen gehe es immer um die Frage gehe, ob sich der Kündigende auf Tatsachen berufen könne, die einen wichtigen Grund darstellen.
Zu fragen ist, ob *„auf Grund (dieser Tatsache) dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist (...) nicht zugemutet werden kann"* (§ 626 I BGB*)*.
Das LG Augsburg sah nach Würdigung des zu entscheidenden Einzelfalls keinen wichtigen Grund auf Seiten des Beklagten gegeben, welcher eine fristlose Kündigung rechtfertigen würde.
Zu dieser Entscheidung gelang das LG Augsburg unter Würdigung und Abwägung folgender Interessen im vorliegenden Einzelfall:

Der Vertrag mit den umstrittenen Klauseln wurde den Klägern vom Krankenhaus vorgelegt. Das Krankenhaus befürchtete somit die Unwirksamkeit des Vertrages bzw. die Strafbarkeit des Verhaltens aufgrund ihrer eigenen vorgelegten Klauseln.
Das Vertragsverhältnis wurde einige Jahre stillschweigend gelebt, ohne dass es Beanstandungen gab.
Bei den streitgegenständlichen Verträgen handelt es sich um die Nachbildung eines Vertragstextes, der von der Deutschen Krankenhausgesellschaft als Vertragsmuster veröffentlicht wurde. Die Gesellschaft war es auch, die anschließend das Krankenhaus dazu aufgefordert hatte, die Verträge auf Normverstöße prüfen zu lassen. Nachdem sie die Vertragsmuster erstellt hatte, kann das Risiko eines Normverstoßes nicht allein von den Klägern getragen werden, indem ihre Verträge fristlos gekündigt werden.
Die streitgegenständlichen Verträge entsprachen den in der Branche üblichen Verträgen, wobei die Vergütung sogar geringer als in Vergleichsfällen war.

Das LG Augsburg würdigte auch die Tatsache, dass der § 299a StGB erst ein Jahr nach der umstrittenen außerordentlichen Kündigung in Kraft trat. Gab jedoch auch zu bedenken, dass ein Verstoß gegen diese Strafvorschrift möglicherweise eine Kündigung gerechtfertigt hätte:

Es wäre genügend Zeit gewesen, die Situation in Ruhe zu eruieren und ggf. fristgerecht zu kündigen. Eine Berufung auf den § 299a StGB kann daher nicht durchgreifen, auch wenn ein Verstoß gegen die Strafvorschrift möglicherweise eine Kündigung rechtfertigen würde.

Hinsichtlich der Frage, ob ein Verstoß gegen die Strafvorschrift des § 299a StGB möglicherweise eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würde, sind folgende Ausführungen des LG Augsburg interessant:

Auch wenn sich der Beklagte auf Parallelvorschriften des § 299a StGB beruft (z. B. § 31 MBO-Ä, § 31 BayBO-Ä, §§ 73 VII, 128 II SGB V), rechtfertigen die vorliegenden Umstände des Einzelfalls eine fristlose Kündigung nicht. Dabei lässt das Gericht hier offen, inwiefern die genannten Vorschriften für die Parteien Geltung beanspruchen bzw. ob sie erfüllt sind. Gegen einen wichtigen Grund spricht hier schon, dass diese Vorschriften (Anm. d. Verf.: Berufsordnung und SGB V) bereits bei Vertragsschluss vorlagen und dem Beklagten dann bereits hätten bekannt sein müssen. Daher ist es ihm zumutbar, bei Kündigung unter Berufung auf ebendiese Vorschriften, ihren Vertragspartnern eine ausreichende Kündigungsfrist zu gewähren.

Weiterhin würdigt das Gericht die Tatsache, aus welcher Sphäre der Kündigungsgrund kommt und lässt dies in die Abwägung mit einfließen:

Schließlich geht es um ihre eigenen Klauseln. Der Kündigungsgrund kommt aus ihrer Sphäre. Selbst wenn sie erst mit der Zeit Bedenken gegen die abgeschlossenen Verträge bekommen hat, so bestand – nach mehreren Jahren der Vertragsdurchführung – kein so plötzlicher zeitlicher Drang, dass eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt gewesen wäre.

Überdies stellt das LG Augsburg Sinn und Zweck der Kündigungsfrist in seine Überlegungen mit ein:

Denn die Kündigungsfrist dient dem Vertragspartner dazu, sich nach einer anderen Tätigkeit umzusehen und sich auf die neuen Gegebenheiten einzustellen. Grundsätzlich rechtfertigen nur schwerwiegende (vertragliche) Verstöße des Vertragspartners, ihm diese Frist zu nehmen, nämlich nur dann, wenn dem Kündigenden in Anbetracht der Verfehlung ein Abwarten der Kündigungsfrist unzumutbar ist.

Abweichend von den Aussagen im redaktionellen Leitsatz zu der Entscheidung wurde die Frage, ob ein Verstoß gegen das Verbot der Zuweisung von Patienten gegen Entgelt vorlag, nicht komplett offengelassen, da das LG Augsburg folgende Ausführungen macht:

Unstreitig ist im vorliegenden Fall auch, dass die Kläger – als besondere Spezialisten auf ihrem Fachbereich – ihre Tätigkeit im Krankenhaus stets einwandfrei erbracht haben und für die erhaltenen Vergütungen fachärztliche Arbeit auf professionell-hohem Niveau geleistet haben. Daher kann hier schon kein evidenter Verstoß gegen das Verbot der entgeltlichen Patientenzuweisung bzw. kein Wettbewerbsverstoß angenommen werden. Ein solcher setzt an allererster Stelle voraus, dass die gezahlte Vergütung unangemessen ist, was sich daraus ergeben kann, dass die Zahlung ohne eine adäquate Gegenleistung erbracht wurde oder aber die Referenzwerte der Vergütung ohne stichhaltige Begründung überschritten werden. Dass eine Zusammenarbeit von niedergelassenen Ärzten und Krankenhaus nicht per se verboten ist, zeigt bereits § 1 Krankenhausentgeltgesetz.

Die Würdigung und Abwägung der einzelnen Interessen führte das LG Augsburg zu folgendem Ergebnis:

Dem Beklagten war nach Abwägung aller widerstreitenden Interessen deshalb ein Abwarten der regulären Kündigungsfrist zumutbar gewesen.

Hinsichtlich der Frage, ob eine Berufung des Beklagten auf § 313 BGB möglich sei, führte das LG Augsburg folgendes aus:

Ein Abstellen auf § 313 BGB (wie vom Beklagten vorgetragen), ist hier aus selbigen Gründen nicht möglich. Auch bei § 313 III BGB geht es um die Frage der „Zumutbarkeit", welche aus den bereits erwähnten Aspekten hier bejaht werden kann.

Da Ansatzpunkte, die gegen ein Verschulden des Beklagten sprechen würden, nicht vorgetragen wurden, wird das Verschulden gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB widerleglich vermutet.
Zur Frage der Schadensersatzpflicht des Beklagten führt das LG Augsburg wie folgt aus:

Die Kläger haben einen Anspruch auf Ersatz ihres durch die unwirksam ausgesprochene fristlose Kündigung entstandenen Schaden nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB.
Sie haben für das Gericht nachvollziehbar vorgetragen und vom Beklagten der Höhe nach unbestritten, dass ihnen durch den Verlust der Möglichkeit, nach den ursprünglichen Vertragsmodalitäten im Krankenhaus ... tätig sein zu dürfen, ein Schaden von insgesamt 138.376,96 € entstanden ist. Dieser setzt sich aus dem eigentlichen Schaden i.H.v. 128.775,95 € entgangener Gewinn und den bis zum 28.09.2016 angefallenen Zinsen zusammen.

Anmerkung

Die Entscheidung ist aus mehreren Gesichtspunkten heraus interessant und praxisrelevant, weil die Ausführungen für zukünftige Vertragsverhandlungen und -beendigungen erheblich werden können.
Zunächst zeigt die Sachverhaltsdarstellung, dass wohl neben den streitgegenständlichen „Konsiliararztverträgen" auch Belegarztverträge für die Kläger bezüglich desselben Krankenhauses bestanden haben. Jedoch werden hierzu – mangels Entscheidungserheblichkeit – keine rechtlichen Ausführungen gemacht. Damit bliebt die ggf. spannende Frage unbeleuchtet, ob ein Konsiliararztvertrag rechtswirk-

sam zeitlich parallel von einem bereits dem Krankenhaus als Belegarzt verpflichteten Arzt abgeschlossen werden kann.
Die Entscheidung begründet das Gericht mit dem Fehlen eines wichtigen Grundes für eine außerordentliche Kündigung, worauf dann der Schadensersatzanspruch gestützt wird. Dem Beklagten stand nach der Urteilsbegründung kein wichtiger Grund zur Seite, denn der Kündigungsgrund käme aus der Sphäre des Kündigenden. Ob hier ähnlich dem Belegarztvertrag ein Dauerschuldverhältnis nach § 314 BGB vorliegt[2] oder ein Dienstvertrag nach § 611 BGB anzunehmen ist, kann offenbleiben, weil beide Kündigungsregelungen einen wichtigen Grund verlangen.
Ein wichtiger Grund ist für den kündigenden Vertragspartner nur dann anzunehmen, wenn die Gründe, auf die die außerordentliche Kündigung gestützt werden, im Risikobereich des Kündigungsgegners liegen.[3] Geht es um die eigene Interessensphäre des Kündigenden, rechtfertigt dies nur ausnahmsweise eine außerordentliche Kündigung. Diese Risikobereiche können sich dabei aus dem Vertrag selbst, dem Vertragszweck und den anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen ergeben.
Das LG Augsburg wägt in diesem Zusammenhang die Interessen der Vertragspartner ab und erkennt dabei keinen wichtigen Grund auf Seiten des Beklagten (d. h. des außerordentlich kündigenden Krankenhauses). Die Folge war dann die Unwirksamkeit der Kündigung und die Pflicht zur Zahlung eines Schadensersatzes.
Im Rahmen der Abwägung stellte das Gericht vor allem darauf ab, dass der Vertrag auf einem Muster beruhte, das von der Krankenhausseite erstellt und dem anderen Teil „vorgelegt" wurde. In diesem Zusammenhang wird dabei von „eigenen Klauseln" des Krankenhauses gesprochen, die aus der Sphäre des Krankenhauses entstammten. Weiter stellte das Gericht auf die Branchenüblichkeit der Vertragsregelungen ab, ohne jedoch zu erläutern, woher diese Information über nicht öffentliche Verträge herrührt. Schließlich verweist das Gericht auf die bereits zum Vertragsschluss bestehenden und zu § 299a StGB (ohne strafrechtliche Sanktion) „inhaltsähnlichen" gesetzlichen bzw. berufsrechtlichen Regelungen. Nach dieser Abwägung kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass eine fristlose Kündigung nicht berechtigt war.
Nun mag diskutiert werden, dass in aller Regel gerade die Vergütungsregelungen eines solchen Vertrages gemeinsam (!) zwischen den Vertragspartnern intensiv und individuell verhandelt werden.[4] Zudem schweigen sich die bekannten Muster zur Vergütungshöhe in aller Regel aus und legen es in die gemeinsame (!) Verantwortung der Vertragsparteien, Einigkeit unter rechtmäßigen Regelungen zu finden. Weiter mag diskutiert werden, dass das StGB aber auch (und gerade!) die berufsrechtlichen Regelungen den ärztlichen Kooperationspartner binden (vgl. § 299a StGB) und damit diese Regelungen beide Vertragspartner als Adressaten beinhalten.
Jedoch ist jeder Vertragspartner mit Kündigungsabsicht gut beraten, die Ansätze des Urteils zur Kündigungsvoraussetzung in seine Entscheidungen einfließen zu lassen.
Das Urteil bietet aber noch einen weiteren wichtigen Ansatzpunkt. Mittelbar, nämlich im Rahmen der Würdigung des § 299a StGB bzw. der „inhaltsähnlichen" sozial- bzw. berufsrechtlichen Normen, nimmt das Gericht Stellung zur Unangemessenheit der Vergütungshöhe, die im Rahmen der verbotenen Zuweisung gegen Entgelt bzw. im Rahmen eines Wettbewerbsverstoßes erheblich ist.
Dabei erkennt das Gericht keinen evidenten Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften, da die Vertragspartner zunächst Leistungen als Spezialisten auf professionell-hohem fachärztlichen Niveau ohne fachliche Einwände erbracht haben und die Kooperation nach den (sozial-)rechtlichen Vorgaben erlaubt ist. Damit stand der Zahlungsleistung auch eine adäquate Gegenleistung gegenüber und zudem wurden die Referenzwerte (vgl. den Sachverhalt des Urteils) nicht ohne stichhaltige Begründung überschritten. Diese Ansätze finden sich inhaltlich in der Gesetzesbegründung zu § 299a StGB wieder.[5] Ansätze zu den vom Gericht genannten „Referenzwerten" können selbstverständlich und in erster Linie die üblichen Taxen (GOÄ, EBM oder eine DRG oder kollektivvertraglich basierte Kalkulation) sein. Hinzukommen können (evtl. ergänzend) veröffentlichte plausible Referenzwerte.[6]
Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die grundlegenden Ansätze zur Vergütungsfindung.[7]
Wegen ebendiesen weiteren Ansätzen des Urteils (auch wenn es sich nicht um ein strafrechtliches oder berufsrechtlich veranlasstes Urteil handelt) ist es für die jeweiligen Vertragspartner aus hiesiger Sicht wichtig, sich mit den Inhalten dieses Urteils auseinanderzusetzen.

2 Vgl. BGH 20.06.2006 – III ZR 145/05.
3 BGH 11.11.2010 – III ZR 57/10; ständige Rechtsprechung.
4 Vgl. BGH 12.11.2009 – III 110/09.
5 Vgl. BT-Drs. 18/6446, 18.
6 Vgl. CB Chefärztebrief: Chefarztvergütung im Fokus: Ergebnisse des Kienbaum-Vergütungsreports 2019 vom 06.12.2019.
7 Vgl. *Ratzel*, Die Prüfung von sektorenübergreifenden Kooperationsverträgen durch Clearingstellen – Erfahrungen mit der Bayerischen Clearingstelle in FS für Hermann Plagemann, 2020, S. 519, 521; Heppekausen, Heuberger, Erste Hinweise: Kooperationsverträge prüfen im Lichte von §§ 299a und b StGB, PKR 4/16, 115 ff.

Ass. jur. Christoph Heppekausen

Leiter Stabsstelle Recht
Bayerische Krankenhausgesellschaft e.V.
80331 München
E-Mail: c.heppekausen@bkg-online.de

Matthias Wiemers

Privatgeheimnisse in der Pflege – Wie weit reicht § 203 StGB?

Der Umgang mit zum Teil intimsten Kenntnissen der persönlichen Verhältnisse von Patienten verlangt Pflegekräften eine Sensibilität ab, die bei Nichtbeachtung auch zu strafrechtlichen Sanktionen führen kann. Einerseits ist zu klären, was es mit dem Einwand „das habe ich nicht gewusst" auf sich hat, andererseits geht es aber auch um die Strafbarkeit wegen Verletzung von Privatgeheimnissen nach § 203 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB). Beide Fragestellungen können nicht mit einem einfachen „Ja" oder „Nein" beantwortet werden, sondern bedürfen einer durchaus komplexeren Entgegnung.

Schweigepflicht | Verletzung von Privatgeheimnissen, § 203 StGB

Wie haben Pflegekräfte mit intimen Kenntnissen anderer umzugehen?

In ihrer Arbeit werden Pflegekräfte gelegentlich mit intimen Details der Persönlichkeit und des privaten Lebens einschließlich der Familienverhältnisse von Patienten konfrontiert. Nicht immer gehen Mitarbeiter mit diesen Daten regelkonform um. Einerseits wird oft das Argument „das habe ich nicht gewusst" angeführt, was besonders dann zu problematisieren ist, wenn ein Strafvorwurf im Raum steht. Andererseits wird in einem Teil der pflegerechtlichen Literatur selbstverständlich davon ausgegangen, dass Pflegekräfte sich wegen Verletzung von Privatgeheimnissen nach § 203 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB) unter gewissen Umständen mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe strafbar machen können.[1] Wie noch aufgezeigt wird, sind beide Standpunkte in ihrer Absolutheit falsch.
Dennoch steht außer Zweifel, dass schon im Interesse des Patienten mit diesen Kenntnissen umsichtig umzugehen ist und Mitarbeiter im Zweifel lieber verschlossen sind.

Wie bekannt muss das Strafrecht sein?

„Unwissenheit schützt vor Strafe nicht", sagt der Volksmund. Der Volksmund ist nichts anderes als die große Mehrheit der Nichtjuristen in einer Gesellschaft. Aber auch die Rechtswissenschaft sowie die staatliche Rechtsordnung können nicht erwarten, dass jeder den Inhalt etwa des Strafgesetzbuchs (StGB) vollständig kennt. Wollte man dies fordern, wären die Gefängnisse ziemlich leer, weil dann niemand mehr rechtskräftig verurteilt werden könnte.
Das StGB trägt dem selbst in den §§ 16 und 17 StGB Rechnung, wo es mögliche Irrtümer eines Straftäters regelt. Gemäß § 16 Abs. 1 StGB handelt derjenige nicht vorsätzlich, der einen Umstand nicht kennt, der zu einem gesetzlichen Tatbestand gehört, und § 17 bestimmt, dass derjenige nicht schuldhaft handelt, der bei Begehung der Tat unter einem unvermeidbaren Verbotsirrtum hinsichtlich seiner Einsicht, Unrecht zu tun, handelt. Daraus kann man insgesamt ableiten, dass ein Täter eine „gewisse Ahnung" von der möglichen Strafbarkeit seines Tuns haben muss, damit man ihn anschließend für sein Verhalten auch strafrechtlich zur Rechenschaft ziehen darf. Gleichwohl werden etwa an die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums nach § 17 StGB hohe Anforderungen gestellt.[2]

Das Problem in § 203 StGB

Das Problem in § 203 StGB besteht nun darin, dass die weitaus größte Zahl der im Gesundheitswesen Tätigen, nämlich die Pflegekräfte, von dieser Vorschrift nicht eindeutig erfasst sind. Nach Abs. 1 wird bestraft, wer „unbefugt" ein „fremdes Geheimnis" offenbart, das ihm „anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist".
Als Berufsgruppen aus dem Gesundheitsbereich, auf die die Vorschrift anzuwenden ist, werden ausdrücklich genannt: Arzt, Zahnarzt, Tierarzt und Apotheker. Weiterhin erstreckt sich die Vorschrift auf „Angehörige eines anderen Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert". Wer unter die hier umschriebene Berufsgruppe fällt, ist allerdings kaum umstritten. So heißt es etwa im Nomos-Kommentar zum Medizinrecht von Bergmann/Pauge/Steinmeyer:

„Letzteres trifft generell auf die so genannten Heilhilfsberufe zu (Pflegeberufe, Arzthelfer, Ergo- und Physiotherapeuten, Hebammen, medizinisch-technische bzw. radiologische Assistenzberufe usw.), nicht aber Heilpraktiker, die zwar eine Prüfung vor den Gesundheitsbehörden ablegen müssen, um

1 *Roßbruch, R.*: Die Schweigepflicht des Pflegepersonals, in: Pflege-Recht 1997, 4 ff. und 34 ff.

2 Vgl. LPK-StGB, 7. Aufl. 2017, § 17, Rn. 15 ff.

die Erlaubnis zur Ausübung der Heilkunde zu erhalten – indes – bislang – keiner staatlich geregelten Ausbildung unterliegen."[3]

Hier wird – unter zustimmendem Hinweis auf den Kommentar von Spickhoff[4] – angemerkt, dass die Ausnahme bezüglich der Heilpraktiker wegen des auch dort bestehenden Vertrauensverhältnisses kritisch zu sehen sei. Nicht ausreichend dürfte es sein, wenn angelernte Kräfte, die eben keine Pflegeausbildung absolviert haben, von der Vorschrift erfasst werden. Es wäre mit dem Wortlaut der Vorschrift nicht mehr vereinbar, wenn man es für ausreichend hielte, dass überhaupt nur eine Ausbildungsordnung für den betreffenden Beruf existiert, ohne dass die betreffende Person diese auch absolviert hat.[5] Man müsste dies entweder als eine Überschreitung des Wortlauts oder eine strafbegründende – und deshalb nach § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG verbotene – Analogie zu Lasten der nicht beruflich Qualifizierten ansehen.

Eindeutig dürfte sein, dass – denken wir an die Migration in der Pflege in Deutschland – es nur auf eine in Deutschland staatlich geregelte Ausbildung ankommen kann. Denn der Geltungsbereich des StGB erstreckt sich grundsätzlich nur auf die Bundesrepublik Deutschland.

Weiterhin sind natürlich auch die Bundesländer Staaten. Dies ist insoweit eine nicht ganz unbedeutende Tatsache, als zwar – zuletzt mit dem Pflegeberufegesetz 2017 – der Pflegefachmann/die Pflegefachfrau als bundesweit geregelte Fachberufsbezeichnungen gelten und man dieses Gesetz ohne Weiteres als Nachfolgeregelung der bisherigen getrennten Ausbildungsregelungen im Altenpflegegesetz und dem Krankenpflegegesetz betrachten kann. Allerdings war schon bei der bundesweiten Vereinheitlichung der Altenpflege in den Jahren 2000/2003 die Ausbildung von Pflegehelfern in der Zuständigkeit der Bundesländer geblieben.[6]

Allgemein stellt sich deshalb bei der Auslegung des § 203 StGB die Frage: Sind auch Pflegehelfer, die eine in einem Bundesland staatlich geregelte oder anerkannte Ausbildung absolviert haben, hiervon erfasst?

Regelungsvielfalt in den Bundesländern

Gewissermaßen „unterhalb" der Ebene des vereinheitlichten Berufs des Pflegefachmanns/der Pflegefachfrau gibt es auf Landesebene einen bunten Strauß von Regelungen, in denen immer noch differenziert nach Einsatzbereichen unterschiedliche Regelungen zu Pflegehelfern durch die Bundesländer vorhanden sind.[7]

Maßstäbe zur Entscheidung im Einzelfall

Die Strafgerichte, denen Sachverhalte nach § 203 StGB zur Entscheidung unterbreitet werden, werden prüfen müssen, ob die angeklagte Person eine berufsrechtliche Voraussetzung nach dem jeweiligen Landesrecht erfüllt. Es scheiden deshalb sozialrechtliche Anforderungen nach Datenschutz aus, wobei im Sozialrecht teilweise auch an die Qualifikation eines Helferberufs angeknüpft wird.[8] Dabei stellt sich die Frage, ob das jeweilige Curriculum der Helferausbildungsregelung auch das Thema Datenschutz enthalten muss, ob also genau zu prüfen ist, welche Kenntnisse bei der angeklagten Person vorauszusetzen sind. Hier hilft wieder die Feststellung zu Beginn dieser Abhandlung: Grundsätzlich kann nicht unterstellt werden, dass Straftäter hinsichtlich ihres Tuns unwissend sind. Wer eine Helferausbildung absolviert hat und in diesem Beruf tätig ist, sollte wissen, was ihm in der Praxis erlaubt ist und was nicht. Man könnte auch sagen: Eine Helferqualifikation sollte – rechtspolitisch betrachtet – datenschutzrechtliche Kenntnisse unbedingt vermitteln. Ob ein strafrechtlich relevanter Irrtum vorliegt, mag im Einzelfall zu klären sein.

Regelungsbedarf?

Abschließend stellt sich dennoch die Frage, ob ein Bedürfnis nach einer Neufassung des § 203 StGB besteht. Der Gesetzgeber hat im Zuge der letzten Änderung im Jahre 2017 keinen Konkretisierungsbedarf gesehen.

Rechtspolitisch ist es absolut erforderlich, einen möglichst großen Personenkreis aus dem Gesundheits- und Pflegewesen von der Vorschrift zu erfassen. Denn nicht nur im Arzt-Patienten-Verhältnis, sondern auch – und teilweise noch mehr – in der (häuslichen) Pflege werden den Leistungserbringern intimste Details aus den persönlichen Verhältnissen von Patienten und Pflegebedürftigen bekannt. Auch dort, wo nicht (mehr) kurativ gepflegt wird, ist ein Vertrauensverhältnis zwischen Pflegeperson und gepflegter Person erforderlich. Dem trägt etwa auch die Möglichkeit Rechnung, ambulante Pflegedienste und stationäre Pflegeeinrichtungen grundsätzlich frei zu wählen.

Je weniger sich der Pflegebedürftige dem Näheverhältnis zu einer Pflegeperson faktisch entziehen kann, desto mehr kommt es darauf an, dass für die betroffenen Personen auch das Strafrecht das notwendige Vertrauensverhältnis mit absichert. Eine Gesetzesänderung im Hinblick darauf, dass auch diejenigen Personen einbezogen werden müssten, die nicht wenigstens eine staatlich anerkannte Helferausbil-

3 *Gaidzik*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Medizinrecht. Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 205, Rn. 4.

4 *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Auflage 2018.

5 Zum Wortlaut als Grenze einer zulässigen Auslegung vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979, S. 309.

6 *Vgl. Dielmann*, Pflegeberufegesetz, Kommentar, Einleitung S. 25 m. w. N. der damals gesehenen verfassungsrechtlichen Problematik.

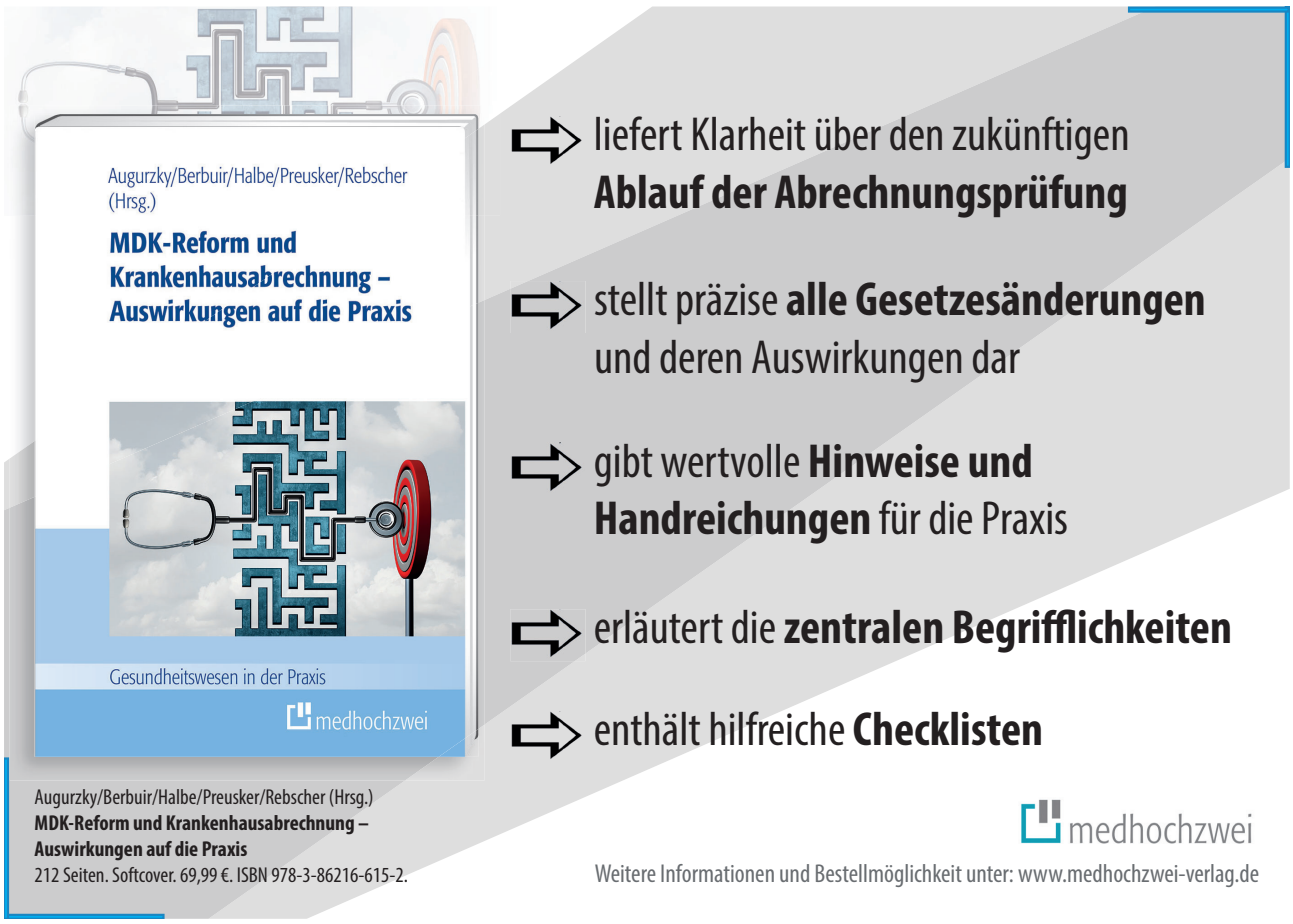
7 Vgl. *Dielmann*, Pflegeberufegesetz, Kommentar, Einleitung S. 25 m. w. N. der damals gesehenen verfassungsrechtlichen Problematik.

8 Siehe hierzu z. B. die Regelung in § 53c SGB XI.

dung absolviert haben, erscheint allerdings nicht unbedingt notwendig. Denn hierdurch würden gerade dringend benötigte Kräfte, die nur angelernt werden, unnötig abgeschreckt. Hier muss es einstweilen genügen, dass der jeweilige Arbeitgeber den Geheimnisschutz arbeitsrechtlich durchsetzt. Wenn der Gesetzgeber dies allerdings regeln wollte, stünde dem wohl die Verfassung nicht entgegen.

Dr. Matthias Wiemers

Rechtsanwalt
MEDIZINKANZLEI MOHR
10623 Berlin
matthias.wiemers@berlin.de



Leon Steinbacher

Zur Strafbarkeit der Korruption im Gesundheitswesen

Vor fünf Jahren wurden die Korruptions-Straftatbestände der §§ 299a und 299b StGB eingeführt. Fraglich ist insoweit, welche Kooperationsformen im Gesundheitswesen zulässig sind oder strafbar sein können. Der Artikel beleuchtet zunächst die beiden Straftatbestände, um dann anhand zweier Praxisbeispiele, dem kostenlosen Verblistern und dem Phänomen des Medizintourismus, zu erörtern, wann Kooperationsmodelle mit einem strafrechtlichen Risiko behaftet sein können.

Bestechlichkeit im Gesundheitswesen, § 299a StGB | Bestechung im Gesundheitswesen, § 299b StGB | Kooperation | Medizintourismus | Verblistern

Hintergrund

Rechtspolitisches Ziel war es, eine Strafbarkeitslücke[1] für vermeintlich bestechliche Vertragsärzte zu schließen. Nach langen Beratungen[2] sind zwei Straftatbestände herausgekommen, die Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen umfassend sanktionieren. Im Gesundheitswesen ist jedoch die Kooperation unterschiedlicher Leistungserbringer in vielen Fällen unerlässlich. Welche Kooperationsformen im Gesundheitswesen zulässig sind und ob strafrechtliche Risiken bestehen, ist häufig offen. Höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt, die staatsanwaltschaftliche Ermittlungspraxis ist noch nicht einheitlich, Ermittlungsverfahren sind allerdings eher selten.[3]

Die §§ 299a/b StGB bauen strukturell auf den schon vorhandenen Strafbeständen § 299 StGB (Korruption im privaten Bereich) und den §§ 331–334 StGB (Korruption im öffentlichen Sektor) auf. Für alle diese Straftatbestände gilt das gleiche Grundprinzip:

Tatbestandlich ist eine „Geberseite" und eine „Nehmerseite" vorgesehen. Im Wesentlichen ist ein Verhalten strafbar, bei dem eine Person, der „Geber", einer anderen Person, dem „Nehmer", für eine bestimmte Handlung etwas verspricht oder gibt, damit der „Nehmer" den „Geber" oder einen anderen wettbewerbswidrig bevorzugt. Der „Nehmer" wäre dann passiv bestechlich, während dem „Geber" aktive Bestechung vorgeworfen werden kann.

> **Beispiel**
> Der Generalunternehmer („Nehmer") eines Bauprojekts lässt sich durch die von ihm beauftragten Subunternehmer („Geber") verdeckte Zahlungen für die Auftragsvergabe versprechen. Er wählt dann zu Lasten des Bauherrn nicht unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten, sondern ausschließlich zu seinen Gunsten die Subunternehmer aus.

Die Tatbestände

Die §§ 299a/b StGB übertragen das Zusammenspiel von „Geber" und „Nehmer" auf den Wettbewerb im Medizin- und Pflegebereich. Etwas verknappt soll mit § 299a StGB ein möglicherweise bestechlicher Angehöriger eines Heilberufs – stets der „Nehmer" – und über § 299b StGB spiegelbildlich die Bestechung eines solchen durch einen „Geber", sanktioniert werden. Wesentliche Voraussetzung ist, dass der Angehörige des Heilberufs im Zusammenhang seiner Berufsausübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten in irgendeiner Form einfordert oder erhält, um eine andere Person wettbewerbswidrig zu bevorteilen. Durch die Normen soll, je nach Rechtsauffassung, das Vertrauen der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen[4] ebenso geschützt werden wie der Wettbewerb[5] im Gesundheitswesen.

Angehöriger eines Heilberufs

Die passive Nehmerseite richtet sich bei den §§ 299a/b StGB ausschließlich an Angehörige eines Heilberufs. Hierunter werden sowohl alle akademischen Heilberufe, als auch die Gesundheitsfachberufe subsumiert.[6] Entscheidend ist dann, ob der Heilberuf eine staatlich geregelte Ausbildung verlangt. So zählen nicht nur Ärzte, sondern auch Pfle-

1 Hintergrund ist der sogenannte Vertragsarztbeschluss: BGHSt 57, 202–218.

2 Im Überblick: *Grzesiek/Sauerwein*, NZWiSt 2016, 369.

3 *MüKoStGB/Hohmann*, 3. Aufl. 2019, StGB § 299a Rn. 7.

4 *MüKoStGB/Hohmann*, 3. Aufl. 2019, StGB § 299a, Rn. 1.

5 *BeckOK StGB/Momsen/Laudien*, 48. Aufl., Rechtsstand 1.11.2020, StGB § 299a Rn. 8.

6 BeckOK StGB/Momsen/Laudien, 48. Aufl., Rechtsstand 1.11.2020, StGB § 299a, Rn. 13–15.

gekräfte, Hebammen oder Rettungssanitäter zu den Angehörigen eines Heilberufs, nicht aber Augenoptiker oder Orthopädietechniker.[7] Ob der Beruf durch den Betroffenen aktuell noch ausgeübt wird, ist für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals unerheblich.[8]

Beispiel
Eine ausgebildete Pflegefachkraft und ehemalige Pflegedienstleitung übernimmt die Geschäftsführung eines ambulanten Pflegedienstes. Auch wenn sie selbst nicht mehr pflegerisch tätig ist, ist sie weiterhin Angehörige eines Heilberufs im Sinne der Vorschrift.

Vorteilsgewährung

Weitere Voraussetzung auf Nehmerseite ist das Fordern, Sichversprechenlassen oder Annehmen eines Vorteils. Beim Fordern müsste der Heilberufsangehörige ausdrücklich oder schlüssig kundtun, dass er für eine bestimmte heilberufliche Entscheidung einen Vorteil verlangt. Das Sichversprechenlassen beschreibt demgegenüber das passive Gegenstück zum Fordern, nämlich die erklärte Annahme eines Vorteilsangebots als Voraussetzung für eine bestimmte Entscheidung. Die Annahme eines Vorteils ergibt sich sodann aus der tatsächlichen Entgegennahme des Vorteils im Gegenzug für die Entscheidung.[9]
Auf Geberseite ist wiederum spiegelbildlich das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils tatbestandlich. Was den „Geber" anbelangt, spielt die Berufszugehörigkeit wiederum keine Rolle. Dies betrifft insbesondere Apotheker, die zwar begrifflich einem Heilberuf angehören, tatbestandlich betrachtet aber nicht auf der Nehmerseite auftreten können.[10]
Der Begriff des Vorteils wiederum ist breit angelegt. Ein Vorteil ist jede Art der Zuwendung, auf die kein anderweitiger Anspruch besteht und welche die wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage des Heilberufsangehörigen objektiv nachvollziehbar verbessert.[11] Die Bandbreite der denkbaren Vorteile ist sehr groß: Ein Vorteil kann sich nicht nur aus schlichten Geldzahlungen, sondern auch aus indirekten oder persönlichen Besserstellungen ergeben.[12]

7 Ghercke/Leimenstoll/Stirner: Handbuch Medizinstrafrecht, 2020, Rn. 972.
8 *Schönke/Schröder/Eisele*, 30. Aufl. 2019, StGB § 299a Rn. 9.
9 *MüKoStGB/Hohmann*, 3. Aufl. 2019, StGB § 299a Rn. 16–19.
10 *Ghercke/Leimenstoll/Stirner*: Handbuch Medizinstrafrecht, 2020, Rn. 972.
11 *BeckOK StGB/Momsen/Laudien*, 43. Aufl., Rechtsstand 1.8.2019, StGB § 299 Rn. 34–36.
12 *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, Rn. 57.

Beispiel
Sowohl eine konkrete Auftragsvergabe als auch die Verleihung einer Ehrendoktorwürde stellen Vorteile dar, auch wenn sie zu einer Gegenleistungspflicht führen bzw. lediglich einen immateriellen Wert aufweisen.

Nicht alle Zuwendungen sind tatbestandsmäßig. Es wird im Einzelfall – ähnlich wie im Beamtenrecht – auf den Wert einer Sache oder die Frage nach rein sozialadäquatem Verhalten ankommen.

Beispiel
Ein einzelner Werbekugelschreiber ist ebenso wenig als Vorteil zu bewerten wie die Einladung auf einen Kaffee. Problematisch kann es werden, wenn durch die Menge an Kugelschreibern reale Bürokosten eingespart werden oder die Einladung sich auf ein mehrgängiges Abendessen erstreckt, das nicht mehr als Geschäftsessen deklariert werden kann.

Tatmodalitäten

Die Tatbestände regeln dann ganz konkret, welche Handlung des Angehörigen eines Heilberufs für den ihn zu Teil werdenden Vorteil unzulässig ist. Nach §§ 299a/b Nr. 1 u. 2 StGB sind dies eine Bevorzugung bei der Verordnung oder dem Bezug von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln oder Medizinprodukten.

Beispiel
Ein Arzt verschreibt grundsätzlich ein bestimmtes Medikament trotz günstigerer Wirkstoffalternativen. Er erhält dafür Kick-Back-Zahlungen des Herstellers.

Darüber hinaus sanktionieren die §§ 299a/b Nr. 3 StGB die vorteilsgeleitete Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial. In Anlehnung an die sozialrechtliche Begrifflichkeit der Zuweisung im Sinne der Vorschriften § 73 Abs. 7 SGB V, § 31 MBO-Ä meint Zuführung i. S. d. § 299a/b StGB jede Form des Einflusses auf den Patienten, um dessen Wahl eines behandelnden Arztes oder anderer Leistungserbringer zu beeinflussen.[13]

Beispiel
Ein Orthopäde schickt seine Patienten ganz explizit zu einem bestimmten Sanitätshaus und erhält dafür eine in einen Beratervertrag eingekleidete Provisionszahlung.

13 *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, Rn. 169–173.

Nach umstrittener Meinung fallen selbst unverbindliche Empfehlungen unter § 299a/b Nr. 3 StGB.[14] Die Gegenauffassung erachtet unverbindliche Empfehlungen zumindest dann für zulässig, wenn die Patientenautonomie hierdurch nicht gefährdet erscheint.[15] In der Diskussion scheint der Trend weiter in die Richtung zu gehen, auch unverbindliche Empfehlungen in den Tatbestand mit aufzunehmen, da schon in medizinrechtlicher Hinsicht eine solche Empfehlung vom Zuweisungsverbot erfasst werde.[16]

Hinsichtlich des Zuführens von Untersuchungsmaterial wird das Merkmal z. B. durch das Verschaffen von Laboraufträgen verwirklicht. Unterhält ein Arzt ein eigenes Labor, ist die Tatbestandsverwirklichung für die Leistungen, die dieses selbst erbringen kann, jedoch nicht möglich.[17]

Bezug zur Berufsausübung

Außerdem setzten die Vorschriften voraus, dass die Tathandlungen aus Nr. 1-3 im Zusammenhang mit der Berufsausübung stehen. Insoweit ist die Norm zunächst für solche vom Tatbestand erfassten Personenkreise ungenau formuliert, die zwar Angehörige eines Heilberufs sind, aber in ihrem Berufsfeld überhaupt nicht oder nur nebensächlich tätig sind. Deshalb ist dieses Merkmal umstritten und hängt davon ab, wie umfassend man den Schutzzweck der §§ 299a/b StGB bewerten möchte.

Einer Meinung zu Folge seien geschäftliche Handlungen eines Heilberufsangehörigen von dem Tatbestandsmerkmal grundsätzlich erfasst, selbst wenn diese möglicherweise keinen Bezug zum eigentlichen Heilberuf haben.[18] Begründet wird diese Auffassung damit, dass auch das Interesse der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen geschützt werden solle und insofern Entscheidungen eines Heilberufsangehörigen an sich ein höherer Vertrauenswert innewohne.[19] Aufgrund der eingeschränkten Tatmodalitäten seien die strafbaren Handlungen dann aber ohnehin auf den beruflichen Kontext beschränkt.[20]

Demgegenüber wird ebenso vertreten, dass das Tatbestandsmerkmal eine restriktive Auslegung erfahren müsse.[21] Der Schutzzweck der Norm sei dieser Auffassung zufolge einzig auf den Wettbewerb im Gesundheitswesen beschränkt.[22] Eine Abgrenzungsmöglichkeit sei dann die hypothetische Frage, ob die in Rede stehende Tätigkeit formell auch durch andere Personen als durch Angehörige eines Heilberufes ausgeübt werden könnte.

Problematisch sind also solche Fallkonstellationen, bei denen die wirtschaftliche oder unternehmerische Tätigkeit überhaupt nicht von der Zugehörigkeit zu einem Heilberuf abhängig ist. Es wäre sinnwidrig in diesen Fällen die Strafbarkeit von der letztlich zufälligen Frage abhängig zu machen, ob ein Angehöriger eines Heilberufes tätig ist oder nicht. Aus dem Gesetzeszweck und dem Wortlaut ergibt sich darüber hinaus in naheliegender Weise, dass es um Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem jeweiligen Heilberuf gehen muss. Nach hier vertretener Ansicht muss also ein Zusammenhang zur konkreten heilberuflichen Berufsausübung gegeben sein.

Unrechtsvereinbarung

Schließlich muss die Besserstellung des Gebers durch den Heilberufsangehörigen eine sogenannte Unrechtsvereinbarung beinhalten. Das bedeutet, dass jener Vorteil, den der Heilberufsberufsangehörige bekommt und für den er eine der Handlungen in §§ 299a/b Nr. 1-3 StGB vornimmt, mit einer unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb verknüpft sein muss.[23] Vereinfacht ausgedrückt: Um von Korruption sprechen zu können, bedarf es nicht nur eines Geschäftes, durch das bestimmte Personen bevorzugt werden. Sonst wären sämtliche wirtschaftliche Kooperationsformen strafbewehrt. Die Entscheidung für einen Geschäftspartner ist im Ergebnis fast immer mit einer Bevorzugung eben dieses und einer faktischen Benachteiligung eines Konkurrenten verbunden. Eine unlautere Bevorzugung liegt nur vor, wenn gerade durch die Entscheidung für einen bestimmten Geschäftspartner dessen Mitbewerber ausgeschlossen und dabei Wettbewerbsregeln umgangen werden. So ist jede sachfremde Auswahlentscheidung unter mehreren Konkurrenten hierunter zu fassen.[24] Im Gesundheitswesen ist dies eine Einzelfallfrage. Speziell bei den §§ 299a/b StGB kann auch mit einbezogen werden, ob die ausgeübte Kooperationsform gesundheitspolitisch erwünscht oder berufsrechtlich erlaubt ist.[25] Berufsrechtliche Vorschriften, aber auch sozial- und verwaltungsrechtliche Normen können zur

14 M. w. N. Wissenschaftliche Dienstes des Bundestages WD 7 -3000-038/17, 17, *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, Strafgesetzbuch, 5. Aufl: 2017, Rn. 172.

15 Exemplarisch Schneider medstra 2016, 195, 202; ebenso Bahner 63 f.; NK-WSS/Gaede Rn. 75.

16 BGH 13.1.2011 – I ZR 111/08, NJW 2011, 2211 (2213).

17 *BeckOK StGB/Momsen/Laudien*, 48. Aufl., StGB § 299a Rn. 25–26; Ghercke/Leimenstoll/Stirner: Handbuch Medizinstrafrecht, 2020, Rn. 1001.

18 *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, Rn. 114.

19 Zum dualistischen Schutzgutskonzept im Überblick: MüKoStGB/Hohmann, 3. Aufl. 2019, StGB § 299a Rn. 1–6.

20 *Pragal/Handel*: medstra 2015, 337, 339.

21 *Kubiciel/Tsambikakis*: medstra 2015, 11, 14.

22 *Vogel:* medstra 2019, 198, (203).

23 *Ghercke/Leimenstoll/Stirner*, Handbuch Medizinstrafrecht, 2020, Rn. 991 ff.

24 *Rauer/Pfuhl*: PharmR 2017, 357, 360.

25 Wissenschaftliche Dienste des Bundestages WD 7 -3000- 038/17, 17.

Bewertung der Unlauterkeit herangezogen werden, soweit sie einen Bezug zur (berufsrechtlichen) Unabhängigkeit des Heilberufsangehörigen aufweisen. Dabei ist aber auch kritisch zu würdigen, dass berufsrechtliche Regeln als Standesrecht keine unmittelbare parlamentarische Legitimation besitzen.

Vorsatz

Die Verwirklichung der Tatbestände setzt vorsätzliches Handeln voraus, wobei bedingter Vorsatz ausreicht. Eine fahrlässige Begehung ist nicht möglich. Da die Vorschriften ihrerseits aber zahlreiche normative Tatbestandsmerkmale aufweisen, also ihrerseits rechtlich definiert werden, kann ein Irrtum über bestimmte Merkmale nach § 16 Abs. 1 StGB zum Vorsatzausschluss führen.[26]

Wird ein bestimmtes Kooperationsmodell vorab anwaltlich oder durch eine Rechtsabteilung geprüft und im Ergebnis abgesegnet, dürfte dies ebenfalls zu einem Vorsatzausschluss bezüglich der Unrechtsvereinbarung führen. Denn es kann nicht von einem Laien verlangt werden, die Rechtslage besser einzuschätzen als ein Rechtskundiger. Hier sind jedoch auch Einschränkungen zu beachten. Eine Vertragsprüfung hilft nur bei vollständig mitgeteiltem Sachverhalt. Bestehen strafbare mündliche Nebenabreden, führt ein an sich einwandfreier Vertrag nicht zum Vorsatzausschluss.

Kostenloses Verblistern

Stationäre Pflegeeinrichtungen sind auf die regelmäßige Lieferung von Medikamenten für ihre Bewohner angewiesen. Zur Vereinfachung dessen werden Heimversorgungsverträge gemäß § 12a Apothekengesetz (ApothG) abgeschlossen, im Rahmen derer die Apotheke regelmäßig die Medikamente für die Bewohner an die Einrichtung liefert.

Beim patientenindividuellen Verblistern werden durch die Apotheke die von den Bewohnern einzunehmenden Medikamente für diesen einzeln in der verordneten Dosis für einen bestimmten Einnahmezeitraum vorsortiert. In einem Heimversorgungsvertrag findet sich dies häufig als kostenloser Service seitens der Apotheke wieder.

Hierdurch könnte für die Geschäftsführung der Einrichtung § 299a Nr. 2 StGB und für die Inhaberin der Apotheke § 299b Nr. 2 StGB einschlägig sein. Dies gilt jedoch nur dann, wenn auf Seiten des Pflegeheims tatsächlich ausgebildete Pflegefachpersonen am Vertragsabschluss mitwirken. Das kostenlose Verblistern fügt sich dann auf den ersten Blick wunderbar in die neuen Straftatbestände ein. Der Heimversorgungsvertrag dient ohne Weiteres dem Bezug von Arzneimitteln, die kostenlose Bereitstellung verblisterter Medikamente ist für alle Beteiligten, vor allem aber für die Einrichtung, ein tatbestandlicher Vorteil: Sie lagert Aufgaben, die sie normalerweise selbst erledigen müsste, aus und spart hierdurch erhebliche Kosten. Die Apotheke darf zumindest auf ein gesichertes und planbares Geschäft hoffen.

Strittig ist aber, ob eine Unrechtsvereinbarung vorliegt oder aber das kostenlose Verblistern in redlicher Weise vertraglich vereinbart werden darf. Dagegen spreche, dass das einschlägige Berufsrecht der Apotheker aus den jeweiligen Berufsordnungen kostenloses Verblistern stellenweise explizit untersage.[27] Ebenso könnte man ins Feld führen, dass die Arzneimittelpreisbindung auch bei der Verblisterung greife.[28] Demgegenüber ließe sich aber ebenso argumentieren, dass uneinheitliche Berufsregelungen der Landesapothekerkammer kaum geeignet sind, als Auslegungshilfsmittel zur Unlauterkeit einer Vereinbarung herangenzogen zu werden.[29] Andernfalls würden Strafrechtsnormen von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich ausgelegt werden können. Die Preisbindung sei wiederum im Bereich der Verblisterung zwischen den Leistungserbringern disponibel und damit auch kostenfrei möglich, solange kein fixer Preis für die Verblisterung kollektiv vereinbart ist.[30] Die Rechtslage ist weiterhin strittig.

Medizintourismus

Beim sogenannten Medizintourismus nehmen, meist gut situierte, Patienten aus dem Ausland medizinische Leistungsangebote innerhalb von Deutschland wahr. Die behandelnden Kliniken und Ärzte schließen hierzu gesonderte Behandlungsverträge mit den ausländischen Patienten ab, die gegenüber vergleichbaren inländischen Kassenleistungen deutlich lukrativer sind.[31] Es ist aber auch als Medizintourismus einzuordnen, wenn sich deutsche Patienten im osteuropäischen Ausland der dort kostengünstigeren Zahnersatzbehandlung unterziehen. In all diesen Fällen ist vor allen Dingen fraglich, wie die Patienten zu den behandelnden Kliniken bzw. Ärzten im Ausland gelangen. Natürlich kann eine Behandlungsreise auch privat organisiert werden. In der Regel werden sich die Patienten aber an Vermittlungsagenturen wenden oder Internetportale in Anspruch nehmen. Der Markt ist nur schwer überschaubar und hat tatsächlich auch umfangreiche Ermittlungsverfahren hervorgebracht.[32] Einigkeit dürfte zumindest dahingehend herr-

26 *MüKoStGB/Hohmann*: 3. Aufl. 2019, StGB § 299a Rn. 42.

27 *Schneider/Reich*: GesR 2017, 497, 502.

28 *Douglas*: GRUR-Prax 2013, 479; OLG Stuttgart PharmR 2013, 541.

29 *Wodarz*: GesR 2017, 696, 701.

30 *Walter/Strobl:* PharmR 2017, 377, 383 ff.

31 *Stukenberg*: Das Geschäft mit den Kranken aus dem Ausland. 2018. Online: https://www.deutschlandfunk.de/grauzone-patientenvermittlung-das-geschaeft-mit-den-kranken.724.de.html?dram:article_id=422475 [abgerufen am 4.2.2021].

32 Nauke: Skandal lähmt Medizintourismus. 2017. Online: https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.misswirtschaft-im-klinikum-stuttgart-skandal-laehmt-medizintourismus.d6bec454-b0ad-4a70-81b2-f80668e22ded.html [zuletzt abgerufen am 4.2.2021].

schen, dass die Vermittlung von Patienten gegen eine Provisionszahlung des behandelnden Krankenhauses zumindest dann unzulässig ist, wenn auf Seiten einer Vermittlungsagentur ein Angehöriger eines Heilberufs tätig ist. Dabei spielt es auch keine Rolle, in welchem Land der Heilberufsangehörige seine Approbation bzw. seine Berufsbezeichnung führt.[33] Für eine Begründung der Unrechtsvereinbarung im Sinne des § 299a StGB soll ein Urteil des Landgerichts Kiel[34] herhalten. Dieses hatte in einer zivilrechtlichen Angelegenheit entschieden, dass Zuweiser-Provisionen für Patienten als sittenwidrig im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB anzusehen sind. Eine derartige Kommerzialisierung des medizinischen Dienstleistungssektors sei anstößig und laufe dem Vertrauensverhältnis von Arzt und Patient zuwider. Von der zivilrechtlichen Sittenwidrigkeit soll dann auf die strafrechtliche Unlauterkeit geschlossen werden: Was schon zivilrechtlich unzulässig ist, dürfe strafrechtlich nicht erlaubt sein. Hiergegen ist kritisch einzuwenden, dass es sich bei dem Urteil lediglich um eine Einzelfallentscheidung handelt. Gleichwohl ist zu erwarten, dass mangels entgegenstehender Rechtsprechung zumindest die Staatsanwaltschaften sich an der Entscheidung orientieren werden.

Bei Internetportalen ist wiederum zu prüfen, ob diese tatsächlich nach objektiv nachvollziehbaren Kriterien unabhängige Vorschläge für Kliniken unterbreiten oder aber letztlich aufgrund sachfremder Erwägungen nur bestimmte Leistungserbringer vermitteln.[35]

Hinzu kommt das breite Feld von Betreuungsleistungen. Um eine Behandlung der ausländischen Patienten reibungslos zu organisieren, kümmern sich Betreuungsunternehmen um Belange wie Dolmetschervermittlung, Hotelübernachtungen oder Flughafentransfer. Derartige Tätigkeiten sind unzulässig, wenn die Betreuungsleistung lediglich als Deckmantel für Vermittlungsprämien dient.[36]

33 MAH Sozialrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. 59.
34 LG Kiel, Urt. v. 28.10.2011, 8 O 28/11.
35 Ausführlich: *Vogel* medstra 2019, 198, 203.
36 Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages WD 7 -3000- 038/17, 17.

Fazit

Auch fünf Jahre nach ihrer Einführung hat sich noch keine nachvollziehbare Verfolgungspraxis und Rechtsprechung zu den neuen Straftatbeständen herausgebildet. Kooperationen unter Leistungserbringern können und sollen im Gesundheitswesen weiterhin gelebt werden. Die Tatsache allein, dass über Jahre hinweg ein bestimmtes Geschäftsmodell betrieben wurde, macht dieses noch nicht zulässig. Die reale Verfolgungspraxis zeigt aber, dass die Vorschriften weiterhin ein Nischendasein führen. Um strafrechtliche Probleme zu vermeiden, war es daher bei Einführung der neuen Tatbestände unerlässlich, die bestehenden Verträge strafrechtlich zu prüfen. Bei künftigen Verträgen muss ein etwaiger Verstoß gegen § 299a/b StGB im Rahmen der Vertragsverhandlungen auf jeden Fall in den Blick genommen werden. Sollte ein anwaltlich als zulässig bewertetes Kooperationsmodell dann Anlass zu Ermittlungen geben, bliebe zumindest Raum für einen Vorsatzausschluss auf Seiten der Vertragspartner.

Leon Steinbacher

Rechtsanwalt und Diplom-Politologe
60311 Frankfurt am Main
Spezialisiert auf Strafverteidigung
von Pflegekräften und anderen
Gesundheitsfach- und Heilberuflern
kontakt@pflegeverteidiger.de
www.pflegeverteidiger.de

Hans Böhme

Neues aus der Rechtsprechung

Arbeitsrecht

Crowdworker kann Arbeitnehmer sein

Die tatsächliche Durchführung von Kleinstaufträgen („Mikrojobs") durch Nutzer einer Online-Plattform („Crowdworker") kann auf der Grundlage einer mit deren Betreiber („Crowdsourcer") getroffenen Rahmenvereinbarung ergeben, dass die rechtliche Beziehung als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist.[1]

Arbeitgeber darf in der Corona-Pandemie Maskenpflicht anordnen

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, eine Mund-Nasen-Bedeckung während der Arbeitszeit zu tragen. Der Infektionsschutz überwiegt das Interesse des Klägers am Nichttragen.[2]

Personalratsmitglied ist nach Kündigung an Amtsausübung rechtlich verhindert

Ein dem Personalrat angehörender Arbeitnehmer, der nach der außerordentlichen Kündigung seines Arbeitsverhältnisses ein Kündigungsschutzverfahren einleitet, darf in der Ausübung seines Personalratsamtes nicht behindert werden, wenn die angegriffene Kündigung offensichtlich unwirksam ist. Bei nicht offensichtlicher Unwirksamkeit der Kündigung ist das betreffende Personalratsmitglied hingegen grundsätzlich aus rechtlichen Gründen an der Ausübung seines Personalratsamtes verhindert.[3]

Einsperren eines Arbeitskollegen auf WC rechtfertigt außerordentliche Kündigung

Schließt ein Arbeitnehmer seinen Kollegen vorsätzlich in der Toilette ein, sodass dieser sich nur durch das Eintreten der Toilettentür befreien kann, begeht er dadurch eine schwere Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten. Eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber ist dann gerechtfertigt.[4]

Kein Ausschluss des Mitbestimmungsrechts wegen COVID-19-Arbeitszeitverordnung

Die pandemiebedingte Verlängerung der Schichtzeit auf zwölf Stunden in einer Universitätsklinik in Baden-Württemberg unterliegt gemäß § 72 LPVG dem Mitbestimmungsrecht des Personalrats. Das Mitbestimmungsrecht wird nicht durch die COVID-19-Arbeitszeitverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales ausgeschlossen.[5]

Halbierter Nachtarbeitszuschlag für Schichtarbeit ist unzulässig

Eine Regelung in einem Tarifvertrag, nach der sich der Zuschlag für Nachtarbeit halbiert, wenn sie innerhalb eines Schichtsystems erbracht wird, verstößt gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.[6]

Zur Höhe des Nachtarbeitszuschlages

Art. 8 bis 12 der Richtlinie 2003/88/EG (juris: EGRL 88/2003) machen keine Vorgaben für die Höhe des als angemessen anzusehenden Nachtarbeitszuschlags nach § 6 Abs. 5 ArbZG. Konkrete Vorgaben zu der Höhe einer Entschädigung in Geld oder eines finanziellen Ausgleichs für Nachtarbeiter ergeben sich auch nicht aus dem sechsten Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/88/EG iVm. Art. 3 Abs. 1 und Art. 8 des Übereinkommens 171 (1990) der Internationalen Arbeitsorganisation (juris: IAOÜbk 171) über Nachtarbeit.[7]

Kein Urlaubsanspruch bei Freistellung im Blockmodell der Altersteilzeit

Arbeitnehmer, die sich in der Freistellungsphase eines Blockmodells der Altersteilzeit befinden, haben keinen gesetzlichen Anspruch auf Erholungsurlaub.[8]

Sozialrecht

Sturz bei Rückkehr zum Auto zur Prüfung der Verriegelung ist Arbeitsunfall

Ein Versicherter, der zunächst die direkte Wegstrecke von seinem abgestellten Pkw zu seiner Arbeitsstätte zurücklegt, sich dann aber von diesem Ziel für wenige Schritte und für wenige Sekunden in entgegengesetzte Richtung fortbewegt, um das Verschlossensein seines Pkw zu prüfen und dabei verunfallt, steht unter dem Schutz der Wegeunfallversicherung. Der gesetzliche Unfallversicherungsschutz besteht auch bei einer geringfügigen Unterbrechung des Arbeitswegs.[9]

KV muss auch einfachste Behandlungspflege in Senioren- oder Demenz-WG übernehmen

Gesetzlich Krankenversicherte können von ihrer Kasse in der ambulant betreuten Wohngruppe Leistungen für eine dreimal tägliche Medikamentengabe als einfachste Leistung der häuslichen Krankenpflege beanspruchen und sind von den Kosten dieser Versorgung freizustellen.[10]

1 BAG, Urt. v. 01.12.2020 – 9 AZR 102/70.
2 ArbG Siegburg, Urt. v. 16.12.2020 – 4 Ga 18/20.
3 BVerwG, Beschl. v. 04.02.2021 – 5 VR 1.20.
4 ArbG Siegburg, Urt. v. 11.02.2021 – 5 Ca 1397/20.
5 VG Sigmaringen, Beschl. v. 23.11.2020 – PL 11 K 2474/20.
6 BAG, Urt. v. 09.12.2020 – 10 AZR 334/20.
7 BAG, Urt. v. 15.07.2020 – 10 AZR 123/19 + 10 AZR 125/19.
8 BAG, Urt. v. 03.12.2019 – 9 AZR 33/19.
9 Bayer. LSG, Urt. v. 10.02.2021 – L 3 U 54/20.
10 BSG, Urt. v. 26.03.2021 – B 3 KR 14/19 R; B 3 KR 1/20 R; B 3 KR 2/20 R.

Keine Krankenversicherungsleistungen ohne elektronische Gesundheitskarte

Gesetzlich Krankenversicherte können von ihren Krankenkassen keinen papiergebundenen Berechtigungsnachweis („Krankenschein") verlangen. Um Leistungen der GKV in Anspruch nehmen zu können, müssen Versicherte ihre Berechtigung grundsätzlich mit der eGK nachweisen.[11]

Kostenübernahme aufgrund entstellender Wirkung für beidseitige Oberarmstraffung

Eine gesetzliche Krankenversicherung ist verpflichtet, die Kosten für eine beidseitige Oberarmstraffung zu übernehmen, wenn eine Entstellung vorliegt. Davon kann ausgegangen werden, wenn eine – trotz weitgeschnittener, lockerer Alltagskleidung – massive Asymmetrie des Erscheinungsbildes von Ober- und Unterarm sichtbar ist.[12]

Krankengeld ausnahmsweise auch bei verspäteter Krankmeldung

Ein Versicherter, der wegen Arbeitsunfähigkeit (AU) Krankengeld erhält, muss spätestens am nächsten Werktag nach dem Ende der zuletzt festgestellten AU deren Fortdauer ärztlich bescheinigen lassen, damit er weiterhin krankengeldberechtigt ist. Wird er an diesem Tag aus organisatorischen Gründen von der Arztpraxis auf einen späteren Termin verwiesen, so kann die gesetzliche Krankenkasse die Zahlung von Krankengeld nicht mit dem Argument verweigern, die AU sei nicht lückenlos festgestellt worden.[13]

Die elektronische Patientenakte verletzt keine Persönlichkeitsrechte

Das Bundesverfassungsgericht hat eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, die sich gegen die §§ 68b Abs. 2 und Abs. 3, 299 Abs. 1 S. 5 Nr. 2 SGB V richtete. Die Paragraphen enthalten Regelungen im Zusammenhang mit der elektronischen Patientenakte, die den gesetzlichen Krankenkassen gegenüber ihren Versicherten gezielte Informationen *über* und Angebote *zu* Versorgungsinnovationen ermöglichen und die es unter bestimmten Voraussetzungen erlauben, ohne Pseudonymisierung Datenverarbeitungen zur Qualitätssicherung durchzuführen. Gleichzeitig hat die Kammer in einem weiteren Verfahren einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt, mit dem das Inkrafttreten von § 68 b Abs. 3, § 284 Abs. 1 Satz 1 Nr. 19 SGB V verhindert werden sollte.[14]

Promotionsstipendium ist voll beitragspflichtig

Auf Promotionsstipendien sind in voller Höhe Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge zu entrichten.[15]

Steuerrecht

Umfang des Zweckbetriebs einer gemeinnützigen Krankenhaus-GmbH

Die von einer gemeinnützigen Krankenhaus-GmbH erzielten Gewinne aus der Personal- und Sachmittelgestellung an die Chefarztambulanzen sind nicht dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, sondern dem Krankenhauszweckbetrieb der GmbH zuzuordnen. Die im Zusammenhang mit dem Betrieb der Cafeteria angefallenen Aufwendungen sind im Rahmen einer wertenden Betrachtung insoweit durch den steuerfreien Krankenhauszweckbetrieb veranlasst und dürfen nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden.[16]

Pauschale für Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit nicht steuerfrei

Pauschal gezahlte Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit sind ohne Einzelabrechnung nicht steuerfrei. Steuerfreie Zuschläge des Arbeitgebers müssen einzeln abgerechnet werden.[17]

Strafrecht

Hartz-IV-Empfänger mit Schweizer Konto begeht Sozialbetrug

Wer über mehrere Jahre hinweg Hartz-IV bezieht, obwohl er über ein Depot bei einer Schweizer Bank mit einem sechsstelligen Betrag verfügt, begeht Sozialbetrug. Hierauf ist Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und 10 Monaten festzusetzen.[18]

Verurteilung wegen Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft rechtskräftig

Die Angeklagte kann sich nicht auf die in § 219 a Abs. 4 StGB geregelte Ausnahme von der Strafbarkeit berufen. Ihre Homepage informiert nicht nur darüber, dass Schwangerschaftsabbrüche durchgeführt werden, sondern enthält auch ausführliche Informationen über das „Wie".[19]

11 BSG, Urt. v. 20.01.2021 – B 1 KR 7/20 und B 1 KR 15/20.
12 LSG Niedersachsen-Bremen, Urt.l v. 17.11.2020 – L 16 KR 143/18.
13 LSG Hessen, Urt. v. 22.12.2020 – L 1 KR 125/20 und L 1 KR 179/20.
14 BVerfG, Beschl. v. 04.01.2021 – 1 BvR 619/20 und 1 BvQ 108/20.
15 LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 15.12.2020 – L 16 KR 333/17.
16 FG Münster, Urt. v. 13.01.2021 – 13 K 365/17 K,G,F.
17 FG Düsseldorf, Urt. v. 27.11.2020 – 10 K 410/17 H (L).
18 LG Osnabrück, Urt. v. 27.11.2020 – 7 Ns 144/17.
19 OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 22.12.2020 – 1 Ss 96/20.

Verwaltungsrecht

Kein Arbeitszeitgutschriftsanspruch bei Weisung zur Anlegung von Dienstkleidung

Die Weisung, dass zum Schichtbeginn die Dienstkleidung angelegt sein muss, begründet keinen Anspruch auf Arbeitszeitgutschrift wegen rechtswidriger Zuvielarbeit. Das An- und Ablegen der Dienstkleidung stellt keinen Dienst dar.[20]

Berliner Verbot planbarer Behandlungen in Notfallkrankenhäusern ist nichtig

Das Verbot der Senatsverwaltung für Gesundheit, Pflege und Gleichstellung des Landes Berlin, in Notfallkrankenhäusern nicht dringliche Behandlungen durchzuführen, ist nichtig.[21]

Chromosomen-Screening ohne Zustimmung der Ethikkommission unzulässig

Genetische Untersuchungen an in vitro erzeugten Embryonen im Blastozystenstadium (ca. fünf Tage nach der Befruchtung) auf numerische Chromosomenaberrationen erfüllen die Voraussetzungen einer Präimplantationsdiagnostik (PID) nach dem Embryonenschutzgesetz (ESchG). Sie dürfen daher nicht ohne zustimmende Bewertung einer Ethikkommission für Präimplantationsdiagnostik vorgenommen werden.[22]

Schwerstbehinderter hat Vorrang aufgrund Vorerkrankung bei Corona-Schutzimpfung

Das VG Frankfurt hat die Stadt Frankfurt verpflichtet, den zu 100 % schwerstbehinderten Antragsteller bei der nächsten Lieferung von Impfstoffen gegen das Coronavirus (SARS-COV-2) unter Berücksichtigung seiner Vorerkrankung vorrangig zu berücksichtigen und ihm ein dementsprechendes Impfangebot zu unterbreiten.[23]

EuGH-Vorlage zur DSGVO bei Einführung von Livestream-Unterricht in Schulen

Das VG Wiesbaden hat in einem Verfahren um die Einführung eines Livestream-Unterrichtes den Europäischen Gerichtshof wegen eines möglichen Verstoßes gegen die DSGVO angerufen.[24]

Impfpflicht für Soldaten ist verfassungsgemäß

Verweigert ein Soldat den Befehl zur Teilnahme an einem Impftermin, liegt darin ein Dienstvergehen, das mit einer Disziplinarmaßnahme geahndet werden kann.[25]

20 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 30.10.2020 – 1 A 2217/18.

21 VG Berlin, Beschl. v. 11.02.2021 – VG 14 L 18/21.

22 BVerwG, Urt. v. 02.12.2020 – 3 C 6.19.

23 VG Frankfurt am Main, Beschl. v. 29.01.2021 – 5 L 182/21.F; 5 L 179/21.F.

24 VG Wiesbaden, Beschl. v. 21.12.2020 – 23 K 1360/20.WI.

25 BVerfG, Beschl. v. 22.12.2020 – 2 WNB 8.20.

Keine Laser-Tattooentfernung durch Heilpraktiker

Die Entfernung von Tattoos in Form einer Laserbehandlung darf seit dem 31. Dezember 2020 nicht mehr von Heilpraktikern, sondern nur noch von Ärzten, vorgenommen werden. Nach der seit dem 31. Dezember 2020 geltenden Vorschrift des § 5 Abs. 2 der Verordnung zum Schutz vor schädlichen Wirkungen nichtionisierender Strahlung bei der Anwendung am Menschen (NiSV) darf die Behandlung von Gefäßveränderungen und von pigmentierten Hautveränderungen, die Entfernung von Tätowierungen oder Permanent Make-up nur noch von approbierten Ärzten mit entsprechender ärztlicher Weiterbildung oder Fortbildung ausgeübt werden.[26]

Vorerst keine Diagnose auf Attest für Maskenpflicht-Befreiung

Die Regelung der 3. SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung des Landes Brandenburg betreffend des Attests für eine Befreiung von der Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung wird insoweit vorläufig außer Vollzug gesetzt, als das zum Nachweis vorzulegende ärztliche Zeugnis die konkret zu benennende gesundheitliche Beeinträchtigung (Diagnose) sowie konkrete Angaben beinhalten muss, warum sich hieraus eine Befreiung von der Tragepflicht ergibt.[27]

Zum Nachweis der Maskenpflicht-Befreiung muss Original-Attest mitgeführt werden

Der Antragsteller hat die Maskenpflicht-Befreiung aus gesundheitlichen Gründen durch ein ärztliches Zeugnis „im Original" nachzuweisen.[28]

Eilantrag des Bewohners einer Residenz gegen Quarantäne-Anordnung erfolgreich

In einem Eilverfahren wurde dem Antrag eines Bewohners einer Seniorenresidenz Recht gegeben, mit dem er sich gegen ihn in seiner Bewegungsfreiheit einschränkende Quarantäne-Maßnahmen gewendet hat. Das Gesundheitsamt hat unklare Bestimmungen angeordnet und sich an die falsche Adressatin – nämlich die Seniorenresidenz – gewendet, anstatt auf die unmittelbar betroffenen Bewohner.[29]

Kein Anspruch schwerkranker Menschen auf Natrium-Pentobarbital zur Selbsttötung

Schwerkranke Menschen haben nach derzeitiger Rechtslage keinen Anspruch auf den Zugang zu einem Betäu-

26 VG Düsseldorf, Beschl. v. 11.03.2021 – 7 L 2665/20.

27 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 04.01.2021 – OVG 11 S 132/20.

28 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 06.01.2021 – OVG 11 S 138/20.

29 VG Darmstadt, Beschl. v. 10.12.2020 – 4 L 1947/20.DA.

bungsmittel zur Selbsttötung. Sie haben die Möglichkeit, sich an Sterbehilfeorganisationen zu wenden.[30]

Kein Recht auf unbegrenztes Ansammeln von Ansprüchen auf bezahlten Jahresurlaub

Ein Ruhestandsbeamter, der aufgrund eines Dienstunfalls dienstunfähig erkrankt war, hat keinen Anspruch auf finanzielle Abgeltung nicht genommenen Urlaubs für das Jahr 2017.[31]

Wettbewerbsrecht

Apotheken dürfen auf Eigenbeteiligung bei FFP2-Masken nicht verzichten

Es ist einer Apotheke untersagt, bei der Abgabe von FFP2-Masken nach der Coronavirus-Schutzmasken-Verordnung damit zu werben, dass sie, die Apotheke, die Eigenbeteiligung von zwei Euro für die Anspruchsberechtigten trägt. Das Urteil hält den einstweiligen Verfügungsbeschluss aufrecht, mit dem das Gericht der Apotheke schon am 15.01.2021 die Werbung untersagt hatte.[32]

30 VG Köln, Urt. v. 24.11.2020 – 7 K 13803/17, 7 K 14642/17 und 7 K 8560/18.

31 VG Trier, Urt. v. 08.12.2020 – 7 K 2761/20.TR.

32 LG Düsseldorf, Urt. v. 10.02.2021 – 34 O 4/21.

Zivilrecht

Bei „Behindertentestament" keine Gerichtsgebühren für Betreuungsverfahren

Betreute, die eine Erbschaft im Rahmen eines sog. „Behindertentestaments" gemacht haben, sind nicht für Gerichtsgebühren für ihr Betreuungsverfahren heranzuziehen.[33]

Fixierung eines untergebrachten Kindes nur bei 1:1-Betreuung durch Fachpersonal

Die Fixierung eines in einer psychiatrischen Klinik untergebrachten Kindes kann gemäß § 1631 b Abs. 2 BGB nur genehmigt werden, wenn eine Eins-zu-Eins Betreuung durch pflegerisches oder therapeutisches Personal gewährleistet ist. Eine stetige Erreichbarkeit des Personals ist unzureichend.[34]

Kein Recht auf Pseudonym bei Facebook

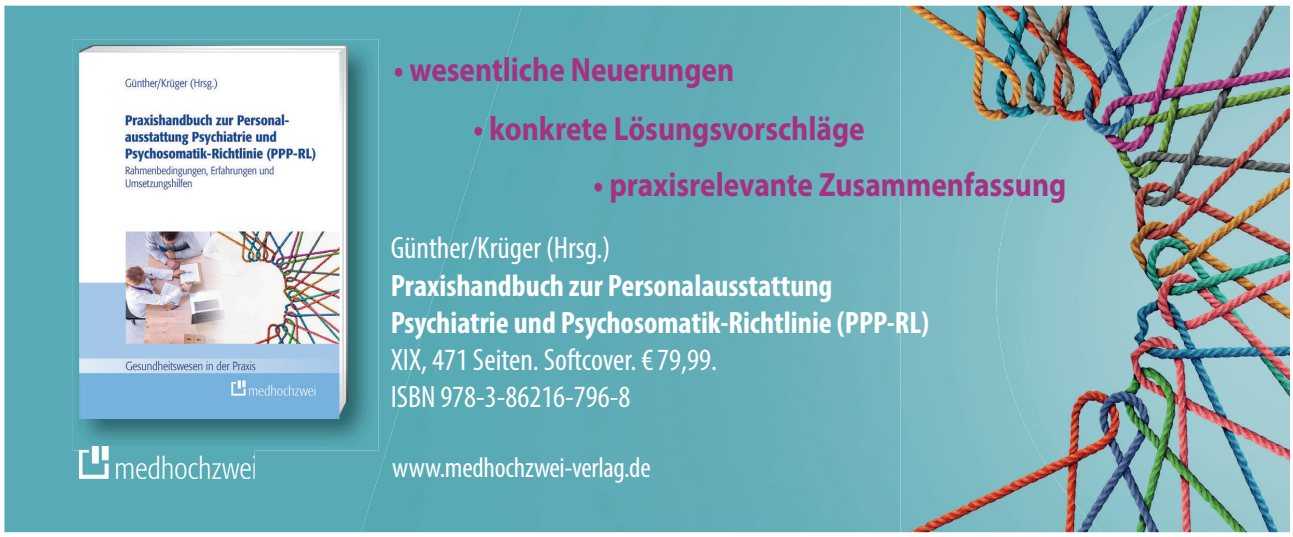
Die in den Vertragsbestimmungen von Facebook enthaltene Pflicht zur Angabe des echten Namens steht nicht im Widerspruch zu § 13 Abs. 6 TMG, wonach eine anonyme oder pseudonyme Nutzung grundsätzlich ermöglicht werden muss.[35]

Bearbeitet von Prof. Hans Böhme

33 OLG Zweibrücken, Beschl. v. 23.11.2020 – 3 W 58/20.

34 OLG Hamburg, Beschl. v. 17.11.2020 – 12 UF 101/20.

35 OLG München, Urt. v. 08.12.2020 – 18 U 2822/19 Pre.



Buchbesprechung

Rechtliche Grenzen der Umgestaltung des Heilpraktikerwesens

besprochen von Dr. Matthias Wiemers, Rechtsanwalt in Berlin

Dem Heilpraktikerwesen in Deutschland sollte mit dem Heilpraktikergesetz 1939 schon einmal der Garaus gemacht werden – und nun legt der aktuelle Koalitionsvertrag auf Bundesebene fest, dass man im Sinne einer verstärkten Patientensicherheit „das Spektrum der heilpraktikerischen Behandlung überprüfen" wolle. Das öffentlich-rechtliche Fernsehen gab dem Bundesgesundheitsminister diesbezüglich erst kürzlich Schützenhilfe. Die Erstellung eines Rechtsgutachtens im Auftrag der Bundesregierung wurde in Aussicht gestellt.[1] Bevor noch ein Rechtswissenschaftler den ausgeschriebenen Gutachtenauftrag für sich gewinnen wollte, hat sich die Berufsorganisation der Heilpraktiker, von denen es insgesamt etwa 47.000 in Deutschland gibt, an den Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht, Helge Sodan, gewandt, und ein eigenes Gutachten in Auftrag gegeben. Dieses ist nun kürzlich in Buchform erschienen. Die Untersuchung sei hier in ihren wesentlichen Ergebnissen wiedergegeben.

Zunächst untersucht Sodan, der hierbei von seinem Mitarbeiter Bernhard Hadank unterstützt wird, die möglichen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes und sieht hier nur eine eingeschränkte Möglichkeit bundesgesetzlicher Regelung durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG. Ferner weist er nach, dass der Bundesgesetzgeber die Regelungen des vorkonstitutionellen Gesetzes in seinen Willen aufgenommen habe. Eine Überleitung in Bundesrecht über Art. 123 GG wird festgestellt, allerdings müsse sich der heutige Gesetzgeber, wenn er den Bereich des Heilpraktikerweisens neu regeln will, an die aktuelle Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern halten. Deutlich warnt Sodan davor, die Erlaubnispflicht künftig vollständig entfallen zu lassen, weil damit unstreitig Gesundheitsgefahren verbunden wären. Wolle man andererseits die Tätigkeit verbieten, bedürfe es ausdrücklicher Verbote oder Tätigkeitsvorbehalte zugunsten anderer Berufsgruppen. Für ein ausdrückliches Berufsausübungsverbot zulasten der Heilpraktiker wird allerdings der Mangel einer Bundeskompetenz festgestellt. Und dass die Länder hier zu einheitlichen Lösungen kämen, hält Sodan (zu Recht) für unwahrscheinlich. Zudem müssten gewichtige Gründe vorgebracht werden, um die Berufsfreiheit der Heilpraktiker einschränken zu dürfen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Autoren schon das Vorliegen eines legitimen Regelungszwecks, der zu Beginn einer jeden Beeinträchtigung der Berufsfreiheit geprüft werden muss, für nicht gegeben erachten. Dies ist theoretisch und praktisch ein äußerst seltener Fall. Klassisch wären etwa Gesetze, die auf das Führen eines Angriffskrieges (Artikel 26 GG) oder die Wiedereinführung der Todesstrafe (Art. 102 GG) gerichtet wären, zu nennen, weil in diesen Fällen ein eindeutiges Verbot durch das Grundgesetz vorliegt.

Im Übrigen wären Verbote danach weder erforderlich noch angemessen. Mit der Einführung von einheitlichen Mindeststandards an die Ausbildungsverläufe angehender Heilpraktiker könnte das Vertrauen in die fachliche Qualifikation und die Integrität des Berufsstandes gestärkt werden. Die durch die Rechtsprechung anerkannte sogenannte sektorale oder beschränkte Heilpraktikererlaubnis halten die Autoren für einen angemessenen Kompromiss, der nicht ohne Not beseitigt werden sollte. Rechtspolitisch halten die Autoren die Anerkennung einer Therapiefreiheit für Heilpraktiker ähnlich derjenigen für Ärzte für geboten. Als Lösungsansatz, um das Heilpraktikerwesen zukünftig angemessen zu regeln, wird schließlich die Verkammerung auch dieses Berufs angeregt. Auch dies darf als bedenkenswerter Vorschlag angesehen werden.

Dass der Gedanke eines freiheitlichen Gesundheitswesens in Deutschland wenige Freunde hat, sehen wir nicht zuletzt in der aktuellen Corona-Pandemie. Umso wichtiger war es, dass der Berufsstand der Heilpraktiker rechtzeitig die Initiative ergriffen hat, um den Gesetzgeber die wenigen verfassungsgemäßen Möglichkeiten einer Neugestaltung des Heilpraktikerwesens aufzuzeigen. Wo es nötig ist, wird das Gutachten gewiss den Weg in die Verfahren der Gesetzgebung finden.

Helge Sodan/Bernhard Hadank, Rechtliche Grenzen der Umgestaltung des Heilpraktikerwesens, Berlin 2020, Verlag: Duncker & Humblot, broschiert, 114 S., 44,90 €, ISBN: 978-3-428-18145-2

1 Vgl. Wiemers, PKR 2021, S. 22 f. m. w. N.

Buchbesprechung

Gesetz über die Pflegeberufe – Praxiskommentar in 3. Auflage

besprochen von Professor Hans Böhme

Das Gesetz über die Pflegeberufe und die dazugehörige Pflegeberufe-Ausbildungs- und -Prüfungsverordnung sowie die Pflegeberufe-Ausbildungsfinanzierungsverordnung sind erst seit dem 1. Januar 2020 in Kraft und schon liegt die 3. Auflage dieses Praxiskommentars vor. Dass dieses Buch sich zu einem Standardwerk in der Verwaltung und Organisation der Pflegeausbildung entwickelt hat, verwundert nicht. Der Autor Prof. Dr. Gerhard Igl ist ausgewiesener Experte im Sozial- und Gesundheitsrecht, der nicht nur die formalen und inhaltlichen Rechtsfragen im vorliegenden Gesetzeswerk übersichtlich und gut verständlich darstellt, sondern auch etliche Fragen aus der Praxis souverän beantwortet.

Das Gesetz und die Ausbildungs- und Prüfungsverordnung sind an einigen Stellen bereits geändert worden. Diese Änderungen werden in der vorliegenden 3. Auflage berücksichtigt.

Wie im Vorwort klargestellt, richtet sich dieses Werk an die Praxis, d. h. an die zuständigen Behörden, die Träger der praktischen Ausbildung und die Pflegeschulen. Ganz sicher werden aber auch die zuständigen Verwaltungsrichter, Rechtsanwälte, die wegen Streitigkeiten beauftragt werden, und Justiziare auf diesen Kommentar gerne zugreifen. Von allgemeinerem Interesse sind die Ausführungen des Autors zu den Vorbehaltsaufgaben in § 4 PflBG (S. 78–93), die für Gesundheitseinrichtungen und das Management von grundlegender Bedeutung sind, weil es einerseitsum die Abgrenzung zur ärztlichen Verantwortung und andererseits auch um die Abgrenzung zu den Kompetenzen anderer Gesundheitsberufler, aber auch zu Sozialpädagogen und Sozialarbeitern geht.

Für denjenigen, der mit Fragen der Pflegeberufsausbildung zu tun hat, ist dieses Buch ein Muss. Für das Management in Gesundheitseinrichtungen sollte zumindest auf die Erläuterungen des Autors zu § 4 PflBG zurückgegriffen werden. Dieses Buch ist uneingeschränkt zu empfehlen.

Gerhard Igl, Gesetz über die Pflegeberufe (Pflegeberufegesetz – PflBG), Praxiskommentar, 3. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2021, medhochzwei, 756 Seiten, Softcover, 84,99 €, ISBN: 978-3-86216-817-0.

Mit Wucht in die Zukunft katapultiert

Der neue Krankenhaus Rating Report 2021

als Buch, eBook, Online-Werk oder Foliensatz

Buch inkl. eBook:
Ca. 250 Seiten. Softcover. € 349,99.
Vorzugspreis für Abonnenten:
€ 324,99. ISBN 978-3-86216-830-9

Online (Abonnement):
Jahrespreis für eine Lizenz € 98,00.
Weitere Zusatzlizenzen je € 179,00.
ISBN 978-3-86216-103-4

medhochzwei
www.medhochzwei-verlag.de

Buchbesprechung

Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat

besprochen von Dr. Matthias Wiemers, Rechtsanwalt in Berlin

Die Corona-Pandemie hält die ganze Welt – und namentlich unsere föderale Republik – schon seit über einem Jahr in Atem. Dies rechtfertigt es durchaus, sich mit einer thematisch einschlägigen Doktorarbeit zu beschäftigen, die bereits im Jahre 2018 erschienen ist.

Hat der Gesetzgeber auch besonders im letzten Jahr in teilweise hektischer und verfassungsrechtlich bedenklicher Form das Infektionsschutzgesetz „verschlimmbessert", so lohnt eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob der Gesetzgeber damit (zugleich) auch verfassungsrechtlichen und praktischen Bedenken begegnet ist, die schon vor Feststellung der „epidemischen Lage von nationaler Tragweite" geäußert wurden. Eine ausführliche Untersuchung des IfSG der Vor-Corona-Zeit liefert die Doktorarbeit von Jutta Mers, die vom Münsteraner Zivil- und Medizinrechtler sowie Rechtsphilosophen Thomas Gutmann betreut wurde und deren Inhalt hier kurz wiedergegeben werden soll.

Im Vorwort erläutert die Autorin die ihrerzeit bereits geführte Debatte um Masernschutzimpfungen wie auch die Tatsache, dass es an einer „umfassenden Auseinandersetzung mit der grundrechtlichen Dimension infektionsschutzrechtlicher Normen" fehle. Angesichts der bis dato existierenden Kommentare kann man dies nur bestätigen. Die fehlende Rechtsprechung spielt im Laufe der Arbeit noch eine wesentliche Rolle.

Nach der Fixierung des Untersuchungsgegenstandes (2.) wird ein Überblick über das Infektionsschutzrecht in Deutschland gegeben (3.), wobei die Autorin auch auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes als Nachfolger des Bundesseuchengesetzes eingeht und dabei auch Bezüge zum (allgemeinen) Polizeirecht herstellt. Eine wichtige und zutreffende Feststellung hierzu lautet: *„Um den speziellen Anforderungen des Infektionsschutzes gerecht zu werden, wäre es insofern jedoch möglicherweise angezeigt, einen eigenen Tatbestand für die Inanspruchnahme von Nichtstörern in das Infektionsschutzgesetz aufzunehmen, welcher dieser Problematik begegnet"* (S. 33).

Dies ist ein rechtsstaatliches Kernproblem, das sich sogleich im Frühjahr 2020 aktualisierte, als etwa die Tätigkeit von Unternehmen untersagt wurde, bei denen überhaupt kein Bezug zu einem Störer im polizeirechtlichen Sinne feststellbar war.

Sodann folgt ein theoretischer Teil (4.), der freilich nicht unbedingt nötig gewesen wäre, um die Verfassungsmäßigkeit der einzelnen Regelungen des Gesetzes untersuchen zu können. Allerdings ist dieses Kernkapitel mit dem Titel der Arbeit verbunden, und so setzt sich Mers zunächst mit dem Konzept des „Public Health" und seiner Entwicklung in Deutschland auseinander. Es folgen Auseinandersetzungen über ethische Ansätze wie dem Utilitarismus, dem Kommunitarismus und dem Paternalismus. Der Bezug des Public Health zur sozialen Gerechtigkeit wird hergestellt.

Am Schluss wird das sogenannte Schadensprinzip („Harm Principle") behandelt und das geltende Verfassungsrecht als mit diesem übereinstimmend identifiziert (S. 85 ff.). Insbesondere stellt die Autorin fest, dass das Prinzip des Paternalismus dem nicht entspricht (S. 82 ff.; S. 147).

Im fünften Teil, dem Schwerpunkt der Arbeit, werden die einzelnen Teile und auch Detailregelungen des Infektionsschutzgesetzes einer eingehenden verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen – und zahlreiche verfassungswidrige Regelungen werden festgestellt (S. 96 ff.).

Hauptsächlicher Vorwurf ist die Unbestimmtheit von Normen, die auch nicht – mangels entsprechenden Rechtsprechungsmaterials – durch eine gefestigte Rechtsprechung Konturen erhalten haben. Dies betrifft die Regelungen § 16 Abs. 1 S. 1, § 8 Abs. 1 S. 1, § 29 Abs. 2 S. 1, § 30 Abs. 3 S. 1, § 34 Abs. 9 IfSG, die als Verstöße gegen das Bestimmtheitsgebot qualifiziert werden. § 30 Abs. 3 S. 3 wird als unverhältnismäßig erkannt.

Alles in allem handelt es sich um eine lesenswerte Arbeit, die zu nachvollziehbaren Ergebnissen führt – auch wenn andere Vertreter der Literatur den gefundenen Erkenntnissen nicht folgen mögen. Dass der Gesetzgeber mit der Schaffung von „Standardmaßnahmen" durch den neuen § 28a IfSG explizit der Kritik von Mers gefolgt wäre, lässt sich ebenfalls nicht feststellen. Schließlich wird man sagen können, dass im Laufe der aktuellen Pandemie so viel Rechtsprechung entstanden ist, dass von einer mangelnden Konturierung vorhandener Generalklauseln künftig nicht mehr ohne weiteres gesprochen werden kann.

Jutta Mers, Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat, Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht 37, Baden-Baden 2019, Nomos, 301 Seiten, Paperback, 19,00 €, ISBN: 978-3-8487-6040-4

Praxisfrage: Was tun, wenn Krankenhäuser Personaluntergrenzen unterschreiten?

Auf einer neurologischen Station mit zwölf Stroke Unit Betten und 16 regulären Betten sind im Spätdienst drei examinierte Pflegekräfte für die gesamte Station zuständig, obwohl eigentlich allein für die Stroke Unit Betten so viele Personen benötigt werden. Überdies findet Funktionspflege wie in den 90ern statt: Eine examinierte Pflegekraft bleibt im Stationszimmer und kümmert sich unter anderem um die Medikamente und Dokumentation, während die beiden anderen 28 Patienten versorgen müssen.
Kann man eigentlich ein Krankenhaus wegen Fahrlässigkeit anklagen, weil dort die Personaluntergrenzen – auch wenn sie noch nicht ausgesetzt sind – auf brutalste Art und Weise unterschritten werden?

Antwort:

Die bestehenden Personaluntergrenzen beruhen auf § 137i Abs. 3 S. 1 in Verbindung mit Satz 2 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V). Diese Regelung gehört zum Neunten Abschnitt „Sicherung der Qualität der Leistungserbringung" im SGB V. Es handelt sich also um Regelungen zwischen den Krankenkassen und den Krankenhäusern als Leistungserbringer. Danach müssen die Krankenhäuser bei der Leistungserbringung bestimmte Personaluntergrenzen einhalten, es sei denn, es liegt ein beantragter oder gesetzlich geregelter Ausnahmefall vor, wie das jetzt in der COVID-19-Pandemie teilweise geregelt war.
Werden diese vereinbarten Personaluntergrenzen nicht eingehalten, wird das Krankenhaus sanktioniert, indem die Krankenkasse Vergütungsabschläge vornimmt. Das Unterschreiten der Personaluntergrenzen führt also automatisch weder zu einer zivilrechtlichen Schadensersatzhaftung noch zu einer strafbaren Handlung.
Diesbezüglich können Rechtsprobleme erst auftreten, wenn ein konkreter Schadensfall eintritt. Die Gefährdung von Patienten reicht also nicht aus. Ein Patient muss konkret am Körper oder am Leben verletzt werden. Dann wird zum einen in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren die Strafbarkeit eines Versäumnisses und in einem zivilrechtlichen Schadensersatzverfahren ein aus dem Behandlungsvertrag zurechenbarer Behandlungsfehler geprüft.
Es gibt somit zurzeit keinen Grund, das Krankenhaus wegen Fahrlässigkeit anzuklagen.
Sollte das Krankenhaus allerdings die Dokumentation manipulieren, was leider des Öfteren vorkommt, könnte ein Abrechnungsbetrug vorliegen. Wer das als Mitarbeiter feststellt, darf den Arbeitgeber anzeigen, ohne dass er dadurch Rechtsnachteile zu befürchten hat. Allerdings sollte das anwaltlich begleitet werden, weil die rechtlichen Voraussetzungen kompliziert sind und – für den Fall, dass die Vorwürfe unberechtigt sind – der Arbeitsplatz durchaus gefährdet sein dürfte.

Zum Inhalt:

Bei der Vielzahl von unterschiedlichen Kooperationsmöglichkeiten ist die Klärung der rechtlichen Rahmenbedingungen von erheblicher Bedeutung, da ansonsten bei der Umsetzung in die Praxis große Probleme auftauchen können, die nicht selten zum Scheitern des ganzen Projektes führen.

Das **Handbuch Kooperationen im Gesundheitswesen** dient als praktische und umfassende Arbeitshilfe und behandelt Fragen

- zum Vertragsarztrecht,
- zum Berufsrecht,
- zur Rechtsform der Kooperation,
- zum Gesellschaftsrecht,
- zum Krankenhausrecht,
- zum Steuerrecht und
- zu Gestaltungsmöglichkeiten der Kooperation.

Das Handbuch stellt alle Kooperationsformen wie Berufsausübungsgemeinschaft, Praxisgemeinschaft, Heilkunde GmbH, Medizinische Versorgungszentren etc. dar, wobei insbesondere auch die Alternativen ambulant-stationärer Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Leistungserbringern beleuchtet werden.

medhochzwei
www.medhochzwei-verlag.de

Halbe (Hrsg.)

Handbuch Kooperationen im Gesundheitswesen
Rechtsformen und Gestaltungsmöglichkeiten

Online (App-Zugang inklusive)*
Halbjahrespreis für 1 Lizenz € 149,99.
Inklusive ca. 4 Updates pro Jahr.
ISBN 978-3-86216-036-5

Print Loseblattwerk in 3 Ordnern*
€ 199,99 zzgl. Aktualisierungslieferungen.
Ca. 4 Aktualisierungen pro Jahr.
ISBN 978-3-86216-013-6

* Abonnement, Mindestlaufzeit: 1 Jahr

Impressum Healthcare & Hospital Law

Das eJournal für Recht in der Praxis www.healthcare-hospital-law.de

ISSN: 2748-2332

Herausgeberschaft:

Prof. Hans Böhme
Jurist und Soziologe
Institut für Gesundheitsrecht und -politik
Am alten Fliegerhorst 27
26419 Schortens-Upjever
Tel.: (0 44 61) 9 17 01 30
E-Mail: info@boehme-igrp.de

Prof. Dr. Bernd Halbe
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht
DR. HALBE – RECHTSANWÄLTE
Köln – Berlin
Im Mediapark 6A
50670 Köln
Tel.: (02 21) 57 77 9-0
E-Mail: koeln@medizin-recht.com

Dr. Hartmut Münzel
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizin- und Arbeitsrecht
DR. HALBE – RECHTSANWÄLTE
Köln – Berlin
Im Mediapark 6A
50670 Köln
Tel.: (02 21) 57 77 9-0
E-Mail: koeln@medizin-recht.com

Schriftleitung/ Redaktion (V.i.S.d.P):
Prof. Hans Böhme
Jurist und Soziologe
Institut für Gesundheitsrecht und -politik
Am alten Fliegerhorst 27
26419 Schortens-Upjever
Tel.: (0 44 61) 9 17 01 30
E-Mail: info@boehme-igrp.de

Verlag:
medhochzwei Verlag GmbH
Alte Eppelheimer Straße 42/1
69115 Heidelberg
www.medhochzwei-verlag.de
Tel.: +49 6221 914 96 0
Fax. +49 6221 914 96 20
Julia Rondot, Geschäftsführung
info@medhochzwei-verlag.de

Satz:
Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Erscheinungsweise:
Healthcare & Hospital Law erscheint sechs Mal jährlich als reine Online-Zeitschrift in den Monaten Januar, März, Mai, Juli, September, November.

Abonnements:
Jahresabopreis: 148,– €, Zusatzlizenz: 103,60 €
Schnupperabo für drei Ausgaben: 69,– €
Studentenabo: 89,– €
Der Abonnementpreis wird im Voraus in Rechnung gestellt und umfasst 6 Ausgaben jährlich. Kündigungen sind bis 8 Wochen vor Ende des Bezugszeitraums möglich.

Anzeigen:
Sabine Hornig, Tel.: 06221/91496-15
sabine.hornig@medhochzwei-verlag.de

Bestellungen:
www.medhochzwei-verlag.de/shop/
Telefonischer Kundenservice: Tel.: +49 7953 7189076
Fax.: +49 7953 7189082, E-Mail: medhochzwei-verlag@sigloch.de

Manuskripthinweise:
Es werden nur Beiträge angenommen, die an anderer Stelle weder angeboten noch erschienen sind. Der Verlag geht davon aus, dass der Autor für alle zur Publikation eingereichten Texte und Abbildungen das Recht zur Veröffentlichung hat und Urheberrechte Dritter nicht berührt sind. Der Verlag behält sich vor, die eingereichten Arbeiten redaktionell zu bearbeiten. Autorenrichtlinien können von der Redaktion angefordert werden.

Copyright:
Die Zeitschrift und alle in ihr enthalten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der eigenen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Alle Rechte, auch das der Übersetzung, bleiben vorbehalten.