

NEWSLETTER JULI 2012

**Inhaltsverzeichnis**

Keine Strafbarkeit von Kassenärzten wegen Bestechlichkeit.....	2
Verwirkung des Vergütungsanspruchs eines Zahnarztes .....	4
Die vor- und nachstationäre Behandlung durch Honorarärzte nach § 115a SGB V (GKV-VStG) .....	6
HI-Virus bei Patienten und ärztliche Schweigepflicht .....	9

MESSNER DÖNNEBRINK MARCUS  
RECHTSANWÄLTE PARTNERSCHAFTSGESELLSCHAFT  
JEAN-PIERRE-JUNGELS-STR. 6, 55126 MAINZ  
TEL.: 0 61 31 – 96 05 70 FAX: 0 61 31 – 9 60 57 62  
INFO@MDM-MEDIZINRECHT.DE  
WWW.MDM-MEDIZINRECHT.DE

REGISTERGERICHT KOBLENZ  
REGISTER-NR.: PR 20150

## Keine Strafbarkeit von Kassenärzten wegen Bestechlichkeit

Stefanie Raab, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht



Kassenärzte, die von einem Pharma-Unternehmen Vorteile als Gegenleistung für die Verordnung von Arzneimitteln dieses Unternehmens entgegennehmen, machen sich nicht wegen Bestechlichkeit nach § 332 Strafgesetzbuch (StGB) strafbar. Auch eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nach § 299 Abs. 1 StGB scheidet aus.

**Vorsicht:** Zuwendungen an Ärzte wegen der Verordnung von Heil- und Hilfsmitteln oder Medizinprodukten sind dessen ungeachtet nach der Berufsordnung für Ärzte und dem Versorgungsstrukturgesetz (GKV-VStG) verboten.

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 29.03.2012 entschieden, dass Ärzte keine Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB oder Beauftragte im Sinne des § 299 StGB sind. Damit fällt eine Strafbarkeit wegen der Annahme von Geschenken oder Vorteilen weg.

Dem Fall lag zugrunde, dass eine Pharmareferentin Kassenärzten einen Scheck über insgesamt 18.000 € überreicht hatte. Dies geschah deshalb, weil der Arzt 5 % der Herstellerabgabepreise als Prämie für die Verordnung der Arzneimittel des Unternehmens erhalten sollte. Die Zahlungen wurden als Honorar für angebliche wissenschaftliche Vorträge ausgewiesen. Der Arzt wurde daraufhin wegen Bestechlichkeit und die Pharmareferentin wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr zu einer Geldstrafe verurteilt.

Der BGH hatte darüber zu urteilen, ob „korruptives Verhalten von Kassenärzten und Mitarbeitern von Pharmaunternehmen nach dem geltenden Strafrecht strafbar ist.“

Der BGH entschied, dass die Ärzte ihren Beruf in freiberuflicher Tätigkeit ausüben und weder Amtsträger noch Beauftragte der Krankenkassen sind. Grund hierfür ist vor allem das besondere Verhältnis zwischen Arzt und Patient. Das System der vertragsärztlichen Versorgung sei so ausgestaltet, dass der einzelne Vertragsarzt keine Aufgabe öffentlicher Verwaltung wahrnimmt. Er sei weder „verlängerter Arm“ noch ein „quasi ausführendes Organ hoheitlicher Gewalt“. Es seien auch nicht die Kassen, die einen Arzt als „Beauftragten“ auswählen und für

[www.mdm-medizinrecht.de](http://www.mdm-medizinrecht.de)

bestimmte Aufgaben verpflichten. Der Patient sucht sich den Arzt aus und sieht diesen als „seinen“ Arzt an, den er beauftragt hat. Der Arzt wird in erster Linie im Interesse des Patienten tätig. Gerade bei der Verordnung von Arznei- und Hilfsmitteln stehe „die Bindung an den Patienten im Vordergrund“. Auch nach dem sozialrechtlichen Regelungsgefüge sei ein Kassenarzt kein Beauftragter der Krankenkassen. Dass die Verordnung von Medikamenten und Hilfsmitteln Relevanz für die Krankenkassen hat, rechtfertige keine andere Beurteilung.

Nach derzeit geltendem Recht sei den Gerichten die Anwendung der Bestechungsparagrafen auf Ärzte versagt. Dies sei nur durch eine Gesetzesänderung zu ändern.

Quelle: BGH, Beschluss des Großen Strafsenats vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11

## Verwirkung des Vergütungsanspruchs eines Zahnarztes

Stefanie Raab, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht



Der Vergütungsanspruch eines Zahnarztes ist verwirkt, wenn die Leistung für den Patienten völlig unbrauchbar ist. Dies ist auch dann der Fall, wenn dem Patienten wegen der Vielzahl misslungener Nachbehandlungsversuche eine Weiterbehandlung nicht mehr zumutbar ist oder der Zahnarzt erklärt, er könne für den Patienten nichts mehr tun.

Der Zahnarzt hatte bei der Patientin eine falsch sitzende Prothese angepasst. Die Patientin hatte darüber geklagt, dass ihre Oberkieferprothese zu fest und die Unterkieferprothese zu locker sitze. Der Zahnarzt unternahm zwar mehrfache Nachbesserungsversuche, die allerdings ohne Erfolg blieben. Letztlich erklärte der Arzt der Patientin, er könne nichts mehr für sie tun, verlangte allerdings von ihr die Bezahlung der gestellten Rechnungen.

Damit hatte er keinen Erfolg: Der Zahnarzt hat die Mangelhaftigkeit seiner Leistung in Zweifel gezogen. Er hat sie lediglich für nachbesserungsfähig gehalten und beklagt, dass er keine Nachbesserungsmöglichkeit erhalten habe.

Eine weitere Nachbesserungsmöglichkeit war jedoch nicht erforderlich, da von der Prothese nur noch die Stahlteile hätten weiter verwendet werden können, was nach Auffassung des Gerichts vom Änderungsumfang her keine Nachbesserung mehr gewesen wäre. Zum anderen hat sich durch das Sachverständigengutachten ergeben, dass eine solche Vielzahl von Fehlern passiert ist, die das Fazit erlauben, dass die Leistung unbrauchbar war. Dem Zahnarzt ist es auch trotz vieler Termine zur Nachbesserung und Mängelbeseitigung nicht gelungen, die Mängel zu beseitigen. Eine Leistung kann im Dienstleistungsrecht auch unbrauchbar werden, weil weitere Nachbesserungen dem Patienten nicht mehr zumutbar sind. Die Leistung war auch danach unbrauchbar. Durch die Mitteilung des Zahnarztes, er könne nichts mehr tun, ist es ihm nach § 242 BGB verwehrt, der Patientin später entgegenzuhalten, der nachbehandelnde Zahnarzt hätte auf seiner Arbeit aufbauen können. Der Zahnarzt hat die Behandlung mit dem Satz beendet, er könne nichts mehr für die Patientin tun. Die Patientin selbst hat weder

[www.mdm-medizinrecht.de](http://www.mdm-medizinrecht.de)

den Behandlungsvertrag vor dem Abschluss der Behandlung gekündigt, noch die Nachbesserung verweigert.

Quelle: OLG Koblenz, Beschluss vom 29.08.2011, Az.: 5 U 481/11

[www.mdm-medizinrecht.de](http://www.mdm-medizinrecht.de)

## Die vor- und nachstationäre Behandlung durch Honorarärzte nach § 115a SGB V (GKV-VStG)

Milana Sönnichsen, Rechtsanwältin

Durch das am 1.1.2012 in Kraft getretene Versorgungsstrukturgesetz (GKV-VStG) wurde u.a. in einem wichtigen Versorgungsbereich der vor- und nachstationären Behandlung die Zusammenarbeit zwischen Vertragsärzten (Honorarärzten) und Krankenhäusern neu bestimmt. Die genaue Beachtung des Auftrags- bzw. Kooperationsmodells nach § 115 a SGB V n.F. ist von großer Relevanz für die rechtssichere Gestaltung der Honorararztverträgen zwischen Vertragsärzten und Krankenhäusern in diesem Bereich.



Durch das GKV-VStG wurde § 115a SGB V um Abs. 2 Satz 5 ergänzt:

*„Eine notwendige ärztliche Behandlung außerhalb des Krankenhauses während der vor- und nachstationären Behandlung wird im Rahmen des Sicherstellungsauftrags durch die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte gewährleistet.“*

Eine weitere Ergänzung fand in § 115a Abs. 1 Satz 2 statt, der besagt:

*„Das Krankenhaus kann die Behandlung nach Satz 1 auch durch hierzu ausdrücklich beauftragte niedergelassene Vertragsärzte in den Räumen des Krankenhauses oder der Arztpraxis erbringen. Von § 115 a Abs. 1 Nr.2 SGB V ist eine Krankenhausbehandlung und nicht eine nachstationäre Behandlung zur Abkürzung der Krankenhausverweildauer erfasst.“*

Folgende Aspekte müssen bei der rechtssicheren Gestaltung eines Honorararztvertrages im vor- und nachstationären Bereich nach § 115a SGB V beachtet werden:

1. Es muss immer klar zwischen einer prästationären Diagnostik bzw. einer poststationären Behandlung i.S.v. § 115 a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 SGB V und einer poststationären Behandlung zur Abkürzung der Krankenhausverweildauer unterschieden werden. Denn oft entlässt das Krankenhaus den Patienten früher nach Hause, z.B. weil der Patient es sich wünscht und es nach Absprache mit Vertragsärzten medizinisch vertretbar ist. Für den dadurch entstehenden Mehraufwand bei den Vertragsärzten erhalten diese vom Kranken-

[www.mdm-medizinrecht.de](http://www.mdm-medizinrecht.de)

haus einen bestimmten Anteil an DRG als Honorar. Oft handelt es sich bei solchen Modellen de facto um sog. „Zuweiser- oder Fangprämien“, die für das Krankenhaus klar wettbewerbswidrig und für den Arzt berufsordnungswidrig sind. Ist die Kooperation nur „vorge-schoben“, um solche Prämien zu verschleiern, ist der Honorararztvertrag wegen des Verstoßes gegen § 134 BGB unheilbar nichtig und zieht nicht nur disziplinarrechtliche, sondern auch haftungsrechtliche, abrechnungsrechtliche und sozialrechtliche Ansprüche gegenüber dem Arzt bzw. dem Krankenhaus nach sich.

2. Bei der nachstationären Behandlung im Sinne des § 115a Abs.1 Nr. 2 SGB V handelt es sich daher um eine Krankenhausbehandlung. Sie hat nichts mit dem Entlassmanagement zu tun, welches als Krankenhausleistung ausgestaltet (§ 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 6 KHEntG) wird und die Abstimmung mit den ambulanten und stationären Versorgungsbereichen, z.B. fachärztliche Anschlussversorgung nach § 11 Abs. 4 SGB V, regelt.
3. Das Kooperationsmodell des neuen § 115a Abs. 1 S. 2 SGB V sollte schriftlich klar geregelt werden. Es muss sich um ein ausdrückliches Auftragsverhältnis seitens des Krankenhauses handeln, eine allgemeine Rahmenbedingung wäre ungenügend. Bei Krankenhäusern in öffentlicher Trägerschaft ist fallabhängig eine Ausschreibung denkbar. Der im Auftrag des Krankenhauses handelnde Arzt wird rechtlich klar als Erfüllungsgehilfe einzuordnen sein. Dennoch ist dem Honorararzt in diesem Bereich zu empfehlen, seine Versicherung zu informieren. Denn für den Fall, dass seine bisherige Praxishaftpflicht für diesen Bereich keine Deckung hat, kann sich eine gesamtschuldnerische Haftung mit dem Krankenhaus ergeben.
4. Erbringt der Honorararzt die Krankenhausleistung in seiner Praxis, wird auch sein Personal im Auftrag des Krankenhauses tätig. Dabei sind fallabhängig sozialversicherungsrechtliche Aspekte bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen. Ebenfalls ist darauf zu achten, dass eine Doppelabrechnung im Rahmen des Auftragsverhältnisses gegenüber der KV unterbleibt.
5. Letztlich bleibt zu beachten, dass Einkünfte aus unzulässigen Honorararztverträgen gewerblich sind, was bei Überschreitung der Freibeträge zur Bilanzierungspflicht und möglicherweise zu erheblichen Liquiditätspässen im Einzelfall führen kann.

[www.mdm-medizinrecht.de](http://www.mdm-medizinrecht.de)

Vor dem Hintergrund der oben dargestellten Aspekte empfiehlt sich eine vorherige genaue rechtliche Beratung der Honorararztverträge im vor- und nachstationären Bereich. Eine weitere Lösung bietet die Teilzeitanstellung im Krankenhaus. Nach der Rechtsprechung des BSG darf ein niedergelassener Vertragsarzt bis zu 13 (bzw. 26 Stunden bei hälftigem Versorgungsauftrag) Wochenstunden einer anderweitigen Tätigkeit nachgehen. Die Stundengrenze wird erwartungsgemäß durch die Flexibilisierung von § 21 Ärzte-ZV (nach GKV-VStG) nicht mehr starr gehandhabt werden.

*Quellen: GKV-VStG, BGBl. I, 2983 v. 28.12.2011; BGH. Beschl. v. 17.8.2011, Az: I ZB 7/11; OLG Stuttgart, Urt. v. 10.5.2007, Az: 2 U 176/06; OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.11.2004, Az: I 20 U 30/04*



## HI-Virus bei Patienten und ärztliche Schweigepflicht

Milana Sönnichsen, Rechtsanwältin

Das Thema der ärztlichen Aufklärungspflicht gegenüber dem Ehepartner eines HIV-positiven Patienten wird für Ärzte wieder aktuell in der Fachliteratur und in den Medien aus klinisch-ethischen Gesichtspunkten diskutiert. Dabei stellen sich auch rechtliche Fragen. Der Arzt hat zwar eine Schweigepflicht hinsichtlich des Gesundheitszustandes des Patienten nach der Berufsordnung und auch nach strafrechtlichen Vorschriften gem. § 203 Strafgesetzbuch (StGB). Andererseits werden nach der gefestigten zivilrechtlichen Rechtsprechung Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht gesetzt, wenn andere, höhere Rechtsgüter bei mangelnder Aufklärung des Arztes bedroht werden.



Aus aktuellem Anlass eines Fallberichts ist in den ärztlichen Fachzeitschriften das Thema der Aufklärungspflicht einer Zahnärztin diskutiert worden, die während der Behandlung feststellte, dass ihr Patient HIV-positiv war. Sie erfuhr ferner, dass die Ehefrau des Patienten, die ebenfalls eine Patientin dieser Zahnärztin war, von der Erkrankung ihres Ehemannes nichts wusste und dass überdies die Familienplanung bei dem Paar noch nicht abgeschlossen war. Die genannte Fallkonstellation wirft außer klinisch-ethischen Fragen der Aufklärungspflicht der betroffenen Zahnärztin gegenüber der Ehefrau ihres HIV-positiven Patienten rechtliche Fragen auf.

Nach § 7 Musterberufsordnung-Z (MBO-Z) sowie nach § 9 MBO-Ärzte ist der (Zahn-)Arzt zur Verschwiegenheit über die ihm in seiner Eigenschaft als (Zahn-)Arzt anvertrauten Tatsachen verpflichtet. Die Offenbarung von Berufsgeheimnissen eines Arztes wird darüber hinaus nach § 230 StGB unter Strafe gestellt. Eine Offenbarung des Patientengeheimnisses ist nach dem StGB nicht gerechtfertigt, wenn sie ohne Einwilligung des Patienten erfolgt. Jedoch ergibt sich die Befugnis zur Offenbarung immer dann, wenn sie bei einem rechtfertigenden Notstand im Rahmen einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung zum Schutz der Rechtsgüter Dritter geboten ist, z.B. wenn eine an einer lebensbedrohlichen Infektion leidender Partner sich weigert, andere durch ihn konkret infektionsgefährdete Personen (insbesondere, die Ehepartner) über die Infektionsgefahr aufzuklären. In seinem Urteil vom 08.07.1999, Az. 8 U

[www.mdm-medizinrecht.de](http://www.mdm-medizinrecht.de)

67/99, bestätigte das Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt, dass die ärztliche Schweigepflicht die Aufklärung nicht verbietet, auch wenn der kranke Patient bei der Offenbarung seiner Krankheit gegenüber dem Lebenspartner erkennbar uneinsichtig ist.

Wenn beide Lebenspartner sogar die Patienten desselben Arztes sind, ist der Arzt nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, den anderen Lebenspartner über die HIV-Infektion und die bestehende akute Ansteckungsgefahr aufzuklären.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 14.06.2005, Az: VI ZR 179/04) ist sogar ein im Behandlungszeitpunkt noch nicht bekannter Ehepartner des Patienten zwingend vom Arzt in den Schutzbereich der Pflicht zur nachträglichen Sicherungsaufklärung über die Gefahr einer transfusionsassoziierten HIV-Infektion einbezogen.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass bei Offenbarung der HIV-Infektion eines Patienten seitens des Arztes diesem keine Verletzung seiner Schweigepflichten vorgeworfen werden kann, wenn eine akute Ansteckungsgefahr des Lebenspartners des Patienten besteht. Gehört der Lebenspartner selbst zu dem Kreis der Patienten desselben Arztes, besteht sogar eine Aufklärungspflicht des Arztes. Missachtet der Arzt dies, so kann das zivilrechtliche Schadensersatzansprüche sowie disziplinarrechtliche und strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

*Quelle: OLG Frankfurt, Urt. v. 8.7.1999, Az.: U 67/99; BGH, Urt. v. 14.06.2005, Az.: VI ZR 179/04; MBO-Ä, StGB*