



## Newsletter Februar 2018

### Aus der AFAE

#### Symposium 2019

Unser nächstes Symposium findet statt am **01.02.-2.02.2019.**

Bitte merken Sie sich den Termin schon vor!

### Arzneimittel-, Medizinprodukte- und Apothekenrecht

#### Zur Wettbewerbswidrigkeit eines Apothekenautomates

Auf die Klagen eines Versandapothekers aus Deutschland, von drei Apothekern aus dem Umkreis und eines Verbandes wurde es der niederländischen Betreiberin eines Medikamentenversandhandels sowie der Mieterin der Räume, in denen sich die Arzneimittelabgabestelle in Hüffenhardt befindet, verboten, apothekenpflichtige und/oder verschreibungspflichtige Arzneimittel in vorgenannter Arzneimittelabgabestelle an Patienten abzugeben, wenn sich die Arzneimittel bei Initiierung des Abgabevorgangs nicht in Räumen befinden, die von einer Apothekenbetriebserlaubnis der niederländischen Betreiberin eines Medikamentenversandhandels in den Niederlanden umfasst sind. Gleichzeitig wurde den Beklagten für jeden Fall der Zuwiderhandlung Ordnungsgeld, ersatzweise Ordnungshaft angedroht. Zusätzlich wurde es der niederländischen Betreiberin eines Medikamentenversandhandels verboten, apothekenpflichtige Arzneimittel in Deutschland zu lagern, um diese über die Arzneimittelabgabestelle an Kunden in Hüffenhardt abzugeben.

Zur Begründung hat das Gericht ausgeführt, die von der niederländischen Betreiberin eines Medikamentenversandhandels und der Mieterin in Hüffenhardt im bewussten und gewollten Zusammenwirken praktizierte Abgabe von Arzneimitteln sowie deren Lagerung verstoße gegen das Arzneimittelgesetz und sei damit auch wettbewerbswidrig. Zulässig sei nur die Arzneimittelabgabe in einer Apotheke oder mittels Versandhandels durch eine Apotheke. Beides liege bei der Arzneimittelabgabestelle in Hüffenhardt nicht vor. Alleine der Umstand, dass die Arzneimittel nach einer Videoschaltung zur Abgabe freigegeben würden, mache deren Abgabe nicht zum Versandhandel. Anders als beim Versandhandel erfolge hier eine Arzneimittelabholung von dem Ort, an dem die Medikamente gelagert seien. Auch bestimme der Kunde - abweichend vom Versandhandel - nicht, wohin die Ware zu liefern sei. Die Abgabestelle Hüffenhardt sei mit einer reinen Abholstation nicht vergleichbar, da der Kunde in Hüffenhardt Medikamente erwerbe, über die zuvor kein Kaufvertrag abgeschlossen und die nicht konkret für ihn nach Hüffenhardt geliefert

worden seien. Außerdem beabsichtige der Kunde, bei Aufsuchen der Medikamentenausgabestelle in Hüffenhardt das Medikament - wie bei einer Präsenzapotheke - unmittelbar nach dem Bestellvorgang zu erhalten und nicht - wie beim Versandhandel - einige Zeit auf den Erhalt des Bestellten zu warten.

Die Urteile sind mit der Berufung anfechtbar.

LG Mosbach, Urteil vom 15.02.2018, Az. - 4 O 37/17; 4 O 39/17; 3 O 9/17; 3 O 10/17; 3 O 11/17

<http://www.landgericht-mosbach.de/pb/,Lde/5037302/?LISTPAGE=1687113>

## **Arzthaftungsrecht**

### **1. Zur Anforderung an die besondere Aufklärung vor OP bei „relativer Indikation“**

Bei einer relativen Indikation zur Operation an der Lendenwirbelsäule bedarf es einer dezidierten Aufklärung über die echte Alternative einer konservativen Behandlung.

An die Aufklärung bei einer relativen Operationsindikation sind besondere Anforderungen zu stellen, wenn der konservative Therapieansatz zu kurz gewählt worden ist. Auf das erhöhte Risiko einer Duraverletzung - wegen einer Voroperation - ist gesondert hinzuweisen.

Bei einer chronischen inkompletten Kaudalähmung mit Störung der Sexualfunktion, Fußheber- und Fußsenkerparese und rückgebildeter Blasenentleerungsstörung sowie einer reaktiven depressiven Entwicklung kann ein Schmerzensgeld von 75.000,- EUR angemessen sein.

OLG Hamm, Urteil vom 15. Dezember 2017, Az. I-26 U 3/14- juris

<https://www.juris.de/jportal/portal/t/tga/page/jurisw.psml?doc.hl=1&doc.id=KORE201822018&documentnumber=3&numberofresults=4&doctyp=juris-r&showdoccase=1&doc.part=K&paramfromHL=true#focuspoint>

### **2. Nichteinhaltung der Wahlleistungsvereinbarung macht die Behandlung rechtswidrig**

Im Fall einer Wahlleistungsvereinbarung mit einem Chefarzt muss dieser – mit Ausnahme seiner Verhinderung – den Eingriff selbst durchführen. Allein mit seiner Anwesenheit während der Operation würden diese Voraussetzungen nicht erfüllt. Die ärztliche Behandlung sei dann mangels wirksamer Einwilligung des Patienten rechtswidrig.

Der Patient schließt einen solchen Vertrag im Vertrauen auf die besonderen Erfahrungen und die herausgehobene medizinische Kompetenz des von ihm ausgewählten Arztes ab, die er sich in Sorge um seine Gesundheit gegen Entrichtung eines zusätzlichen Honorars für die Heilbehandlung sichern will. Demzufolge muss der Wahlarzt die seine Disziplin prägende Kernleistung persönlich und eigenhändig erbringen. Insbesondere muss der als Wahlarzt verpflichtete Chirurg die geschuldete Operation grundsätzlich selbst durchführen, sofern er mit dem Patienten nicht eine Ausführung seiner Kernleistungen

durch einen Stellvertreter wirksam vereinbart hat (vgl. Urteil des BGH vom 11.05.2010 - VI ZR 252/08; Juris unter Rz.7; Urteil des BGH vom 20.12.2007 - III ZR 144/07; Juris unter Rz.7).

Bei der Koloskopie handelt es sich um eine solche die Innere Medizin prägende Kernleistung. Es ging um einen operativen Eingriff mit nicht unerheblichen Risiken und möglichen Schwierigkeiten..... Es kam maßgeblich auf die Fähigkeiten des Operateurs an. Insoweit ist es unerheblich, ob die Koloskopie die alleinige operative Leistung sein sollte, oder ob diese neben anderen Eingriffen erfolgte. In beiden Fällen besteht das erkennbare Interesse des Patienten daran, sich hierfür durch die Wahlleistungsvereinbarung die fachliche Expertise des Wahlleistungsarztes zu verschaffen.

OLG Hamm, Urteil vom 15.12.2017, Az.26 U 74/17

<https://www.juris.de/jportal/?quelle=jlink&docid=KORE201372018&psml=jurisw.psml&max=true>

## **Arztstrafrecht**

### **Eine rechtmäßige Beschneidung setzt die Beteiligung des Jungen voraus**

Wird ein Angeklagter nach einer rechtswidrigen Beschneidung eines Kindes wegen vorsätzlicher Körperverletzung verurteilt, hat das Tatgericht im Rahmen der Strafzumessung regelmäßig das Ausmaß der konkreten Verletzung und die Auswirkungen der Tat auf das geschädigte Kind aufzuklären. (Leitsatz des Gerichts)

Ein Anlass zu derartigen Ausführungen ergibt sich auch aus der Regelung des § 1631d BGB, wonach der oder die sorgeberechtigten Elternteil(e) den beabsichtigten Eingriff mit dem Kind in einer seinem Alter und seinem Entwicklungsstand entsprechenden Art und Weise zu besprechen hat/haben. Es ist in kindgerechter Weise zu versuchen, mit ihm Einvernehmen herzustellen (OLG Hamm, Beschluss vom 30. August 2013, II-3 UF 133/13). Auch wenn dem Angeklagten zu keiner Zeit das Sorgerecht zustand, hätte er doch ein solches Gespräch mit seinem Kind vor der Durchführung der Beschneidung führen müssen. Ob und wenn, inwieweit ein solches Gespräch stattgefunden hat, lässt sich den Ausführungen der Strafkammer nicht entnehmen. Bei der Strafzumessung ist insoweit auch die Frage eines kindgerechten Umgangs mit dem Geschädigten zu erörtern. Auch dazu finden sich keine tragfähigen Ausführungen in dem angefochtenen Urteil, denn es heißt dort lediglich, dass W "trotz seines Alters keine Möglichkeit hatte, an der Entscheidung über die Beschneidung mitzuwirken

OLG Hamm, Urteil vom 21.11.2017, Az. 5 RVs 125/17

<https://www.juris.de/jportal/?quelle=jlink&docid=KORE201852018&psml=jurisw.psml&max=true>

## Leistungs- und Vergütungsrecht

### Vergütungsanspruch trotz Operation durch "falschen Arzt"

Das SG Aachen hat entschieden, dass ein Krankenhaus einen Vergütungsanspruch gegen drei Krankenkassen hatte, obwohl die abgerechneten operativen Eingriffe durch einen Arzt mit einer fälschlich erteilten Approbation durchgeführt wurden.

Hintergrund der geltend gemachten Rückforderungen war, dass das Krankenhaus über Jahre einen Mitarbeiter als Arzt beschäftigt hatte, obschon dieser seine Approbationsurkunde durch gefälschte Studienbescheinigungen und Zeugnisse bei der zuständigen Bezirksregierung erschlichen hatte. Dieser Umstand war dem Krankenhaus bei der Einstellung nicht bekannt gewesen. Nach seiner Einstellung führte der Mitarbeiter als Arzt zahlreiche operative Eingriffe an Patienten durch, die vom Krankenhaus auch gegenüber den klagenden Krankenkassen i.H.v. insgesamt ca. 370.000 Euro abgerechnet wurden. Nachdem die Fälschung entdeckt worden war, wurde der Mitarbeiter wegen Körperverletzung in zahlreichen Fällen sowie Urkundenfälschung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten verurteilt. Die zuständige Bezirksregierung nahm die seinerzeit – fälschlich – erteilte Approbation zurück. Im Nachgang forderten nun die Krankenkassen die gezahlten Leistungen vom Krankenhaus zurück, da seinerzeit eine ärztliche Leistung abgerechnet worden sei, ein Arzt diese aber nicht erbracht habe. Das beklagte Krankenhaus stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, zum damaligen Zeitpunkt habe eine, wenn auch erschlichene, gültige Approbation bestanden; darüber hinaus seien, was zwischen den Beteiligten im Wesentlichen unstreitig ist, die Leistungen in medizinisch-fachlicher Hinsicht fehlerfrei erbracht worden.

Das SG Aachen hat die Klagen der Krankenkassen abgewiesen.

Nach Auffassung des Sozialgerichts hat das Krankenhaus die Vergütungen im Ergebnis zu Recht geltend gemacht und muss sie den Krankenkassen daher auch nicht zurückerstatten. Zum einen habe der "falsche Arzt" regelmäßig nicht allein operiert, sondern habe noch ein anderer "echter" Arzt assistiert, sodass schon vor diesem Hintergrund die streitige Frage, ob es sich um eine "ärztliche Behandlung" gehandelt habe, zu bejahen sei. Darüber hinaus sei – jedenfalls im Verhältnis zwischen dem Krankenhaus und den Krankenkassen – maßgeblich, dass zum Zeitpunkt, in dem die streitigen Operationen durchgeführt worden seien, der Mitarbeiter tatsächlich eine echte – wenn auch erschlichene – Approbationsurkunde habe vorweisen können. Die Tatsache, dass die Rücknahme diese Urkunde von Beginn an unwirksam werden lasse, gelte nur gegenüber dem "falschen Arzt", nicht aber im Verhältnis zwischen Krankenhaus und den Krankenkassen. Das Krankenhaus müsse sich die Unwirksamkeit erst ab dem Zeitpunkt der Rücknahme entgegen halten lassen. Schließlich scheitere die Rückforderung der Vergütungen auch daran, dass eine solche unbillig gewesen wäre, da die Behandlungen im Ergebnis den Regeln der Kunst entsprochen und die Krankenkassen damit gegenüber ihren jeweiligen Versicherten die geschuldeten Leistungen erbracht hätten. Aus diesem Grund seien auch etwaige Schadensersatzansprüche nicht gegeben. Den Krankenkassen sei ein finanzieller Schaden gerade nicht entstanden.

Die Urteile sind nicht rechtskräftig. Gegen die Urteile ist die Berufung zum LSG Essen möglich.

*Quelle: Pressemitteilung des Ministeriums der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen v. 13.02.2018*

SG Aachen , Urteil vom 06.02.2018 - S 13 KR 262/17; S 13 KR 466/16; S 13 KR 114/17

<https://www.juris.de/jportal/portal/page/homerl.psml?nid=jnachr-JUNA180200391&cmsuri=%2Fjuris%2Fde%2Fnachrichten%2Fzeigenachricht.jsp>

## Sonstiges

### 1. Jameda muss Daten löschen

Die Parteien streiten um die Aufnahme der klagenden Ärztin in das Arztbewertungsportal der Beklagten.

Die Beklagte betreibt unter der Internetadresse [www.jameda.de](http://www.jameda.de) ein Arztsuche- und Arztbewertungsportal. Als eigene Informationen der Beklagten werden die sogenannten "Basisdaten" eines Arztes angeboten. Zu ihnen gehören - soweit der Beklagten bekannt - akademischer Grad, Name, Fachrichtung, Praxisanschrift, weitere Kontaktdaten sowie Sprechzeiten und ähnliche praxisbezogene Informationen. Daneben sind Bewertungen abrufbar, die Nutzer in Form eines Notenschemas, aber auch von Freitextkommentaren, abgegeben haben. Die Beklagte bietet den Ärzten den kostenpflichtigen Abschluss von Verträgen an, bei denen ihr Profil - anders als das Basisprofil der nichtzahlenden Ärzte - mit einem Foto und zusätzlichen Informationen versehen wird. Daneben werden beim Aufruf des Profils eines nichtzahlenden Arztes als "Anzeige" gekennzeichnet die Profilbilder unmittelbarer Konkurrenten gleicher Fachrichtung im örtlichen Umfeld mit Entfernungsangaben und Noten eingeblendet. Demgegenüber blendet die Beklagte bei Ärzten, die sich bei ihr kostenpflichtig registriert und ein "Premium-Paket" gebucht haben, keine Konkurrenten auf deren Profil ein.

Die Klägerin ist niedergelassene Dermatologin und Allergologin. Im Portal der Beklagten wird sie als Nichtzahlerin gegen ihren Willen ohne Bild mit ihrem akademischen Grad, ihrem Namen, ihrer Fachrichtung und ihrer Praxisanschrift geführt. Bei Abruf ihres Profils auf dem Portal der Beklagten erscheinen unter der Rubrik "Hautärzte (Dermatologen) (mit Bild) in der Umgebung" weitere (zahlende) Ärzte mit demselben Fachbereich und mit einer Praxis in der Umgebung der Praxis der Klägerin. Dargestellt wird neben der Note des jeweiligen anderen Arztes die jeweilige Distanz zwischen dessen Praxis und der Praxis der Klägerin. Die Klägerin erhielt in der Vergangenheit mehrfach Bewertungen. Sie beanstandete durch ihre früheren Prozessbevollmächtigten im Jahr 2015 insgesamt 17 abrufbare Bewertungen auf dem Portal der Beklagten. Nach deren Löschung stieg die Gesamtnote der Klägerin von 4,7 auf 1,5.

Die Klägerin verlangt mit der vorliegenden Klage von der Beklagten die vollständige Löschung ihres Eintrags, die Löschung ihrer auf der Internetseite veröffentlichten Daten, auf Unterlassung der Veröffentlichung eines sie betreffenden Profils auf der genannten Internetseite sowie Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin blieb ohne Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

Die Revision hatte Erfolg. Nach § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BDSG sind personenbezogene Daten zu löschen, wenn ihre Speicherung unzulässig ist. Dies war vorliegend der Fall.

Der Senat hat mit Urteil vom 23. September 2014 – VI ZR 358/13 (BGHZ 202, 242) für das von der Beklagten betriebene Bewertungsportal bereits im Grundsatz entschieden, dass eine Speicherung der personenbezogenen Daten mit einer Bewertung der Ärzte durch Patienten zulässig ist.

