



## **Newsletter Dezember 2020 / Januar 2021**

### **Aus der AFAE**

Liebe Kolleginnen und Kollegen,

voller Zuversicht haben wir noch in unserem letzten Newsletter unser Frühjahrssymposium für Februar 2021 angekündigt. Mit Blick auf die derzeitigen, weiterhin nicht planbaren Maßnahmen der Länderregierungen, hat unsere Vorsitzende Julia Fellmer Sie mit Rundschreiben wissen lassen, dass wir uns entschieden haben, die Frühjahrstagung 2021 abzusagen. Wir sind voller Zuversicht, unsere Tagung im Jahr 2022 nachzuholen. Merken Sie sich bitte schon das erste Wochenende im Februar 2022 vor.

### **Arzneimittel-, Medizinprodukte- und Apothekenrecht**

#### **Alltagsmaske in Form einer textilen Mund-Nasen-Bedeckung ist kein Medizinprodukt**

Das antragstellende Unternehmen aus Isernhagen verlangt in einem Eilverfahren von einer Großhändlerin aus Drensteinfurt, eine zur Bedeckung von Mund und Nase geeignete "Stoffmaske" sowie eine "Mund- und Nasenmaske" nicht mehr zu vertreiben. Das zunächst mit der Sache befasste LG Münster hat mit Beschluss vom 06.11.2020 (025 O 89/20) dem Unternehmen aus Drensteinfurt den Vertrieb der "Mund- und Nasenmaske" untersagt. Den weitergehenden Antrag in Bezug auf die "Stoffmaske" hat es zurückgewiesen. Die dagegen erhobene sofortigen Beschwerde war erfolglos.

Bei der "Stoffmaske" handele es sich schon nicht um ein Medizinprodukt i.S.v. § 3 Nr. 1 MPG. Für die Beurteilung, ob ein Produkt – wie für die Einordnung als Medizinprodukt erforderlich – einem medizinischen Zweck diene, komme es auf die (subjektive) Bestimmung des Herstellers an, wie sie sich aus den Angaben ergebe, die der Kennzeichnung, der Gebrauchsanweisung oder der Werbung entnommen werden könnten. Die Maske selbst sei nicht mit einem Hinweis auf eine Verwendbarkeit zu medizinischen Zwecken versehen.

Auch nach ihrer Gestaltung und Aufmachung könne nicht von einer Verwendbarkeit zu medizinischen Zwecken ausgegangen werden: Die Maske sei mit einer – im Stile einer Comic-Zeichnung gehaltenen – Zeichnung eines geöffneten Mundes mit lückenhaftem Gebiss auf grünem Hintergrund bedruckt. Die Verpackung der Maske enthalte ebenfalls keine Hinweise auf eine Verwendbarkeit zu medizinischen Zwecken. Dass die Maske im

Einzelhandel möglicherweise zusammen mit medizinisch anmutenden Gesichtsmasken ausgestellt worden sei, sei weder dem Hersteller oder Importeur noch der Großhändlerin aus Drensteinfurt zuzurechnen. Im Sprachgebrauch der derzeit geltenden infektionsschutzrechtlichen Regelungen zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus handele sich bei der in Rede stehenden Maske um nicht mehr als um eine sog. "Alltagsmaske" in Form einer "textilen Mund-Nasen-Bedeckung" (vgl. § 3 Abs. 1 der aktuell geltenden nordrhein-westfälischen Coronaschutzverordnung).

Der Beschluss ist nicht anfechtbar.

OLG Hamm, Beschluss vom 15.12.2020, Az. I-4 W 116/20

[https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2020/4\\_W\\_116\\_20\\_Beschluss\\_20201215.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2020/4_W_116_20_Beschluss_20201215.html)

## **Arzthaftungsrecht**

### **Zum Vorliegen eines Gehörsverstoßes in einem Arzthaftungsprozess**

1. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kann dann festgestellt werden, wenn sich aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles deutlich ergibt, dass das Gericht Vorbringen entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei seiner Entscheidung nicht in Erwägung gezogen hat. Davon ist unter anderem dann auszugehen, wenn das Gericht auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags eines Beteiligten zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, nicht eingegangen ist, sofern er nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts nicht unerheblich oder aber offensichtlich unsubstantiiert war.

2. Die Nichtzulassungsbeschwerde in einem Arzthaftungsprozess gegen den Krankenhausträger und behandelnde Ärzte rügt zu Recht eine Gehörsverletzung des Berufungsgerichts im Rechtsstreit um Diagnose- bzw. Befunderhebungsfehler bei einer Patientin mit akutem Koronarsyndrom, wenn es zwar mehrere Behandlungsfehler in dem streitgegenständlichen Zeitraum festgestellt, eine Haftung des Krankenhausträgers und der Ärzte aber mangels (Mit-)Ursächlichkeit für die infolge des verspäteten Erkennens zweier Herzinfarkte eingetretene diastolische Herzschwäche im Ergebnis verneint hat, obzwar die Patientin vorgetragen hat, bei richtiger Behandlung hätte der Gefäßverschluss schneller im Rahmen eines auffälligen EKG und einer Herzkatheteruntersuchung erkannt und beseitigt und die Folgen des ersten Herzinfarkts hätten dadurch abgemildert werden können, und dieser Vortrag, auch in Ansehung der damit im Zusammenhang stehenden Äußerungen des medizinischen Sachverständigen, von zentraler Bedeutung ist.

BGH, Beschluss vom 13.10.2020, Az. VI ZR 348/20

<https://www.juris.de/perma?d=KORE311432020>

## **Arztstrafrecht**

### **Gemeinschaftlicher Totschlag im Berliner Zwillingenfall überwiegend bestätigt**

Das Landgericht Berlin hat die beiden Angeklagten, erfahrene Geburtshelfer, wegen Totschlages (in minder schwerem Fall) zu Freiheitsstrafen von einem Jahr und sechs

Monaten bzw. einem Jahr und neun Monaten verurteilt und die Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt.

Nach den Feststellungen des Landgerichts war eine Frau mit Zwillingen schwanger. Während der Schwangerschaft entwickelten sich Komplikationen. In deren Folge erlitt ein Zwilling schwere Hirnschäden, während sich der andere überwiegend normal entwickelte. Nach Beratung wurde die Indikation für einen Schwangerschaftsabbruch bezüglich des geschädigten Zwillinges nach § 218a Abs. 2 StGB gestellt. Ein solcher Abbruch kann bei entsprechender Indikation straffrei bis zur Geburt vorgenommen werden. Dieser spezielle Eingriff (selektiver Fetozid) ist aber mit Risiken für den anderen Zwilling verbunden. Er wurde zur Tatzeit 2010 nur von sehr wenigen spezialisierten Kliniken mittels einer besonderen Methode durchgeführt. Die Mutter wollte den Abbruch vornehmen lassen, fühlte sich in der von ihr aufgesuchten Spezialklinik aber nicht gut betreut. Sie wandte sich schließlich an die Angeklagte. Diese war als leitende Oberärztin in einer von dem Mitangeklagten geleiteten Klinik für Geburtsmedizin tätig. Das zu dieser Zeit gebräuchliche Verfahren zum selektiven Abbruch einer Zwillingsschwangerschaft wurde dort nicht angewendet. Stattdessen entwickelte die Angeklagte in Einvernehmen mit dem Mitangeklagten und der Mutter den Plan, mittels Kaiserschnitt zunächst das gesunde Kind zu entbinden und im unmittelbaren Anschluss daran den schwer geschädigten Zwilling zu töten. Nachdem sich bei der Mutter Wehen eingestellt hatten, gingen beide Angeklagte wie geplant vor und töteten nach Entbindung des gesunden Zwillinges den lebensfähigen, aber schwer hirngeschädigten verbleibenden Zwilling durch Injektion einer Kaliumchlorid-Lösung. Dabei war ihnen bewusst, dass sie sich über geltendes Recht hinwegsetzen und einen Menschen töten würden. Erst mehrere Jahre später wurde die Staatsanwaltschaft durch eine anonyme Anzeige auf das Geschehen aufmerksam.

Der 5. Strafsenat des BGH hat die Revisionen der Angeklagten überwiegend verworfen. Insbesondere hat er den Schuldspruch wegen gemeinschaftlichen Totschlags bestätigt. Die hierzu getroffenen Feststellungen beruhen auf einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung. Auch nach Auffassung des BGH stellt die Tötung des lebensfähigen schwer geschädigten Zwillinges ein strafbares Tötungsdelikt und nicht lediglich einen bei entsprechender Indikation straffreien Schwangerschaftsabbruch dar. Die Regeln über den Schwangerschaftsabbruch gelten nur bis zum Beginn der Geburt. Die Geburt beginnt bei einer Entbindung mittels Kaiserschnitt mit der Eröffnung der Gebärmutter, wenn das Kind damit vom Mutterleib getrennt werden soll. Dies gilt unabhängig davon, ob ein Kind oder mehrere Kinder betroffen sind. Allerdings hat der Bundesgerichtshof die vom Landgericht verhängten Strafen aufgehoben, weil den Angeklagten zur Last gelegt wurde, dass sie die Tat geplant und nicht in einer Notfallsituation begangen haben. Dieser Gesichtspunkt ist bei einer medizinischen Operation kein zulässiger Erschwerungsgrund. Während der Schuldspruch wegen Totschlags rechtskräftig ist, muss über die Höhe der Strafen deshalb noch einmal neu verhandelt werden.

BGH, Beschluss vom 11. November 2020, Az.5 StR 256/20

<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/2021002.html>

## **Berufsrecht / Wettbewerbsrecht**

### **1. Manipulierter Bewertungen: Warnhinweis auf Ärzteportal rechtmäßig**

Besteht ein begründeter Verdacht auf Manipulation in Form von gekauften Arztbewertungen, so darf das Bewertungsportal das betreffende Arztprofil mit einem entsprechenden Warnhinweis versehen. Es gelten dabei die Grundsätze der sog. Verdachtsberichterstattung.

OLG Frankfurt, Urteil vom 19.11.2020, Az.: 16 W 37/20

<https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/pressemitteilungen/%C3%A4rzteportal>

## 2. Geplante Änderungen in der Berufshaftpflicht, § 95 e SGB V neu

Das BMG plant eine einheitliche Mindestversicherungssumme von 3 Mio. € je Versicherungsfall, wobei der GKV-Spitzenverband, Kammern und KVen noch höhere Mindestversicherungssummen vereinbaren können. Nicht nur Ärzte, die sich erstmals als Vertragsarzt niederlassen, müssen einen ausreichenden Versicherungsschutz nachweisen, sondern auch alle bereits Niedergelassenen Vertragsärzte(-zahnärzte) sollen künftig regelmäßig Änderungen der Versicherungskonditionen an die Zulassungsstelle melden. Bei Unterschreiten der Versicherungssumme droht das Ruhen der Zulassung.

## Leistungs- und Vergütungsrecht

### 1. Die Abrechnung der Eingliederung von Lingualretainer

Das AG Erlangen stellt klar, dass die Honorarleistungen für die Eingliederung eines Lingualretainers nicht mit den GOZ-Ziffern 6030-6080 abgegolten sind, sondern entsprechend den GOZ-Nrn. 6100 und 6140 gesondert abgerechnet werden können.

Zudem stellt das Gericht fest, dass auch die adhäsive Befestigung einen Mehraufwand erfordert, der mit der GOZ-Nr. 2197 berechnungsfähig ist. Es finde sich in der GOZ keine einschränkende Bestimmung, dass die GOZ-Nr. 2197 bei einer kieferorthopädischen Grundleistung nicht angesetzt werden könnte.

AG Erlangen, Urteil vom 05.10.2020 Az. 5 C 1350/18

<https://www.juradent.de/artikel/4267/AG-Erlangen-Die-Eingliederung-eines-Retainers-nicht-von-den-GOZ-Nrn-6030-6080-umfasst>

### 2. Oberarmstraffung kann bei Entstellung Kassenleistung sein

Zugrunde lag das Verfahren einer 58-jährigen Frau. Sie war stark übergewichtig und hatte nach einer Schlauchmagenoperation bereits ca. 50 kg Gewicht verloren. Es verblieb jedoch eine Fettverteilungsstörung mit massivem Hautüberschuss im Bereich der Oberarme. Die Krankenkasse der Frau lehnte die Kostenübernahme für eine Straffungsoperation ab, da es sich nach ihrer Auffassung um eine kosmetische Operation handele. Das LSG Celle-Bremen hat die Krankenkasse zur Kostentragung verurteilt. Die beteiligten Gutachter konnten den Zustand der Oberarme nicht als Krankheit im medizinischen Sinne bewerten. Das Landessozialgericht hat sich auf den Ausnahmetatbestand der Entstellung gestützt. Nach persönlichem Augenschein sei eine massive Asymmetrie des Erscheinungsbildes von Ober- und Unterarm festzustellen. Trotz unauffälliger, weitgeschnittener und lockerer Alltagskleidung lag die Kleidung im Bereich der Oberarme sehr eng an, während sie sich im Bereich der Unterarme bewegte wie eine "Fahne im Wind".

Die Ellenbogen wurden von einem eiförmigen, voluminösen Gewebeüberhang deutlich überdeckt. Dies sei als Entstellung zu bewerten, da es sich um eine körperliche Auffälligkeit von solcher Ausprägung handele, dass sie sich schon bei flüchtiger Bewegung in alltäglichen Situationen quasi im Vorbeigehen bemerkbar mache und regelmäßig zur Fixierung des Interesses anderer auf die Betroffene führe. Entstellungen werden von der Rechtsprechung extrem selten festgestellt. Grundsätzlich seien Normabweichungen nur ausnahmsweise zu korrigieren und vorrangig zu tolerieren, denn Kosmetik bleibe Eigenverantwortung.

LSG Niedersachsen, Urteil vom 17.11.2020, Az. S 31 KR 181/13

Quelle: Pressemitteilung des LSG Celle-Bremen Nr. 1/2021 v. 04.01.2021

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod?feed=bsnd-r-sg&showdoccase=1&paramfromHL=true&doc.id=JURE200016609>

### 3. Keine Erweiterung der PSA-Wert-Bestimmung auf Früherkennung

Die Bestimmung des prostataspezifischen Antigens (PSA) bleibt wie bisher auf die Verlaufskontrolle bei bereits behandelten gesetzlich Versicherten oder zur Abklärung eines auffälligen Tastbefundes der Prostata beschränkt: Der G-BA entschied sich gegen eine Erweiterung der Früherkennung von Prostatakrebs um ein Screening mittels PSA-Wert-Bestimmung.

G-BA, Beschluss vom 17.12.2020

## Sonstiges / Corona

### 1. Keine Diagnose im Originalattest für Befreiung von der Maskenpflicht

Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hat in zwei Eilverfahren über die Regelung der 3. SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung des Landes Brandenburg betreffend das Attest für eine Befreiung von der Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung entschieden. Dies betrifft die Regelung, dass 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. Zur Begründung hat er ausgeführt: „Die besondere Eilbedürftigkeit des Verfahrens lasse eine hinreichend verlässliche Einschätzung der Rechtmäßigkeit dieser Regelung nicht zu. In Frage stehe bereits, ob der hiermit verbundene datenschutzrechtliche Eingriff im Infektionsschutzgesetz eine hinreichende Rechtsgrundlage findet. Die deshalb vorzunehmende Folgenabwägung gehe zulasten des Antragsgegners aus. Die Versagung des begehrten vorläufigen Rechtsschutzes habe für den Antragsteller zur Folge, dass er seine konkrete Diagnose und sich daraus ergebene Folgen an einer Vielzahl von nicht-öffentlichen Stellen (Geschäfte, öffentliche Verkehrsmittel, Arbeits- und Betriebsstätten, Büro- und Verwaltungsgebäude, Versammlungen unter freiem Himmel, religiöse Veranstaltungen) vor Ort offenbaren müsse. Hierbei handele es sich aber um personenbezogene Gesundheitsdaten, die besonders sensibel seien und daher einem besonders hohen Datenschutz unterfielen. Soweit der Antragsteller befürchte, seine Gesundheitsdaten könnten durch Mund-Propaganda im Dorf schnell die Runde machen, sei dies nicht von der Hand zu weisen. Denn die Verordnung selbst bestimme nicht, dass die Personen, gegenüber denen der

Nachweis zu erbringen sei, Stillschweigen über die Gesundheitsdaten zu bewahren haben. Auch sei die Preisgabe der erhobenen Gesundheitsdaten danach nicht bußgeldbewehrt.“

Den Eilantrag eines weiteren Antragstellers gegen die Regelung, dass die Befreiung aus gesundheitlichen Gründen durch ein ärztliches Zeugnis „im Original“ nachzuweisen ist, hat der 11. Senat zurückgewiesen (OVG 11 S 138/20). Nach summarischer Prüfung erweise sich diese Regelung nicht als offensichtlich rechtswidrig, es bestünden keine ernstlichen Zweifel an ihrer Verhältnismäßigkeit. Selbst bei offenen Erfolgsaussichten der Hauptsache gehe die Folgenabwägung hier zulasten des Antragstellers aus. Das Mitführen des Original-Attestes führe zu keiner nennenswerten Belastung. Der Antragsteller könne der Gefahr des Verlustes oder der Beschädigung des Originals durch sorgfältige Behandlung entgegenwirken und sich ggf. ohne unverhältnismäßigen Aufwand ein Ersatz-Attest ausstellen lassen. Die bloße Vorlage einer Kopie würde hingegen die Kontrolle der Echtheit des Zeugnisses erschweren und die Gefahr eines Missbrauchs erhöhen, was mit Blick auf den gegenwärtigen Stand der Pandemie nicht gerechtfertigt sei.

Die Beschlüsse sind unanfechtbar.

OVG Brandenburg, Beschlüsse vom 4.01.2021, Az. OVG 11 S 132/20 und 6.01.2021, Az. OVG 11 S 138/20

<https://www.berlin.de/gerichte/oberverwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2021/pressemitteilung.1037452.php>

## 2. Vorsätzlich herbeigeführte Verhandlungsunfähigkeit bei geplanter OP

Legt ein Angeklagter einen Operationstermin so, dass er zur kurz darauf stattfindenden Berufungshauptverhandlung nicht wieder verhandlungsfähig ist, so ist sein Ausbleiben in diesem Termin nicht entschuldigt, wenn der Operationstermin nicht medizinisch indiziert, sondern vom Angeklagten frei wählbar war (§ 329 Abs. 1 StPO).

KG, Beschluss vom 16.09.2020, Az. 3 Ss 56/20

[http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/portal/t/279b/bs/10/page/sammlung.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoc=octodoc=yes&doc.id=KORE236102020&doc.part=L&doc.price=0.0#focuspoint](http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/portal/t/279b/bs/10/page/sammlung.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoc=octodoc=yes&doc.id=KORE236102020&doc.part=L&doc.price=0.0#focuspoint)

## 3. Ärztlicher Bereitschaftsdienst: Kostenbeteiligung trotz Befreiung

Ein Arzt, der altersbedingt von der Teilnahme am Ärztlichen Bereitschaftsdienst befreit ist, kann zur Beteiligung an den Kosten des Dienstes herangezogen werden kann.

Der 65jährige, ausschließlich privatärztlich tätige Arzt beantragte, von der Teilnahmepflicht am Ärztlichen Bereitschaftsdienst der KV Hessen befreit zu werden. Dem wurde stattgegeben, jedoch sollte der Mediziner weiter an den Kosten für den Bereitschaftsdienst beteiligt werden unter Erhebung eines Beitrages von 750 Euro.

Nach Auffassung des SG ist der Arzt gesetzlich verpflichtet, sich an den Kosten des Ärztlichen Bereitschaftsdienstes der Kassenärztlichen Vereinigung Hessen zu beteiligen. Zwar müsse er nicht mehr am Bereitschaftsdienst teilnehmen, doch deswegen sei er nicht von der Beitragspflicht befreit.

Der Bereitschaftsdienst sei grundsätzlich Aufgabe aller Ärzte. Nur aus wichtigem Grund könne ein Arzt von der Teilnahme befreit werden. Der Bereitschaftsdienst bleibe aber trotzdem Aufgabe aller niedergelassenen Ärzte, so dass auch ein befreites Mitglied seinen Beitrag zur Finanzierung zu leisten habe. Die Umlage sei dazu bestimmt, die Kosten des Vorteils zu decken, den der einzelne Arzt aus dem Ärztlichen Bereitschaftsdienst ziehe. Dieser sei ein Notfallvertretungsdienst. Er entlaste den einzelnen Arzt in bestimmten Zeiten von der Versorgung seiner eigenen Patienten.

SG Marburg, Urteil vom 08.06.2020, Az. S 12 KA 304/19

<https://www.juris.de/perma?d=JURE200008757>

---

**V.i.S.d.P.:** Rechtsanwältin Rita Schulz-Hillenbrand, Fachanwältin für Medizinrecht  
Mitglied im Vorstand der AFAE, Würzburg

AFAE, Anwälte für Ärzte, <http://www.afae.de>, Ritterstraße 9, 40213 Düsseldorf, Telefon  
0211/864630, Telefax 0211/320840

**Alle Angaben ohne Gewähr und Anspruch auf Vollständigkeit. © AFAE**