



Newsletter Januar / Februar 2023

Aus der AFAE

31. Frühjahrstagung 2024

Bitte notieren: 02.02.2024 bis 03.02.2024

Arzneimittel-, Medizinprodukte- und Apothekenrecht

Zur Befugnis von Wettbewerbern bei Verfolgung von Datenschutzverstößen

Der für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat darüber zu entscheiden, ob ein Verstoß eines Apothekers gegen datenschutzrechtliche Verpflichtungen wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche begründet und dies von einem anderen Apotheker mit einer Klage vor den Zivilgerichten verfolgt werden kann.

Der BGH hat die Sache an den den EuGH weitergereicht mit der Frage, ob ein Apotheker, der auf Amazon Arzneimittel vertreibt, gegen die für Gesundheitsdaten geltenden datenschutzrechtlichen Bestimmungen verstößt, und ob ein solcher Verstoß von einem anderen Apotheker mit einer wettbewerbsrechtlichen Klage verfolgt werden kann

BGH, Az.: I ZR 223/19

<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/2022102.html>

Arzthaftungsrecht / Schmerzensgeld

1. BGH ändert Rechtsprechung zu Schockschäden

Ein Vater, dessen Tochter missbraucht worden war, verlangte wegen der dadurch erlittenen psychischen Beeinträchtigungen Schmerzensgeld.

Der BGH: Bei sogenannten "Schockschäden" stellt - wie im Falle einer unmittelbaren Beeinträchtigung - eine psychische Störung von Krankheitswert eine

Gesundheitsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB dar, auch wenn sie beim Geschädigten mittelbar durch die Verletzung eines Rechtsgutes bei einem Dritten verursacht wurde. Ist die psychische Beeinträchtigung pathologisch fassbar, hat sie also Krankheitswert, ist für die Bejahung einer Gesundheitsverletzung nicht erforderlich, dass die Störung über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen hinausgeht, denen Betroffene bei der Verletzung eines Rechtsgutes eines nahen Angehörigen in der Regel ausgesetzt sind (insoweit Aufgabe Senatsurteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 299/17, BGHZ 222, 125 Rn. 7 mwN).

BGH, Urteil vom 6.12.2022, Az. VI ZR 168/21

<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12290&nr=132234&pos=26&anz=822>

2. Zur haftungsrechtlichen Inanspruchnahme von Arzt und Hebamme

Es gehört grundsätzlich zu den Aufgaben einer Hebamme, eine Geburt ohne besondere Komplikationen selbständig zu betreuen (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 24. Mai 2016 - 8 U 159/14, juris Rn. 47 f.; § 1 Abs. 2 Nr. 5, 6, § 2 [bayerische] HebBO in der damals geltenden Fassung vom 19. Mai 1988, GVBl. S. 132 bzw. nunmehr § 2 Abs. 3 Nr. 6, 7 BayHebBO vom 28. Mai 2013, GVBl. S. 360, idF vom 10. Mai 2022, GVBl. S. 182). Das gilt zwar nur so lange, bis ein Arzt die Behandlung übernommen hat; von diesem Zeitpunkt an ist sie seine Gehilfin, für die er vertraglich nach § 278 BGB und deliktisch nach § 831 BGB einstehen muss (vgl. Senatsurteil vom 14. Februar 1995 - VI ZR 272/93, BGHZ 129, 6, juris Rn. 18). Auch wenn regelmäßig gelten mag, dass die Hebamme ab der Übernahme der Behandlung durch den Arzt insoweit von einer eigenen Verantwortung grundsätzlich befreit ist (vgl. Senatsurteil vom 7. Dezember 2004 - VI ZR 212/03, BGHZ 161, 255, juris Rn. 20), kann doch in besonderen Situationen ihre Eigenverantwortung und damit auch eigene deliktische Haftung wieder aufleben, wenn sie beispielsweise ein vollkommen regelwidriges und unverständliches Vorgehen des ärztlichen Geburtshelfers erkennt und nicht wenigstens remonstriert (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 24. Mai 2016 - 8 U 159/14, GesR 2016, 568, juris Rn. 48; OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. April 2007 - 8 U 37/05,19, juris Rn. 61) oder sie wegen eines Ausfalls oder Ausbleibens des ärztlichen Geburtshelfers als einzige Kraft mit geburtshilflicher Ausbildung eine Schädigung des Fetus oder der Kindsmutter verhindern kann.

Ein Arzt muss sich zwar nicht die ganze Zeit unmittelbar bei der Gebärenden aufhalten. Er muss aber seine kurzfristige Erreichbarkeit sicherstellen.

Ordnet ein Arzt einen Not-Kaiserschnitt an, muss dieser binnen 20 Minuten durchgeführt werden.

Mit Anordnung eines Not-Kaiserschnittes wegen eines auffälligen CTG muss der geburtshelfende Arzt zudem einen Babynotarzt hinzuziehen, der direkt nach der Entbindung des Kindes zur Verfügung steht.

Vorliegend nahm das Gericht eine Haftungsverteilung zu Lasten des Arztes in Höhe von 80 % und zu Lasten der Hebamme in Höhe von 20 % an, da die Hebamme bei Nichterreichbarkeit des Arztes nicht adäquat reagiert hatte.

BGH, Urteil vom 06.12.2022, VI ZR 284/19

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=fcc7f6a80675fba6494a7f8dc86e2a4f&nr=132175&pos=0&anz=1>

Krankenversicherungsrecht

Grundsätze der Arzneimittelzulassung gelten auch bei Risiken in der Schwangerschaft

Der Klägerin steht der geltend gemachte Kostenerstattungsanspruch nicht zu. Die Voraussetzungen für die Versorgung mit dem Arzneimittel Cytotect CP Biotest zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung lagen nicht vor.

Die Klägerin litt zwar an einer behandlungsbedürftigen Krankheit. Dafür genügt auch das hier vorliegende Risiko einer Schädigung des bislang nicht infizierten ungeborenen Kindes durch eine mögliche Übertragung der Infektion im Mutterleib. Der Anspruch auf Krankenbehandlung scheitert aber daran, dass das Arzneimittel Cytotect CP Biotest für die Behandlung einer Infektion mit dem Zytomegalievirus während der Schwangerschaft nicht zugelassen ist und die durch Gesetz und Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen nicht vorlagen. Der für einen Off-Label-Use erforderliche Nachweis der Wirksamkeit ist nicht geführt.

Die Klägerin hatte auch keinen Anspruch auf das Arzneimittel nach § 2 Absatz 1a SGB V. Sie und ihr ungeborenes Kind litten nicht an einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen oder wertungsmäßig hiermit vergleichbaren Erkrankung. Hierzu muss nach den konkreten Umständen des Falles bereits drohen, dass sich mit großer Wahrscheinlichkeit der voraussichtlich tödliche oder hiermit gleichgestellte Krankheitsverlauf innerhalb eines kürzeren, überschaubaren Zeitraums verwirklichen wird. Dies gilt auch für die Behandlung von Schwangeren zum Schutz des ungeborenen Lebens. Im Falle einer für das ungeborene Kind gefährlichen Infektion der Schwangeren liegt aber jedenfalls dann keine notstandsähnliche Lage in dem vorbeschriebenen Sinne vor, wenn die Wahrscheinlichkeit der Geburt eines gesunden Kindes deutlich überwiegt. Dies ergibt sich aus Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte des § 2 Absatz 1a SGB V. Die Schutzwirkungen der Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip führen nicht zu einer erweiternden Auslegung. Nach den nicht mit durchgreifenden Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen des Landessozialgerichts bestand keine hohe Wahrscheinlichkeit, dass das ungeborene Kind der Klägerin durch die Infektion sterben oder eine wertungsmäßig vergleichbare dauerhafte Schädigung erleiden würde.

BSG, Urteil vom 24.01.2023, Az. B 1 KR 7/22 R

Terminbericht Nummer 1/23 der Pressestelle des Bundessozialgerichts

https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/2023_01.html

Vertragsarztrecht

1. Honorarrückforderungen: Kassenärztliche Vereinigung trägt die Beweislast

Zugrunde lag den Honorarrückforderungen der KV gegen einen Hausarzt der Vorwurf, er habe in Höhe von insgesamt etwa 14.000,00 € für Besuche von Patienten in

Pflegeheimen abgerechnet. Reguläre Heimbesuche können mit einem Zuschlag von ca. 20 €, dringende Besuche, die aufgrund der Schilderungen des Patienten oder der Pflegekräfte noch am selben Tag notwendig sind, mit ca. 60 € abgerechnet werden.

Die KV beanstandete, dass der Kläger fast ausschließlich dringende Besuche seiner Patienten in den Pflegeheimen und nahezu keine regulären Besuche abgerechnet hatte. Sie stellte die Behauptung auf, der Kläger habe teilweise Routinebesuche als dringende Besuche abgerechnet. Der Kläger trug vor, dass er aufgrund seiner Qualifikation als Palliativmediziner überdurchschnittlich viele hochbetagte, multimorbide und palliative Patienten behandle und aufgrund der vielen Patienten in seiner Landarztpraxis keine Zeit habe, Routinebesuche in Pflegeheimen durchzuführen. Für ihn bestehe nur die Möglichkeit, „auf Anforderung“ die Patienten in den Pflegeheimen aufzusuchen, d.h. erst wenn der Arztbesuch als dringend notwendig angefordert wird.

Die Kammer hat dem Kläger Recht gegeben, da die KV ihre Behauptungen nicht beweisen konnte. Die Kammer hat die aktenkundige Dokumentation des Klägers gesichtet und konnte in keinem der dort geprüften Fälle mit hinreichender Sicherheit feststellen, dass es an der Dringlichkeit zum Zeitpunkt der Anforderung gefehlt hat.

SG Hannover, Urteile vom 14. Dezember 2022, Az. S 24 KA 208/19, S 24 KA 119/20 und S 24 KA 8/20 - nicht rechtskräftig

<https://sozialgericht-hannover.niedersachsen.de/presse/presseberichte/hausarzt-klagt-erfolgreich-gegen-honorarruckforderungen-der-kassenärztlichen-vereinigung-kv-219144.html>

2. Kein Sofortvollzug der Zulassungsentziehung, auch nicht bei Gefälligkeitsattesten gegen Corona-Impfung

Die Anordnung des sofortigen Vollzuges der Zulassungsentziehung war vom Zulassungsausschuss damit begründet worden, dass der Arzt im Quartal I/2022 mit 4.413 Patienten eine ungewöhnlich hohe Zahl an Neupatienten hatte, denen er eine generalisierte Angststörung attestierte. Zudem veröffentlichte ein Journalist einen Presseartikel, in dem er beschrieb, wie er ohne Anamnese oder Untersuchung ein Attest zur Befreiung der Impfpflicht übergeben bekommen habe. Da die angesetzte Versichertenpauschale bei Gefälligkeitsattesten nicht abrechenbar gewesen sei, nahm die zuständige Kassenärztliche Vereinigung eine sachlich-rechnerische Korrektur des Honorars in Höhe von 139.878,38 Euro vor, gegen die sich der Arzt in einem gesonderten Verfahren mit Widerspruch zur Wehr setzte. Zudem sei den ärztlichen Mitgliedern des Zulassungsausschusses während der Sitzung des Ausschusses der Eindruck entstanden, dass der Arzt an Parkinson erkrankt sei, was dieser auch bestätigte. Der Zulassungsausschuss empfand den Arzt vor diesem Hintergrund als nicht mehr geeignet, die ihm überantwortet vertragsärztliche Versorgung ordnungsgemäß sicherzustellen.

Das sah das LSG anders: Die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Entzugs der vertragsärztlichen Zulassung greift in die von Art 12 GG geschützte Berufsfreiheit des Arztes ein. Die Abweichung von der im Gesetz grundsätzlich vorgesehenen aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs stellt einen selbständigen Eingriff in das Grundrecht aus Art 12 Abs 1 GG dar. Dem Antragsteller wird schon vor der rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache die Möglichkeit genommen, sich weiterhin vertragsärztlich zu betätigen. Damit liegt jedenfalls eine der Berufswahl nahekommende Berufsausübungsregelung vor, die nur zur Sicherung besonders wichtiger Interessen der Allgemeinheit zulässig ist. Da die durch den Sofortvollzug bewirkten Beschränkungen angesichts des hohen Anteils der gesetzlich krankenversicherten Patienten einem vorläufigen Berufsverbot zumindest nahekomen, sind sie - wie dieses - nur unter strengen Voraussetzungen zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter und unter strikter Beachtung des Grundsatzes

der Verhältnismäßigkeit statthaft. Allein die hohe Wahrscheinlichkeit, dass das Hauptsacheverfahren zum Nachteil des Betroffenen ausgehen wird, reicht mithin nicht aus. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung setzt vielmehr voraus, dass überwiegende öffentliche Belange es auch mit Blick auf die Berufsfreiheit des Betroffenen rechtfertigen, seinen Rechtsschutzanspruch gegen die Grundverfügung einstweilen zurückzustellen, um unaufschiebbare Maßnahmen im Interesse des allgemeinen Wohls rechtzeitig in die Wege zu leiten.

Die Einschätzung der ärztlichen Mitglieder zur Parkinsonerkrankung des Antragstellers mag ein Indiz sein, ist jedoch mangels Dokumentation und eingeholter Befunde nicht belastbar. Das Gericht konnte mangels eigener medizinischer Sachkunde auch im Rahmen einer Inaugenscheinnahme im Rahmen eines Erörterungstermins keine fundierte Entscheidung über den Gesundheitszustand des Antragstellers treffen.

LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 21.11.2022, Az. L 4 KA 105/22 B ER

<https://www.sozialgerichtsbarkeit.de/node/172629>

Sonstiges

1. Zur leidensbedingten Reduzierung der Berufstätigkeit und Rückgabe eines halben Kassensitzes

Die Klägerin ist seit 1993 als niedergelassene Fachärztin für Gynäkologie in einer Gemeinschaftspraxis tätig, in der sowohl sie als auch ihr Ehemann - ebenfalls Gynäkologe - zunächst eine Vollzeittätigkeit ausübten. Zum 01.01.2013 veranlasste die Klägerin die Umwandlung einer Hälfte ihres Kassensitzes in einen Angestelltensitz, auf dem ihr Ehemann, der seinen Kassensitz veräußert hatte, tätig wurde. Die Klägerin arbeitete fortan nur noch 15 bis 20 Stunden in der Woche. Nachdem ihr Ehemann aus Altersgründen ausschied, verkaufte die Klägerin ihren Sitz zum 01.10.2015. Seither arbeitete sie nur noch wenige Stunden in der Woche in der Versorgung von Privatpatienten. Im September 2015 beantragte die Klägerin wegen orthopädischer und psychischer Beschwerden bei der Beklagten Leistungen aus den Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherungen. In dem Antrag gab sie an, an vier Tagen in der Woche zehn bis zwölf Stunden täglich gearbeitet zu haben, und legte ihre Praxistätigkeit näher dar. Die Beklagte stellte die Inhalte der Einzeltätigkeit unstreitig, ging aber nicht von einer mehr als 50%igen Berufsunfähigkeit aus, so dass die Klägerin klagte.

Das Gericht entschied, dass zunehmende Einschränkungen der Berufstätigkeit in der Berufsunfähigkeitsversicherung bei dem erforderlichen Vergleich der aktuellen Berufsfähigkeit mit derjenigen in gesunden Tagen auch dann unberücksichtigt zu bleiben haben, wenn sie nicht nachweislich ausschließlich leidensbedingt erfolgt sind.

Das Gericht gab der Klägerin recht, und sprach ihr die vereinbarte Rente zu. Dabei argumentiert das Gericht unter anderem damit, dass die Niedergelassene schon länger unter diversen Beschwerden gelitten und deshalb den Teilverkauf ihres Kassensitzes betrieben habe. Dies dürfe der Versicherer allerdings nicht zum eigenen Vorteil auslegen.

OLG Frankfurt, Urteil vom 18.11.2022, Az. 7 U 113/20

<https://www.juris.de/perma?d=KORE277282022>

2. beA funktioniert nicht, Hinderungsgründe sind sofort vorzutragen

Ist es dem Rechtsanwalt bereits im Zeitpunkt der Ersatzeinreichung eines Schriftsatzes möglich, die vorübergehende technische Unmöglichkeit der elektronischen Übermittlung des Dokuments darzulegen und glaubhaft zu machen, hat dies mit der Ersatzeinreichung zu erfolgen; in diesem Fall genügt es nicht, wenn der Rechtsanwalt die Voraussetzungen für eine Ersatzeinreichung nachträglich darlegt und glaubhaft macht.

BGH, Beschluss vom 17.11.2022, Az. IX ZB 17/22

<https://www.juris.de/perma?d=KORE310152023>

3. Zur anwaltlichen Honorarvereinbarung mit einem Verbraucher

Eine Vereinbarung über die Abrechnung anwaltlicher Dienstleistungen nach Zeitaufwand gegenüber Verbrauchern ist nur dann hinreichend klar und verständlich, wenn sie alle Informationen bietet, mit denen die Verbraucherin „die Gesamtkosten der Rechtsdienstleistungen der Größenordnung nach einschätzen kann“, urteilt der EuGH und nennt als Beispiel eine Schätzung der Stunden, die voraussichtlich oder mindestens erforderlich werden, um die Rechtsdienstleistung zu erbringen.

EUGH, Urteil vom 12.01.2023, Az. C-395/21

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=269150&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1760969>

4. Zur Zugangsfiktion von 3 Tagen

Die Zugangsvermutung des § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO finde deshalb keine Anwendung, weil an der Wohnung der Klägerin innerhalb der 3-Tages-Frist regelmäßig nicht an allen Werktagen vom Postdienstleistungsunternehmen zugestellt worden ist.

Die Zugangsvermutung sei zu einer Zeit kodifiziert worden (1976), als ausschließlich die Deutsche Bundespost Briefpost in der Bundesrepublik Deutschland beförderte und zustellte und das regelmäßig an 6 Tagen in der Woche. Auch wenn dem Grunde nach bei Befassung privater (also nicht mit der Deutschen Post AG identischer) Postdienstleister die Zugangsvermutung gilt, müsse dennoch deren Arbeitsweise in den wesentlichen Zügen mit denen der Deutschen Bundespost bei Kodifizierung der Zugangsvermutung übereinstimmen.

Das FG Berlin-Brandenburg hat die Revision zugelassen, da es das Gericht für höchstrichterlich klärungsbedürftig hält, ob die Zugangsvermutung entfällt, wenn innerhalb der dort genannten 3-Tages-Frist an einem Werktag regelmäßig keine Postzustellung stattfindet. Wie zu erwarten war, hat das Finanzamt die Revision eingelegt, welche nun unter dem Az. VI R 18/22 und wegen folgender Rechtsfrage anhängig ist:

FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.8.2022, Az. 7 K 7045/20

<https://www.finanzgericht.berlin.brandenburg.de/fg/de/pressemitteilungen/ansicht/~02-01-2023-zugangsvermutung>

5.Unbezahlte Freistellung Ungeimpfter war rechtswidrig

Die unbezahlte Freistellung einer Mitarbeiterin eines Seniorenheims wegen fehlender Corona-Impfung sei rechtswidrig gewesen. Im konkreten Fall hatte eine Köchin ihrem Arbeitgeber im Frühjahr 2022 keinen Impf- oder Genesenen-Nachweis vorgelegt. Daraufhin wurde sie mit Hinweis auf die einrichtungsbezogene Impfpflicht suspendiert, eine Lohnfortzahlung erfolgte nicht. Nach Ansicht des Arbeitsgerichts hätte der Arbeitgeber nur eine Mitteilung ans Gesundheitsamt machen müssen, er durfte sie aber nicht unbezahlt freistellen, weil es an einem gesetzlichen Sanktionsrecht gefehlt habe.

Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig.

ArbG Dresden, Urteil vom 11.01.2023, Az. 4 Ca 688/22

<https://www.faz.net/agenturmeldungen/dpa/gericht-unbezahlte-freistellung-ungeimpfter-rechtswidrig-18651791.html>

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