

Master of Science in Public Health

Spezielle Rechtsgebiete der Gesundheitswirtschaft: Medizinrecht

Dr. Eva Rütz, LL.M. (Partnerin / Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH)

Stand November 2016

**© FOM Hochschule für Oekonomie und Management
gemeinnützige Gesellschaft mbH (FOM), Leimkugelstraße 6, 45141 Essen**

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt und nur für den persönlichen Gebrauch im Rahmen der Veranstaltungen der FOM bestimmt.

Die durch die Urheberschaft begründeten Rechte (u.a. Vervielfältigung, Verbreitung, Übersetzung, Nachdruck) bleiben dem Urheber vorbehalten.

Das Werk oder Teile daraus dürfen nicht ohne schriftliche Genehmigung der FOM reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.



Kurzvita

Station 1 (2001 - 2006):

Studium der Rechtswissenschaften, Universität zu Köln

Station 2 (2006 - 2007):

Promotion an der Universität Mannheim

Station 3 (2007 - 2008):

Foreign Associate, Duane Morris LLP, New York City (USA)

Station 4 (2008 - 2010):

Referendariat im OLG Bezirk Köln (Stationen u.a. Landesärztekammer Nordrhein, Hengeler Müller / Frankfurt a.M., Arzthaftungskammer LG Köln)

Station 5 (2010 - 2011):

Rechtsanwältin Möller & Partner, Düsseldorf

Station 6 (2011 - heute):

Rechtsanwältin / Partnerin, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln

An der Hochschule seit 2016

Forschungsschwerpunkt 1

Medizinrecht

Forschungsschwerpunkt 2

Arbeitsrecht



- 1. Einführung ins Medizinstrafrecht**
- 2. Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht**
- 3. Werberechtliche Grundlagen**
- 4. Einleitung Medizinethik**

1 Einführung ins Medizinstrafrecht

I. Körperverletzungs- und Tötungsdelikte

- **St. Rspr.** → Jeder ärztliche Eingriff ist eine tatbestandsmäßige Körperverletzung gem. § 223 Abs.1 StGB, die durch Einwilligung gerechtfertigt werden kann
 - *Folge*: Arzt trägt Darlegungs- und Beweislast für Wirksamkeit der Einwilligung und der Aufklärung
 - *Begründung*: Betrachtung des Einzelakts als KV
- **Literatur** → KV nur bei contra legem artis durchgeführten Behandlungen
 - *Begründung*: Geschütztes Rechtsgut bei de lege artis durchgeführten Eingriffen ohne Einwilligung sei das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und nicht der Körper

I. Körperverletzungs- und Tötungsdelikte

- **Einwilligung, § 228 StGB**

- Einwilligungsberechtigung und –fähigkeit
- Willensmangelfreiheit
- Ordnungsgemäße Aufklärung
- Schutzzweckzusammenhang
- Gute Sitten
- Sonderfall: *Hypothetische Einwilligung*, § 630h Abs.2, S.2 BGB → Kausalität, Zurechenbarkeit

- Tötung infolge eines ärztlichen Eingriffs

- Abgrenzung bedingter Tötungsvorsatz und bewusste Fahrlässigkeit: *Vorsatz, wenn der Täter den Eintritt des Todes als möglich und nicht ganz fern liegend erkennt und dies entweder billigt oder sich um des erstrebten Ziels willen damit abfindet*
- Tötungsvorsatz bei ärztlichem Behandlungsfehler, wenn fehlerhafte Behandlung wider besseren Wissens fortgesetzt wird
- Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 Abs.1 StGB

I. Körperverletzungs- und Tötungsdelikte

- § 217 StGB

§ 217 Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung

(1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht

- Abstraktes Gefährdungsdelikt
- Geschützte Rechtsgüter: Menschliches Leben und individuelle Entscheidungsfreiheit
- Geschäftsmäßig → wenn Tun auf Wiederholung angelegt ist
- Mögliche Probleme:
 - Sehr weit gefasst → auch Palliativmedizin
 - Zu Unbestimmt?

II. Schweigepflicht

- Rechtsgrundlage ist § 9 MBOÄ
- Zurückzuführen auf „Eid des Hippokrates“
 - „[...] Meine Verordnungen werde ich treffen zu Nutz und Frommen der Kranken, nach bestem Vermögen und Urteil; ich werde sie bewahren vor Schaden und willkürlichem Unrecht [...]“
- Betroffener Personenkreis: Ärzte, Apotheker, Berufspsychologen, Krankenschwestern, etc.
- Recht auf Datenschutz und Privatsphäre
- Schutzzweck ist Intimsphäre des Patienten als persönliches Gut i. S. v. Art. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG
- Gem. **§ 203 StGB** strafrechtlich sanktioniert
- Schadensersatz gem. **§ 823 Abs. 1 BGB** → Allg. Persönlichkeitsrechts als „sonstiges Recht“ des Patienten
- Schadensersatz gem. **§§ 280 Abs.1, 241 Abs.2 BGB**

II. Schweigepflicht

- Beschlagnahmeverbot gem. **§ 97 StPO**
- Zeugnisverweigerungsrecht gem. **§§ 53 Abs.1, Nr.3 StPO, 383 Abs.1, Nr.6 ZPO**
- Bezugspunkt ist „*Geheimnis*“ → Tatsache, die nur einem bestimmten, abgrenzbaren Personenkreis bekannt ist und an deren Geheimhaltung der Patient ein „verständliches“ Interesse hat
- Umfang: „Klassische“ Erkenntnisse des Arztes, Gesamtheit der Angaben des Patienten (z.B. persönliche, familiäre, wirtschaftliche, berufliche, finanzielle, kulturelle Informationen)
 - Müssen dem Arzt gerade in dieser Funktion bekannt werden

II. Schweigepflicht

- Grenzen:
 - Endet nicht mit Tod
 - Höhere RG Dritter gefährdet
 - Seuchengefahr, § 8 IfSG
 - Entbindung von Schweigepflicht, wenn
 - Konsequenzen verstanden
 - Informationen nur diese Person betreffen
 - Freiwillig
 - Kein Irrtum

III. Abrechnungsbetrug

1. Persönliche Leistungserbringung

- Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung gem. § 15 BMV-Ä und § 4 Abs.1 GOÄ
 - „Leistungen, [...] die er selbst erbracht hat oder die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden (eigene Leistungen)“
 - Ausnahmen z.B. in § 25 Abs.2 BMV-Ä
- Abrechnungsbetrug, wenn Leistung nicht selbst erbracht wurde, sondern z.B. an Laborgemeinschaft delegiert wurde
 - Labore dürften die Leistungen des Abschnitts 32.2 EBM nicht i.S.d. § 24 Abs. 8 BMV-Ä „fremdvergeben“ bzw. aus einer Betreibergesellschaft beziehen

III. Abrechnungsbetrug

2. Strafbarkeit gem. § 263 Abs.1 StGB

- *Täuschung und Irrtum*: Täuschung von Arzt über persönliches Erbringen der Leistung, § 4 Abs.1 GOÄ
- *Vermögensschaden*: Schaden, wenn von Ärzten vorbehaltenene Leistungen von Nicht-Ärzten durchgeführt werden → wirtschaftlich nicht werthaltig
 - Auch, wenn die zu erfüllenden Aufgaben besondere Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit voraussetzen und der Arzt über seine fachliche Qualifikation getäuscht hat
- Umstand tatsächlich erbrachter Leitungen und hierfür entstandener Aufwendungen wirkt sich nach 1. Strafsenat nicht strafmildernd aus

III. Abrechnungsbetrug

3. Schadensbegriffe

➤ **„Sozialrechtlicher“ Schadensbegriff**

- Streng formale Betrachtungsweise
- Vermögensschaden, wenn die abgerechnete Leistung nicht erstattungsfähig ist, § 4 Abs.2 GOÄ

➤ **Normativer Schadensbegriff**

- Schaden, selbst wenn nach Differenzhypothese keiner vorliegt
- Bei Missachtung gesetzlicher Vorschriften Schaden zu bejahen
- Normative Reduzierung des Vermögensschadens auf eine GOÄ-akzessorische Abrechenbarkeitsklausel
- Von BVerfG 2010 abgelehnt: *Normative Gesichtspunkte könnten bei der Feststellung eines Nachteils zwar durchaus eine Rolle spielen, dürften jedoch wirtschaftliche Überlegungen weder verdrängen noch überlagern*

IV. Korruptionsdelikte

1. Einleitung

- Gründe für Korruption
 - Ökonomisierung des Gesundheitswesens
 - Anreize für (unzulässige) Kooperationen zwischen Leistungserbringern
- Gesetzeshintergrund
 - Schaden i.H.v. EUR 5 – 17 Milliarden jährlich
 - Arzt als „Beauftragter“ der Krankenkassen – Schließung der Regelungslücke (vgl. BGH, BGHSt 57, 202 ff.)
- Kritik
 - Alternative: Kontrollmechanismus Berufsrecht?
 - Mangelnde Bestimmtheit der Vorschriften
 - Ungleichbehandlung der Berufsgruppe „Arzt“ gegenüber anderen Berufsgruppen
 - Zerstörung von Vertrauen der Bevölkerung in Akteure des Gesundheitswesens (Generalverdacht)

IV. Korruptionsdelikte

2. Zuweisung gegen Entgelt

§ 31 MBO-Ä 1997 – Unerlaubte Zuweisung

(1) Ärztinnen und Ärzten ist es nicht gestattet, für die Zuweisung von Patientinnen und Patienten oder Untersuchungsmaterial oder für die Verordnung oder den Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.

(2) Sie dürfen ihren Patientinnen und Patienten nicht ohne hinreichenden Grund bestimmte Ärztinnen oder Ärzten, Apotheken, Heil- und Hilfsmittelerbringer oder sonstige Anbieter gesundheitlicher Leistungen empfehlen oder an diese verweisen.

IV. Korruptionsdelikte

2. Zuweisung gegen Entgelt

- Schutzzweck: Wahrung ärztlicher Unabhängigkeit bei der Zusammenarbeit mit anderen Ärzten und Dritten
 - Entscheidungen allein auf Grund von medizinischen Erwägungen und im Interesse der Patienten
- Erfasst alle denkbaren medizinischen Kooperationspartner im weiteren Sinne → gilt nicht für Krankenhausträger
- *Zuweisung* → alle Fälle der Überweisung, Verweisung und Empfehlung von Patienten an Ärzte, Apotheker, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen
 - Auch darüber hinausgehende Verordnungen, insb. das Ausstellen von Rezepten
- *Entgelt* → jegliche Gegenleistung

IV. Korruptionsdelikte

2. Zuweisung gegen Entgelt

- *Andere Vorteile* → jede Leistung im weiteren Sinne, auf die der Zuwendungsempfänger keinen Anspruch hat und ihn in seiner wirtschaftlichen Lage obj. besser stellt
 - Z.B. auch unentgeltliches Überlassen von (medizinischen) Geräten
 - *Auch immaterielle Vorteile?*
- Für die Zuweisung → Kausalität
 - Typisch sind sog. Kopplungsgeschäfte
 - Abgrenzungsschwierigkeiten zu *Honorararztverträgen* und *gesellschaftlichen Beteiligungen*
- Folge: Verträge, die gegen § 31 MBO-Ä verstoßen, sind gem. § 134 BGB nichtig

IV. Korruptionsdelikte

3. BGH-Grundsatzentscheidung

- **BGH GS**, Beschluss vom 29. März 2012 – GSSt 2/11, BGHSt 57, 202 ff.
- Können niedergelassene Vertragsärzte die Straftatbestände der Vorteilsannahme und Bestechlichkeit erfüllen?
- Voraussetzung: Arzt als Amtsträger oder jedenfalls Beauftragter der Gesetzlichen Krankenversicherung
- Betonung der Freiberuflichkeit
 - kein bestimmender Einfluss der Krankenkassen
 - nicht Vertreter der Krankenkassen
 - Wirtschaftlichkeitsgebot nur Teilaspekt
- **Aber:** Appell an Gesetzgeber, tätig zu werden

IV. Korruptionsdelikte

4. Ziele des Gesetzes

- Vermeidung der korruptiven Beeinflussung des Bezugs, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-/Hilfsmitteln bzw. Zuführung von Patienten
- Tausch von Zuwendungen gegen die Verletzung „berufsrechtlicher Pflichten zur Wahrung heilberuflicher Unabhängigkeit“
- Schutz des Wettbewerbs und des Vertrauensverhältnisses zum Patienten
- Regelungsgehalt der neuen Vorschriften:
 - Bestechlichkeit (§ 299a StGB) – passiv
 - Bestechung (§ 299b StGB) – aktiv
- Möglichkeit des Zugriffs auf strafrechtliche Ermittlungsinstrumentarien

IV. Korruptionsdelikte

5. § 299a StGB

§ 299a StGB

Bestechlichkeit im Gesundheitswesen

(1) Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1.einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder

2.seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer als Angehöriger eines Heilberufs i.S.d. (1) einen Vorteil dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind, seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze.

IV. Korruptionsdelikte

5. § 299a StGB

- Grundstruktur der §§ 299a, b StGB
- Freiheit von unzulässiger Einflussnahme
- Gilt für PKV und GKV
- Freiheitsstrafe bis zu drei Jahre oder Geldstrafe
- Besonders schwerer Fall möglich (drei Monate bis zu fünf Jahre)
- Antragsdelikt

IV. Korruptionsdelikte

5. § 299a StGB

- Grundstruktur § 299a Absatz 1 StGB

- Austausch von Vorteil und unlauterer Bevorzugung im Wettbewerb (Abs. 1 Nr. 1) (Starke Anlehnung an § 31 MBO-Ä)
- Tausch von Vorteil und Verletzung der berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung heilberuflicher Unabhängigkeit (Abs. 1 Nr. 2)
 - vorher noch: Verletzung von Berufsausübungspflichten (wesentlich weiter)
 - jetzt: Verengung des Tatbestandes
 - sollen nicht auch berufsrechtliche Verstöße erfasst sein, die sich allein aus dem Arzt-Patientenverhältnis ergeben (Beispiele nach *Schröder*, NZWiSt 2015, 321 ff.: Spende an pro familia bei Vermittlung an ausländische Abtreibungsklinik; kostenlose Faltenunterspritzung bei „Botox-Party“; Verschreibung von Medikamenten, die Patient nicht zur Erstattung einreicht)
 - z.B. landesspezifische Berufsordnungen, AMG, BÄO, BtMG, GOÄ, SGB V, §§ 203, 218 ff. StGB

IV. Korruptionsdelikte

5. § 299a StGB

- Grundstruktur § 299a Absatz 2 StGB

- Abs. 2: Pönalisierung im Vorfeld: Bezug Arznei-/Heil-/Hilfsmittel/Medizinprodukte, die zur Abgabe an Patienten bestimmt sind)
- Bestechlichkeit bei heilberuflichen Bezugsentscheidungen
- Nicht: wenn Mittel nicht zur Weitergabe an den Patienten bestimmt sind (z.B. Behandlungsstuhl, Medizinprodukte zur Ausstattung von Behandlungsräumen)
- insb. Preisvorteile, die nicht an Patienten weitergereicht werden (sog. kick back), wenn als Gegenleistung für Verstoß zur Wahrung heilberuflicher Unabhängigkeit

IV. Korruptionsdelikte

5. § 299a StGB

Täterkreis

- Angehöriger eines Heilberufs, der eine staatliche Ausbildung erfordert, also insb.:
 - Akademische Heilberufe
 - Zahn-/Tier-/Ärzte
 - Psychologische Psychotherapeuten
 - Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten
 - Apotheker
 - Gesundheitsfachberufe
 - Physiotherapeuten
 - Ergotherapeuten
 - Logopäden
 - Krankenpfleger
 - Heilpraktiker

IV. Korruptionsdelikte

5. § 299a StGB

- Tathandlung
 - Fordern→ einseitig intendierte Vereinbarung ist ausreichend (auch bei erfolglosem Ansinnen)
 - Sich-Versprechen-Lassen→ Übereinkunft von Geber und Nehmer
 - Annehmen eines Vorteils→ Übereinkunft von Geber und Nehmer
- **Verordnung/Abgabe von Heil-/Hilfsmitteln/Arzneimittel/Medizinprodukte + Zuführung von Patienten:**
 - **Heilmittel:** ärztlich verordnete Dienstleistung, die einem Heilzweck dient oder einen Heilerfolg sichert und nur von entsprechend ausgebildetem Personal erbracht werden dürfen (physikalische Therapie, podologische Therapie, Sprachtherapie, Ergotherapie)
 - **Hilfsmittel:** Mittel, die durch ersetzende, unterstützende oder entlastende Wirkung den Erfolg der Krankenbehandlung sichern, eine Behinderung ausgleichen oder ihr vorbeugen
 - **Verordnung:** irrelevant, ob Verschreibungspflicht besteht!
 - **Abgabe:** jede Form der Übergabe an Patienten, einschließlich Verabreichung
 - **Zuführung:** Einwirkung auf den Patienten mit der Absicht, Auswahl des Arztes/Leistungserbringers zu beeinflussen

IV. Korruptionsdelikte

5. § 299a StGB

- **Vorteilsbegriff**

- Weites Verständnis: alles, worauf kein Rechtsanspruch besteht und die die wirtschaftliche, persönliche oder rechtliche Lage objektiv verbessern
- Wie bei §§ 31, 32 MBO-Ä
- Sowohl für sich als auch für Dritte
- Geld und Geldwerte Leistungen (z.B. Einladungen zu Kongressen, Übernahme von Kosten für Fortbildungen, Einräumung von Vermögens-/Gewinnbeteiligungen)
- Immaterielle Zuwendungen (z.B. Ämter, Ehrungen)
- Achtung: keine Geringwertigkeitsgrenze! Aber: Abgrenzung zur „sozialadäquaten Zuwendung“ (z.B. Kugelschreiber)
- Nicht erfasst: Geschenke von Patienten (nachträglicher Dank für erfolgreiche Behandlung)
- Auch: tatsächliche Verbreitung irrelevant!
- Problem: auch äquivalente Gegenleistung schließt Vorteil nicht aus!
- Wichtig z.B. bei bezahlten Anwendungsbeobachtungen/Nebentätigkeiten
- Suche nach der „verdeckten Zuweiserprämie“
- Fehlen einer erkennbaren ärztlichen Gegenleistung
- Entschädigung übersteigt geleisteten Aufwand deutlich

IV. Korruptionsdelikte

5. § 299a StGB

- Unrechtsvereinbarung

- Kernstück des Unrechts

- Abgrenzung zum Erkaufen „allgemeinen Wohlwollens“ oder der nachträglichen Belohnung

- Gegenleistung für eine zumindest intendierte unlautere Bevorzugung im Wettbewerb oder eine Verletzung der Pflicht zur Wahrung heilberuflicher Unabhängigkeit

- D.h. inhaltliche Verknüpfung von Vorteil und Gegenleistung

- Gewinnbeteiligung: hoch problematisch wenn von Zahl der Verweisungen abhängt / spürbarer Einfluss auf Ertrag durch Patientenzuführung?

- Sonderfall Labor: Problematisch auch hier die Gewinnbeteiligung, oder auch Gewährung besonders günstiger Konditionen (z.B. bei Laborgemeinschaft)

IV. Korruptionsdelikte

6. Flankierende zusätzliche Regelungen

§ 299b StGB

Bestechung im Gesundheitswesen

(1) Wer einem Angehörigen eines Heilberufs i.S.d. § 299a Abs. 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder

2. seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem Angehörigen eines Heilberufs i.S.d. (1) im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind, seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze.

IV. Korruptionsdelikte

6. Flankierende zusätzliche Regelungen

- Im Strafgesetzbuch:
 - § 300 StGB: Besonders schwere Fälle:
 - Strafmaß Freiheitsstrafe drei Monate bis zu fünf Jahre (keine Geldstrafe)
 - Besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor
 - Vorteil großen Ausmaßes (Faustformel: je nach Staatsanwaltschaft zwischen EUR 10.000 – EUR 50.000)
 - Täter handelt gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.
 - Unbenannter Fall: Schädigung/erhebliche Gefährdung der Gesundheit von Patienten infolge korruptiv bedingter Falschbehandlung
- Grundsätzlich: Antragsdelikt (vgl. § 301 StGB); Ausnahme: besonderes öffentliches Interesse
- Antragsbefugt:
 - Verletzte
 - (Zahn-)Ärzttekammer
 - K(Z)Ven
 - Berufsverbände
 - GKV/Pflegekasse; privates Kranken-/Pflegeversicherungsunternehmen

IV. Korruptionsdelikte

6. Flankierende zusätzliche Regelungen

- In weiteren Gesetzen:
 - Verschärfung von Bußgeld- und Verfallsvorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts (§§ 29a, 30, 130 OWiG)→relevant für Krankenhaus-/Pharmaunternehmen und sonstige im Gesundheitsmarkt aktive juristische Personen
 - Stärkung der Zusammenarbeit mit Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen (§§ 81a, 197a SGB V)

IV. Korruptionsdelikte

7. Verhältnis zu anderen vorhandenen Regelungen

- Ausführlich dazu ***Stollmann***, GesR 2016, 76 – 81
 - Approbationsentzug
 - Ruhen der Approbation
 - Disziplinarverfahren
 - Sonstige Sanktionen des Berufsrechts

2 Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht

A. Grundlagen

I. Einführung

- **Allgemeine arbeitsrechtliche Grundlagen**
 - Grundsätzlich: allgemeine arbeitsrechtliche Grundsätze
 - Aber: modifiziert durch
 - Tatsächliche Besonderheiten im Krankenhaus (Daseinsvorsorge, besondere Bedürfnisse (z.B. Arbeitszeit), besonderer Patientenschutz, Einwirkung ethisch/moralischer Vorgaben)
 - Rechtliche Besonderheiten (Kirchenarbeitsrecht, Restriktionen aus dem SGB V, besondere Tarifwerke, Gewissens-/Therapiefreiheit, weitere eingeschränkte Gestaltungsspielräume)
- **Sektorale Trennung (ambulant vs. stationär)**

A. Grundlagen

II. Individualarbeitsrechtliche Rechtsgrundlagen

- Arbeitsvertrag, regelmäßig in Form eines Formulararbeitsvertrages
 - Einschränkung der **Abschlussfreiheit**: besondere Zulassungsvoraussetzungen bei der Ausübung von Heil- und Heilhilfsberufen
 - Einschränkung der **Inhaltsfreiheit**: Allg. gesetzl. Verbotstatbestände wie §§ 134, 138 BGB sowie AGB-Kontrolle §§ 305 ff. BGB
 - Besonderheiten bei der Gestaltung von Bonusregelungen?
 - Besondere Vergütungsregelungen (z.B. in Chefarztverträgen Liquidationsrecht, Wahlleistungsvereinbarungen, Stichwort: persönliche Leistungserbringung)
 - Abwägung Gewissens-/Therapiefreiheit vs. Interessen des Krankenhauses?
 - Häufig Verweisungen auf Regelwerke wie Tarifverträge (z.B. TVöD)
- Sonstige arbeitsrechtliche Vorschriften finden Anwendung (z.B. KSchG, TzBfG, §§ 611 ff. BGB)

A. Grundlagen

III. Kollektivarbeitsrecht

- Geltung von Tarifverträgen
 - Tarifbindung nach § 3 Abs. 1 TVG
 - Bezugnahmeklauseln in Individualvertrag
 - Besondere Tarifwerke im Krankenhausbereich (TV-Ärzte, TVöD etc.)
- Betriebsvereinbarungen (privatrechtlich) / Dienstvereinbarungen (öffentlich-rechtlich)
- Besonderer Einfluss der Daseinsvorsorge (z.B. Arbeitskampfrecht im Krankenhaus)
- Sonderfall: Abweichendes Kollektivarbeitsrecht bei kirchlichem Krankenhausträger (s.u.)

A. Grundlagen

III. Kollektivarbeitsrecht

1. Krankenhaus-Tarifverträge (TVöD, TV-L)

- Für alle Beschäftigten im Krankenhaussektor
- „TV für den öff. Dienst“ (TVöD) für Bund und kommunale Arbeitgeber
- „TV für den öff. Dienst der Länder“ (TV-L)

2. Ärzte-Tarifverträge (TV-Ärzte)

- Marburger Bund hat Tarifverträge sowohl mit VKA, als auch mit TdL
- **TV-Ärzte/VKA**
 - Wochenarbeitszeit durchschnittlich 40 Std. (§ 7 Abs.1)
 - Tägliche Höchstarbeitszeit im Schichtdienst zwölf Std. (§ 7 Abs. 5, Satz 1)
 - Drei Bereitschaftsdienststufen
 - Opt-out bis jahresdurchschnittlich 60 Std./Woche

A. Grundlagen

III. Kollektivarbeitsrecht

• **TV-Ärzte/TdL**

- „[...] für Ärztinnen und Ärzte einschließlich Zahnärztinnen und Zahnärzte [...], die an einer Universitätsklinik überwiegend Aufgaben in der Patientenversorgung wahrnehmen“ (§ 1 Abs.1, S.1)
- Nicht: Chefärztinnen/Chefärzte, soweit einzelvertragliche Ausgestaltung
- Wochenarbeitszeit durchschnittlich 42 Std. (§ 6 Abs.1)
- Tägliche Höchstarbeitszeit von zwölf Std.

A. Grundlagen

IV. Mitbestimmung

- *Teilhabe der Belegschaft an der Entscheidungsfindung, die im Wege der repräsentativen Beteiligung der Belegschaft in bestimmten Instituten erfolgt*
- Unterscheidung staatlicher, privater und kirchlicher Krankenhausträger
- **Privater Krankenhausträger**
 - Betriebsverfassungsgesetz → Keine Anwendung auf leitende Angestellte, § 5 Abs. 3 BetrVG
 - Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat, Konzernbetriebsrat
 - Nicht kirchliche Krankenhäuser, vgl. § 130 BetrVG

A. Grundlagen

IV. Mitbestimmung

- **Staatlicher Krankenhausträger**

- Personalvertretungsgesetz
- *Personalrat* bei mind. fünf Wahlberechtigten, wovon drei wählbar sind, verpflichtend, vgl. § 12 Abs.1 BPersVG
- *Personalversammlung* §§ 48ff. BPersVG als Organ der Personalvertretung
- Interessensvertretung besonderer Mitarbeitergruppen (z.B. Schwerbehindertenvertretung, vgl. §§ 94 ff. SGB IX)
- Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Dienststelle und Personalrat, vgl. § 2 Abs.1 BPersVG
- Überblick Beteiligungsrechte
 - Informationsrechte
 - Anhörungs- und Beratungsrechte
 - Mitwirkungsrechte
 - Mitbestimmungsrechte

A. Grundlagen

IV. Mitbestimmung

- **Kirchlicher Krankenhausträger**

- Verfassungsrechtliche Gewährleistung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs.3 WRV
- **Katholische Kirche**
 - Rahmenordnung für Mitarbeitervertretungsordnung (Rahmen-MAVO)
 - Rechtsträger sind öffentliche juristische Personen des kanonischen Rechts, ca. 116 § 1 CIC
- **Evangelische Kirche**
 - Kirchengesetz über Mitarbeitervertretungen (MVG)
 - Für *„Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Dienststellen kirchlicher Körperschaften, Anstalten und Stiftungen der Evangelischen Kirche in Deutschland, der Gliedkirchen sowie ihrer Zusammenschlüsse und der Einrichtungen der Diakonie“*, § 1 Abs.1 MVG

A. Grundlagen

V. Arbeitssicherheitsrecht

- Höhere Relevanz als in allgemeinen Betrieben → erhöhten Gefährdungspotential für Belegschaft und Patienten (doppelte Schutzrichtung der Schutzvorschriften)
- Praxisrelevante Normen:
 - Medizinproduktegesetz (MPG)
 - Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (IfSG)
 - Besondere hygienerechtliche Vorgaben
 - Arzneimittelgesetz (AMG)
 - Betäubungsmittelgesetz (BtMG)
 - Besondere auf § 15 SGB VII basierende Unfallverhütungsvorschriften (z.B. BGW, BGV)

A. Grundlagen

VI. Angestellte Ärzte im ambulanten Bereich

- Arbeitsfelder: MVZ, Einrichtungen nach § 311 Abs.2 SGB V, Einzelpraxen und Berufsausübungsgemeinschaften
- Vertragsärzte können Kollegen derselben oder einer anderen Fachgruppe anstellen (§ 32b Abs.1 Ärzte-ZV), benötigen aber für jede Stelle einen (Angestellten-)Vertragsarztsitz
 - Bis zu drei vollzeitbeschäftigte angestellte Ärzte möglich, § 32b Abs.1, S.2 Ärzte-ZV i.V.m. § 14a Abs.1 BMV-Ä
 - Eigenes Honorarvolumen von KV
 - Gem. § 95 Abs.9 SGB V Genehmigung des Zulassungsausschusses erforderlich
 - Vertragsarzt kann auf Zulassung verzichten, um bei Vertragsarzt angestellt zu werden, § 103 Abs.4b SGB V
 - Auch in „ausgelagerten Praxisräumen“ möglich
 - Besonderheit: Weiterbildungsassistenten, § 75a SGB V
- Auch freiberuflicher Arzt kann Ärzte einstellen, § 18 Abs.1, Nr.1, S.3 EStG
- Teilberufsausübungsgemeinschaften → Beteiligte Ärzte arbeiten weiterhin in ihren eigenen Praxen

A. Grundlagen

VI. Angestellte Ärzte im ambulanten Bereich

- Anstellung an einem Medizinischen Versorgungszentrum
 - Grds. gleiche Voraussetzungen wie für die Anstellung eines Arztes bei Vertragsarzt
 - Maßgeblich, ob im Planungsbereich eine Arztstelle vorhanden ist
- Auch möglich bei Ärzten in Krankenhaus, Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung, mit der ein Versorgungsvertrag besteht (§ 116 SGB V, § 31a Ärzte-ZV), in stationärer Pflegeeinrichtung (§ 119b SGB V)
- Zulassung eines Krankenhausarztes
 - Gem. § 31 Abs.7 Ärzte-ZV zeitlich, räumlich und ihrem Umfang nach von Zulassungsausschuss zu bestimmen
 - *Rechtsfolge*: Gem. § 77 Abs. 3 SGB V Mitglied der Kassenärztlichen Vereinigung, in deren Bezirk sich das Krankenhaus befindet
 - *Pflichten*: Persönliche Ausübung der Tätigkeit; Gem. § 98 Abs.2 Ziffer 11 SGB V i.V.m. § 32a Ärzte-ZV bis zu drei Monaten Vertretung möglich
- Bei Hochschulambulanzen ist Zulassungsausschuss gem. § 117 SGB V zur Ermächtigung verpflichtet

B. Kirchenarbeitsrecht

I. Einleitung

- Krankenhäuser mit frei-gemeinnützigen Trägern
 - Z.B. Deutscher Caritas-Verband (DCV) und Diakonisches Werk (DW-EKD)
 - Unterscheidung zwischen *verfasster Kirche* selbst und den „freien“, aber am kirchlichen Auftrag orientierten Rechtsträgern des privaten Rechts

- Selbstbestimmungsrecht der Kirchen (Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG und Art. 137 Abs. 3 WRV i.V.m. Art. 140 GG) erlaubt es dieser, die Arbeitsverhältnisse der Eigenart des kirchlichen Dienstes anzupassen und ihrem Selbstverständnis nach zu gestalten
 - Statt Tarif- und Arbeitskampfrecht kircheneigenes Arbeitsrechtsregelungsverfahren
 - Statt Personal- und Betriebsverfassungsrecht kircheneigenes Mitarbeitervertretungsrecht
 - Besondere Verhaltensstandards für Mitarbeiter mit „missio canonica“

B. Kirchenarbeitsrecht

II. Der „Dritte Weg“ als kirchenspezifisches kollektives Arbeitsrecht

- Eigenes Arbeitsrechtssystem → Auf der Grundlage besonderer Kirchengesetze werden durch eine paritätisch von Mitarbeiterseite einerseits und Dienstgeberseite andererseits besetzte Kommission die Arbeitsvertragsbedingungen festgelegt
- Bei Nichteinigung Schlichtungs- bzw. Vermittlungsverfahren statt Arbeitskampf
- Besondere Richtlinien für Arbeitsverträge (ähnlich zu Tarifverträgen) sowohl der Diakonie als auch der Caritas

B. Kirchenarbeitsrecht

III. Aktuelle Rechtsprechung – „Der wiederverheiratete katholische Chefarzt“

Sachverhalt:

- Beginn der Beschäftigung im Jahr 2000 als Chefarzt für Innere Medizin
- Beklagte = Trägerin mehrerer Krankenhäuser und institutionell mit der römisch-katholischen Kirche verbunden
- Bezugnahme auf die vom Erzbischof von Köln erlassene Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse vom 23. September 1993 („*Grundordnung 1993*")
 - Art. 5 Abs. 2 Grundordnung: Abschluss einer nach den Glaubensvorstellungen der Rechtsordnung der Kirche ungültigen Ehe = schwerwiegender Loyalitätsverstoß = Möglichkeit der Kündigung?
- 2008 Wiederheirat (ohne abgeschlossenes Annullierungsverfahren)
- 2009 Kündigung nach Kenntnis durch Krankenhausträger

B. Kirchenarbeitsrecht

III. Aktuelle Rechtsprechung – „Der wiederverheiratete katholische Chefarzt“

- Zur Odyssee des Chefarztes....
- **Arbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 30. Juli 2009** → Kein verhaltensbedingter Kündigungsgrund, weil die Annullierung ex tunc wirke und somit die Ehe nach erfolgreichem Annullierungsverfahren auch für die Vergangenheit als nie geschlossen behandelt wird
- **Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 1. Juli 2010** → Sozial ungerechtfertigt, weil der katholische Arbeitgeber durch den Ausspruch der Kündigung den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt habe, da vergleichbare Mitarbeiter in der Vergangenheit nicht gekündigt wurden
- **Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 8. September 2011** → Zwar Verstoß gegen die kirchenrechtlichen Vorschriften, allerdings müssen die Interessen des kirchlichen Arbeitgebers hinter den Persönlichkeitsrechten des Klägers zurückstehen

B. Kirchenarbeitsrecht

III. Aktuelle Rechtsprechung – „Der wiederverheiratete katholische Chefarzt“

- Zur Odyssee des Chefarztes....
- **Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 22. Oktober 2014** → Aufhebung der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, da die institutionellen Interessen der Kirche nicht hinreichend berücksichtigt worden seien
- **Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 28. Juli 2016** → Anrufung des Europäischen Gerichtshofs mit der Frage, ob eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorliegt
 - *Hat Differenzierung nach der Religionszugehörigkeit des Klägers im Ergebnis auch Auswirkungen auf den Umfang der Loyalitätspflichten?*
- Abschließende Entscheidung jedoch aufgrund der Änderung der Grundordnung der katholischen Kirche im Jahr 2015 wenig bedeutsam
 - Nun gilt, dass eine nach kanonischem Recht unzulässige erneute Heirat nur noch bei sogenannten *verkündigungsnahe*n Arbeitnehmern eine Kündigung nach sich ziehen kann
 - Betrifft somit nicht mehr (unbedingt) Chefarzte, sondern pastoral oder katechetisch tätige Arbeitnehmer sowie Mitarbeiter, die die *missio canonica* oder eine vergleichbare bischöfliche Beauftragung besitzen

C. Chefarztverträge/ Honorararzt

I. Einleitung

- *Chefarzt / leitender Krankenhausarzt*
 - Ärztliche Leiter von Krankenhausabteilungen → Innerhalb dieser Gesamtverantwortung für die Patientenversorgung
 - Pflicht zur *persönlichen Leistungserbringung*, § 613 S.1 BGB
 - Delegation, Urlaubsvertretung?
 - Wahlärztliche Leistungen (s.u.)
 - Nach überwiegender Auffassung Arbeitnehmer und auch kein leitender Angestellter!
- Arbeitszeitrecht findet auf Chefärzte (grds.) keine Anwendung, § 18 Abs.1 Nr.1 ArbZG
 - Arbeitsrechtliche Höchstgrenzen z.B. durch § 618 Abs.1 BGB oder § 138 Abs.1 BGB

C. Chefarztverträge/ Honorararzt

II. Typische Themenfelder bei Chefarztverträgen (insb. Vergütung)

- Liquidationsrechte
 - Nur bei **Chefarztambulanz** (nicht bei *Krankenhausambulanz*) private Liquidation gegenüber den Patienten möglich
 - Derivativ: d.h. Krankenhaus liquidiert und beteiligt den Chefarzt
 - Originär: „Altverträge“, Chefarzt als eigener Vertragspartner des Patienten, führt Nutzungsentgelt an Krankenhaus ab
 - Für **gutachterliche Tätigkeiten** zwischen *dienstvertraglichen Verpflichtungen* und *Nebentätigkeiten* unterscheiden

- Gestaltung von Boni
 - Vereinbarkeit mit ärztlichem Berufsethos?
 - Welcher Leistungsanreiz ist zulässig?
 - Strafrechtliche Risiken?
 - Zuweisung gegen Entgelt (vgl. § 31 MBO-Ä, §§ 299a, b StGB)
 - Betrug zu Lasten der Patienten?
 - „Transplantationsfall“ / Bereicherungsabsicht bei Manipulation des Vergabesystems von Eurotransplant

C. Chefarztverträge/ Honorararzt

II. Typische Themenfelder bei Chefarztverträgen (insb. Vergütung)

- **Entwicklungsklauseln**
 - Grundsätzlich: durch Aufgabenzuweisung kann Klinikleitung nicht entzogen werden
 - Problem: Gestaltungsflexibilität bei Restrukturierung durch Krankenhaus oder Änderung der krankenhausesplanungsrechtlichen Situation
 - Erweitert Direktionsrecht (vgl. § 106 GewO) des Krankenhauses
 - Enge Voraussetzungen, weil u.U. auch Eingriff in Vergütungsstruktur
 - AGB-Kontrolle → Unwirksamkeit vieler Altverträge (DKG-Muster)

C. Chefarztverträge/ Honorararzt

III. Wahlleistungen

Begriff

- **Allgemeine Krankenhausleistungen** gem. § 2 Abs. 2 Satz 1 KHEntgG →
„Krankenhausleistungen, die unter Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des Krankenhauses im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die medizinisch zweckmäßige und ausreichende Versorgung des Patienten notwendig sind“
- **Wahlleistungen** → „andere als die allgemeinen Krankenhausleistungen“ (vgl. § 17 Abs. 1 Satz 1 KHEntgG)
 - Konkreter Inhalt von Wahlleistungen wird vom Gesetz nicht vorgegeben → lediglich Unterscheidung zwischen *ärztlichen* und *nichtärztlichen* Leistungen (vgl. § 17 KHEntgG)
 - Dürfen neben den Entgelten für die voll- und teilstationäre Behandlung gesondert berechnet werden, wenn die allgemeinen Krankenhausleistungen durch die Wahlleistungen nicht beeinträchtigt werden und die gesonderte Berechnung mit dem Krankenhaus vereinbart ist (§ 17 Abs. 1 Satz 1 KHEntgG)
 - Im Gegensatz zu allgemeinen KH-Leistungen werden besonders qualifizierte Ärzte erwartet

III. Wahlleistungen

- Sonderproblem: persönliche Leistungserbringung (vgl. u.a. § 4 Abs. 2 GOÄ)
 - Grundsatz: persönliche Erbringung durch Chefarzt („eingekaufte Expertise)
 - Vertretung: nur in Ausnahmefällen / Voraussetzungen
 - Vorherige namentliche und schriftliche Benennung des Vertreters
 - Unvorhergesehener Stellvertretungsfall
 - **In der Praxis hohes Strafbarkeitsrisiko!**

C. Chefarztverträge/ Honorararzt

III. Wahlleistungen

Aktuelle Rechtsprechung -*Wahlleistungsentscheidung*

Sachverhalt:

- Beschwerdeführer= niedergelassener Facharzt für Neurochirurgie
- **Honorararztvertrag** mit Krankenhausträger
- Im Jahr 2010 Wirbelsäulenoperation
- Patientin schloss mit dem Krankenhaus Behandlungsvertrag nebst Wahlleistungsvereinbarung, in der als Wahlarzt nicht der Beschwerdeführer, sondern ein Krankenhausarzt benannt wurde

C. Chefarztverträge/ Honorararzt

III. Wahlleistungen

Aktuelle Rechtsprechung -*Wahlleistungsentscheidung*

- **BGH, Urteil vom 16. Oktober 2016** → Honorarärzte, die im Krankenhaus nicht fest angestellt sind, sind prinzipiell nicht berechtigt, wahlärztliche Leistungen zu erbringen und abzurechnen
 - **Begründung:**
 - Wortlaut des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG beschränkt Erbringung wahlärztlicher Leistungen im Krankenhaus auf dort **angestellte** oder beamtete Krankenhausärzte mit Liquidationsrecht
 - Mit der KHEntgG-Systematik unvereinbar („allgemeine Krankenhausleistungen“ und „Wahlleistungen“) → Honorarärzte erbringen „nur“ den Facharztstandard
 - Grenzen zwischen allgemeinen Krankenhausleistungen und ärztlichen Wahlleistungen würden verschwimmen
- **BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 03. März 2015**
 - Kein Verstoß gegen Art. 12 Abs.1 GG
 - Kein Verstoß gegen Art. 3 Abs.1 GG → Differenzierung innerhalb der Wahlarztkette des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG findet ihren Grund nicht in der unterschiedlichen fachlichen Qualität, sondern in der Zusammenarbeit mehrerer Ärzte und in der Vergütungssystematik

C. Chefarztverträge/ Honorararzt

IV. Honorarärzte

- **Honorarärzte** → Ärzte, die ihre Tätigkeit als Freiberufler anderen medizinischen Leistungserbringern zur Verfügung stellen
- Problem: Abrechenbarkeit der Leistungen
 - Bei wahlärztlichen Leistungen unzulässig (s.o.)
 - Wie ist es bei anderen stationären allgemeinen Krankenhausleistungen?
- Hohes Risiko der Scheinselbstständigkeit

C. Chefarztverträge/ Honorararzt

V. Chefärzte

Aktuelle Rechtsprechung - „Der telefonierende Chefarzt“

Sachverhalt:

- Kläger = seit 2005 Chefarzt für Allgemein- und Viszeralchirurgie beim Beklagten
- Nahm zu Operationen regelmäßig auch sein privates Handy mit in den Operationssaal
- Führte teilweise während einer laufenden Operationen Telefonate, indem ihm das OP-Personal das Telefon ans Ohr hielt; teilweise unterbrach er auch die Operationen
- Privatgespräche mit seiner Ehefrau, um unter anderem „wichtige Termine“ mit dem Fliesenleger für sein Eigenheim zu organisieren
- Der Krankenhausträger kündigte dem Chefarzt 2008 fristlos, hilfsweise fristgerecht

C. Chefarztverträge/ Honorararzt

V. Chefärzte

Aktuelle Rechtsprechung - „Der telefonierende Chefarzt“

- **BAG (Urteil vom 25.10.2012 – 2 AZR 495/11)** (ebenso wie schon das LAG Rheinland-Pfalz)
 - Kündigung ist unwirksam
 - Zwar schwerwiegende Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten, aber dennoch sei eine fristlose Kündigung hier überzogen, wenn man alle Interessen abwäge → Telefonate wurden zuvor immer geduldet
 - Eine normale Kündigung war laut Arbeitsvertrag ausgeschlossen und konkret wurde kein Patient geschädigt
 - *Soziale Schutzbedürftigkeit*: Über 50 Jahre alt, verheiratet und zwei Kinder
 - Anstelle einer sofortigen Entlassung hätte der Chefarzt nach Ansicht des BAG zunächst abgemahnt werden müssen

D. Gestellungsverträge und Arbeitnehmerüberlassung/-vermittlung

I. Einleitung

- Personalgestellung und Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur Deckung grundsätzlich vorübergehender Personalengpässe
- **Personalgestellung**
 - dauerhaft
 - weit verbreitet im Bereich des öffentlichen Dienstes
 - mangels Öffnungsklausel (bisher) grundsätzlich unzulässig, weil Verstoß gegen Vorgaben des AÜG (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG „vorübergehend“)
 - Aber: häufig i.d. Praxis nicht sanktioniert und außerdem Versuch der Gestaltung über Nutzung des sog. Konzernprivilegs (vgl. § 1 Abs. 3 AÜG)
- **Arbeitnehmerüberlassung**
 - vorübergehend
 - Novellierung des AÜG nahezu abgeschlossen (Inkrafttreten 1. April 2017)

D. Gestellungsverträge und Arbeitnehmerüberlassung/-vermittlung

II. Änderungen

- **Wichtige Änderungen durch AÜG-Novelle:**
 - Festlegung der Höchstdauer (Definition: „vorübergehend“)
 - grundsätzlich 18 Monate; Karenzzeit mindestens drei Monate
 - Abweichungen
 - für Kirchen / öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften möglich
 - durch TV/BV
 - bezogen auf den individuellen Leiharbeiter
 - Verbot des Einsatzes von „Streikbrechern“, vgl. § 11 Abs. 5 AÜG n.F.
 - Umfassende Öffnungsklausel in § 1 Abs. 3 AÜG für Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes (Nichtanwendung des AÜG nahezu insgesamt!)

E. Arbeitsschutzrecht

I. Arbeitszeitrecht

- Besondere Relevanz im Krankenhaus

- Tatsächliches Erfordernis permanenter Verfügbarkeit ausreichend qualifizierten Personals vs. arbeitszeitrechtliche Vorgaben
- **Begriff der „Arbeitszeit“**
 - i.S.d. Arbeitszeitgesetz (§ 2 Abs.1, Satz 1 ArbZG) „*die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne Ruhepausen*“
 - i.S.d. Vertragsrechts die vertraglich geschuldete individuelle Arbeitszeitdauer und –lage für jeden einzelnen AN
- **Bereitschaftsdienst:** Bei pers. Anwesenheit im Klinikum volle Arbeitszeit (EuGH-Rspr. zur EG-RL 2003/88/EG) → keine Ruhezeit
 - Folgen für Nachtarbeit (Bewertung als Nacharbeitnehmer)
- **Rufbereitschaft:** Je nach Inanspruchnahme „Ruhezeit“ (vgl. § 5 Abs. 3 ArbZG)

E. Arbeitsschutzrecht

I. Arbeitszeitrecht

- ArbZG als zeitlicher Rahmen (Sanktionierung bei Verstößen)
- Einhaltung der Höchstarbeitszeiten und absolut zwingende Regelungen der Arbeitszeit schwierig → Orientierung an Bedürfnissen der Kranken
- Grundsätzliche Vorgaben in § 3 ArbZG:
 - wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Std.
 - Ruhezeit von mind. elf Std.
 - Sonderregelungen des ArbZG u.a. durch Verlängerung der tägl. Höchstarbeitszeit, Verkürzung der Ruhezeiten, etc.)
 - Abweichende Regelungen in Tarifwerken und kirchenrechtlichen Kollektivregelungen
- ArbZG gilt **nicht** für *Chefärzte*, vgl. § 18 Abs.1 Nr.1 ArbZG
 - Nach überwiegender Auffassung aber kein leistender Angestellter i.S.d. § 14 Abs.1 KSchG

E. Arbeitsschutzrecht

II. Verantwortung im Arbeitsschutz

- § 3 Abs.1, S.1 ArbSchG *„Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen.“*
 - Verantwortung für den Arbeitsschutz trägt in jeder Arztpraxis der Praxisinhaber
 - Jeder Arzt, der Verantwortung an andere delegiert, behält immer die eigene Verantwortung → Personalauswahl, die Organisation und die Kontrolle des Arbeitsschutzes
 - Keine Delegation der Aufsichtspflicht möglich
 - Rechtsverpflichtung zur Unfallverhütung auch durch Unterlassen möglich → Voraussetzung: Garantenstellung
 - Garantenstellung aus Rechtsvorschriften, einer übernommenen Aufgabe oder durch eigenes gefährdendes Tun möglich
- Umfang Arbeitsschutz richtet sich nach Gefährdungsbeurteilung

3 Werberechtliche Grundlagen

A. Allgemein

- Grundsätzlich durch allgemeines Wettbewerbsrecht kontrolliert → Schwerpunkt UWG
- Verstöße gegen HWG sind zugleich Verstöße gegen UWG
- HWG, wenn es ausschließlich um die Selbstdarstellung eines Arztes geht oder der Erwerb eines Medikaments empfohlen wird

- § 27 MBOÄ
 - „Berufswidrige Werbung ist Ärztinnen und Ärzten untersagt. Berufswidrig ist insbesondere eine anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung.“
 - Vermeidung der Kommerzialisierung des Arztberufes
 - Zulässige Information ↔ berufswidrige Werbung
 - Nicht mit beruflicher Integrität vereinbar, wenn Praxis nach außen wie jeder Anbieter gewerblicher Leistungen mit saisonalen Angeboten wirbt
 - Anpreisend: Übertreibungen und Superlative

B. HWG

I. Einleitung

- *Werbung* i.S.d. HWG
 - Nicht legaldefiniert
 - Nur Absatz-, nicht Imagewerbung
- Gilt für Arzneimittel i.S.d. § 1 HWG
- Für nicht zugelassene Arzneimittel unzulässig § 3a HWG
- Darf nicht irreführen, § 1 UWG (i.V.m. § 3 HWG)
- Für verschreibungspflichtige Arzneimittel darf nur in Fachkreisen geworben werden, § 10 HWG
- Differenzierung nach Zielgruppen (s. § 10 Abs.1 HWG)
- § 7 HWG verbietet Wertreklame für Heilmittel weitgehend wegen bes. Gesundheitsgefahren von Heilmitteln → Laie soll Heilmittel nur bei Bedarf anwenden
- Verbot von Werbung durch Empfehlungen Prominenter, § 11 Abs.1, Nr.2 HWG
- Verbot von Werbung mit Krankenhausgeschichten, § 11 Abs.1, Nr.3 HWG
- Verbot von Werbung mit Äußerungen Dritter, § 11 Abs.1, Nr.11 HWG

B. HWG

II. Entwicklung und Liberalisierung

- 1965 in Kraft getreten
- Damalige Vorstellung von unmündigen und hilflosen Patienten
- Aufhebung des RabattG und der ZugabeVO und liberalere Fassung und Deutung (BGH, Urt. v. 22.9.2005)
- § 11 HWG durch zweites Änderungsgesetz 2012 grundlegend novelliert → vorher in weiten Teilen Verstoß gegen Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel (Art. 5 Abs.1, 12 Abs.1 GG)
- Trotz einiger Änderungen seit 1995 keine durchgreifende Liberalisierung der Werbung außerhalb der Fachkreise erkennbar
- Prüfungsmaßstab des § 3 HWG bekommt größere Bedeutung

B. HWG

II. Entwicklung und Liberalisierung

- Entschärfung des Verbotstatbestandes der Öffentlichkeitswerbung gem. § 11 HWG → v.a. Auswirkungen auf Internetauftritt
 - Kein Verbot fremd- oder fachsprachiger Bezeichnungen mehr → allgemeines Irreführungsverbot gem. § 3 HWG
 - Verbot der Werbung zur Selbstmedikation weggefallen
 - Werbung mit Preisausschreiben nur noch untersagt, wenn unzumutbar und übermäßiger Verwendung dient
 - Durch die Änderungen haben Heilpraktiker eine bessere Chance für eine vollumfängliche Patienteninformation
 - Angaben bzgl. der fachlichen Prüfung zulässig
 - Vorher-Nachher-Bilder nicht mehr völlig untersagt → bei Schönheits-Ops gem. § 11 Abs.1, S.3 HWG untersagt
 - § 11 Abs. 1 Nr. 1 HWG aufgehoben: Heilpraktiker durfte sich bei Werbung z.B. nicht auf Fachveröffentlichungen des Werbenden beziehen
 - Kein Verbot bildlicher Darstellung mit Berufskleidung oder bei Ausübung heilberuflicher Tätigkeit mehr

B. HWG

IV. Internetauftritt

- **Pharmaunternehmen**
 - Berührungspunkte: §§ BGB § 312 b ff. BGB, UWG, GWB, TDDSG, BDSG, TDG
 - Recht auf Selbstmedikation als Bestandteil des Persönlichkeitsrechts geschützt → Gefahren für Gesundheit des Verbrauchers als Laien
 - Für Pharmaunternehmen bei Homepagegestaltung entscheidend, ob der Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes auch für ihre Internetpräsentation eröffnet ist oder nicht
 - Hängt von der Einordnung der angebotenen Produkte ab (Arzneimittel, Medizinprodukt oder Lebensmittel) → nur die Verbotstatbestände der Nr. 6–9, 11, 12 auch für Medizinprodukte
 - Einordnung als Werbung?
 - Publikumswerbung gem. § 11 HWG
- **Schönheitschirurg**
 - Verstoß gegen § 11 Abs. 1 S. 3 HWG bei Vorher-Nachher-Bildern von Patienten, bei denen ein plastischer Eingriff vorgenommen wurde

4 Einleitung Medizinethik

A. Rechtsprechung

I. Bluttransfusion Zeugen Jehovas

- Klägerin = wurde 1992 mit unklaren Befunden hinsichtlich des rechten Eierstocks stationär in der Gynäkologischen Abteilung des Klinikums untergebracht
- Beklagte = Krankenhausträger, behandelnder Arzt
- In Einverständniserklärung zu beabsichtigtem Eingriff gab Klägerin an Zeugin Jehovas zu sein und deswegen Bluttransfusionen abzulehnen
- Ca. 2 Wochen nach dem Eingriff wurde Klägerin bewusstlos → Vormundschaft wurde durch AG bestellt, die in notwendige Bluttransfusionen einwilligte
- Es wurden 25 Blutkonserven benötigt

A. Rechtsprechung

I. Bluttransfusion Zeugen Jehovas

Probleme:

- Mangelhafte Aufklärung bei urspr. Eingriff?
- Verletzung des allg. Persönlichkeitsrecht?
- Fehlende Einwilligung ↔ Eid und Berufsethos

Entscheidung:

- **OLG München, Urteil vom 31. Januar 2002** → kein Verstoß gegen das allg. PersR, wirksame Einwilligung

➤ Begründung:

- Grundsatz: Keine Bluttransfusion gegen den ausdrücklichen Willen
- Korrektur: „[...]kann er nicht davon ausgehen, auch wenn seine Erklärung eindeutig sein sollte, dass der Arzt sich in jedem denkbaren Fall unter Ausschaltung seines ärztlichen Gewissens gleichsam maschinenhaft daran halten und ihn im Falle des Falles auch sterben lassen würde.“ → aber Prüfung, ob wirklich erforderlich
- Im Zeitpunkt der Transfusion lag eine **neue Sachlage** vor (neuer Eingriff, neue Einwilligung)

A. Rechtsprechung

II. Beschneidung Minderjähriger

Sachverhalt:

- Angeklagter= Am 04.11.2010 unter örtlicher Betäubung Beschneidung des zum Tatzeitpunkt vierjährigen J. mittels Skalpells auf Wunsch von dessen Eltern→ keine medizinische Indikation
- Eltern gehören dem islamischen Glauben an
- Es kam zu Nachblutungen
- Anklage wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs.1 StGB

A. Rechtsprechung

II. Beschneidung Minderjähriger

Pro	Contra
Sozialadäquanz	EW widerspricht Kindeswohl, § 1627 BGB
Religionsfreiheit der Eltern Art. 4 GG	Irreversible Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit, Art.2 GG
Soziale Ausgrenzung in Religionsgemeinschaft	Selbstbestimmungsrecht des Kindes, Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 1 Abs. 1 GG
Erziehungsrecht Art. 6 Abs.2, S.1 GG	§ 1631 Abs.1 S.1 BGB

- **LG Köln, Urteil vom 07. Mai 2012** → TB des § 223 Abs.1 StGB erfüllt
 - Allerdings unvermeidbarer Verbotsirrtum gem. § 17, S.1 StGB
- **Seit 28.12.2012 § 1631d BGB (!)**

III. Sterbehilfe – *Dignitas*

- Bettina K. → querschnittsgelähmt, konnte nicht alleine atmen, schmerzhafte Verkrampfungen, kein Lebenswille
 - Keine Chancen zur Besserung
- Antrag auf 15g Natrium-Pentobarbital von Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) 2004 abgelehnt
- 12.02.2005 fuhr ihr Ehemann sie zu Dignitas in die Schweiz, wo sie mit den Zähnen einen Mechanismus auslöste, mit Hilfe dessen sie ein tödliches Getränk zu sich nahm
- Dignitas= Schweizer Verein für Freitodhilfe und Sterbebegleitung
- Witwer verklagt Bundesrepublik Deutschland beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)
- Danach Fortsetzungsfeststellungsklage, dass Ablehnung der Erlaubnis zum Erwerb eines Betäubungsmittels zur Selbsttötung rechtswidrig war

Rechtsprechung

III. Sterbehilfe – *Dignitas*

- Probleme:
 - § 5 Abs.1 Nr.6 BtMG → Betäubungsmittel nur zu lebenserhaltenden, nicht jedoch zu lebensvernichtenden Zwecken?
 - Achtung des Privat- und Familienlebens, Art. 6 Abs1 GG, Art. 8 Abs.1 EMRK
 - Auslegung des BtMG im Lichte des Art.1 GG
- **OVG NRW, Urteil vom 19. August 2015** → Abgelehnt, da Versagungsgrund des § 5 Abs.1 Nr.6 BtMG entgegen stand
 - Zwar keine positive Förderung der Gesundheit notwendig, aber jedenfalls keine Erlaubnis bei Schädigung

B. Fallbeispiel

I. Schweigepflicht – Germanwings-Flug 4U9525

- Am 10. März 2015 – zwei Wochen vor dem Airbus-Absturz – wurde mögliche Psychose diagnostiziert und eine Überweisung für eine stationäre, psychiatrische Behandlung ausgestellt
- Zwei Ärzte schrieben den Copiloten im März krank → dieser leitete die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht an seinen Arbeitgeber weiter
- Hatte bereits 2009 unter schweren Depressionen gelitten und sich in den Tagen vor dem Absturz im Internet über Möglichkeiten eines Suizids informiert
- Pilot ließ das Flugzeug vorsätzlich abstürzen

➤ *Ärztliche Schweigepflicht als Sicherheitsrisiko?*