

## JUS-Letter

September 2012 | Jahrgang 12 | Ausgabe 3

# BDAktuell

### In dieser Ausgabe:

Rituelle Beschneidung nicht einwilligungsfähiger Jungen – auch Strafbarkeitsrisiken für Anästhesisten!

xxx

Gemeinsames öffentliches Auftreten von Anästhesisten untereinander und mit Operateuren (auch Zahnärzten) außerhalb von Gemeinschaftspraxen

xxx

BAG: Altersabhängige Staffelung der Urlaubsdauer unzulässig!

xxx

Urteil zur Honorierung von Leistungen des AOP-Kataloges

xxx



**Berufsverband  
Deutscher Anästhesisten**

- Justitiare -

Roritzerstraße 27  
90419 Nürnberg

Telefon: 0911 93378 17  
0911 93378 27

Telefax: 0911 3938195

E-Mail: [Justitiare@bda-ev.de](mailto:Justitiare@bda-ev.de)

Internet: [www.bda.de](http://www.bda.de)

### Rituelle Beschneidung nicht einwilligungsfähiger Jungen – auch Strafbarkeitsrisiken für Anästhesisten!

**Dr. iur. Philip Schelling**, München\*,  
**Ass. iur. Evelyn Weis**, Nürnberg

Bei der Zirkumzision handelt es sich um einen invasiven Eingriff, der den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, sofern er nicht durch eine wirksame Einwilligung der Eltern des Minderjährigen gerechtfertigt ist. Ist die Beschneidung an sich mangels wirksamer Einwilligung rechtswidrig, gilt dies auch für die Anästhesie. Wenn Eltern eine medizinisch nicht indizierte Beschneidung für ihr Kind wünschen, stehen Ärzte vor einem Dilemma: Einerseits gewährt das Grundgesetz den Eltern das Recht, Leben und Entwicklung ihres Kindes frei von Bevormundung zu gestalten. Demgegenüber sehen Kritiker in einer dem Kind aufoktroierten Zirkumzision eine Verletzung seines Selbstbestimmungsrechts sowie seiner körperlichen Integrität.

#### Bislang: Unklare Rechtslage

Bei der Frage, ob eine medizinisch nicht indizierte Zirkumzision durch die Einwilligung der Eltern gerechtfertigt ist, war die Rechtsprechung bislang uneinheitlich bzw. unklar. Nach Ansicht des Landgericht Frankenthal<sup>1</sup> verstößt

„die Einwilligung der Eltern ... in den medizinisch nicht indizierten, von einem Nichtmediziner unter unsterilen Bedingungen durchgeführten körperlichen Eingriff ... gegen das Kindeswohl und ist daher nicht mehr von dem elterlichen Sorgerecht ... gedeckt“,

es sprach dem beschnittenen Kind nach Komplikationen Schmerzensgeld zu. Die Einwilligungsfähigkeit des neunjährigen Jungen verneint das LG Frankenthal in diesem Fall. Auch das OLG Frankfurt<sup>2</sup> betont, dass es

„für die Fähigkeit zur Einwilligung in ärztliche Eingriffe ... keine starre Altersgrenze (gibt), sondern es darauf ankommt, ob das Kind nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Tragweite des Eingriffs zu ermessen vermag“;

das Gericht läßt aber

„ausdrücklich offen, ob generell und bis zu welchem Alter die Einwilligung zu einer Beschneidung durch muslimische Eltern als vom Erziehungs- und Sorgerecht umfasst angesehen werden könnte“.

Das Oberverwaltungsgericht Lüneburg<sup>3</sup> sprach den Eltern eines beschnittenen Kindes sogar den Anspruch auf Übernahme der Kosten der „Beschneidungsfeier“ gegenüber dem Sozialhilfeträger zu.

\* Fachanwalt für Medizinrecht, Kanzlei Ulsenheimer-Friederich, München

1 LG Frankenthal, Urteil vom 14.09.2004, Az. 4 O 11/02 = MedR 2005, 243ff.

2 OLG Frankfurt, Beschluss vom 21.08.2007, Az. 4 W 12/07

3 OVG Lüneburg, Beschluss vom 23.07.2002, Az. 4 ME 336/02 = NJW 2003, 3290

Auf die Frage, ob die von einem Arzt bei Knaben lege artis durchgeführte, aber nicht indizierte Zirkumzision durch die Einwilligung der Eltern überhaupt gerechtfertigt werden kann, gehen die genannten Urteile nicht näher ein, setzen dies aber inzidenter voraus.

Bislang galt: Verliefe die Zirkumzision problemlos, waren juristische Implikationen kaum zu befürchten, ganz nach dem Motto: „Wo kein Kläger, da kein Richter“. Insofern bestand auch kein Bedürfnis für eine gerichtliche Klärung. Für den Fall intra- oder postoperativer Komplikationen oder eines Narkosezwischenfalls war hingegen zu befürchten, dass Gerichte und Staatsanwälte die Wirksamkeit der elterlichen Einwilligung kritisch hinterfragen könnten, und zwar selbst dann, wenn Anhaltspunkte für einen Behandlungsfehler nicht bestehen. Wegen der dann drohenden strafrechtlichen Konsequenzen für die betroffenen Ärzte wurde auf eine gerichtliche Entscheidung gewartet, in der Hoffnung, Rechtssicherheit zu erlangen.

#### **LG Köln: Nicht indizierte Zirkumzision strafbar**

Das Urteil des Landgerichts (LG) Köln vom 07.05.2012<sup>4</sup> sorgte für Aufsehen bei Urologen und Kinderchirurgen, die rituell motivierte Beschneidungen vornehmen, und ist auch für Anästhesisten, die dabei „mitwirken“, von Bedeutung.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Arzt hatte einen vierjährigen Jungen unter lokaler Betäubung auf Wunsch der muslimischen Eltern lege artis beschnitten. Zwei Tage später kam es zu Nachblutungen, die Mutter brachte den Jungen in die Notaufnahme, wo die Blutung gestillt wurde. Die Kölner Staatsanwaltschaft erfuhr hiervon und erhob wegen des Verdachts der Körperverletzung Anklage gegen den Arzt. Das Amtsgericht Köln sprach den Arzt in erster Instanz frei, weil eine wirkungsvolle Einwilligung der Eltern vorgelegen habe. Die Staatsanwaltschaft legte gegen das Urteil Berufung ein.

Das LG Köln bestätigte zwar den Freispruch, allerdings nur mit der Begründung, der Arzt habe geglaubt und – aufgrund der unklaren Rechtslage – glauben dürfen, er würde rechtmäßig handeln, weshalb er sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden und damit ohne Schuld gehandelt habe. Das Gericht ist jedoch der Meinung, dass eine Zirkumzision ohne medizinische Indikation nicht durch die Einwilligung der Eltern gerechtfertigt sein kann, weil diese Entscheidung dem Wohl widerspricht:

*„Die in der Beschneidung zur religiösen Erziehung liegende Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist, wenn sie denn erforderlich sein sollte, jedenfalls unangemessen. Das folgt aus der Wertung des § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB. Zudem wird der Körper des Kindes durch die Beschneidung dauerhaft und irreparabel verändert. Diese Veränderung läuft dem Interesse des Kindes später selbst über seine Religionszugehörigkeit entscheiden zu können zuwider. Umgekehrt wird das Erziehungsrecht der Eltern nicht unzumutbar beeinträchtigt, wenn sie gehalten sind abzuwarten, ob sich der Knabe später, wenn er mündig ist, selbst für die Beschneidung als sichtbares Zeichen der Zugehörigkeit zum Islam entscheidet“.*

#### **Schafft das Urteil Rechtssicherheit?**

Das inzwischen rechtskräftige Urteil des LG Köln führte zu einer kontrovers geführten Diskussion in der Öffentlichkeit. Es kann nicht in Abrede gestellt werden, dass die Zirkumzision nicht nur operative, sondern auch z.T. beachtliche anästhesiologische Risiken birgt und nicht vergleichbar ist mit Ohringe-Stechen, Piercing oder der christlichen Taufe mit Wasser. Erleidet der Knabe etwa aufgrund eines Narkosezwischenfalls einen hypoxischen Hirnschaden, wird an den Operateur und den Anästhesisten schnell die Frage gestellt werden, weshalb das Kind ohne medizinische Indikation – und damit ohne Not – einem solchen Risiko

ausgesetzt wurde. Mit dem Hinweis auf eine jahrtausend alte religiöse Tradition, aber auch mit den anderen Argumenten der Beschneidungs-Befürworter ließe sich diese Frage nicht ohne weiteres beantworten. Im übrigen würden in einem solchen Fall vermutlich auch die Eltern nach dem Staatsanwalt rufen.

Ganz gleich, welcher Auffassung man auch folgt, kann vor dem Hintergrund des Urteils des Landgerichts Köln an Urologen und Kinderchirurgen nur der Rat gehen, den an sie herangetragenen Wunsch auf Durchführung von Beschneidungen etwa mit dem Hinweis auf unkalkulierbare forensische Risiken abzulehnen<sup>5</sup>. Dies gilt auch für den hinzugezogenen Anästhesisten, da auch er andernfalls riskiert, sich – mangels wirksamer Einwilligung in die Beschneidung und die begleitende Anästhesie – wegen Beihilfe zur Körperverletzung oder sogar wegen Körperverletzung in Mittäterschaft strafbar zu machen.

Die Empfehlung gilt jedenfalls solange, wie andere Gerichte nicht anders entschieden haben oder die Beschneidung ausdrücklich gesetzlich gestattet wird. Die rituelle Beschneidung Minderjähriger ist strafrechtlich riskant geworden, und zwar unabhängig davon, ob es hierbei zu operativen oder anästhesiologischen Komplikationen kommt oder nicht. Denn nach Auffassung des LG Köln wird bei jeder rituellen Beschneidung grundsätzlich der Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, der Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vorsieht. Auch wenn das Urteil des LG Köln keine höchstrichterliche Entscheidung ist und folglich keine Bindungswirkung für andere Gerichte entfaltet, ist nicht ausgeschlossen, dass einige Staatsanwälte diese Auffassung teilen und ihre Strafverfolgungspraxis dahingehend „ausrichten“ und nicht nur Urologen und Kinderchirurgen, sondern auch Anästhesisten ins „Visier“ nehmen werden. Für die Ärzte dürfte es im Hinblick auf die breite öffentliche Berichterstattung über das Urteil für zukünftige Handlungen schwer werden, sich auf einen „unvermeidbaren Verbotsirrtum“ zu berufen.

<sup>4</sup> LG Köln, Urteil vom 07.05.2012, Az. 151 Ns 169/11 (Vorinstanz: AG Köln, Az. 528 Ds 30/11)

<sup>5</sup> so auch die Bundesärztekammer (Interview „Die Welt“ mit Dr. Montgomery vom 9.7.2012, www.welt.de)

## Gemeinsames öffentliches Auftreten von Anästhesisten untereinander und mit Operateuren (auch Zahnärzten) außerhalb von Gemeinschaftspraxen

Elmar Mertens, Aachen

Auf Homepages operativ tätiger Kolleginnen und Kollegen, Praxisschildern und diversen Schriftstücken ist immer wieder festzustellen, dass das gemeinsame Auftreten von Anästhesistinnen und Anästhesisten sowohl untereinander als auch mit den Operateuren bzw. Zahnärzten nicht kritisch genug gesehen wird:

### Gemeinsame Haftung

Sofern nach Außen in irgendeiner Weise für Patienten der Eindruck eines gemeinsamen Handelns erweckt wird, besteht immer die Gefahr, dass diese Kooperationsform als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR/BGB-Gesellschaft) gemäß §§ 705 ff Bürgerlichem Gesetzbuch angesehen wird. Dies kann die Konsequenz haben, dass alle an der vermeintlichen Gesellschaft Beteiligten gemeinschaftlich haften und zwar u.U. auch für Fehler eines der Beteiligten. Es kommt für die Haftung nur auf den „Rechtsschein“ nach außen an, deshalb entlastet es die Beteiligten nicht, dass ggf. gar kein Gesellschaftervertrag vorliegt und eine solche Bindung von den Beteiligten nicht gewollt war. Im Übrigen kann ein Gesellschaftsvertrag rechtswirksam auch mündlich abgeschlossen werden.

In dem einschlägigen Urteil vom 08.11.2005 (Az. VI ZR 319/04)<sup>6</sup> führt der BGH aus:

*„Sowohl die Organisation der belegärztlichen Zusammenarbeit zwischen den Beklagten sowie Dr. S. und Dr. R. als auch ihr Auftreten nach außen gegenüber den Patienten erfüllen diese Merkmale einer „Gemeinschaftspraxis“.*

Auch wenn es sich im vorliegenden höchstrichterlichen Urteil um eine belegärztliche Tätigkeit handelte, ist die Entscheidung eins zu eins auf jede sonstige ärztliche Tätigkeit zu übertragen. Es existierte auch in dem vom BGH beurteilten Fall kein schriftlicher Kooperationsvertrag.

### Praxisschild

Die Verpflichtung zum Anbringen und Festlegungen zur Gestaltung des Praxisschildes spielt im **Berufsrecht** der (Zahn-) Ärztekammern eine erhebliche Rolle. Gemeinsam ein Praxisschild zu führen, bedeutet auch, eine (zahn-) ärztliche Kooperation in welcher Form auch immer eingegangen zu sein. Sofern überhaupt je nach den regional unterschiedlichen Genehmigungsvoraussetzungen möglich, müssen Kooperationen z.B. von Zahnärzten mit Anästhesisten, die über das reine „Hinzuziehen“ hinausgehen, berufsrechtlich genehmigt sein (z.B. im MVZ). Ein (Zahn-) Arzt, der bereits an einer anderen Adresse, auf die seine Zulassung lautet, ein Praxisschild führt, eröffnet mit der Führung eines weiteren Praxisschildes eine anzeigepflichtige Zweigpraxis (MBO).

Auch das **Zulassungsrecht** ist hier zu beachten, da nach außen hin das Führen eines gemeinsamen Schildes demonstriert, dass es sich ggf. um eine Berufsausübungsgemeinschaft im zulassungsrechtlichen Sinne (gem. § 33 Zulassungsverordnung) handelt. D.h. es ist nur das möglich und zulässig, was vom Zulassungsausschuss genehmigt wurde. Und nur dies darf dann auch nach außen (= dem potentiellen Patienten) angekündigt werden.

Verstöße können sowohl von den Ärztekammern als auch von den KVen über das jeweilige Disziplinarrecht geahndet werden.

### Formulare

Häufig erscheint es wünschenswert, gemeinsam Informationen für Operateur und Anästhesisten (z.B. gemeinsame Anamnese- und Informationsbögen) einzuholen oder dem Patienten an die Hand zu geben. Derartiges gemeinsames Auftreten kann nahelegen, dass es sich um eine gemeinsame Berufsausübung und einen einheitlichen (= gemeinsamen) Behandlungsvertrag mit den unter Haftungsfragen beschriebenen Folgen handelt.

### Internet

Häufig legen Operateure bzw. Zahnärzte Wert darauf, auch „ihren“ Anästhesisten auf der Praxis-Homepage Raum einzuräumen. Dagegen ist prinzipiell nichts einzuwenden, sofern eine auch für Laien

nachvollziehbare Erklärung der Kooperationsform erfolgt. Hierzu reicht das Impressum, an welches im Übrigen eigene, hohe Anforderungen zu stellen sind, nicht aus. Um Missverständnisse beim Patienten auszuschließen, sollten z.B. Formulierungen wie: „Zu Narkosen werden regelmäßig die Anästhesisten Dr. A. und Dr. B aus der (Gemeinschafts-) Praxis (abweichende Adresse!) hinzugezogen“. Hierbei ist sinnvoll, an dieser Stelle einen Link auf die Anästhesiepraxis einzurichten, wodurch zusätzlich klargestellt ist, dass es sich um eine andere von der Praxis des Operateurs zu trennende, eigenständige Einrichtung handelt.

Ähnliches gilt auch für Homepages fachgleicher Kooperationen (z.B. Ärztenverbände, Netze etc.).

### Sonderfall Schwangerschaftsabbruch

Grundsätzlich ist es in Deutschland untersagt und mit Strafe bedroht, öffentlich für einen Schwangerschaftsabbruch zu werben oder in diesem Rahmen eine Dienstleistung anzubieten (§ 219a StGB). Dies betrifft auch den Anästhesisten. Da diese Eingriffe in einigen Gesellschaftskreisen umstritten sind, werden von bestimmten Organisationen immer wieder die Homepages gynäkologischer Praxen kontrolliert. Allein die Erwähnung der Tatsache, dass Abbrüche durchgeführt werden, reicht für manche Staatsanwaltschaften aus, tätig zu werden. In diesen Fällen muss auch der auf der Homepage genannte Anästhesist befürchten, dass gegen ihn ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wird.

### Behandlungsvertrag

Sofern es sich z.B. in Informationsmaterial zum postoperativen Verhalten nicht vermeiden lässt, in irgendeiner Weise gemeinschaftlich (z.B. gemeinsame Tel. Nr.) aufzutreten, sollte dort oder zuvor an anderer Stelle immer klargestellt sein, dass getrennte Behandlungsverträge bestehen. Dies gilt auch für den Fall, dass ein Operateur zwei in Einzelpraxis tätige Anästhesisten hinzuzieht und gelegentlich der eine das Prämedikationsgespräch und der andere später die Narkose durchführt. Neben der dann erforderlichen Schweigepflicht-Entbindung sind auch die Besonderheiten in der KV-Abrechnung zu beachten.

<sup>6</sup> www.bda.de/urteile/db/

## BAG: Altersabhängige Staffelung der Urlaubsdauer unzulässig!

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Nach dem Bundesurlaubsgesetz steht jedem Arbeitnehmer unabhängig vom Lebensalter ein Erholungsurlaub von 24 Werktagen zu (§§ 1 u. 3 Abs. 1 BUrlG). In vielen Tarifverträgen richtet sich die Dauer der Urlaubsanspruch hingegen nach dem Lebensalter des Arbeitnehmers (z.B. § 26 TVöD-K, § 27 TV-Ärzte/VKA, § 3 Anl. 14 AVR Caritas) und beträgt zwischen 26 und 30 Arbeitstagen pro Kalenderjahr.

### § 26 Abs. 1 TVöD

„Beschäftigte haben in jedem Kalenderjahr Anspruch auf Erholungsurlaub unter Fortzahlung des Entgelts (§ 21). Bei Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf fünf Tage in der Kalenderwoche beträgt der Urlaubsanspruch in jedem Kalenderjahr

bis zum vollendeten

30. Lebensjahr 26 Arbeitstage,

bis zum vollendeten

40. Lebensjahr 29 Arbeitstage und

nach dem vollendeten

40. Lebensjahr 30 Arbeitstage ...“

Nach Ansicht des Bundesarbeitsgericht verstößt diese altersabhängige Staffelung der Urlaubsdauer gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)<sup>7</sup>. Nach § 7 Abs. 1 und Abs. 2 AGG iVm. § 1 AGG dürfen Beschäftigte u.a. nicht wegen ihres Alters benachteiligt werden, wobei eine unmittelbare Benachteiligung vorliegt, wenn eine Person wegen ihres Alters eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

In der Pressemitteilung Nr. 22/12 führt das BAG aus:

„Die Differenzierung der Urlaubsdauer nach dem Lebensalter in § 26 Abs. 1 Satz 2 TVöD benachteiligt

*Beschäftigte, die das 40. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, unmittelbar und verstößt gegen das Verbot der Benachteiligung wegen des Alters. Die tarifliche Urlaubsstaffelung verfolgt nicht das legitime Ziel, einem gesteigerten Erholungsbedürfnis älterer Menschen Rechnung zu tragen. Ein gesteigertes Erholungsbedürfnis von Beschäftigten bereits ab dem 30. bzw. 40. Lebensjahr ließe sich auch kaum begründen. Der Verstoß der in § 26 Abs. 1 Satz 2 TVöD angeordneten Staffelung der Urlaubsdauer gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters kann nur beseitigt werden, indem die Dauer des Urlaubs der wegen ihres Alters diskriminierten Beschäftigten in der Art und Weise „nach oben“ angepasst wird, dass auch ihr Urlaubsanspruch in jedem Kalenderjahr 30 Arbeitstage beträgt.“*

Auch wenn die Entscheidung den TVöD betrifft, so sind die Ausführungen für alle Tarifverträge, die eine altersabhängige Staffelung der Urlaubsdauer vorsehen, analog anwendbar. Betroffene Arbeitnehmer sollten die zusätzlichen Urlaubstage umgehend gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich geltend machen, um etwaige tarifliche Ausschlussfristen zu wahren. Ob ein solcher Anspruch auch für die vergangenen Kalenderjahre existiert, kann erst nach Vorliegen der BGH-Entscheidung im Volltext beurteilt werden.

## Urteil zur Honorierung von Leistungen des AOP-Kataloges

Elmar Mertens, Aachen

Prinzipiell schreibt der § 115b SGB V seit vielen Jahren beim Honorar eine „einheitliche Vergütung für Krankenhäuser und Vertragsärzte“ vor. Je nach KV wurde dies über die Jahre für Vertragsärzte mehr oder weniger umgesetzt. Verkompliziert wurde die Einschätzung der Situation durch ein anhängiges Sozialgerichtsverfahren gegen die Entscheidung des Bundesschiedsamtes, u. a. für das Jahr 2007 einen AOP-Vertrag festzulegen, in dem für Vertragsärzte bundeseinheitlich ein fester Punktwert und eine extrabudgetäre Vergütung vorgeschrieben wurde. Dieses

Verfahren liegt immer noch dem BSG zur Entscheidung vor. Die folgenden, über eine Einigung der „Dreieitigen Partner“ festgelegten AOP-Verträge, auch der ab 1. Juni 2012 gültige, stehen deshalb unter einem entsprechenden Vorbehalt.

Gleichwohl leitet sich aus der Formulierung des § 115b SGB V aus Sicht des BDA ein Anspruch auf eine nicht budgetierte Vergütung für Vertragsärzte zu den gleichen Honorarkonditionen, zu denen auch Krankenhäuser die Leistungen des AOP-Kataloges mit den Krankenkassen abrechnen, ab.

In einem dafür geeigneten Fall wurde deshalb vom BDA ein Verfahren vor dem Sozialgericht Hannover (über den Rechtsschutz im Sozialrecht) unterstützt, in welchem es genau um diese Frage geht: Die KV-Niedersachsen hatte den Anästhesisten im Jahr 2007 nämlich keinen festen Punktwert und dies zudem nicht extrabudgetär gezahlt. In erster Instanz ist das Sozialgericht Hannover der Auffassung des BDA gefolgt und hat die KV zu einer Nachvergütung verurteilt (Az. S 65 KA 689/11). Wie zu erwarten war, ist die KV in Berufung gegangen, es ist also später die Entscheidung vor einem höheren Gericht zu erwarten, und das Urteil wurde nicht rechtskräftig.

Es muss darauf hingewiesen sein, dass für die Anästhesisten, die durch die Honorarverteilung in ihrer KV bei den AOP-Leistungen gegenüber Krankenhäusern benachteiligt sind, evtl. Aussicht auf eine höhere Vergütung besteht. Dies allerdings auch nur, wenn Honorarbescheide keine Rechtskraft erlangen bzw. erlangt haben. Sofern es zur gleichen Fragestellung weitere schwebende Verfahren gibt, sollte im Verfahrensverlauf auf diese erste positive Entscheidung verwiesen werden.

## Veranstaltungstipp

### Deutsch-Österreichische Medizinrechtstagung – „Recht am See“

12. - 13.10.2012 in Mondsee, Österreich

Anmeldedflyer: [www.bda.de](http://www.bda.de)

<sup>7</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2012, Az. 9 AZR 529/10 = Pressemitteilung Nr. 22/12, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)