

Plener | Dr. Selenkewitsch | Neue Grünstraße 17 | 10179 Berlin

**Anke Plener**

Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Medizinrecht  
Fachanwältin für Sozialrecht  
Mediatorin

**Dr. Ilja Selenkewitsch**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Abogado (Spanien)  
Mediator

Kontorhaus am Spittelmarkt  
Neue Grünstraße 17  
10179 Berlin

Telefon: +49 (0)30/206 53 953  
Telefax: +49 (0)30/206 53 954

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir sind eine auf Gesundheits- und Arbeitsrecht spezialisierte Kanzlei und freuen uns, Ihnen unseren Newsletter auszuhändigen.

Bei diesem stellen wir Ihnen einige interessante Urteile aus unseren Spezialgebieten vor. Selbstverständlich können Sie uns auch Themen benennen, die Sie in dem nächsten Newsletter von uns betrachtet sehen wollen. Darauf sind wir schon sehr gespannt und freuen uns auf Ihr Feedback!

Ihre Rechtsanwälte

Anke Plener und Dr. Ilja Selenkewitsch

## Unsere Themen heute:

- **Kein Anspruch auf Löschung bzw. Unterlassung der Speicherung von Arzt- und Praxisdaten**
- **Pflegedienst-Betreiber, der vertragswidrig unterqualifiziertes Personal einsetzt, begeht Abrechnungsbetrug zum Nachteil der zuständigen Kranken- und Pflegekasse**
- **Pseudoärztliche Behandlung durch „Wunderheiler“ nicht strafbar – Ein Freifahrtschein für Scharlatanerie?**

## **BGH schränkt Rechtsschutz von Ärzten gegenüber Betreibern von Online-Bewertungsportalen weiter ein: Kein Anspruch auf Löschung bzw. Unterlassung der Speicherung von Arzt- und Praxisdaten**

Ein Arzt hat keinen Anspruch auf Löschung seiner Praxisdaten aus einem online zugänglichen Bewertungsportal für Ärzte. Gleiches gilt für einen Anspruch auf Unterlassung der Speicherung jener Daten. So urteilte kürzlich der BGH (Urteil v. 23.09.2014; Az. VI ZR 358/13) und bestätigte damit die Entscheidungen der Vorinstanzen (LG München I und AG München).

Die Beklagte, Betreiberin eines Internet-Portals zur Arztsuche und -bewertung, hatte über den Kläger, einen niedergelassenen Gynäkologen, dessen Namen, akademischen Grad, Fachrichtung, Praxisanschrift sowie mehrere Nutzerbewertungen über ihn gespeichert. Zur Abgabe einer Bewertung ist eine Registrierung mit einer zu verifizierenden E-Mail-Adresse erforderlich. Der Arzt klagte auf vollständige Löschung seines bisherigen Profils, gestützt auf § 35 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BDSG, § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 4 BDSG, sowie auf Unterlassung der Speicherung jener Daten und Bewertungen in Zukunft gem. § 1004 BGB (analog).

Bereits das AG München (Urteil v. 12.10.2012; Az. 158 C 13912/12) führte hierzu Folgendes aus: Dreh- und Angelpunkt all dieser Ansprüche sei die Frage, ob der Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der Nichterhebung und -speicherung der Daten im Sinne von § 29 Abs. 1 Nr. 1 BDSG habe. Da die erhobenen Daten unzweifelhaft aus allgemein zugänglichen Quellen stammten, müsse das Interesse des Klägers an deren Nichterhebung das der Beklagten auf Erhebung und Speicherung sogar offensichtlich überwiegen, § 29 Abs. 1 Nr. 2 BDSG. Dies könne vorliegend nicht angenommen werden. Der § 29 Abs. 1 BDSG diene dem Ausgleich grundrechtlich geschützter Interessen: dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG auf Seiten des Betroffenen (Klägers) und dem Recht auf Kommunikationsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG auf Seiten der die Daten erhebenden Beklagten. Bei der Abwägung dieser beiden Grundrechte ist die sog. „Sphärentheorie“ des BVerfG zu beachten. Nach Ansicht des BGH sei auf Seiten des Klägers vorliegend nur die „Sozialsphäre“ betroffen, in der sich die „persönliche Entfaltung von vornherein im Kontakt mit anderen Personen vollziehe“. Hier müsse der Einzelne mit der Beobachtung und (ggf. kritischen) Bewertung seines Verhaltens durch die breite Öffentlichkeit rechnen. Insofern der Kläger das Missbrauchspotential der Bewertungsplattform rügte, verwiesen ihn die Gerichte auf die Möglichkeit, erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen über § 35 BDSG löschen zu lassen. Im Übrigen überwiege das Recht der Öffentlichkeit auf Informationsfreiheit, welches ebenfalls von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt werde und neben das Recht der Beklagten auf Kommunikationsfreiheit trete.

In Zusammenschau mit einem anderen aktuellen Urteil des BGH (Urteil v. 01.07.2014; Az. VI ZR 345/13), in dem einem Arzt sogar im Falle einer persönlichkeitsrechtsverletzenden User-Bewertung auf einem Online-Bewertungsportal ein Anspruch gegen den Portalbetreiber auf Herausgabe der

Kontaktdaten des Users versagt wurde, ist die vorliegende Entscheidung als erhebliche Einschränkung des ärztlichen Rechtsschutzes zu sehen.

**BGH: Pflegedienst-Betreiber, der vertragswidrig unterqualifiziertes Personal einsetzt, begeht Abrechnungsbetrug zum Nachteil der zuständigen Kranken- und Pflegekasse**

Wer als Betreiber eines ambulanten Pflegedienstes seine Pflichten aus einem mit der Kranken- und Pflegekasse geschlossenen Pflegevertrag verletzt, indem er die Leistungen durch unterqualifiziertes Personal durchführen lässt, führt nicht nur eine Schlechtleistung aus, sondern macht sich wegen Betruges strafbar. So entschied der BGH (Beschluss v. 16.06.2014; Az. 4 StR 21/14) in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils des LG Hagen.

Die Angeklagte betrieb einen privaten ambulanten Pflegedienst und wurde von der Ehefrau eines Wachkomapatienten mit dessen Pflege beauftragt. Die für den Patienten zuständige Kranken- und Pflegekasse bewilligte diesem eine 24- bzw. 14-stündige tägliche Pflegebehandlung und schloss mit der Angeklagten einen Vertrag über die Durchführung der häuslichen Krankenpflege. In diesem war u.a. geregelt, dass der Pflegedienst die Vertragsleistungen nur von weitergebildeten Fachgesundheits- und Krankenpflegern/-innen für Intensivpflege und Anästhesie durchführen, wenigstens aber anweisen und überwachen lassen solle. Die Angeklagte ließ sich diese Leistungen mit 29 bzw. 32 EUR pro Stunde vergüten. Personen mit den genannten Qualifikationen waren jedoch zu keinem Zeitpunkt an der Pflege beteiligt. Stattdessen bediente sich die Angeklagte examinierter Krankenschwestern, Altenpfleger/-innen, Altenpflegehelfer/-innen und auszubildenden Krankenschwestern, die sie selbst instruierte. Für Notfälle verwies sie die Pfleger/-innen darauf, einen Notarzt zu rufen. Darüber hinaus deckte die Pflege lediglich einen Zeitraum von 5,5 – 7,5 Stunden täglich ab. Eine gesundheitliche Beeinträchtigung des Patienten durch die vertragswidrige Pflegebehandlung war indes nicht festzustellen. Über einen Zeitraum von knapp zwei Jahren stellte die Angeklagte insgesamt 123 Rechnungen aus, die überhöhte Behandlungszeiträume auswiesen. Auf 91 der jeweils beigefügten Leistungsnachweise fälschte die Angeklagte die Unterschrift der Ehefrau des Patienten. Sowohl das LG Hagen als auch der BGH sehen in der Einreichung der Abrechnungen einen Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB und in der Unterschriftenfälschung eine gewerbsmäßige Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1, 3 S. 2 Nr. 1 StGB. Begründungsbedürftig und daher so interessant war im Rahmen der Betrugsprüfung die Annahme eines Vermögensschadens auf Seiten der Kranken- und Pflegekasse, da die Pflegeleistungen nur vertragswidrig, im Übrigen aber gerade ordnungsgemäß durchgeführt wurden. Insofern ließe sich argumentieren, die Leistung sei ihr Geld wert gewesen. Einem solchen Ansatz erteilt der BGH eine unmissverständliche Absage. Zwar gelte im Rahmen des § 263 StGB ein wirtschaftlicher und kein normativer Schadensbegriff. Ein wirtschaftlicher Schaden liege jedoch dann vor, wenn der Pflegedienstbetreiber gegenüber der Pflege- und Krankenkasse keinen Anspruch auf Vergütung habe, was sich nach dem Sozialrecht richte. Die Rechtsprechung der Sozialgerichte, welche verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei, wende hierbei insofern eine rein „formale

Betrachtungsweise“ an, als für das Bestehen eines Vergütungsanspruchs allein maßgeblich sei, ob das Pflegepersonal die vertraglich vereinbarte Qualifikation aufweise. Dass die Pflegeleistungen im Übrigen ordnungsgemäß durchgeführt würden, sei irrelevant. Weiterhin stellte der BGH die Schlechtleistung unter Verweis auf eine aktuelle Entscheidung des BGH (Beschluss v. 02.07.2014; Az. 5 StR 182/14) zum Abrechnungsbetrug einer Nichtleistung gleich. Die Unterqualifizierung des Personals hätte im hypothetischen Fall von Komplikationen bis zum Eintreffen eines Notarztes zu einem völligen Versagen der Behandlung geführt, was zu schwerwiegenden Gesundheitsschäden beim Patienten hätte führen können. Die abstrakte Gefahr einer unzureichenden Behandlung im Notfall rechtfertige daher die Annahme, der Wert der Leistung (Pflege) entspreche dem der Gegenleistung (Vergütung) nicht. Die Pflege sei wirtschaftlich sogar wertlos. Soweit es um die Annahme eines Betruges wegen der Abrechnungen mit überhöhter Stundenzahl sowie um die Annahme von Urkundenfälschung bzgl. der gefälschten Unterschriften ging, sah der BGH das Urteil des LG Hagen als offensichtlich korrekt an.

Zweifelhaft ist, ob sich diese Rechtsprechung übertragen lässt auf den Fall, dass eine Behandlung durch einen Chefarzt vereinbart, diese aber durch einen „normalen“ Arzt durchgeführt wird, da dieser eine hinreichende Qualifikation zur Behandlung von Notfällen hat. Weiterhin ist vor dem Hintergrund des aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Bestimmtheitsgebotes festzuhalten, dass sich die vorliegende Entscheidung sicherlich am Rande des verfassungsrechtlich Zulässigen bewegt. In der zitierten Entscheidung des 5. BGH-Strafsenats werden im Hinblick auf eine BVerfG-Entscheidung (Beschluss v. 23.06.2010; Az. 2 BvR 2559/08) Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsprechung zum sog. „persönlichen Schadenseinschlag“ geäußert. In einer solchen Fallkonstellation entsprechen Leistung und Gegenleistung einander wirtschaftlich. Dennoch soll ein Schaden anzunehmen sein, wenn der Geschädigte mit der Gegenleistung persönlich nichts anfangen könne. Einen derartigen Fall hatte der BGH weder im dortigen noch im vorliegenden Sachverhalt erblickt. Die hier zugrundeliegenden Erwägungen der Sozialgerichte gehen indes in eine ähnliche Richtung wie die zum „persönlichen Schadenseinschlag“. Eine endgültige Bestätigung dieser Sozialrechtsprechung durch das BVerfG bleibt daher abzuwarten.

### **AG Gießen: Pseudoärztliche Behandlung durch „Wunderheiler“ nicht strafbar – Ein Freifahrtschein für Scharlatanerie?**

Das Anbieten von pseudoärztlicher Heilbehandlung z.B. durch Handauflegen oder Fernbehandlung per Telefon gegen Entgelt ist weder erlaubnispflichtig noch strafbar.

Dies entschied das AG Gießen (Urteil v. 12.06.2014; Az. 507 Cs 402 Js 6823/11) in einer Strafsache gegen einen angeklagten „Wunderheiler“. Dieser war nach eigener Überzeugung zur „Wunderheilung“ durch übersinnliche Kräfte befähigt, erstellte Diagnosen durch Vorhalten eines Pendels und „heilte“ durch Handauflegen bzw. telefonisch. Er erhielt für die „Behandlung“ in 58 Fällen jeweils zwischen 60 und 1000 EUR.

Das AG Gießen sah diese Tätigkeit nicht als Heilbehandlung im Sinne von § 1 Abs. 2 HeilpraktikerG an. Mithin unterliege sie nicht der Erlaubnispflicht des § 1 Abs. 1 HeilpraktikerG. Hierzu fehle es an dem notwendigen Gefährdungspotenzial der Behandlung für die Patienten: In Übereinstimmung mit einer aktuellen Entscheidung des BGH (NJW 2011, 3591) hält das Gericht nur solche Behandlungen, die gesundheitliche Schäden verursachen können, für erlaubnispflichtig. Die Erlaubnispflicht erfülle hingegen nicht den Zweck, den Patienten vor falscher Wahrnehmung zu schützen. Die abstrakte Gefährlichkeit einer solchen „geistigen Behandlung“ könne sich nur dann ergeben, wenn der „Wunderheiler“ die notwendige (fach-) ärztliche Behandlung dadurch verzögerte oder vereitelte, dass er seine Patienten hiervon abriete. Dies war vorliegend jedoch nicht der Fall; der Angeklagte hatte viele seiner Patienten sogar ausdrücklich dazu geraten, auch einen „richtigen“ Arzt aufzusuchen. Eine Strafbarkeit nach § 5 HeilpraktikerG schied daher in diesem Fall aus.

Nach Auffassung der Staatsanwaltschaft lag in dem Verhalten des Angeklagten ferner ein (teilweise nur versuchter) Betrug gem. § 263 StGB in 58 Fällen. Hiergegen führte das AG Gießen zweierlei aus: Darüber, dass der Angeklagte Arzt oder geprüfter und zugelassener Heilpraktiker sei, habe er seine Patienten nicht getäuscht. Eine Täuschung über Tatsachen könne einzig damit begründet werden, dass der Angeklagte seinen Patienten gegenüber vorgab, ihre Krankheiten durch übersinnliche Kräfte heilen zu können. Da nach den Feststellungen des Gerichts der Angeklagte jedoch selbst daran glaubte, zur Heilung befähigt zu sein, fehlte es insoweit am Betrugs-Vorsatz. Täusche ein „Wunderheiler“ einen Patienten hingegen bewusst über die Unwirksamkeit seiner Behandlung, liege hierin ein Betrug, mahnte das Gericht.

Einen „Freifahrtschein“ für Scharlatanerie hat das AG Gießen den „Wunderheilern“ daher nicht ausgestellt.