

ihn Abschnitt 3 des AufenthG Anwendung findet und in den früheren Aufenthaltserlaubnissen zu Unrecht auf § 18 AufenthG (Aufenthalt zum Zweck der Erwerbstätigkeit) abgestellt worden war. Das Visum, mit dem der Kl. eingereist ist, enthält die Zweckbestimmung „nur zum Studium, Erwerbstätigkeit nicht gestattet“. Dies entspricht dem vom Kl. angegebenen Einreiseweck, nämlich der beruflichen Qualifizierung als Arzt. Die von der Bekl. verlängerten befristeten Aufenthaltserlaubnisse weisen dann auch darauf hin, dass die Aufenthaltsgenehmigung mit Beendigung der Beschäftigung als Gastarzt bzw. mit Beendigung der Beschäftigung bei D. erlischt. Auch nach Beendigung des Status als Gastarzt weist der Arbeitsvertrag des Kl. v. 20.9.2006 in seinem § 1 aus, dass die Beschäftigung auch zum Zwecke der eigenen Weiterqualifikation erfolgt. Mit der Weiterqualifikation ist Bezug genommen auf die Absicht des Kl., in Deutschland die Gebietsbezeichnung als Facharzt für Gefäß- bzw. Herzchirurgie zu erwerben. Eine solche Weiterbildung setzt ein Vertragsverhältnis voraus, sie erfolgt gem. § 5 Abs. 2 der Weiterbildungsordnung der Ärztekammer Niedersachsen v. 27.11.2004 (zuletzt geändert zum 1.2.2010) „im Rahmen angemessen vergüteter ärztlicher Berufstätigkeit unter Anleitung zur Weiterbildung ermächtigter Ärzte“. Damit steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass Zweck des Aufenthaltes des Kl. eine betriebliche Weiterbildung i. S. des § 17 S. 1 AufenthG war. Liegt es aber so, kann ihm eine Niederlassungserlaubnis nach § 9 AufenthG schon deshalb nicht erteilt werden, weil die Anwendbarkeit dieser Vorschrift gem. § 17 S. 3 AufenthG aufgrund der entsprechenden Anwendung des § 16 Abs. 2 S. 2 AufenthG ausgeschlossen ist.

Unabhängig davon erfüllt der Kl. auch nicht die Voraussetzung des § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 AufenthG, weil er nicht im Besitz einer für eine dauernde Ausübung seiner Erwerbstätigkeit erforderlichen Erlaubnis ist. Wer im Bundesgebiet den ärztlichen Beruf ausüben will, bedarf der Approbation als Arzt oder einer Erlaubnis zur vorübergehenden Ausübung des ärztlichen Berufs nach Maßgabe des § 10 BÄO. Der Kl. ist zwar in Syrien, nicht aber im Bundesgebiet als Arzt approbiert. Seine ihm erteilte Erlaubnis zur vorübergehenden Ausübung des ärztlichen Berufs in Niedersachsen ist befristet erteilt worden. Seit dem 1.4.2006 hat die Ärztekammer Niedersachsen ihre Aufgabe als zuständige Stelle für die Erteilung der Berufserlaubnis an den Niedersächsischen Zweckverband zur Approbationserteilung, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, übertragen. Die von dort erteilte Berufserlaubnis wurde befristet. § 10 Abs. 2 S. 2 BÄO bestimmt, dass die Erlaubnis nur widerruflich und nur bis zu einer Gesamtdauer der ärztlichen Tätigkeit von höchstens vier Jahren erteilt werden kann. Eine weitere Erteilung ist für den Zeitraum möglich, der erforderlich ist, damit eine unverzüglich nach Erteilung der Erlaubnis begonnene Weiterbildung zum Facharzt abgeschlossen werden kann, die innerhalb von vier Jahren aus vom Antragsteller nicht zu vertretenden Gründen nicht beendet werden konnte (§ 10 Abs. 2 S. 3 BÄO). Auf Grundlage dieser Bestimmung ist die Berufserlaubnis des Kl. bereits verlängert worden. Seine erste Erlaubnis datiert v. 9.9.2003, erteilt noch von der früheren Bezirksregierung E. Unter den beschriebenen Voraussetzungen darf die Verlängerung den Zeitraum von drei Jahren nicht überschreiten, vgl. § 10 Abs. 2 S. 4 BÄO. Auf der Rechtsgrundlage des § 10 Abs. 2 BÄO liegt die maximale Geltungsdauer der Erlaubnis zur vorübergehenden Ausübung des ärztlichen Berufs demgemäß bei sieben Jahren. Diese Frist läuft am 31.10.2010 ab, weil die erste Erlaubnis mit Wirkung v. 1.11.2003 erteilt wurde.

Ob über den Zeitraum von sieben Jahren hinaus der Kl. einen Anspruch auf weitere Verlängerung nach Maßgabe des § 10 Abs. 3 BÄO hat, ist nicht im vorliegenden ausländerrechtlichen Verfahren, sondern ggf. in einem Verfahren gegen die Erlaubnisbehörde zu klären. Zur Zeit ist der Kl. jedenfalls nicht im Besitz einer Erlaubnis, die ihn zur dauer-

den Ausübung seines Berufs berechtigt, wie es § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 AufenthG voraussetzt. Die berufsrechtliche Rechtslage hat eine entwicklungshilfepolitische Zielsetzung. Die in der Bundesrepublik Deutschland gewährte Ausbildung zum Arzt soll möglichst bald der Bevölkerung des Heimatlandes des Arztes zu Gute kommen. Dieser Gedanke wird auch nicht durch den langen Aufenthalt des Kl. in der Bundesrepublik Deutschland verdrängt, insbesondere kein Vertrauensstatbestand geschaffen, der geeignet wäre, einen weitergehenden Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis nach § 10 Abs. 3 BÄO zu begründen (BVerwG, Urt. v. 17.10.1980, BVerwGE 59, 284). Im Übrigen kann die Ermessensentscheidung nach § 10 Abs. 3 BÄO auch nur dahin gehen, die Erlaubnis nochmals zu verlängern, ein Anspruch auf Erteilung einer unbefristeten (dauernden) Berufsausübungserlaubnis kann auf diese Vorschrift nicht gestützt werden.

Nun weist der Kl. darauf hin, dass die Befristung der Erlaubnis zur Berufsausübung im Rahmen des § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 AufenthG unschädlich sei, wenn mit der Befristung nur bezweckt ist, die Berufstauglichkeit des Ausländers erneut zu prüfen. Dies entspricht der Nr. 9.2.1.6.2 der Verwaltungsvorschrift des Bundes zum AufenthG, die davon ausgeht, dass die Voraussetzung in allen den Fällen anzunehmen ist, in denen für Deutsche dieselben Regelungen gelten. Die Verwaltungsvorschrift steht indessen im Widerspruch zu dem eindeutigen Gesetzeswortlaut, der eine Erlaubnis zur dauernden Ausübung der Erwerbstätigkeit verlangt. An diese gesetzliche Bestimmung, nicht an die Verwaltungsvorschrift ist die Kammer gebunden. Als Arzt steht der Kl. damit aufenthaltsrechtlich schlechter da als ein Arbeitnehmer, für den § 9 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG auch eine befristete Aufenthaltserlaubnis ausreichend sein lässt. Die gesetzliche Ungleichbehandlung ist durch die genannte entwicklungspolitische Zielsetzung begründet und gerechtfertigt.

Unabhängig davon liegt ein Ausnahmefall i. S. der Nr. 9.2.1.6.2 VwV AufenthG, der zwingen könnte, von einer auf Dauer erteilten Berufserlaubnis abzusehen, im Fall des Kl. nicht vor. Die weitere Verlängerungsmöglichkeit des § 10 Abs. 3 BÄO setzt entweder voraus, dass sie im Interesse der ärztlichen Versorgung der Bevölkerung liegt oder aber für ausländische Antragsteller weitere, vom Kl. nicht erfüllte Voraussetzungen vorliegen. Erstgenannte Alternative hat keinen Bezug zur Berufstauglichkeit des Kl. als Arzt, sondern dient dem Zweck, den Gesundheitsbehörden die Möglichkeit zu geben, mit dem Instrument der Bedarfslenkung einer durch Ärztemangel hervorgerufenen Unterversorgung der Bevölkerung entgegen zu steuern (BVerwG, Urt. v. 4.2.1982, Buchholz 418.00 Nr. 52). Die zweite Alternative des § 10 Abs. 3 S. 1 BÄO richtet sich ausschließlich an Ausländer und ist schon daher nicht geeignet, einen Ausnahmestatbestand i. S. der Nr. 9.2.1.6.2 der Verwaltungsvorschrift des Bundes zu begründen.

DOI: 10.1007/s00350-011-2955-7

Anspruch auf Opferentschädigung bei durch bewusst falsche Aufklärung erschlichener Einwilligung in eine Schönheitsoperation

OEG § 1 Abs. 1 S. 1; StGB §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 5

1. Ein ärztlicher Eingriff kann als „vorsätzlicher, rechtswidriger tätlicher Angriff“ i. S. des § 1 Abs. 1 S. 1 OEG zu bewerten sein, wenn dieser als vorsätzliche Körperverletzung strafbar ist. Die einschlägige Recht-

sprechung der Strafgerichte, insbesondere des BGH, ist hierbei zu beachten.

2. Eine strafbare vorsätzliche Körperverletzung kann bei einem ärztlichen Eingriff bereits dann vorliegen, wenn der Arzt nicht ordnungsgemäß aufgeklärt hat und der Patient die Einwilligung zum ärztlichen Eingriff bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht erteilt hätte.

3. Ein Patient wird unter Berücksichtigung des Schutzzweckes des OEG dann zum Gewaltopfer, wenn ein als vorsätzliche Körperverletzung strafbarer ärztlicher Eingriff objektiv – also aus der Sicht eines verständigen Dritten – in keiner Weise dem Wohl des Patienten dient. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich der Arzt bei seiner Vorgehensweise im Wesentlichen von eigenen finanziellen Interessen leiten lässt und die gesundheitlichen Belange des Patienten hintangestellt hat. (Leitsätze des Bearbeiters)

BSG, Urt. v. 29. 4. 2010 – B 9 VG 1/09 R (LSG Nordrh.-Westf.)

Problemstellung: Es handelt sich um die Revisionsentscheidung des BSG zu dem in MedR 2009, 433 ff. publizierten Berufungsurteil des LSG Nordrh.-Westf. Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen.

Zum Sachverhalt: Die Beteiligten streiten darüber, ob das SG das damals zuständige (jetzt beigeladene) Land zu Recht verurteilt hat, eine bei der Kl. vorliegende Gesundheitsstörung als Folge eines schädigenden Ereignisses i. S. des § 1 Abs. 1 S. 1 Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten (Opferentschädigungsgesetz [OEG]) festzustellen.

Die 1954 geborene Kl. ließ sich im Jahr 2000 zwei Mal von einem Arzt für Gynäkologie operieren. Zunächst saugte dieser am 13. 1. 2000 im Rahmen eines kosmetischen Eingriffs Fett ab. Danach traten Komplikationen auf. Am 20. 6. 2000 versuchte der Arzt, eine bestehende Fettschürze zu korrigieren, und saugte weiteres Fett ab. Nach diesem Eingriff kam es zu erheblichen Gesundheitsstörungen, die im Krankenhaus behandelt werden mussten.

Zur Zeit der Operationen litt die Kl. neben dem erheblichen Übergewicht an einer Koronarinsuffizienz, Bluthochdruck, Lungeninsuffizienz, insulinpflichtigem Diabetes mellitus sowie einer Darmerkrankung. Darauf machte sie den Arzt vor den operativen Maßnahmen aufmerksam. Dieser wies sie sodann bewusst nicht darauf hin, dass angesichts der Vorerkrankungen bei den Operationen mit einem erheblichen Gesundheitsrisiko, ggf. sogar mit Todesfolge, zu rechnen sei. Die notwendige Aufklärung unterließ der Gynäkologe aus finanziellen Motiven, weil ihm bewusst war, dass die Kl. sonst von den Operationen abgesehen hätte. Er dokumentierte weder ein Aufklärungsgespräch noch eine Einwilligung. Darüber hinaus täuschte er die Kl. über seine Befähigung, die Eingriffe fachgerecht vornehmen zu können.

Das LG A. verurteilte den Gynäkologen wegen vorsätzlicher gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB aufgrund des operativen Eingriffs v. 13. 1. 2000 zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten sowie aufgrund des weiteren Eingriffs v. 20. 6. 2000 zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten. Unter Einbeziehung zahlreicher weiterer Taten zum Nachteil anderer Patienten wurde der Gynäkologe rechtskräftig zu einer mehrjährigen Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt.

Am 22. 11. 2003 beantragte die Kl. beim seinerzeit zuständigen Versorgungsamt A. Leistungen der Beschädigtenversorgung nach dem OEG i. V. mit dem Bundesversorgungsgesetz (BVG). Diesen Antrag lehnte das Versorgungsamt nach Beiziehung des Strafurteils durch Bescheid v. 9. 1. 2004 mit der Begründung ab, die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 S. 1 OEG lägen nicht vor. Das OEG bezwecke ausschließlich die Entschädigung von Kriminalitätsoffern, die vom Staat trotz des von diesem in Anspruch genommenen Gewaltmonopols im Einzelfall nicht ausreichend hätten geschützt werden können. Die hier der strafrechtlichen Verurteilung zugrunde liegenden ärztlichen Kunstfehler seien von diesem Schutzzweck naturgemäß nicht erfasst. Es fehle an einer feindseligen Tendenz i. S. des OEG. Den Widerspruch der Kl. wies die Bezirksregierung M. mit Bescheid v. 22. 6. 2004 zurück.

Das von der Kl. angerufene SG A. hat nach Einholung mehrerer medizinischer Gutachten mit Urt. v. 21. 12. 2006 das (jetzt beigeladene) Land Nordrh.-Westf. unter Aufhebung der angefochtenen

Bescheide verurteilt, die bei der Kl. vorliegende Gesundheitsstörung „Zustand nach Abdominalplastik mit zwei großen quer verlaufenden Narben im Ober- und Unterbauch mit korrigiertem Nabel mit Sensibilitätsstörungen im Narbenbereich“ als durch ein schädigendes Ereignis i. S. von § 1 Abs. 1 S. 1 OEG hervorgerufene Gesundheitsstörung festzustellen. Die darüber hinausgehende Klage auf Gewährung von Versorgung hat das SG – mittlerweile (nach Rücknahme der Berufung der Kl.) rechtskräftig – abgewiesen, weil die festgestellte Gesundheitsstörung lediglich eine Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) um 10 v. H. bedinge.

Gegen seine Verurteilung hat das Land Nordrh.-Westf. Berufung eingelegt. Dieses Rechtsmittel ist nach Inkrafttreten des § 4 Abs. 1 Gesetz zur Eingliederung der Versorgungsämter in die allgemeine Verwaltung des Landes Nordrh.-Westf. (= Art. 1 Zweites Gesetz zur Straffung der Behördenstruktur in Nordrh.-Westf. v. 30. 10. 2007, GVBl.NRW 482 [Eingliederungsgesetz]) ab 1. 1. 2008 vom Landschaftsverband Rheinland weiter geführt und sodann vom LSG Nordrh.-Westf. mit Urt. v. 21. 5. 2008 zurückgewiesen worden.

Der Bekl. macht mit seiner nach Zulassung durch den erkennenden Senat eingelegten Revision eine Verletzung von § 1 Abs. 1 OEG geltend. Zur Begründung führt er u. a. aus:

Durch die Regelungen des OEG wolle der Staat für den Schutz der Bürgerinnen und Bürger insbesondere vor gesundheitlichen Schädigungen durch kriminelle Handlungen wie vor allem Gewalttaten einstehen. Im Lichte dieses Gesetzeszweckes seien auch die einzelnen Tatbestandsmerkmale auszulegen. Ein vorsätzlicher, rechtswidriger tätlicher Angriff i. S. des § 1 Abs. 1 OEG setze daher eine in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines anderen zielende gewaltsame, in der Regel auch handgreifliche Einwirkung voraus.

An einer feindseligen Willensrichtung fehle es hier. Zwar hätten Eingriffe in die körperliche Integrität eines anderen grundsätzlich die Tendenz, diesen zum bloßen Objekt herabzuwürdigen; sie seien deshalb als feindselig zu werten. Wenn aber im Rahmen eines Arzt-Patienten-Verhältnisses die Einwilligung zur Operation vorliege, verliere der Eingriff in die körperliche Integrität seine feindselige Qualität. Im vorliegenden Fall bestehe die Besonderheit, dass die Kl. zwar ihre Einwilligung in beide Operationen gegeben habe, diese aber vom Täter erschlichen worden seien. Das LSG schließe ohne eigene Sachaufklärung aus den vom LG in seinem Strafurteil benannten Motiven für das Erschleichen der Einwilligung und aus der Tatsache der strafrechtlichen Verurteilung, dass der Gynäkologe keine Heilbehandlung vorgenommen habe, weil die Eingriffe nicht zur Heilung geeignet gewesen seien. Letzteres lasse sich aber den einschlägigen Passagen des Landgerichtsurteils nicht entnehmen. Es könne daher nicht davon ausgegangen werden, dass der Operateur der Kl. insofern rechtsfeindlich gesonnen gewesen sei, als er sie dauerhaft habe schädigen wollen. Eine rechtsfeindliche Willensrichtung lasse sich zwar für die fehlerhafte Aufklärung über die Operationsrisiken bejahen. Hieraus resultiere aber nicht gleichzeitig eine rechtsfeindliche Willensrichtung hinsichtlich der anschließenden Operationen. Das Vertrags- und Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient gestatte nur dann die Annahme einer feindseligen Willensrichtung hinsichtlich des operativen Eingriffs, wenn dies bestimmte äußere Umstände nahelegten, etwa wenn sich der Operierende fälschlich als Arzt ausbeuge.

Die beigeladene Bundesrepublik Deutschland hat wie folgt Stellung genommen: Generell liege bei ärztlichen Kunstfehlern keine Gewalttat i. S. des § 1 Abs. 1 OEG vor. Eine strafrechtliche Verurteilung wegen Körperverletzung führe zwar in der Regel auch zur Bejahung eines tätlichen Angriffs. Jedoch sei dies nicht zwangsläufig so. Zusätzlich sei nämlich auch ein tätlicher Angriff in feindseliger Willensrichtung erforderlich. Daran fehle es im konkreten Fall. Das LSG habe den feindseligen Akt wohl im Erschleichen der Einwilligung durch bewusst unzureichende Aufklärung gesehen. Es leuchte jedoch nicht ein, warum ein tätlicher Angriff i. S. des OEG davon abhängen solle, dass der Arzt die Patientin mit Eventualvorsatz unzureichend aufgeklärt habe. Mit einer solchen Argumentation könne praktisch jeder ärztliche Heileingriff, bei dem eine wirksame Einwilligung fehle, als OEG-Fall anerkannt werden, und zwar selbst dann, wenn der ärztliche Eingriff richtig und erfolgreich ausgeführt worden sei und ein Kunstfehler daher überhaupt nicht vorliege. Eine entsprechende Ausweitung des vom OEG erfassten Personenkreises sei vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt gewesen.

Aus den Gründen: [19] 1. Die Revision des Bekl. ist zulässig. Richtiger Bekl. und Revisionskl. ist nunmehr der Direktor des Landschaftsverbandes Rheinland. [20–21] [Wird ausgeführt.]

[22] Die Revision des Bekl. ist unbegründet, denn das LSG hat im Ergebnis zu Recht dessen Berufung gegen das Urte. des SG zurückgewiesen, mit dem dieses die entgegenstehende ablehnende Verwaltungsentscheidung aufgehoben und das seinerzeit beklagte Land zur Feststellung einer Gesundheitsstörung als Folge eines schädigenden Ereignisses von § 1 Abs. 1 S. 1 OEG verurteilt hat. Eine Rechtskraft dieser Entscheidung erstreckt sich gemäß § 141 Abs. 1 Nr. 1 SGG auf den jetzigen Bekl.

[23] Rechtsgrundlage für den von der Kl. in zulässiger Weise mit einer kombinierten Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 54 Abs. 1 S. 1 SGG) geltend gemachten Anspruch auf Feststellung einer bei ihr vorliegenden Gesundheitsstörung als Folge eines schädigenden Ereignisses ist § 1 Abs. 1 S. 1 OEG i. d. F. v. 11. 5. 1976, BGBl. I S. 1118. Danach erhält u. a. derjenige, der im Geltungsbereich des OEG infolge eines vorsätzlichen, rechtswidrigen tätlichen Angriffs gegen seine Person eine gesundheitliche Schädigung erlitten hat, wegen der gesundheitlichen und wirtschaftlichen Folgen auf Antrag Versorgung in entsprechender Anwendung der Vorschriften des BVG. Reicht – wie hier – der Grad der Schädigungsfolgen für einen Anspruch auf Gewährung von Beschädigtenrente nicht aus (vgl. § 31 Abs. 1 BVG), hat der Beschädigte nach der gefestigten Rechtsprechung des BSG einen Anspruch auf isolierte Feststellung (Anerkennung) von Schädigungsfolgen. Denn die Feststellung von Schädigungsfolgen kann als eigenständiger begünstigender Verwaltungsakt Grundlage für weitere Ansprüche oder Rechtsfolgen sein, z. B. Ansprüche auf Heilbehandlung wegen der anerkannten Folgen einer Schädigung (vgl. zum BVG bereits BSGE 9, 80, 83 f. = SozR Nr. 17 zu § 55 SGG; BSGE 12, 25, 26; BSGE 27, 22, 23 = SozR Nr. 59 zu § 77 SGG; BSG, Urte. v. 2. 6. 1970 – 10 RV 69/68 –, KOV 1971, 170; zum Soldatenversorgungsgesetz etwa BSGE 57, 171, 172 = SozR 1500 § 55 Nr. 24, S. 17; BSGE 68, 128, 129 f. = SozR 3-3200 § 81 Nr. 1, S. 3; BSG, SozR 3-1500 § 55 Nr. 18, S. 39; BSG, SozR 3-3200 § 81 Nr. 16, S. 73; zum OEG etwa BSG, Urte. v. 18. 10. 1995 – 9/9a RVg 4/92 –, BSGE 77, 1, 6 = SozR 3-3800 § 1 Nr. 4, S. 15).

[24] Wie SG und LSG im Ergebnis zutreffend erkannt haben, steht der Kl. gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 OEG nach den Umständen des vorliegenden Falles ein Anspruch auf Feststellung der Gesundheitsstörungen zu, die Folgen der im Jahre 2000 von dem Gynäkologen durchgeführten Schönheitsoperationen sind. Denn diese ärztlichen Eingriffe sind als vorsätzliche, rechtswidrige tätliche Angriffe i. S. des § 1 Abs. 1 S. 1 OEG zu werten. Der erkennende Senat legt dabei zunächst seine bisherige Rechtsprechung zum Rechtsbegriff „vorsätzlicher, rechtswidriger tätlicher Angriff“ zugrunde (dazu sub a)). Darüber hinaus ist die Rechtsprechung des BGH zur Strafbarkeit eines ärztlichen Eingriffs als vorsätzliche Körperverletzung von Bedeutung (dazu sub b)). Für diesen Bereich entwickelt der Senat seine bisherige Rechtsprechung dahin weiter, dass ein ärztlicher Eingriff unter bestimmten Voraussetzungen als tätlicher Angriff anzusehen ist (dazu sub c)). Diese Voraussetzungen liegen nach den für den Senat verbindlichen Tatsachenfeststellungen hier vor (dazu sub d)).

[25] a) Die Rechtsprechung des erkennenden Senats zur Auslegung des Rechtsbegriffs „vorsätzlicher, rechtswidriger tätlicher Angriff“ i. S. des § 1 Abs. 1 S. 1 OEG hat sich im Laufe der Jahre anhand einzelner Fallgestaltungen entwickelt. Sie hat sich weitgehend von subjektiven Merkmalen (wie etwa einer kämpferischen, feindseligen Absicht des Täters) gelöst und entscheidend auf die Rechtsfeindlichkeit, vor allem verstanden als Feindlichkeit gegen das Strafgesetz, abgestellt. Dabei hat der erkennende Senat je nach Fallkonstellation unterschiedliche Schwerpunkte gesetzt und verschiedene Betrachtungsweisen zugrunde gelegt. Leitlinie des erkennenden Senats war insoweit der sich aus dem Sinn und Zweck des OEG ergebende Gedanke des

Opferschutzes. Das Vorliegen eines tätlichen Angriffs hat der Senat daher aus der Sicht eines objektiven, vernünftigen Dritten beurteilt und insbesondere sozial angemessenes Verhalten ausgeschieden. Allgemein ist er in seiner bisherigen Rechtsprechung davon ausgegangen, dass als tätlicher Angriff grundsätzlich eine in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines anderen zielende gewaltsame Einwirkung anzusehen ist, wobei in aller Regel die Angriffshandlung den Tatbestand einer – jedenfalls versuchten – vorsätzlichen Straftat gegen das Leben oder die körperliche Unversehrtheit erfüllt (vgl. BSG, Urte. v. 10. 9. 1997 – 9 RVg 1/96 –, BSGE 81, 42, 43 = SozR 3-3800 § 1 Nr. 11, S. 38; BSG, Urte. v. 4. 2. 1998 – B 9 VG 5/96 R –, BSGE 81, 288, 289 = SozR 3-3800 § 1 Nr. 12, S. 42 f.; BSG, Urte. v. 24. 7. 2002 – B 9 VG 4/01 R –, BSGE 90, 6, 8 f. = SozR 3-3800 § 1 Nr. 22, S. 103 f.; BSG, Urte. v. 10. 12. 2003 – B 9 VG 3/02 R –, SozR 4-3800 § 1 Nr. 5, Rdnrn. 6 f.; und zuletzt BSG, Urte. v. 2. 10. 2008 – B 9 VG 2/07 R –, juris, Rdnrn. 14 ff.).

[26] Im Einzelnen hat der erkennende Senat bislang zu folgenden Fallkonstellationen entschieden:

[27] Zunächst hat er unter Bezugnahme auf die Begründung zum Regierungsentwurf eines OEG (BT-Dr. 7/2506, S. 13) für die Annahme einer Angriffshandlung eine in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines anderen zielende Einwirkung verlangt und deshalb einen tätlichen Angriff bei der Flucht vor einem Einbrecher verneint (BSG, Urte. v. 7. 11. 1979 – 9 RVg 1/78 –, BSGE 49, 98, 99 f. = SozR 3800 § 1 Nr. 1, S. 2; BSG, Urte. v. 28. 3. 1984 – 9a RVg 1/83 –, BSGE 56, 234, 236 = SozR 3800 § 1 Nr. 4, S. 9). Diese Rechtsprechung hat er später dahingehend präzisiert, dass unter einen tätlichen Angriff ein gewaltsames, handgreifliches Vorgehen gegen eine Person in kämpferischer, feindseliger Absicht zu verstehen ist, nicht jedoch sozial angemessenes Verhalten, wie das Hochheben einer jungen Frau auf einem Straßenfest (BSG, Urte. v. 23. 10. 1985 – 9a RVg 5/84 –, BSGE 59, 46, 47 ff. = SozR 3800 § 1 Nr. 6, S. 18 ff.).

[28] In Fällen sexuellen Missbrauchs von Kindern i. S. von § 176 StGB hat der Senat dann den Begriff des tätlichen Angriffs umfassender i. S. von Rechtsfeindlichkeit verstanden. Danach kommt es nicht darauf an, welche innere Einstellung der Täter zu dem Opfer hatte und wie das Opfer die Tat empfunden hat. Für den Senat war allein entscheidend, dass die Begehungsweise, nämlich sexuelle Handlungen, eine Straftat war, deretwegen die Täter in diesen Fällen auch bestraft worden sind (BSG, Urte. v. 18. 10. 1995 – 9 RVg 4/93 –, BSGE 77, 7, 8 f. = SozR 3-3800 § 1 Nr. 6, S. 23 f.; BSG, Urte. v. 18. 10. 1995 – 9 RVg 7/93 –, BSGE 77, 11, 13 = SozR 3-3800 § 1 Nr. 7, S. 28 f.; ähnlich auch bei einer Aids-Infektion durch ungeschützten Geschlechtsverkehr: BSG, Urte. v. 18. 10. 1995 – 9 RVg 5/95 –, BSGE 77, 18, 19 = SozR 3-3800 § 2 Nr. 3, S. 7).

[29] Auch eine absichtliche Blockade mit einem Kraftfahrzeug ist als tätlicher Angriff angesehen worden, wenn das Opfer dem gegen ihn gerichteten körperlichen Angriff durch Ausweichen oder Flucht entgehen will und dadurch zu Schaden kommt. Der Senat hat es für genügend erachtet, dass das Handeln des Angreifers vorsätzlich und auf Rechtsbruch gerichtet war. In der Regel reicht danach der vorsätzliche rechtswidrige Angriff gegen die körperliche Integrität oder die körperliche Bewegungsfreiheit aus, um den Tatbestand (des § 1 Abs. 1 S. 1 OEG) zu erfüllen (BSG, Urte. v. 12. 12. 1995 – 9 RVg 1/94 –, SozR 3-3800 § 10a Nr. 1, S. 2 f.).

[30] Ebenso hat es der erkennende Senat beim Zünden eines Feuerwerkskörpers durch einen unbekannt gebliebenen Täter ausreichen lassen, dass das Verhalten des Täters auf Rechtsbruch gerichtet war und dadurch seine Rechtsfeindlichkeit erkennen ließ. Rechtsfeindlich handele, wer vorsätzlich und rechtswidrig einen Angriff gegen

die körperliche Integrität eines anderen richte (BSG, Urt. v. 28.5.1997 – 9 RVg 1/95 –, USK 9714).

[31] Diese Rechtsprechung hat der Senat in seiner Entscheidung zur Gewalt gegen Sachen verbunden mit Drohungen gegenüber dem Opfer fortgeführt: Er ist dort zwar davon ausgegangen, dass ein vorsätzlicher, rechtswidriger tätlicher Angriff grundsätzlich eine in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines anderen zielende, gewaltsame und in der Regel auch handgreifliche Einwirkung erfordert. Zugleich hat er jedoch klargestellt, dass nicht ein aggressives Verhalten, sondern die Rechtsfeindlichkeit des Täterhandelns für das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzung des „tätlichen Angriffs“ maßgeblich ist. Bei Drohungen gegenüber dem Opfer verbunden mit einer unmittelbaren Gewaltanwendung gegen eine Sache hat er es deshalb als entscheidend angesehen, ob aus der Sicht eines objektiven, vernünftigen Dritten ein unmittelbares Ansetzen zu einer gezielten Gewaltanwendung gegen eine Person gegeben ist (BSG, Urt. v. 10.9.1997 – 9 RVg 1/96 –, BSGE 81, 42, 43f. = SozR 3-3800 §1 Nr. 11, S. 38f.; ähnlich BSG, Urt. v. 3.2.1999 – B 9 VG 7/97 R –, SozR 3-3800 §1 Nr. 14, S. 56, zur Verletzungshandlung eines strafrechtlich schuldunfähigen, aber handlungsfähigen Kindes).

[32] In seiner Entscheidung zur Verletzung durch Signalmunition in einer Silvesternacht hat der Senat ein zielgerichtetes, vorsätzliches, aggressives Verhalten gegen eine bestimmte Person nicht für erforderlich gehalten, sondern es für die Annahme eines „tätlichen Angriffs“ ausreichen lassen, dass sich der Angriff gegen andere Personen als das Opfer gerichtet hat (BSG, Urt. v. 4.2.1998 – B 9 VG 5/96 R –, BSGE 81, 288, 289f. = SozR 3-3800 §1 Nr. 12, S. 42ff.). Weiter ist in dieser Entscheidung ausgeführt worden, dass die „Feindseligkeit“, die den „tätlichen Angriff“ i. S. des §1 Abs. 1 OEG kennzeichnet, schon dann zu bejahen ist, wenn mit der Einwirkung auf den Körper des Opfers – zumindest versuchsweise – vorsätzlich ein Straftatbestand verwirklicht wird. „Feindselig“ handelt der Täter auch dann, wenn er unter Verstoß gegen ein Strafgesetz vorsätzlich auf den Körper eines anderen einwirkt (BSGE 81, 288, 292 = SozR 3-3800 §1 Nr. 12, S. 46).

[33] Zum „Mobbing“ als einem sich über längere Zeit hinziehenden Konflikt zwischen dem Opfer und Personen seines gesellschaftlichen Umfeldes hat der erkennende Senat entschieden, dass nur bei einzelnen „Mobbing“-Aktivitäten die Schwelle zur strafbaren Handlung und somit zum kriminellen Unrecht überschritten werden könne; tätliche Angriffe lägen allerdings nur vor, wenn auf den Körper des Opfers gezielt eingewirkt werde, wie z.B. durch einen Fußtritt (BSG, Urt. v. 14.2.2001 – B 9 VG 4/00 R –, BSGE 87, 276, 278 = SozR 3-3800 §1 Nr. 18, S. 72).

[34] In dem Fall einer Bedrohung mit einer scharf geladenen, entschicherten Schusswaffe hat der erkennende Senat, anknüpfend an sein Urt. v. 10.9.1997 (BSGE 81, 42 = SozR 3-3800 §1 Nr. 11), als tätlichen Angriff grundsätzlich eine in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines anderen zielende gewaltsame Einwirkung angesehen. Er hat darauf hingewiesen, dass in aller Regel die Angriffshandlung i. S. des §1 Abs. 1 S. 1 OEG den Tatbestand einer vorsätzlichen Straftat gegen das Leben oder die körperliche Unversehrtheit erfüllen wird. Daneben seien aber auch Begehungsweisen denkbar, bei denen kein strafrechtlich relevanter Erfolg angestrebt werde. Es sei nicht einmal die körperliche Berührung oder auch nur ein darauf zielender Vorsatz erforderlich. Bereits die absichtliche, rechtswidrige Bedrohung eines anderen mit einer scharf geladenen entschicherten Schusswaffe stellt danach einen tätlichen Angriff dar (BSG, Urt. v. 24.7.2002 – B 9 VG 4/01 R –, BSGE 90, 6, 8f. = SozR 3-3800 §1 Nr. 22, S. 103f.). Diese Rechtsprechung hat der Senat in seiner Entscheidung zum Entfernen eines Gullydeckels fortgeführt und darin unter Bezugnahme auf die Entscheidung v. 4.2.1998 (BSGE 81,

288, 289f. = SozR 3-3800 §1 Nr. 12) weiter festgestellt, dass eine Handlung dann nicht als tätlicher Angriff gegen eine Person angesehen werden kann, wenn ihr die erforderliche unmittelbare (feindliche) Ausrichtung auf andere Menschen fehlt (BSG, Urt. v. 10.12.2003 – B 9 VG 3/02 R –, SozR 4-3800 §1 Nr. 5, Rdnrn. 6f.). An diese Rechtsprechung hat der Senat auch in seiner Entscheidung zur körperlichen Durchsuchung einer Person durch falsche Polizeibeamte angeknüpft (BSG, Urt. v. 2.10.2008 – B 9 VG 2/07 R –, juris, Rdnrn. 14ff.).

[35] In Bezug auf eine Kindesentziehung durch List hat der erkennende Senat darauf hingewiesen, dass der Rechtsbegriff des tätlichen Angriffs aus Gründen des sozialen und psychischen Schutzes der Opfer unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des OEG speziell in Fällen eines sexuellen Missbrauchs von Kindern in der Weise ausgelegt worden ist, dass er auch ohne Gewaltanwendung die Ausübung des Geschlechtsverkehrs eines erwachsenen Mannes mit einem Kind unter 14 Jahren erfasst. Bei einer Kindesentziehung hat der Senat jedoch ein entsprechendes Begriffsverständnis abgelehnt, weil dies zu einer Ausweitung der vom OEG erfassten Tatbestände führen würde, die mit der auf eine körperliche Gewaltanwendung abstellenden gesetzgeberischen Konzeption unvereinbar wäre. Eine erweiternde Auslegung ist auch nicht zum Schutz des betroffenen Kindes geboten (vgl. BSG, Urt. v. 12.2.2003 – B 9 VG 2/02 R –, SozR 4-3800 §1 Nr. 1, Rdnrn. 12).

[36] In seiner Entscheidung zur Freiheitsberaubung hat der erkennende Senat ebenfalls maßgeblich darauf abgestellt, dass die Grenze zur Gewalttat i. S. des §1 Abs. OEG jedenfalls dann überschritten ist, wenn eine Person durch Mittel körperlicher Gewalt ihrer Freiheit beraubt und/oder dieser Zustand durch Tätlichkeiten aufrecht erhalten wird (BSG, Urt. v. 30.11.2006 – B 9a VG 4/05 R –, SozR 4-3800 §1 Nr. 10, Rdnr. 13).

[37] Schließlich hat der erkennende Senat in seiner Entscheidung zu einem möglichen tätlichen Angriff eines 4 1/2-jährigen Kindes gegen ein anderes Kind unter Bezugnahme auf die Entscheidung v. 4.2.1998 (BSGE 81, 288 = SozR 3-3800 §1 Nr. 12) erneut hervorgehoben, dass der als „feindselige“ Einwirkung auf den Körper eines anderen definierte tätliche Angriff lediglich erfordert, dass (objektiv) gegen ein Strafgesetz verstoßen wird, das die körperliche Unversehrtheit eines anderen schützt. Dies kann bei einem Stoßen ins Wasser unter Umständen der Fall sein (vgl. BSG, Urt. v. 8.11.2007 – B 9/9a VG 3/06 R –, SozR 4-3800 §1 Nr. 11, Rdnrn. 14, 17).

[38] b) Grundvoraussetzung für die Bewertung eines ärztlichen Eingriffs als „vorsätzlicher, rechtswidriger tätlicher Angriff“ i. S. des §1 Abs. 1 S. 1 OEG ist danach, dass dieser als vorsätzliche Körperverletzung strafbar ist. Deshalb ist die einschlägige Rechtsprechung der Strafgerichte, insbesondere des BGH, zu beachten. Danach erfüllt jeder ärztliche Eingriff den Tatbestand einer (vorsätzlichen) Körperverletzung i. S. des §223 Abs. 1 StGB. Er bedarf grundsätzlich der Einwilligung, um rechtmäßig zu sein. Diese Einwilligung kann nur wirksam erteilt werden, wenn der Patient in der gebotenen Weise über den Eingriff, seinen Verlauf, seine Erfolgsaussichten, seine Risiken und mögliche Behandlungsalternativen aufgeklärt worden ist. Aufklärungsmängel können eine Strafbarkeit des Arztes wegen (vorsätzlicher) Körperverletzung jedoch nur begründen, wenn der Patient bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung nicht in den Eingriff eingewilligt hätte. Das Fehlen einer „hypothetischen Einwilligung“ ist dem Arzt nachzuweisen. Eine Beschränkung der Strafbarkeit kann sich zudem unter dem Gesichtspunkt des Schutzzweckgedankens ergeben, wenn sich ein Risiko realisiert, das nicht in den Schutzbereich der verletzten Aufklärungspflicht fällt. Dies wird etwa dann in Betracht zu ziehen sein, wenn sich der Aufklärungsmangel lediglich aus dem unterlassenen Hin-

weis auf Behandlungsalternativen ergibt, der Patient jedoch eine Grundaufklärung über die Art sowie den Schweregrad des Eingriffs erhalten hat und auch über die schwerstmögliche Beeinträchtigung informiert ist (vgl. aus der neueren Rechtsprechung: BGH, Urt. v. 29. 6. 1995 – 4 StR 760/94 –, BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 4 = MedR 1996, 22, 24 [Verwendung von „Surgibone“-Dübeln]; BGH, Urt. v. 19. 11. 1997 – 3 StR 271/97 –, BGHSt 43, 306, 308f. = NJW 1998, 1802, 1803 [Strahlenbehandlung]; BGH, Beschl. v. 15. 10. 2003 – 1 StR 300/03 –, JR 2004, 251, 252 [Bandscheibenoperation]; BGH, Urt. v. 20. 1. 2004 – 1 StR 319/03 –, JR 2004, 469, 470 [Durchführung einer zweiten Operation zur Bergung einer bei der ersten Operation abgebrochenen Bohrer Spitze]; BGH, Urt. v. 5. 7. 2007 – 4 StR 549/06 –, BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 8 = MedR 2008, 158, 159 [Fettabsaugung mit Todesfolge]; BGH, Urt. v. 23. 10. 2007 – 1 StR 238/07 –, MedR 2008, 435, 436 [„Turboentzug“]; dazu auch Fischer, StGB, 57. Aufl. 2010, § 223, Rdnrn. 9, 15ff., § 228, Rdnrn. 12ff.).

[39] c) Der erkennende Senat entwickelt seine bisherige Rechtsprechung zur Auslegung des Rechtsbegriffs „vorsätzlicher, rechtswidriger tätlicher Angriff“ i. S. des § 1 Abs. 1 S. 1 OEG für die besondere Fallkonstellation des als vorsätzliche Körperverletzung strafbaren ärztlichen Eingriffs weiter.

[40] In aller Regel wird zwar eine Handlung, die den Tatbestand einer – jedenfalls versuchten – vorsätzlichen Straftat gegen das Leben oder die körperliche Unversehrtheit erfüllt, eine Angriffshandlung i. S. des § 1 Abs. 1 S. 1 OEG sein. Die Verletzungshandlung im OEG hat jedoch durch das Tatbestandsmerkmal „vorsätzlicher, rechtswidriger tätlicher Angriff“ – allerdings in Anknüpfung an die Vorschriften des StGB – eine eigenständige gesetzliche Ausprägung gefunden (vgl. hierzu BSG, Urt. v. 28. 3. 1984 – 9a RVg 1/83 –, BSGE 56, 234, 235f. = SozR 3800 § 1 Nr. 4, S. 8f.; BSG, Urt. v. 24. 4. 1991 – 9a/9 RVg 1/89 –, SozR 3-3800 § 1 Nr. 1, S. 2; BSG, Urt. v. 10. 9. 1997 – 9 RVg 1/96 –, BSGE 81, 42, 43 = SozR 3-3800 § 1 Nr. 11, S. 38; BSG, Urt. v. 3. 2. 1999 – B 9 VG 7/97 R –, SozR 3-3800 § 1 Nr. 14, S. 56). Das bedeutet, dass nicht jeder als vorsätzliche Körperverletzung strafbare ärztliche Eingriff zugleich ein „vorsätzlicher, rechtswidriger tätlicher Angriff“ i. S. einer in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines anderen zielenden gewaltsamen Einwirkung sein muss.

[41] Dabei ist zum einen zu berücksichtigen, dass ärztliche Eingriffe – wie die gesamte Tätigkeit des Arztes – von einem Heilauftrag i. S. des § 1 Abs. 1 Bundesärzteordnung (danach dient der Arzt der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes; vgl. dazu auch § 1 Abs. 1 Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte) bestimmt werden (vgl. hierzu Laufs, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, S. 17f.; Quaas/Zuck, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, S. 233f.). Ärztliche Eingriffe werden demnach grundsätzlich in der Absicht durchgeführt, zu heilen und nicht in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf die körperliche Unversehrtheit des Patienten einzuwirken. Zum anderen ergibt sich die Strafbarkeit eines ärztlichen Eingriffs als vorsätzliche Körperverletzung gerade aus der Verknüpfung von vorsätzlichem Aufklärungsmangel, Fehlen einer wirksamen Einwilligung und damit rechtswidrigem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit. Eine strafbare vorsätzliche Körperverletzung kann bei einem ärztlichen Eingriff bereits dann vorliegen, wenn der Arzt nicht ordnungsgemäß aufgeklärt hat und der Patient die Einwilligung zum ärztlichen Eingriff bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht erteilt hätte. Es sind deshalb durchaus Fälle denkbar, bei denen der vorsätzliche Aufklärungsmangel zwar zu einer strafbaren vorsätzlichen Körperverletzung führt, es wegen einer vorhandenen Heilungsabsicht jedoch nicht gerechtfertigt ist, den ärztlichen Eingriff als eine gezielte gewaltsame

Einwirkung auf die körperliche Unversehrtheit des Patienten, mithin als eine feindselige Angriffshandlung i. S. des § 1 Abs. 1 S. 1 OEG, zu bewerten (vgl. etwa den der Entscheidung des BGH v. 20. 1. 2004 – 1 StR 319/03 –, JR 2004, 469, zugrunde liegenden Fall der Durchführung einer zweiten Operation zur Bergung einer bei der ersten Operation abgebrochenen Bohrer Spitze bei unterlassener Aufklärung über Grund und Anlass der Maßnahme).

[42] Für die besondere Fallkonstellation des ärztlichen Eingriffs müssen deshalb – neben der Strafbarkeit als Vorsatztat – bestimmte weitere Voraussetzungen hinzukommen, bei deren Vorliegen die Grenze zur Gewalttat, also zum „vorsätzlichen, rechtswidrigen tätlichen Angriff“, überschritten ist. Nach Auffassung des erkennenden Senats wird ein Patient unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des OEG dann zum Gewaltopfer, wenn ein als vorsätzliche Körperverletzung strafbarer ärztlicher Eingriff objektiv – also aus der Sicht eines verständigen Dritten – in keiner Weise dem Wohl des Patienten dient. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich der Arzt bei seiner Vorgehensweise im Wesentlichen von eigenen finanziellen Interessen leiten lässt und die gesundheitlichen Belange des Patienten hintangestellt hat. Mit dem Abstellen auf das Wohl des Patienten werden neben den Fällen der Heilung einer behandlungsbedürftigen Erkrankung auch die Fälle reiner Schönheitsoperationen erfasst, also Fälle, in denen ohne jede medizinische Indikation allein den Schönheitsvorstellungen des Patienten dienende Eingriffe (s. § 52 Abs. 2 SGB V) vorgenommen werden.

[43] Soweit der Bekl. mit der Revision einwendet, das besondere Vertrags- und Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient gestatte die Annahme einer feindseligen Willensrichtung bei einem operativen Eingriff nur dann, wenn dies bestimmte äußere Umstände nahelegten, etwa wenn sich der Operierende fälschlich als Arzt ausbebe, vermag ihm der Senat nicht in vollem Umfang zu folgen. Allein der Umstand, dass ein in keiner Weise zum Wohle des Patienten handelnder Operateur Arzt ist, kann die Annahme einer feindseligen Haltung nicht ausschließen. Auch ein Vertrags- und Vertrauensverhältnis, das der Arzt in rücksichtsloser, krimineller Weise verletzt, hindert es nicht, eine feindselige Willensrichtung bei der Operation anzunehmen, wenn die vom Senat als maßgebend angesehenen Umstände vorliegen. Ebenso wenig greift der Einwand durch, dass der Eingriff in die körperliche Integrität dann seine feindselige Qualität verliere, wenn im Rahmen eines Arzt-Patienten-Verhältnisses die Einwilligung zur Operation vorliege. Eine durch Täuschung erschlissene Einwilligung ist unwirksam. Sie steht daher weder einer Strafbarkeit noch der Bejahung einer Gewalttat entgegen.

[44] Mit der beigeladenen Bundesrepublik Deutschland stimmt der Senat dahin überein, dass ärztliche Kunstfehler für sich genommen keine Gewalttaten i. S. des § 1 OEG sind. Denn Kunstfehler sind sorgfaltswidrige Verstöße gegen die Regeln der ärztlichen Kunst, die lediglich eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung nach § 229 StGB oder fahrlässiger Tötung nach § 222 StGB begründen (vgl. dazu Fischer, StGB, 57. Aufl. 2010, § 223, Rdnrn. 13c). Stellt der ärztliche Eingriff allerdings einen tätlichen Angriff dar, so ist es unerheblich, ob dabei Kunstfehler unterlaufen. Denn der Vorsatz des Täters muss sich nicht auf die eingetretene Schädigung beziehen (vgl. BSG, Urt. v. 24. 4. 1991 – 9a/9 RVg 1/89 –, SozR 3-3800 § 1 Nr. 1, S. 4; BSG, Urt. v. 12. 12. 1995 – 9 RVg 1/94 –, SozR 3-3800 § 10a Nr. 1 S. 2; BSG, Urt. v. 3. 2. 1999 – B 9 VG 7/97 R –, SozR 3-3800 § 1 Nr. 14, S. 57).

[45] d) Gemessen an diesen Kriterien sind die von dem Gynäkologen im Jahr 2000 durchgeführten kosmetischen ärztlichen Eingriffe – im Ergebnis übereinstimmend mit dem SG und dem LSG – nicht nur als strafbare vorsätzliche gefährliche Körperverletzungen i. S. der §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, sondern auch als vorsätzliche, rechtswidrige tätliche Angriffe

auf die körperliche Unversehrtheit der Kl. i. S. des § 1 Abs. 1 S. 1 OEG anzusehen. Denn sie dienten aus der Sicht eines verständigen Dritten in keiner Weise dem Wohl der Kl.

[46] Das LSG hat dazu Folgendes festgestellt: Die Kl. litt zum Zeitpunkt der Operationen neben dem erheblichen Übergewicht an Koronarsuffizienz, Bluthochdruck, Lungeninsuffizienz, insulinpflichtigem Diabetes mellitus sowie einer Darmerkrankung. Obwohl sie den Gynäkologen auf ihre Vorerkrankungen aufmerksam gemacht hatte, wies sie dieser vor den Eingriffen bewusst nicht darauf hin, dass bei ihr mit einem erheblichen Gesundheitsrisiko, ggf. sogar mit Todesfolge, zu rechnen war. Die notwendige Aufklärung unterließ der Gynäkologe aus finanziellen Motiven, weil ihm klar war, dass die Kl. bei ordnungsgemäßer Aufklärung von den Operationen abgesehen hätte. Darüber hinaus täuschte er die Kl. über seine Befähigung, die Eingriffe fachgerecht vornehmen zu können. Die an der Kl. vorgenommenen Eingriffe waren insgesamt gesehen weder von einer objektiven noch einer subjektiven Heilungstendenz getragen. Das LG hat beide kosmetischen ärztlichen Eingriffe als strafbare vorsätzliche gefährliche Körperverletzungen gemäß §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB bewertet und den Gynäkologen deswegen zu Freiheitsstrafen verurteilt.

[47] Diese Tatsachenfeststellungen des LSG sind für den Senat bindend (§ 163 SGG), denn der Bekl. hat dagegen in der Revisionsbegründung keine zulässigen und begründeten Verfahrensmängel vorgebracht. Soweit er darin die Beweiswürdigung (§ 128 Abs. 1 S. 1 SGG) des LSG angreift, hat er schon nicht dargelegt, dass die Grenzen der freien Beweiswürdigung überschritten wurden, also gegen allgemeine Erfahrungssätze oder Denkgesetze verstoßen worden ist (st. Rspr.; vgl. etwa schon BSG, SozR Nr. 34 und Nr. 56 zu § 128 SGG; hierzu auch BSG, Urt. v. 8.11.2005 – B 1 KR 18/04 R –, SozR 4-2500 § 44 Nr. 7, Rdnr. 16; Keller, in: Meyer=Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl. 2008, § 128, Rdnrn. 10 ff.). Der Senat hat deshalb bei der Beurteilung der Rechtslage von den Tatsachenfeststellungen des LSG auszugehen. Danach hat sich der Arzt bei seiner Vorgehensweise im Wesentlichen von eigenen Interessen leiten lassen und die gesundheitlichen Belange der Kl. – gerade auch im Hinblick auf die erheblichen Vorerkrankungen – in sträflicher Weise hintangestellt.

Degressionsberechnung bei unterjährigem Gesellschafterwechsel; Haftung für Altverbindlichkeiten einer Gemeinschaftspraxis

SGB V §§ 85 Abs. 4b–4f S. 1; SGB X §§ 45 Abs. 2 u. 4, 35 Abs. 1 S. 2; SGG §§ 54 Abs. 1 S. 2, 170 Abs. 2 S. 2; Zahnärzte-ZV § 33 Abs. 2 S. 1

1. Die Berechnung der Degressionsgrenzwerte, der Punktmengen und der Überschreitung der Grenzwerte hat grundsätzlich jahresbezogen zu erfolgen. Abweichungen von diesem Grundsatz sind (u. a.) dann geboten, wenn ein Vertragszahnarzt im Laufe des Kalenderjahres die Praxis wechselt. (Leitsatz des Senats)

2. Die Rückforderung überzahlten Honorars ist gegen die Gemeinschaftspraxis in ihrer aktuellen Zusammensetzung zu richten. (Leitsatz des Bearbeiters)

BSG, Urt. v. 5. 5. 2010 – B 6 KA 21/09 R (LSG Nordrhein.-Westf.)

Eingesandt von RiBSG Prof. Dr. iur. Thomas Clemens, Kassel; bearbeitet von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. iur. Franz-Josef Dahm, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Fachanwalt für Medizinrecht, Sozietät Schmidt, von der Osten und Huber, Haumannplatz 28–30, 45130 Essen, Deutschland

Problemstellung: Gegenstand des Rechtsstreits war die Rückforderung degressionsbedingter Honorarkürzungen durch die beklagte KZÄV. Im Ergebnis hatte die Revision Erfolg, weil die Höhe der Rückforderung nicht zweifelsfrei berechnet worden war. Grundsätzlich ist die Berechnung der Degression zwar jahresbezogen vorzunehmen, die jahresbezogene Berechnung verbietet sich aber, wenn die Degressionsvorschriften nur für einen Teil des Jahres Geltung beanspruchen. Dies ist u. a. der Fall, wenn bei zeitanteiliger Mitgliedschaft eines Partners der Gemeinschaftspraxis dessen degressionsfreier Betrag nur anteilig in Ansatz zu bringen ist oder wenn ein Vertragszahnarzt im Laufe des Kalenderjahres die Praxiskonstellation wechselt (z. B. bei Zugehörigkeit zu unterschiedlichen Gemeinschaftspraxen).

Von der Berechnungsweise unabhängig und für die Praxis bedeutsamer ist die Frage, ob sich der Rückforderungsanspruch gegen die „Praxis“ in der zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs bestehenden, aktuellen Zusammensetzung richtet oder ob hierfür die Zusammensetzung maßgeblich ist, in der die Praxis zu dem Zeitpunkt bestanden hat, auf den sich die Rückforderung bezieht.

Das BSG stellt hierfür ab auf die aktuelle Zusammensetzung zur Zeit der Rückforderung. Als entscheidend sieht das BSG an, dass die Gemeinschaftspraxis durch gemeinsames Ausüben der ärztlichen Tätigkeit geprägt ist und rechtlich gesehen eine Praxis darstellt.

Soweit das BSG zur Rechtfertigung hierfür den Status eines Vertragsarztes in der Gemeinschaftspraxis bemüht, ist dies wenig einsichtig. Der Status einer Gemeinschaftspraxis wird geprägt durch die Genehmigung des Zulassungsausschusses für den Zeitpunkt, für den der Rückforderungs- oder Regressanspruch entstanden ist (vgl. dazu Dahm/Hofmayer, in: Rieger/Dahm/Steinhilper [Hrsg.], Heidelberger Kommentar, 32. Akt. Aug. 2010, „Wirtschaftlichkeitsprüfung“, Rdnrn. 244 ff. m. w. N.; Dahm, ebd., 35. Erg.-Lfg. Juni 2003, „Honorarberichtigung“, Rdnr. 35), da der Anspruch durch die Gemeinschaftspraxis in der statusbezogenen Zusammensetzung nach Maßgabe der Genehmigung zu verantworten ist (ebenso Kremer/Wittmann, in: Rieger/Dahm/Steinhilper [Hrsg.] Heidelberger Kommentar, 27. Akt. Juli 2009, „Gemeinschaftspraxis“, Rdnr. 31 m. w. N. in dortiger Fn. 31; Weimer, ebd., 18. Akt. Mai 2007, „Berufsausübungsgemeinschaften“, Rdnr. 100a). Nur insoweit trifft die Überlegung zu, dass für Rückzahlungs- und Regressansprüche die Gemeinschaftspraxis und jedes ihrer Mitglieder einzustehen hat.

Andernfalls wird das (im Prinzip zutreffende) Argument der statusbezogenen Betrachtung ad absurdum geführt und eine – wie die als notwendig erachtete Bescheidung der früheren Mitglieder der Gemeinschaftspraxis zeigt – Haftungserweiterung vorgenommen, die aus vertragsärztlicher Sicht nicht zwingend ist. Ein anderes Ergebnis wäre nur dann als zielführend anzusehen, wenn für das Haftungsregime auf die Rechtsprechung des BGH (z. B. Urt. v. 7. 4. 2003 – II ZR 56/02 –, WM 2003, 977) zur Eintrittshaftung eines Gesellschafters abgestellt worden wäre (zur Problematik s. auch Wenner, Vertragsarztrecht, 2008, S. 218). Wenner (a. a. O.) hat dies allerdings noch (entgegen Engelmann, ZMGR 2004, 7) als „fraglich“ bezeichnet, weil nicht klar sei, weshalb der einer Gemeinschaftspraxis beitretende Arzt besonders schutzwürdig ist (so aber noch BSG, Urt. v. 21. 5. 2003 – B 6 KA 33/02 R –, MedR 2004, 173).

Der vorliegende Fall zeigt indes, dass es sich bei dem Hinweis auf die mögliche Information des Eintretenden über die wirtschaftliche Lage der Praxis um eine petitio principii handelt. Wie etwa sollte ein eintrittswilliger