



CAUSA CONCILIO

RECHTSANWÄLTE . NOTARE

Mandanteninformation

Medizinrecht

1/2017

Inhalt

<i>Allgemeines.....</i>	<i>2</i>
<i>D-Arzt oder Unfallversicherungsträger – Der richtige Beklagte?.....</i>	<i>2</i>
<i>Neuregelungen durch das E-Health-Gesetz – Anspruch des Versicherten auf Medikationsplan eingeführt.....</i>	<i>3</i>
<i>Ambulanter Sektor.....</i>	<i>4</i>
<i>Schleswig-Holstein: Morbidity related groups (MRG) ersetzen Richtgrößen.....</i>	<i>4</i>
<i>LSG Saarbrücken: Zur Anfechtungsbefugnis einer konkurrierenden Praxis gegen die Verlängerung der Genehmigung einer Nebenbetriebsstätte im Rahmen der Dialyseversorgung.....</i>	<i>4</i>
<i>Quartalswechsel: Neues im EBM.....</i>	<i>6</i>
<i>Stationärer Sektor.....</i>	<i>9</i>
<i>LSG Rheinland-Pfalz zur Komplexbehandlung des Schlaganfalls.....</i>	<i>9</i>
<i>Arbeitsrechtliche Entscheidungen (für das Krankenhaus).....</i>	<i>9</i>

Allgemeines

D-Arzt oder Unfallversicherungsträger – Der richtige Beklagte?

Liegt eine Verletzung nach einem Arbeitsunfall vor, wird der Verletzte durch den D-Arzt untersucht. Dieser trifft nach Untersuchung und Diagnostik die Entscheidung, ob und in welcher Weise der Verletzte in die allgemeine oder besondere Heilbehandlung übernommen wird und übernimmt ggf. selbst die ärztliche Behandlung. Dabei stellt sich die Frage, ob der Durchgangsarzt bei diesen Tätigkeiten ein öffentliches Amt ausübt, mit der Folge, dass der Unfallversicherungsträger gem. Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB passivlegitimiert ist, oder ob er persönlich haftet.

Da die ärztliche Behandlung keine dem Unfallversicherungsträger obliegende Pflicht darstellt, übt der Arzt, der die ärztliche Behandlung übernommen hat, kein öffentliches Amt aus und haftet für Fehler bei der Behandlung persönlich (BGH, Urteil vom 09.12.2008, VI ZR 277/07; vom 09.03.2010, VI ZR 131/09.) Bei der Entscheidung hingegen, ob der Verletzte wegen der Art und Schwere seiner Verletzung in die allgemeine oder besondere Heilbehandlung aufzunehmen ist, erfüllt der D-Arzt eine dem Unfallversicherungsträger obliegende Aufgabe und übt damit ein öffentliches Amt aus (BGH, Urteil vom 09.12.2008, VI ZR 277/07; vom 09.03.2010, VI ZR 131/09; vom 04.03.2008, VI ZR 101/07.). Dies gilt auch bei der sog. Nachschau (BGH Urteil vom 09.03.2010, VI ZR 131/09.).



Ihr Ansprechpartner:
Dr. Jana Spieker
Fachanwältin für Medizinrecht

Telefon: +49 (40) 355 372 - 238
Telefax: +49 (40) 355 372 - 55238
E-Mail: spieker@cc-recht.de

Nicht geklärt und umstritten war jedoch die Frage, ob der Durchgangsarzt bei der Untersuchung zur Diagnosestellung und bei der Diagnosestellung selbst ein öffentliches Amt ausübt oder persönlich haftet. Mit Urteil vom 29.11.2016, Az.: VI ZR

208/145 hat der BGH nunmehr entschieden, dass er ein öffentliches Amt ausübt und somit der Unfallversicherungsträger passivlegitimiert ist.

Der BGH begründet seine Auffassung zunächst mit der gem. § 34 Abs. 1 SGB VII bestehenden Aufgabe der Unfallversicherungsträger, bei der Durchführung der Heilbehandlung alle Maßnahmen zu treffen, durch die eine möglichst frühzeitig nach dem Versicherungsfall einsetzende und sachgemäße Heilbehandlung und soweit erforderlich eine besondere unfallmedizinische oder Berufskrankheiten-Behandlung gewährleistet wird. Allein deshalb seien die die Entscheidung vorbereitenden Maßnahmen, ob eine allgemeine oder besondere Heilbehandlung erforderlich sei, als Ausübung des öffentlichen Amtes zu betrachten. Die Untersuchungen, Befunderhebungen und die anschließende Diagnose seien regelmäßig unabdingbare Voraussetzungen für diese Entscheidung und stehen in einem inneren Zusammenhang. Zwar kann die richtige Diagnose zugleich eine Bedeutung für die spätere Heilbehandlung haben. Es wäre aber eine unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs, wenn man diese Maßnahmen je nach dem Vortrag des Klägers zugleich als öffentlich-rechtlich und als privatrechtlich einstufen würde.

Der BGH hat damit seine Rechtsprechung zur „doppelten Zielrichtung“ aufgegeben. Auch die Erstversorgung wird unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung der Ausübung eines öffentlichen Amtes zugeordnet. Nach diesseitiger Auffassung sind die Grundsätze auf die sog. Nachschau zu übertragen.

Neuregelungen durch das E-Health-Gesetz – Anspruch des Versicherten auf Medikationsplan eingeführt

Im Rahmen des sog. E-Health-Gesetzes ist es zu umfangreichen Änderungen, auch des SGB V, gekommen. Dabei hat der Gesetzgeber in § 31a den Anspruch des Patienten auf einen Medikationsplan festgeschrieben, wenn dieser mindestens drei verordnete Arzneimittel gleichzeitig anwendet. Dieser Anspruch des Patienten richtet sich gegen den Vertragsarzt.

Schwierig wird dies in der täglichen Praxis dadurch, dass nicht nur Arzneimittel aufzuführen sind, welche vom Arzt verordnet worden sind, sondern auch solche Arzneimittel, „die der Versicherte ohne Verschreibung anwendet“ sowie entsprechend relevante Medizinprodukte.

Die entsprechende Zielrichtung ist klar, schafft dies doch für den Patienten Transparenz über die verordneten (und die ansonsten eingenommenen) Arzneimittel. Dennoch wird der Vollzug nicht ohne zusätzliche Bürokratie zu erreichen sein, kann doch eine Aussage zu den Arzneimitteln, welche der Patient ohne Verschreibung anwendet, nur durch dessen Befragung (mit mehr oder weniger validem Ergebnis) erreicht werden, wie auch die Frage der Aktualisierung von Medikationsplänen schwierig erscheinen könnte. Der Arzt ist insoweit verpflichtet, den Medikationsplan zu aktualisieren, „sobald er die Medikation ändert oder er Kenntnis davon erlangt, dass eine anderweitige Änderung der Medikation eingetreten ist“ (§ 31a Abs. 3 Satz 1 SGB V). Dies kann also durch bloße Mitteilung des Patienten geschehen, welche dann eine entsprechende Aktualisierung nach sich zieht. Diese Aktualisierungen sind in Zukunft – wenn die Technik vorhanden ist und der Versicherte dies wünscht – auf der elektronischen Gesundheitskarte des Patienten zu speichern (§ 31a Abs. 3 Satz 4 SGB V).

Ab dem 01.01.2019 richtet sich der Anspruch auf Aktualisierung nicht nur gegen den „eigenen“ Arzt, welcher das verschreibungspflichtige Arzneimittel verordnet hat, sondern gegen jeden Vertragsarzt sowie jede Apotheke, auch wenn diese nicht am unmittelbaren Verschreibungs-/Abgabeprozess beteiligt waren. Dies wird in der Praxis weiteren Aufwand bei der Durchführung nach sich ziehen, soviel dürfte schon heute feststehen.



Ihr Ansprechpartner:
Prof. Dr. Dr. Thomas Ufer
Rechtsanwalt und Arzt
Fachanwalt für Medizinrecht

Telefon: +49 (40) 355 372 - 235
Telefax: +49 (40) 355 372 - 55235
E-Mail: ufer@cc-recht.de

Es bleibt aber abzuwarten, in welchem Umfange Patienten die entsprechenden Möglichkeiten des SGB V in Anspruch nehmen werden. Ein im SGB V bereits seit längerer Zeit geregelter Anspruch des Patienten, dem ebenfalls ein großes „Bürokratie-Potential“ nachgesagt worden war, vom Vertragsarzt zur Information eine Patientenquittung zu erhalten (vgl. § 305 Abs. 2 Satz 1 SGB V), läuft regelmäßig leer, da entsprechende Nachfragen in der Praxis (fast) nicht existieren.

Dies könnte sich beim Medikationsplan – zumindest initial – durchaus ähnlich ergeben. Die tatsächliche Entwicklung bleibt insoweit abzuwarten.

Ambulanter Sektor

Schleswig-Holstein: Morbidity related groups (MRG) ersetzen Richtgrößen

In Schleswig-Holstein wurde zum 01.01.2017 die Richtgrößenprüfung durch die Prüfung nach Morbidity related groups (MRG) als Regelprüfmethode der Verordnung von Arznei- und Verbandmitteln sowie Heilmitteln abgelöst. Die MRG beschreiben dabei Gruppen von Patienten, denen je nach Grunderkrankung und Komorbiditäten Verordnungskosten zugeordnet werden.

Bereits Anfang des Jahres wurden hierzu Mitteilungen mit den sogenannten MRG-Garantievolumen von der KVSH versandt. Die Garantievolumina basieren auf dem bisherigen Verordnungsverhalten und werden jährlich neu festgesetzt. Eine Anpassung an die tatsächliche Versorgungssituation erfolgt nach Abschluss des zu prüfenden Verordnungszeitraums, wobei das Garantievolumen jedoch nicht unterschritten wird.

Als Aufgreifkriterien dienen wie bisher bestimmte Überschreitungen der Verordnungsvolumina. Dabei werden qualifizierte Hinweise bei Überschreitungen von 7 % im Arzneimittelbereich bzw.



Ihr Ansprechpartner:
Stephan Gierthmühlen
Fachanwalt für Medizinrecht

Telefon: +49 (431) 6701 - 224
Telefax: +49 (431) 6701 - 55224
E-Mail: gierthmuehlen@cc-recht.de

12,5 im Heilmittelbereich erteilt. Eine Regressfestsetzung erfolgt bei Überschreitungen von mehr als 12,5 % im Arzneimittelbereich und 17,5% im Heilmittelbereich.

LSG Saarbrücken: Zur Anfechtungsbefugnis einer konkurrierenden Praxis gegen die Verlängerung der Genehmigung einer Nebenbetriebsstätte im Rahmen der Dialyseversorgung

Das LSG Saarbrücken hat sich in seinem Urteil vom 30.08.2016 (L 3 KA 9/14) mit der einem MVZ erteilten Verlängerung der Genehmigung zum Betrieb einer Nebenbetriebsstätte nach Anhang 9.1.5 der Anlage 9.1 BMV-Ä befasst.

Gegen die erteilte verlängerte Genehmigung hatten zu einer Berufsausübungsgemeinschaft zusammengeschlossene „Fachärzte für Innere Medizin mit dem Schwerpunkt Nephrologie“, nach erfolglosem Widerspruchsverfahren Klage zum Sozialgericht Saarbrücken erhoben.

Die Kläger argumentierten, sie seien gegen den zugunsten des MVZ ergangenen Bescheid anfechtungsberechtigt, da sie zum einen die gleichen ärztlichen Leistungen erbringen wie sie auch im MVZ angeboten würden und zum anderen die erteilte verlängerte Genehmigung die Möglichkeit zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung erweitere. Zudem hätte die dem MVZ zugesprochene Verlängerung der Genehmigung der Nebenbetriebsstätte nach Abs. 3 Anhang 9.1.5 Anlage 9.1 BMV-Ä dieser nicht erteilt werden dürfen, denn diese Vorschrift sähe einen „Vorrang von Hauptbetriebsstätten vor Nebenbetriebsstätten“ und insoweit – nach vorheriger Bedarfsprüfung – einen Vorrang für die Kläger vor, da diese die gleichen Dialyseversorgungsleistungen wie das MVZ erbringen. Die verlängerte Genehmigung der Nebenbetriebsstätte hätte nur erteilt werden dürfen, wenn diese die „wohnortnahe Versorgung unter

Berücksichtigung der einzelnen Dialyseformen und – verfahren gewährleiste“. Da jedoch die Kläger die gleichen Leistungen anböten, auch „freie Kapazitäten“ hätten und deren Berufsausübungsgemeinschaft in der Nähe des MVZ läge, sei die Verlängerung der Genehmigung der Nebenbetriebsstätte rechtswidrig.

Das Sozialgericht Saarbrücken erachtete zunächst die Anfechtungsbefugnis der Kläger für gegeben und sodann die Klage für begründet, so dass es den durch die Kläger angegriffenen Bescheid aufhob.

Hiergegen legte das MVZ Berufung zum LSG Saarbrücken ein. Das LSG Saarbrücken verneinte die Anfechtungsberechtigung der Kläger mangels Erfüllung der hierfür notwendigen Voraussetzungen. Hierzu führte das Gericht aus, dass



Ihr Ansprechpartner:
Dr. Sarah Gersch-Souvignet
Fachanwältin für Medizinrecht

Telefon: +49 (40) 355 372 - 227
Telefax: +49 (40) 355 372 - 55227
E-Mail: gersch@cc-recht.de

die Kläger wie auch das MVZ sich zwar in räumlicher Nähe befänden und dieselben ärztlichen Leistungen erbringen; es fehle aber schon an der Voraussetzung der „Eröffnung“ bzw. der „Erweiterung der Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung“ und einer dadurch bedingten veränderten Wettbewerbssituation. Denn die Nebenbetriebsstätte werde bereits länger als 10 Jahre betrieben, so dass durch die Verlängerung der erteilten Genehmigung „keine neue Rechtsposition erstmals zuerkannt“ werde und damit nicht von einem „Eröffnen“ bzw. einem „Erweitern“ auszugehen sei, was ein verändertes Konkurrenzverhältnis und damit eine Anfechtungsbefugnis zur Folge hätte.

Auch die für die Zulässigkeit der Drittanfechtungsklage notwendige Voraussetzung der „Nachrangigkeit des Status“ des MVZ sah das LSG Saarbrücken nicht als gegeben an. Eine Nachrangigkeit des Status sei vorliegend zu verneinen, da der Bedarf an zu versorgenden Patienten über die Versorgungskapazität der Kläger hinausgehe. Da es sich bei dem MVZ nicht um einen neuen Mitbewerber am Markt handele, sei insoweit nicht auf eine lediglich mindestens 90%ige Auslastung der Kläger und deren Fähigkeit „neue Patienten aufzunehmen“ abzustellen. Diese müssten vorliegend vielmehr in der Lage sein, „bei einem möglichen Ausfall des Konkurrenten“ alle Patienten des MVZ zu versorgen, denn, so führte das Gericht aus:

„(...) wenn man die Anfechtungsbefugnis bei hinzutretender Konkurrenz daran orientiert, ob es mangels ausreichender Aufnahmekapazität zu keinen Verwerfungen in der Wettbewerbssituation ausschließlich im Verhältnis zum Drittanfechtenden kommt, muss bei einem möglichen Ausfall eines Konkurrenten umgekehrt die tatsächliche Möglichkeiten bestehen, dass der Drittanfechtende die frei werdenden Personen auch aufnehmen kann.

Da dies den Klägern nicht möglich sei, würde sich deren Wettbewerbssituation auch bei einer nicht verlängerten Genehmigung des MVZ nicht ändern.

Danach hat das Berufungsgericht bereits die Anfechtungsbefugnis der Kläger verneint, so dass dieses in der Sache selbst nicht entschieden hat. Aufgrund der Bedeutung der Rechtssache hat das LSG Saarbrücken jedoch die Revision zugelassen.

Anmerkung

Das BSG hat in seiner Sitzung am 15.03.2017 unter dem Aktenzeichen B 6 KA 30/16 R über die Revision der klagenden Berufsausübungsgemeinschaft entschieden und das Berufsurteil ausweislich des Terminberichts hierbei aufgehoben sowie den Rechtsstreit an das LSG Saarbrücken zurückverwiesen.

Im Terminbericht wird ausgeführt, dass der 6. Senat des BSG der Regelung des Abs. 3 des Anhangs 9.1.5 der Anlage 9.1 BMV-Ä drittschützenden Charakter beimesse und die Anfechtungsberechtigung der Kläger demnach bejaht habe. Die Erteilung eines Versorgungsauftrags für Dialyseleistungen an eine Praxis in einer bisher nur über Zweigpraxen betreuten Versorgungsregion könne zudem zur Folge haben, dass der Bedarf für das Angebot einer Nebenbetriebsstätte künftig entfalle, so die Rechtsauffassung des BSG laut Terminbericht. Das LSG Saarbrücken wird nunmehr zu prüfen haben, ob die Praxis der Klägerin zum maßgeblichen Zeitpunkt "hinreichend ausgelastet" war. Die Entscheidungsgründe des BSG sind bislang nicht veröffentlicht und werden mit Spannung erwartet.

Quartalswechsel: Neues im EBM

Auch der Wechsel zum 2. Quartal bringt mehrere Änderungen des EBM mit sich:

- Änderung der OPS-Kodes:

Der Bewertungsausschuss hat den Anhang 2 zum EBM turnusmäßig überarbeitet. Dabei handelt es sich um die Aufnahme von neuen OPS-Kodes der Version 2017 und die Streichung von ungültigen (beendeten) OPS-Kodes in der Version 2017 im Vergleich zur Version 2016. Zu den wichtigen inhaltlichen Änderungen im OPS 2017 zählen die Überarbeitung der Operationen an der Vulva, des Bereichs Reposition von Frakturen und Luxationen sowie der offen chirurgischen Gelenkoperationen. Aufgrund der Aufnahme einer Seitenbezeichnung für die OPS-Kodes 5-711.1 und 5-711.2 in der Version 2017 wird der Anhang 2 zum EBM für die beiden OPS-Kodes in der Spalte „Seite“ entsprechend angepasst.



Ihr Ansprechpartner:
Stephan Gierthmühlen
Fachanwalt für Medizinrecht

Telefon: +49 (431) 6701 - 224
Telefax: +49 (431) 6701 - 55224
E-Mail: gierthmuehlen@cc-recht.de

- Absenkung der GOP 32937:

Die GOP 32937 (Typisierung eines HLA Klasse I Genortes HLA-A, -B oder -C in Einfeldauflösung mit Split-äquivalenter Zweifeldauflösung) wird von 150,- € auf 115,- € abgesenkt

- Telekonsiliarische Befundbeurteilungen von Röntgen- und CT-Aufnahmen (Telekonsil):

Es wird ein neuer Abschnitt in das Kapitel 34 aufgenommen, mit dem das Telekonsil geregelt wird (Abschnitt 34.8). Das Telekonsil ist inhaltlich beschränkt auf untersuchungsbezogenen medizinische Fragestellungen, die nicht im originären Fachgebiet des das Telekonsil einholenden Vertragsarztes verortet ist oder bei Vorliegen einer besonders komplexen medizinischen Fragestellung, die eine telekonsiliarische Zweitbefundung erfordert. Es werden im Einzelnen folgende Gebührenordnungspositionen aufgenommen:

34800	Einholung einer telekonsiliarischen Befundbeurteilung von Röntgen- und/oder CT-Aufnahmen im Zusammenhang mit den Gebührenordnungspositionen 34210 bis 34212, 34220 bis 34222, 34230 bis 34234, 34237, 34238, 34243 bis 34245, 34255, 34270, 34272, 34275, 34310 bis 34312, 34320 bis 34322, 34330, 34340 bis 34344, 34350 und 34351
34810	Telekonsiliarische Befundbeurteilung von Röntgenaufnahmen nach den Gebührenordnungspositionen 34210 bis 34212, 34220 bis 34222, 34230 bis 34234, 34237, 34238, 34243 bis 34245, 34255, 34270, 34272 und 34275
34820	Telekonsiliarische Befundbeurteilung von CT-Aufnahmen nach den Gebührenordnungspositionen 34310, 34311, 34320, 34350 und 34351
34821	Telekonsiliarische Befundbeurteilung von CT-Aufnahmen nach den Gebührenordnungspositionen 34312, 34321, 34322, 34330, 34340 bis 34344

- Änderungen zur Glukosemessung

Es werden GOPen zur „Anleitung zur Selbstanwendung eines Real-Time-Messgerätes zur kontinuierlichen interstitiellen Glukosemessung (rtCGM) in den EBM aufgenommen (3355, 4590 und 13360) und die Abrechnungsbestimmungen entsprechend angepasst.

- Einführung eines Zuschlages für die kindernephrologische Betreuung:

Mit Einführung der GOP

04563	Zuschlag zu der Versichertenpauschale nach der Gebührenordnungsposition 04000 für die Wahrnehmung des Versorgungsauftrages gemäß § 3 Abs. 3 Buchstabe e) Anlage 9.1 BMV-Ä (Versorgung chronisch niereninsuffizienter Patienten)
-------	---

wird die kindernephrologische Versorgung im EBM gestärkt.

- Einführung der Videosprechstunde

Mit der GOP

01439 Betreuung eines Patienten im Rahmen einer Videosprechstunde gemäß Anlage 31b zum Bundesmantelvertrag-Ärzte (BMV-Ä)

wird in Umsetzung der Videosprechstundenvereinbarung eine Vergütung für den isolierten Arzt-Patienten-Kontakt im Rahmen einer Videosprechstunde. Voraussetzung für die Berechnung ist, dass keine weitere Versicherten-, Grund- und/oder Konsiliarpauschale zur Abrechnung gelangt, also kein unmittelbarer Arzt-Patienten-Kontakt erfolgt ist. Erforderlich ist weiter, dass in einem der beiden Quartale, die der Berechnung unmittelbar vorausgehen, ein persönlicher Arzt-Patienten-Kontakt in derselben Arztpraxis stattgefunden hat.

Inhaltlich kann die Position angesetzt werden für Folgebegutachtungen, wenn die Erstbegutachtung in der Praxis stattgefunden hat. Die Abrechnung ist auf folgende Anlässe beschränkt

- visuelle postoperative Verlaufskontrolle einer Operationswunde
- visuelle Verlaufskontrolle einer/von akuten, chronischen und/oder offenen Wunde(n)
- visuelle Verlaufskontrolle einer/von Dermatose(n), auch nach strahlentherapeutischer Behandlung
- visuelle Beurteilung von Bewegungseinschränkungen/-störungen des Stütz- und Bewegungsapparates, auch nervaler Genese, als Verlaufskontrolle
- Beurteilung der Stimme und/oder des Sprechens und/oder der Sprache als Verlaufskontrolle

- Einführung iFOBT

Mit der Aufnahme einer Reihe neuer Gebührenordnungspositionen im EBM (01737, 01738, 32457) wird die Quantitative immunologische Bestimmung von occultem Blut im Stuhl (iFOBT) im EBM abgebildet

- Überarbeitung der Abschnitte 35.1 und 35.2 (Psychotherapie)

Mit den Änderungen der Abschnitte 35.1 und 35.2 werden die Änderungen der Psychotherapierichtlinie im EBM umgesetzt. Insbesondere wird die Psychotherapeutische Sprechstunde (GOP 35151) und die Psychotherapeutische Akutbehandlung (GOP 35152) in den EBM aufgenommen.

Stationärer Sektor

LSG Rheinland-Pfalz zur Komplexbehandlung des Schlaganfalls

Das LSG Rheinland-Pfalz hatte (mit Urt. v. 19.1.2017 – L 5 KR 95/16) zu entscheiden, ob eine Komplexbehandlung des Schlaganfalls (OPS 8-981 auch dann zu vergüten ist, wenn der Transport zu einem Kooperationshaus, in dem neuroradiologisch-interventionelle Eingriffe durchgeführt werden sollten, zwar mit dem Hubschrauber in unter 30 Minuten möglich sind, der Hubschrauber jedoch nur tagsüber eingesetzt werden kann.



Ihr Ansprechpartner:
Stephan Gierthmühlen
Fachanwalt für Medizinrecht

Telefon: +49 (431) 6701 - 224
Telefax: +49 (431) 6701 - 55224
E-Mail: gierthmuehlen@cc-recht.de

Das klagende Krankenhaus hatte sich darauf berufen, dass diese Transportmöglichkeit trotz der nur tagsüber bestehenden Einsatzbereitschaft des Hubschraubers „grundsätzlich“ ausreichend sei. Dieser Auslegung der OPS 8-981 hat

sich das LSG nicht angeschlossen. Bei der gegebenen Sachlage sei die Zurücklegung der Strecke innerhalb einer halben Stunde nicht im Sinne des OPS 8-981 „grundsätzlich“ gewährleistet. So wäre es z.B. ansonsten in Winterzeiten unschädlich, dass zeitweise mehr als 12 Stunden täglich ein Transport innerhalb von 30 Minuten nicht möglich ist. Dies überschreite die Grenzen der im vorliegenden Zusammenhang maßgebenden rein wortlautbezogenen Auslegung des OPS (vgl. Bundessozialgericht - BSG - 18.9.2008 - B 3 KR 15/07 R Rn 18). Mit der Einschränkung „grundsätzlich“ könne daher nur gemeint sein, dass eine ausnahmsweise fehlende Transportmöglichkeit zB wegen schlechter Witterungsverhältnisse oder Defekts des Hubschraubers unschädlich ist.

Arbeitsrechtliche Entscheidungen (für das Krankenhaus)

1. Neuer Kündigungsschutz für schwerbehinderte Arbeitnehmer

Mit dem Bundesteilhabegesetz ist in das SGB IX eine neue Regelung aufgenommen worden. Obwohl die meisten Teile des Gesetzes erst zum 01.01.2018 Wirkung entfalten, hat der Gesetzgeber die Anpassungen des SGB IX bereits „vorab“ mit Wirkung zum 30.12.2016 in Kraft treten lassen. Von besonderer Bedeutung für den Arbeitgeber ist der neu eingeführte § 95 Abs. 2 S. 3 SGB IX.

Nach der Neuregelung ist eine Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 2 S. 1 ausspricht, unwirksam.

Auch bislang war der Arbeitgeber verpflichtet, die Schwerbehindertenvertretung bei allen Maßnahmen, die einen schwer behinderten Menschen berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und auch zu beteiligen. Das Unterlassen der Beteiligung bei einer Kündigung war jedoch insoweit sanktionslos, als sie ohne Einfluss auf die Wirksamkeit der Kündigung blieb. Dies hat sich jetzt geändert.

Von Bedeutung ist auch, dass die Beteiligungspflicht bei jeder Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers besteht. Sie greift nicht nur dann ein, wenn auch die Zustimmung des Integrationsamtes nach den §§ 85 ff. SGB IX erforderlich ist. Die Ausnahmeregelung des § 90 SGB IX findet keine Anwendung. Demnach ist auch in den ersten sechs Monaten die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen und, wenn dies nicht erfolgt, die Kündigung unwirksam.

Von Bedeutung ist auch, dass in jedem Falle die Schwerbehindertenvertretung angehört bzw. beteiligt werden muss, bevor ein Antrag beim Integrationsamt gestellt wird. Das Integrationsamt muss gerade berücksichtigen, ob der Arbeitgeber den vertretungsrechtlichen Schutz, den das Gesetz schwerbehinderten Menschen zuerkennt, beachtet. Dies wäre nicht der Fall, wenn die Schwerbehindertenvertretung nicht berücksichtigt wurde.

Der besonnene Arbeitgeber sollte daher die Möglichkeit einer Schwerbehinderung sorgfältig prüfen und insbesondere auch die gesetzlichen Regelungen, die das SGB IX vorhält, beachten. Insbesondere hat der Arbeitgeber zu beachten, dass das Unwirksamkeitsverdict der fehlenden Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bereits dann greift, wenn die Zustimmung des Integrationsamtes (noch) nicht erforderlich ist.

2. DRK-Schwestern und Arbeitnehmerüberlassung

Mit Beschluss vom 21.02.2017, Az. 1 ABR 62/12, hat das Bundesarbeitsgericht nunmehr festgehalten, dass, wenn eine DRK-Schwester, die als Mitglieder einer DRK-Schwesternschaft angehört, von dieser in einem von einem Dritten



Ihr Ansprechpartner:
Dr. Kai Stefan Peick
Fachanwalt für Medizinrecht

Telefon: +49 (431) 6701 - 230
Telefax: +49 (431) 6701 - 55230
E-Mail: peick@cc-recht.de

betriebenen Krankenhaus eingesetzt wird, um dort nach dessen Weisungen gegen Entgelt tätig zu sein, Arbeitnehmerüberlassung gegeben ist.

Aus diesem Grund geht das Bundesarbeitsgericht in der vorgenannten Entscheidung davon aus, dass der Betriebsrat in diesem Falle der Einstellung die erforderliche Zustimmung verweigern kann, wenn der Einsatz nicht nur vorübergehend im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ist.

Der Entscheidung vorgelagert war das Vorabentscheidungsersuchen zum EuGH, in dem dieser entschied, dass Art. 1 Abs. 1 und 2 der Leiharbeitsrichtlinie vom 19.11.2008 dahingehend auszulegen sei, dass die durch einen Verein, der keinen Erwerbszweck verfolgt, gegen ein Gestellungsentgelt erfolgende Überlassung eines Vereinsmitglied an ein entleihendes Unternehmen, damit das Mitglied bei diesem hauptberuflich und unter dessen Leitung gegen eine Vergütung Arbeitsleistung erbringt, in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, sofern das Mitglied aufgrund dieser Arbeitsleistung in dem betreffenden Mitgliedstaat geschützt ist. Dies zu prüfen sei Sache des vorlegenden Gerichts. Dies gelte auch, wenn das Mitglied nach nationalem Recht kein Arbeitnehmer ist, weil es mit dem Verein keinen Arbeitsvertrag geschlossen hat.

Während das Landesarbeitsgericht in der Vorinstanz noch dem Antrag der Arbeitgeberin auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates stattgegeben hatte, hob das Bundesarbeitsge-

richt diese Entscheidung auf und wies den Zustimmungsersetzungsantrag ab. Es sei von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen, weswegen auch die Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes greifen. Wenn die Überlassung dann auf Dauer angelegt ist und nicht nur vorübergehend erfolgt, liegt ein Verstoß gegen § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG vor.

Es soll jedoch bereits eine Einigung gefunden sein, wie das Modell des Einsatzes der Schwestern einer Schwesternschaft beibehalten werden kann. Die Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes sollen zwar auf die DRK-Schwesterinnen Anwendung finden, nicht jedoch der Passus, der die Befristung von Einsätzen auf 18 Monate vorsieht.

3. Unwirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes bei fehlender Karenzentschädigung

Der 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat im Urteil vom 22.03.2017, Az. 10 AZR 448/15, ausweislich der Pressemitteilung entschieden, dass ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nichtig ist, wenn die Vereinbarung entgegen § 110 GewO i. V. m. § 74 Abs. 2 HGB keinen Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Karenzentschädigung vorsieht.

Von besonderer Bedeutung ist, dass weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer aus einer solchen Vereinbarung Rechte herleiten können. Auch eine Salvatorische Klausel führe nicht zur Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots. Dies gelte auch, wenn dies einseitig zugunsten des Arbeitnehmers erfolgen solle.

Der 10. Senat betont, dass Wettbewerbsverbote, die keine Karenzentschädigung vorsehen, nichtig sind. Wieder der Arbeitgeber kann aufgrund einer solchen Vereinbarung die Unterlassung von Wettbewerb verlangen noch hat der Arbeitnehmer bei Einhaltung des Wettbewerbsverbots Anspruch auf eine Karenzentschädigung. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene salvatorische Klausel – vom Arbeitgeber gestellte Arbeitsverträge sind solche Allgemeinen Geschäftsbedingungen – einen Verstoß gegen § 74 Abs. 2 HGB nicht heilen und führe daher auch nicht einseitig zu Gunsten des Arbeitnehmers zur Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots. Es sei erforderlich, dass spätestens unmittelbar nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Entscheidung über die Einhaltung des Wettbewerbsverbots getroffen werde, weswegen sich die (Un-) Wirksamkeit aus der Vereinbarung ergeben müsse. Daran fehlt es jedoch bei einer salvatorischen Klausel, da nach dieser wertend zu entscheiden sei, ob die Vertragsparteien in Kenntnis der Nichtigkeit der Vereinbarung eine wirksame Vereinbarung abgeschlossen hätten und welchen Inhalt die Entschädigungszusage gehabt hätte.



CausaConcilio Koch & Partner mbB Rechtsanwälte. Notare
PartR6 – AG Kiel - Ust-IdNr. DE 134833394
vertretungsberechtigte Gesellschafter:
Arne Bruns, Christian Gerdts, Stephan Gierthmühlen, Dr.
Paul Harneit, Sven Hennings, Dr. Hans-Jürgen Kickler, Dr.
Steffen Kraus, Andreas Kühnelt, Horst-Werner Peick, Axel
Riefling, Dr. Thomas Scharafat, Frank Schramm, Dr. Dirk Un-
rau

Sitz der Gesellschaft: Deliusstraße 16, 24114 Kiel
Sitz der Notare: Kiel

KIEL
Bei den Gerichten · Deliusstraße 16 · 24114 Kiel
Postfach 28 69 · 24027 Kiel
Telefon 0431/6701-0 · Telefax 0431/6701-599
kiel@cc-recht.de

HAMBURG
Neuer Wall 41 · 20354 Hamburg
Telefon 040/355372-0 · Telefax 040/355372-19
hamburg@cc-recht.de

SCHÖNBERG
Eichkamp 19 • 24217 Schönberg
Telefon 04344 413973-3
Telefax 04344 413973-5
schoenberg@cc-recht.de