



CAUSA CONCILIO

RECHTSANWÄLTE . NOTARE

Mandanteninformation

Medizinrecht

2/2016

Inhalt

<i>Allgemeines.....</i>	<i>2</i>
<i>Ausschlussfrist und Schriftform in Arbeitsverträgen – Übergangsregelung endet zum 30.09.2016.....</i>	<i>2</i>
<i>BGH konkretisiert die Anforderungen an eine Patientenverfügung.....</i>	<i>3</i>
<i>Gewerbesteuerrisiken für niedergelassene Ärzte</i>	<i>4</i>
<i>Preisbindung für verschreibungspflichtige Arzneimittel auf dem Prüfstand.....</i>	<i>7</i>
<i>Ambulanter Sektor</i>	<i>10</i>
<i>G-BA: Neue Steigerungsmöglichkeiten beim Job-Sharing.....</i>	<i>10</i>
<i>BSG: Konkrete Versorgungssituation am Praxisstandort entscheidend bei Verlegung eines Vertragsarztsitzes.</i>	<i>11</i>
<i>Neues im EBM</i>	<i>12</i>
<i>Risiko: „Serviceleistung Rezept“ als sonstiger Schaden?.....</i>	<i>14</i>
<i>Dialyseversorgung: BSG entscheidet zur defensiven Konkurrentenklage</i>	<i>15</i>
<i>Stationärer Sektor.....</i>	<i>17</i>
<i>BGH: Nur die persönliche Leistung durch den Wahlarzt zählt.....</i>	<i>17</i>
<i>BVerwG: Zuschläge nur bei speziellem Versorgungsauftrag.....</i>	<i>19</i>
<i>Arbeitsrechtliche Entscheidungen (für das Krankenhaus) Schwerpunkt Mindestlohn.....</i>	<i>20</i>

Allgemeines

Ausschlussfrist und Schriftform in Arbeitsverträgen – Übergangsregelung endet zum 30.09.2016

Mit dem „Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts“ vom 23.02.2016 (BGBl. I 2016, S. 233) hat der **Gesetzgeber** Formerleichterungen für Verbraucher eingeführt, die auch für Arbeitsverträge Bedeutung haben werden.

Nach § 309 Nr. 13 BGB in der Neufassung dürfen in Formulararbeitsverträgen, die ab dem 01.10.2016 abgeschlossen werden, Erklärungen des Arbeitnehmers an keine strengere Form als die Textform (§ 126 b BGB) gebunden werden. Bislang war es möglich, Schriftform zu verlangen.

Inhaltlich ändert sich dadurch letztlich nicht viel, da auch bisher zur Wahrung der vertraglichen Schriftform wegen § 127 Absatz 2 BGB im Zweifel schon die Textform des § 126 b BGB genügte (z.B. Telefax oder E-Mail). Der Gesetzgeber geht jedoch davon aus, dass dem durchschnittlichen Verbraucher dies nicht hinreichend bewusst ist. Deshalb erfolgte jetzt die Änderung und künftig darf in Verträgen ausdrücklich nur noch die Textform verlangt werden; anderslautende Vertragsklauseln sind unwirksam.

Dies betrifft im Ergebnis dann auch insbesondere arbeitsvertragliche Ausschlussfristen, aber auch Formvorgaben in Verträgen mit Fremdgeschäftsführern. Ob der durchschnittliche Verbraucher weiß, was unter Textform gemeint ist, sei dahingestellt.



Ihr Ansprechpartner:
Dr. Kai Stefan Peick
Fachanwalt für Medizinrecht
Fachanwalt für Arbeitsrecht

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

Dennoch ist es jetzt erforderlich, die verwendeten Arbeitsvertragsformulare zu überprüfen und anzupassen.

Zudem sollte auch bei Altverträgen, die ab dem 01.10.2016 geändert werden, geprüft werden, ob auch hier die Verfallklausel anzupassen ist. Zwar gilt die Änderung nach der Übergangsregelung (Art. 229 § 37 EGBGB) nur für „Schuldverhältnisse, die nach dem 30.09.2016 entstehen“. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass sogenannte Altverträge durch Änderungen zu „Neuverträgen“ werden und damit die Neuregelung greift. Regelmäßig wird dies – das zeigt die Erfahrung bei anderen Rechtsänderungen – der Fall sein.

BGH konkretisiert die Anforderungen an eine Patientenverfügung

Mit Beschluss vom 06.07.2016 (Az.: XII ZB 61/16) hat der Bundesgerichtshof die Anforderungen konkretisiert, die an Patientenverfügungen und Vorsorgevollmachten im Zusammenhang mit dem Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen zu stellen sind.

Die betroffene Patientin hatte in ihrer Patientenverfügung angegeben, dass sie für den Fall des Eintritts bestimmter Bedingungen (bspw. ein unabwendbares Befinden im unmittelbaren Sterbeprozess, der Eintritt eines schweren Dauerschadens am Gehirn oder der nicht behandelbare und dauerhafte Ausfall lebenswichtiger Körperfunktionen) wünsche, dass „*lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben*“. In der konkreten Situation stand die Frage im Raum, ob ein Abbruch der künstlichen Ernährung der schwer kranken und nicht mehr bei Bewusstsein befindlichen Patientin von deren Behandlungswunsch umfasst war oder nicht.

Der Bundesgerichtshof stellt in seiner Entscheidung klar, dass die von der Betroffenen gewählte Formulierung für sich genommen keine hinreichend konkrete Behandlungsentcheidung enthalte und damit den Anforderungen des § 1901a Abs. 1 BGB nicht genüge.



Ihr Ansprechpartner:
Wiebke Düsberg
Rechtsanwältin

Telefon: +49 (40) 355 372 - 236
Telefax: +49 (40) 355 372 - 55236
E-Mail: duesberg@cc-recht.de

Unmittelbare Bindungswirkung entfalte eine Patientenverfügung im Sinne dieser Vorschrift vielmehr nur dann, wenn ihr konkrete Entscheidungen des Betroffenen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahmen entnommen werden können. Eine insoweit hinreichende Konkretisierung der Äußerung, „keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ zu wünschen, könne gegebenenfalls durch die Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen oder die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheitssituationen erfolgen, was hier jedoch nicht der Fall war.

Von vornherein nicht ausreichend seien darüber hinaus auch sonstige allgemeine Anweisungen, wie die Aufforderung, ein würdevolles Sterben zu ermöglichen oder zuzulassen, wenn ein Therapieerfolg nicht mehr zu erwarten ist.

Das Gericht betont jedoch auch, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Patientenverfügung nicht überspannt werden dürfen. Vorausgesetzt werden könne nur, dass der Betroffene umschreibend festlege, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation wolle und was nicht. Erwartet werden könne aber nicht, dass der Betroffene seine eigene Biografie als Patient vorausahnt oder zukünftige Fortschritte in der Medizin vorwegnehme.

Gewerbesteuerrisiken für niedergelassene Ärzte

Wenn ein niedergelassener Arzt, eine Gemeinschaftspraxis oder ein MVZ in der freiberuflichen Variante einen Kollegen anstellen möchte, sind berufsrechtliche, vertragsarztrechtliche, arbeitsrechtliche und steuerrechtliche Vorgaben zu beachten. Dies gilt auch für die Berufsausübungsgemeinschaft unter Ärzten. Hier greifen das Gesellschaftsrecht, das Berufsrecht, das Vertragsarztrecht und das Steuerrecht ineinander, allerdings nicht einheitlich. An dieser Schnittstelle verdienen zwei neuere Urteile des Bundesfinanzhofs Beachtung, die bei der Vertragsgestaltung zur Vermeidung gewerbesteuerlichen Risiken von Bedeutung sind.

1. Gewinnbeteiligung in einer Berufsausübungsgemeinschaft

Gesellschaftsverträge sehen bisweilen vor, dass der (Junior-)Partner einen Gewinnanteil von z.B. 35% des von ihm selbst erzielten Umsatzes erhält. Der darüber hinausgehende Gewinn steht dem (Senior-)Partner oder den übrigen Partnern zu gleichen Teilen zu.

Mit einer solchen Gewinnverteilungsregelung hatte sich der BFH in einem Urteil vom 03.11.2015 - Az. VIII R 63/13 - zu befassen. Nach einer Außenprüfung gelangte das Finanzamt zu der Auffassung, dass der Junior-Partner steuerlich nicht als Mitunternehmer der Gesellschaft anzusehen sei. Gesellschafter seien vielmehr nur die beiden übrigen Gesellschafter, die, soweit sie Honorarumsätze des Junior-Partners vereinnahmten, gewerbliche Einkünfte erzielten, sodass sämtliche Einnahmen der Gesellschaft der Gewerbesteuer unterlägen. Der BFH bestätigte diese Auffassung des Finanzamtes. Steuerlich müsse ein Gesellschafter einer ärztlichen Gemeinschaftspraxis auch Mitunternehmer i.S.d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Einkommensteuergesetzes sein. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH ist nicht jeder zivilrechtliche Gesellschafter einer Personengesellschaft auch Mitunternehmer im Sinne dieser Vorschrift. Dies ist er nur dann, wenn er aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung Mitunternehmerinitiative ausüben kann und ein Mitunternehmerrisiko trägt. Mitunternehmerrisiko bedeutet dabei gesellschaftsrechtliche oder wirtschaftlich vergleichbare Teilhabe am Erfolg oder Misserfolg der Gesellschaft. Dieses Risiko wird im Regelfall durch Beteiligung am

Gewinn- und Verlust sowie an den stillen Reserven des Anlagevermögens einschließlich des Geschäftswerts vermittelt. Mitunternehmerinitiative bedeutet vor allem Teilnahme an unternehmerischen Entscheidungen.



Ihr Ansprechpartner:
Dr. Paul Harneit
Fachanwalt für Medizinrecht

Telefon: +49 (431) 6701 - 203
Telefax: +49 (431) 6701 - 55203
E-Mail: harneit@cc-recht.de

Der BFH verneinte im entschiedenen Fall ein Mitunternehmerrisiko des Junior-Partners. Mit der Beteiligung nur am eigenen Honorarumsatz erfolge eine Beteiligung am Gewinn des Unternehmens gerade nicht. Sein Gewinnanteil bleibe auch in wirtschaftlich erfolgreichen Jahren auf den Anteil seiner Honorarumsätze begrenzt. Er nehme damit gerade nicht an den Gewinnchancen der Gesellschaft teil.

Die Beschränkung des Gewinnanteils eines Gesellschafters auf einen prozentualen Anteil am eigenen Honorarumsatz ist damit nicht per se ausgeschlossen, wenn der Gesellschafter auch am Verlust der Gesellschaft und zumindest am ideellen Wert der Gesellschaft beteiligt ist, mithin bei seinem Ausscheiden eine Abfindung für seinen immateriellen Wertanteil erhält. Sie kann zudem kompensiert werden durch eine besonders ausgeprägte Mitunternehmerinitiative. Auch an diesem Merkmal mangelte es in dem entschiedenen Fall, weil der Junior-Partner nicht an Investitionsentscheidungen beteiligt war und im Übrigen Beschlüsse mit Mehrheit zu fassen waren, er also überstimmt werden konnte.

Soll die Gewerbesteuer sicher vermieden werden, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Beteiligung am Gesamtgewinn (und -verlust!) der Gesellschaft, nicht nur am eigenen Honorarumsatz.
- Beteiligung an den stillen Reserven, bei mangelnder Beteiligung am materiellen Wert also mindestens eine Beteiligung am ideellen Wert. Diese beiden Voraussetzungen charakterisieren das Mitunternehmerisiko.
- Teilnahme an unternehmerischen Entscheidungen, also an der Geschäftsführung, Beschlussfassung und Vertretung (Mitunternehmerinitiative).

Ob diese Merkmale erfüllt sind, ist nach Auffassung des BFH unter Berücksichtigung aller die rechtliche und wirtschaftliche Stellung einer Person insgesamt bestimmenden Umstände zu würdigen. Wer in seinem Gesellschaftsvertrag eine Gewinnverteilung dieser Art vereinbart hat, sollte ihn deshalb einer kritischen Prüfung unterziehen lassen, um nicht bei der nächsten Betriebsprüfung eine teure Überraschung zu erleben.

2. Leitung und Überwachung angestellter Ärzte

Das Vertragsarztrechtsänderungsgesetz hat die Anstellung von Ärzten weitgehend erleichtert. Konkretisiert wird die Anstellung von Ärzten in der Praxis eines Vertragsarztes durch die Regelungen in § 15 Abs. 1 des Bundesmantelvertrages (BMV-Ä). Danach ist zwar jeder Vertragsarzt weiterhin verpflichtet, die vertragsärztliche Tätigkeit persönlich auszuüben. Persönliche Leistungen sind allerdings auch ärztliche Leistungen angestellter Ärzte, soweit sie dem Praxisinhaber als Eigenleistung zugerechnet werden können. Den Praxisinhaber werden auch die ärztlichen selbstständigen Leistungen des angestellten Arztes zugerechnet, die er in einer Nebenbetriebsstätte (Zweigpraxis) in Abwesenheit des Vertragsarztes erbringt. Dasselbe gilt für fachärztliche Leistungen eines angestellten Arztes eines anderen Fachgebiets, auch wenn der Praxisinhaber sie nicht selbst miterbracht oder beaufsichtigt hat.

Diese weitgehenden Freiheiten des Vertragsarztrechts unterliegen allerdings steuerrechtlichen Restriktionen. Rechtlicher Anknüpfungspunkt ist § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Nach dieser Vorschrift gehören zu den Einkünften aus selbständiger Arbeit Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit, also typischerweise die Einkünfte eines Arztes oder Zahnarztes. Ein Angehöriger eines freien Berufes ist auch dann freiberuflich tätig, wenn er sich der Mithilfe fachlich vorgebildeter Arbeitskräfte bedient. Voraussetzung ist allerdings, dass er aufgrund eigener Fachkenntnisse **leitend und eigenverantwortlich** tätig wird. Mit der Frage, wann eine solche leitende und eigenverantwortliche Tätigkeit bei Beschäftigung eines angestellten Arztes vor-

liegt, hat sich der BFH in seinem Urteil vom 16.07.2014 - Az. VIII R 41/12 - befasst und entschieden:

Voraussetzung dafür ist, dass ein Arzt aufgrund seiner Fachkenntnisse durch regelmäßige eingehende Kontrolle maßgeblich auf die Tätigkeit seines angestellten Fachpersonals - patientenbezogen - Einfluss nimmt, sodass die Leistungen den „Stempel der Persönlichkeit“ des Steuerpflichtigen trägt. Führt ein selbständiger Arzt die jeweils anstehenden Voruntersuchungen bei den Patienten durch, legt er für den Einzelfall die Behandlungsmethode fest und behält er sich die Behandlung „problematischer Fälle“ vor, ist die Erbringung der ärztlichen Leistung durch angestellte Ärzte regelmäßig als Ausübung leitender eigenverantwortlicher freiberuflicher Tätigkeit im Rahmen des § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG anzusehen.

Problematisch ist danach bereits die Beschäftigung fachgebietsfremder Ärzte, z.B. eines Anästhesisten in einer chirurgischen Gemeinschaftspraxis. Hier fehlen schon faktisch die geforderten „eigenen Fachkenntnisse“ der Chirurgen, um die von dem angestellten Anästhesisten durchgeführten Narkosen „leitend und eigenverantwortlich“ zu erbringen.

Fraglich ist auch, wie viele angestellte Ärzte ein Praxisinhaber beschäftigen darf, damit die von ihnen erbrachten Leistungen noch den „Stempel der Persönlichkeit“ des Steuerpflichtigen tragen können. Vertragsarztrechtlich ist die persönliche Leitung eines Vertragsarztes dann (noch) anzunehmen, wenn je Vertragsarzt nicht mehr als drei Vollzeitbeschäftigte oder Teilzeitbeschäftigte in einer Anzahl, welche im zeitlichen Umfang ihrer Arbeitszeit drei vollzeitbeschäftigten Ärzten entspricht, angestellt werden. Die Beschäftigung eines Weiterbildungsassistenten wird insoweit nicht angerechnet. Während die Beschäftigung von drei Vollzeitbeschäftigten (fachgleichen) Ärzten noch eine leitende und eigenverantwortliche Tätigkeit des Praxisinhabers ermöglichen kann, dürfte die vertragsarztrechtlich zulässige Zersplitterung auf Teilzeitbeschäftigte von der „Stempeltheorie“ des BFH kaum noch gedeckt sein.

Offenkundig wird der Widerspruch zwischen Vertragsarztrecht und Steuerrecht bei der Führung einer Zweigpraxis durch einen angestellten Arzt. Gemäß § 15 Abs. 1 Satz 3 BMV-Ä werden den Praxisinhaber die ärztlichen selbstständigen (!) Leistungen des angestellten Arztes zugerechnet, auch wenn er sie in der Nebenbetriebsstätte der Praxis in Abwesenheit des Vertragsarztes erbringt. Nach dieser Regelung darf ein angestellter Arzt in einer Zweigpraxis selbstständig tätig werden. Hier kann schon per se nicht die steuerrechtlich geforderte leitende und eigenverantwortliche Tätigkeit des anstellenden Arztes vorliegen.

Fazit: Nicht alles, was berufsrechtlich und vertragsarztrechtlich zulässig ist, ist steuerrechtlich unbedenklich. Die steuerrechtlichen Restriktionen sind schon bei der Gestaltung des Gesellschafts- oder Anstellungsvertrages zu berücksichtigen. Organisationsrechtliche Freiheiten, die das Vertragsarztrecht bietet, und steuerrechtliche Restriktionen müssen gegeneinander abgewogen werden. Wenn Gewerbesteuererisiken bestehen, kann die Konsequenz auch lauten: Gründung eines MVZ in der Rechtsform der GmbH. Dies wäre schon aufgrund seiner Rechtsform gewerbesteuerpflichtig.

Preisbindung für verschreibungspflichtige Arzneimittel auf dem Prüfstand

Nationale Rechtsvorschriften unterliegen auch in arzneimittelrechtlichen Angelegenheiten, insbesondere im Hinblick auf die Wahrung der Grundsätze des freien Warenverkehrs, immer wieder der Überprüfung durch den EuGH. Nachdem sich dieser vor Jahren in seiner ersten Entscheidung in Verfahren gegen eine niederländische Apotheke mit dem deutschen Verbot des Versandhandels von Arzneimitteln auseinandergesetzt hatte, entschied der EuGH, dass die Norm zumindest für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel nicht aufrechtzuerhalten sei. Im Zuge einer Gesetzesänderung wurde der Versandhandel bekanntlich danach in Deutschland für Arzneimittel – gleich, ob verschreibungspflichtig oder nicht – zugelassen.

In demjenigen Verfahren, das dem EuGH aktuell zur Entscheidung durch das OLG Düsseldorf im Rahmen eines Vorlagebeschlusses vorgelegt worden ist, steht die Geltung der nach deutschem Recht vorgesehenen Preisbindung für verschreibungspflichtige Arzneimittel auf dem Prüfstand (Rechtssache C-148/15).

Geklagt hatte die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs gegen eine Selbsthilfeorganisation. Die Selbsthilfeorganisation hatte ihren Mitgliedern ein Bonussystem vorgestellt, welches verschiedene Preisnachlässe für verschreibungspflichtige, nur über Apotheken beziehbare Arzneimittel vorsieht, sofern diese über jene niederländische Apotheke (DocMorris) bezogen werden. Die Klägerin sah in dem Vorgehen der Beklagten einerseits einen Verstoß gegen § 78 AMG, wonach es dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie obliegt, Preisspannen für Arzneimittel festzusetzen, was in der Arzneimittelpreisverordnung erfolgt.



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

Die Preise und Preisspannen haben den berechtigten Interessen von Arzneimittelverbrauchern, Großhandel und Apotheken Rechnung zu tragen; es ist ein einheitlicher Apothekenabgabepreis zu gewährleisten.

In dem Vorgehen der Beklagten sei aber ein Verstoß gegen §§ 1 und 3 Arzneimittelpreisverordnung zu sehen, wonach der Hersteller eines Arzneimittels dessen Preis festsetzt, auf den dann ein Apothekenzuschlag erhoben wird und Preisnachlässe verboten sind. Nicht zuletzt seien die Boni nach Ansicht der Klägerin unlauter und damit wettbewerbsrechtlich unzulässig.

Das erstinstanzliche Landgericht folgte in seinem Urteil der Rechtsauffassung der Klägerin und untersagte der Selbsthilfeorganisation, das Bonussystem zu bewerben. Hiergegen legte die Beklagte Berufung zum OLG Düsseldorf ein.

Das OLG Düsseldorf sah in dem vorliegenden Fall europarechtliche Vorschriften tangiert und hat das Verfahren dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt. Für das OLG Düsseldorf ist hierbei insbesondere von Interesse, ob es sich bei der in Deutschland geltenden Preisbin-

derung für verschreibungspflichtige Arzneimittel um eine Maßnahme gleicher Wirkung gemäß Art. 34 AEUV handelt. Gemäß dieser Vorschrift sind „*mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung [...] zwischen den Mitgliedstaaten verboten.*“

Sofern der EuGH dieses als erwiesen ansähe, wäre sodann nach Ansicht des OLG Düsseldorf zu überprüfen, ob die Preisbindung für verschreibungspflichtige Arzneimittel gemäß Art. 36 AEUV gerechtfertigt ist:

„Artikel 36 [Ausnahmen]“

¹*Die Bestimmungen der Artikel 34 und 35 stehen Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen (...) gerechtfertigt sind. ²Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.*

Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn entsprechend der Argumentationslinie der Zentrale für unlauteren Wettbewerb in Deutschland nur durch die Preisbindung die „gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung in Deutschland“ und die notwendige Qualität der Versorgung sichergestellt werden könne. Es gelte hiernach zu verhindern, dass es zu einer Konzentration von Apotheken in bevölkerungsreichen Gebieten komme, ländliche Gebiete nur unzureichend versorgt würden und damit eine Gefährdung der Gesundheit besonders von alten und immobilen Menschen einträte. Zudem sei nur durch die Preisbindung von Arzneimitteln die hohe Qualität der Beratung von Patienten durch Apotheken gewährleistet, wodurch auch der „Fehl- und Mehrgebrauch“ von Arzneimitteln verhindert und die „Kontrolle der Echtheit ärztlicher Verschreibungen gewährleistet würde. Bei Wegfall der Preisbindung drohe aufgrund des eintretenden höheren Wettbewerbs- und Preisdrucks unter den Apotheken eine Minderung der Dienstleistungen und damit der Qualität der Beratung der Patienten.

Dies führt zu dem weiteren Argument, dass mit der Preisbindung auch die Kontrolle der Kosten des Gesundheitssektors aufrechterhalten werden soll. Da hier jedoch wirtschaftliche Ziele involviert sind, die bei der Geltendmachung von Art. 36 AEUV ausgeschlossen sind, wird dieses Argument nicht mit Erfolg angeführt werden können.

Nach dem zwischenzeitlich erfolgten Schlussantrag des Generalanwaltes beim EuGH, dem sich das Gericht regelmäßig anschließt, sieht es so aus, als wenn ein Verstoß gegen Europarecht angenommen werden würde; jedenfalls hat der Generalanwalt hierfür votiert:

„72. Wie bereits ausgeführt, liegt die Beweislast für die Rechtfertigung einer Maßnahme nach Art. 36 AEUV beim Mitgliedstaat. Dies ist ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs(71). Hierzu heißt es anschaulich im einschlägigen Schrifttum: „[D]er Gerichtshof [hat sich] nicht geschaut, diese Regel auch in Fällen anzuwenden, in denen es um Menschenleben geht.“(72) Dabei ist von Bedeutung, dass diese Regel sowohl in Vorabentscheidungsverfahren als auch in Vertragsverletzungsverfahren gilt. Im Lauf der Jahre hat der Gerichtshof diesen Grundsatz dahin gehend entwickelt, dass er den Mitgliedstaaten bestimmte Verpflichtungen auferlegt. Er hat entschieden, dass eine „Gefahr ... nicht anhand allgemeiner Überlegungen, sondern auf der Grundlage von relevanten wissenschaftlichen Untersuchungen zu beurteilen [ist]“(73).

73. Der Gerichtshof verwendet nunmehr regelmäßig folgende Formel: „Neben den Rechtfertigungsgründen, die ein Mitgliedstaat geltend machen kann, muss dieser daher eine Untersuchung zur Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der von ihm erlassenen Maßnahme vorlegen sowie genaue Angaben zur Stützung seines Vorbringens machen.“(74)

74. Ein solcher Nachweis ist hier nicht erbracht worden.

75. Die deutschen Rechtsvorschriften sind somit zur Erreichung des Ziels des Gesundheitsschutzes nicht geeignet.“

und ist zu dem Ergebnis gelangt:

„Die Art. 34 und 36 AEUV stehen einer durch nationale Rechtsvorschriften angeordneten Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln wie der nach § 78 des deutschen Arzneimittelgesetzes in Verbindung mit der deutschen Arzneimittelpreisverordnung entgegen.“

Es bleibt abzuwarten, wie sich der EuGH in diesem Verfahren positionieren wird und ggf. dessen Entscheidung, wenn sie denn dem Votum des Generalanwaltes folgen würde, zu einer Fortbildung des nationalen Rechts führt.

Ambulanter Sektor

G-BA: Neue Steigerungsmöglichkeiten beim Job-Sharing

Mit dem GKV-Versorgungsstärkungsgesetz hat der Gesetzgeber die Grundlagen für eine Wiederbelebung des Jobsharings in § 101 Abs. 1 Nr. 6 SGB V gelegt. Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) hat den Auftrag erhalten, die Regelungen zur Festlegung der Leistungsmengenbegrenzung zu überarbeiten.

Dabei wurde dem G-BA die Möglichkeit eingeräumt, Ausnahmeregelungen zur Leistungsbegrenzung im Rahmen des Jobsharings bei unterdurchschnittlichem Leistungsumfang zu beschließen. Von dieser Möglichkeit hat der G-BA Ge-



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

brauch gemacht. Der lang ersehnte Beschluss des G-BA liegt nun vor und wurde durch das Bundesministerium für Gesundheit nicht beanstandet. Die Veröffentlichung im Bundesanzeiger und damit das Inkrafttreten der insoweit geänderten Bedarfsplanungsrichtlinie stehen unmittelbar bevor.

Bislang wurde der Leistungsumfang einer Job-Sharing-Praxis wie folgt festgelegt: Für die Berechnung der Obergrenzen im ersten Job-Sharing-Leistungsjahr wurden grundsätzlich die vorausgegangenen vier verfügbaren Abrechnungsquartale der Praxis zuzüglich eines Aufschlags in Höhe von 3% des Fachgruppendurchschnitts zugrunde gelegt.

Durch die Neuregelung wird der Job-Sharing-Praxis eine Steigerung bis zum Fachgruppendurchschnitt ermöglicht.

Für die Arztgruppe der Psychotherapeuten ist sogar ein Wachstum über den Fachgruppendurchschnitt hinaus möglich. Die Job-Sharing-Obergrenzen für solche Praxen werden auf den Fachgruppendurchschnitt zuzüglich 25% festgelegt.

Damit wird das Jobsharing für kleinere Praxen nicht nur deutlich attraktiver, die Job-Sharing-BAG stellt möglicherweise auch eine ernstzunehmende Alternative im Rahmen von geplanten Praxisübernahmen dar, die durch die Entscheidung des BSG vom 04.05.2016 (Az.: B 6 KA 21/15 R), nach der ein auf seine Zulassung verzichtender Vertragsarzt zukünftig grundsätzlich drei Jahre im MVZ angestellt sein muss, bevor die Arztstelle vollständig mit einem Nachfolger neu besetzt werden kann, erschwert worden sind.

BSG: Konkrete Versorgungssituation am Praxisstandort entscheidend bei Verlegung eines Vertragsarztsitzes.

Der Vertragsarzt darf seine vertragsärztliche Tätigkeit nur an seinem Vertragsarztsitz ausüben. Möchte er zukünftig seine vertragsärztliche Tätigkeit an einem anderen Vertragsarztsitz ausüben, so bedarf er gem. § 24 Abs. 7 S. 1 Ärzte-ZV für diese Verlegung einer Genehmigung des Zulassungsausschusses. Die Verlegung des Vertragsarztsitzes darf nur genehmigt werden, wenn Gründe der vertragsärztlichen Versorgung der Verlegung nicht entgegenstehen. Bei dieser Entscheidung steht den Zulassungsgremien grundsätzlich ein gerichtlich nur beschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu.

Das BSG hat mit Urteil vom 03.08.2016, Az. B 6 KA 31/15 R entschieden, dass die Zulassungsgremien den vollständigen Sachverhalt, der ihrer Entscheidung über die Verlegung zugrunde liegt, zu ermitteln haben. Sie sind dabei gehalten, nicht alleine auf die allgemeine Versorgungssituation abzustellen, insbesondere nicht bloß auf den vom Landesausschuss ermittelten Versorgungsgrad. Zwar spreche vieles dafür, dass der Verlegung eines Vertragsarztsitzes von einem schlechter in einen deutlich besser versorgten Bezirk Gründe der Versorgung entgegenstehen, so dass eine Verlegung des Vertragsarztsitzes nicht genehmigt werden darf. Das BSG stellt aber klar, dass nicht gänzlich ausgeschlossen werden könne, dass sich die Versorgungslage mit Blick auf die konkreten Praxisstandorte anders darstellen könne, als sich diese unter Betrachtung der allgemeinen Versorgungsgrade in den Bezirken ergibt. Wird eine solche Prüfung nicht durchgeführt, ist der Sachverhalt nicht vollständig ermittelt, so dass die Entscheidung des Zulassungsausschusses rechtswidrig ist und aufgehoben werden kann.



Ihr Ansprechpartner:
Christian Gerdts
Fachanwalt für Medizinrecht

Telefon: +49 (40) 355 372 - 222
Telefax: + 49 (40) 355 372 - 19
E-Mail: gerdts@cc-recht.de

Es wird also zukünftig maßgeblich darauf ankommen, dass ein Vertragsarzt, der seinen Vertragsarztsitz verlegen will, im Rahmen des Genehmigungsverfahrens beim Zulassungsausschuss darlegt,

dass bezogen auf die konkreten Praxisstandorte keine Gründe der Versorgung der gewünschten Verlegung entgegenstehen. Sollte ein Antrag eines Vertragsarztes auf Genehmigung der Verlegung eines Vertragsarztsitzes nur mit der Begründung zurückgewiesen werden, dass der Versorgungsgrad in dem Bezirk, in dem der neue Vertragsarztsitz sich befinden soll, deutlich höher ist, als in dem Bezirk, in dem der Vertragsarztsitz sich bisher befand, haben Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Zulassungsausschusses Aussicht auf Erfolg, wenn durch den Vertragsarzt nachgewiesen werden kann, dass die konkrete Versorgungssituation an den jeweiligen Praxisstandorten sich anders darstellt.

Bislang liegt zu dieser Entscheidung nur der Terminsbericht des Bundessozialgerichts vor. Die Entscheidungsgründe sind noch nicht veröffentlicht. Es werden insoweit die konkreten Ausführungen des Gerichts abzuwarten bleiben.

Neues im EBM

Der EBM ist seit dem 01.07.2016 um einige Einzelleistungen und ganze 2 Kapitel gewachsen.

So hat der Bewertungsausschuss die **humangenetischen Leistungen** des Kapitels 11 EBM überarbeitet und die bisherige methodische Beschreibung und Differenzierung durch eine pathogenetische ersetzt.

Neu in den EBM aufgenommen wurden Gebührenordnungspositionen der **spezialisierten geriatrischen Diagnostik und Versorgung** in Abschnitt 30.13. Dabei können durch Hausärzte die Gebührenordnungspositionen 30980 (Abklärung vor Durchführung eines geriatrischen Assessments) und 30988 Zuschlag für die Einleitung und Koordination von Therapiemaßnahmen) abgerechnet werden. Fachärzte mit geriatrische Weiterbildung (Fachärzte für Innere Medizin und Geriatrie, Fachärzten für Innere Medizin mit der Schwerpunktbezeichnung Geriatrie, Vertragsärzten mit der Zusatzbezeichnung Geriatrie) sowie Vertragsärzte, die eine geriatrische Qualifikation gemäß Anlage 1 zu § 1 der Vereinbarung nach § 118a SGB V nachweisen können, sind berechtigt, die die Gebührenordnungspositionen 30981 (fachärztliche Abklärung vor Durchführung eines geriatrischen Assessments), 30984 (Weiterführendes geriatrisches Assessment) nebst Zuschlagsziffern und ebenfalls die 30988 abrechnen. Die besonderen Vorgaben der einleitenden Bestimmungen des Abschnitts 30.13 sind zu beachten.



Ihr Ansprechpartner:
Stephan Gierthmühlen
Fachanwalt für Medizinrecht

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

Mit dem neu eingeführten Kapitel 37 werden die ärztlichen Leistungen im Sinne einer der **kooperativen und koordinierten ärztlichen und pflegerischen Versorgung in stationären Pflegeheimen** gem. § 119b SGB V in den EBM aufgenommen. Dabei definiert der EBM Zuschläge zu den Versicherten- bzw. Grundpauschalen für die Betreuung von Patienten in Kooperation mit weiteren und Pflegekräften sowie einen weiteren Zuschlag für den koordinierenden (hausärztlichen) Vertragsarzt. Weiter werden Zuschläge zu den Besuchsziffern 01410 und 01413 definiert. Voraussetzung für die Abrechnung dieser Zuschläge ist der Abschluss eines Kooperationsvertrages im Sinne der Anlage 27 zum BMV-Ä. Dabei hat der Hausarzt insbesondere folgende Aufgaben wahrzunehmen:

- die Steuerung des multiprofessionellen Behandlungsprozesses,
- die Veranlassung und Durchführung und / oder Koordination von diagnostischen, therapeutischen und rehabilitativen Maßnahmen nach Maßgabe der in dieser Vereinbarung genannten Grundsätze einschließlich der Einbeziehung aller an dieser Maßnahme beteiligten Berufsgruppen, insbesondere des Pflegepersonals der stationären Pflegeeinrichtung,
- die bedarfsgerechte, regelmäßige Visite in der stationären Pflegeeinrichtung in Kooperation und Abstimmung mit den Ansprechpartnern der Einrichtung,
- die Sicherstellung einer kontinuierlichen Zusammenarbeit und eines kontinuierlichen Informationsaustausches der beteiligten Haus- und Fachärzte so-wie der beteiligten Pflegefachkräfte,

- der Hausarzt hat im Fall seiner Verhinderung (z.B. wegen Urlaub oder Krankheit) die Vertretung durch einen geeigneten Arzt sicherzustellen. Die Einrichtungsleitung ist über die ärztliche Vertretung in Kenntnis zu setzen,
- die erforderlichen Einweisungen zur stationären Krankenhausbehandlung orientiert am Patientenwohl und am Patientenwillen sowie unter Berücksichtigung bestehender Versorgungsstrukturen vorzunehmen,
- die Kommunikation mit den behandelnden Krankenhausärzten nach einer Krankenhauseinweisung und nach der Entlassung.

Fachärztliche Teilnehmer einer solchen Kooperation haben insbesondere folgende Aufgaben wahrzunehmen:

- Bedarfsgerechte, regelmäßige Besuche bzw. Konsile der Versicherten möglichst in Absprache mit dem Hausarzt, Fallbesprechungen mit den Hausärzten und der stationären Pflegeeinrichtung, fachübergreifende Kommunikation mit den Hausärzten und der stationären Pflegeeinrichtung,
- bei Änderung des Befundes, der Diagnose oder Therapie schriftliche Information des Hausarztes über die Diagnosestellung und Behandlungsmaßnahmen.

Die kooperierenden Vertragsärzte vereinbaren weiter mit den Pflegeeinrichtungen Regelungen

- für die Sicherstellung einer bedarfsgerechten, ärztlichen Präsenz,
- für die Versorgung nach 22 Uhr, an Wochenenden und an Feiertagen. Dabei können auch Regelungen zur Einbeziehung des vertragsärztlichen Bereitschaftsdienstes getroffen werden,
- für die Gewährleistung der telefonischen Erreichbarkeit,
- die kooperierenden Ärzte (Arztgruppen und Arztnetze) sollen einen Koordinationsarzt bestimmen.

Ebenfalls vollständig neu ist das Kapitel 38 EBM, das Gebührenordnungspositionen für besondere **delegationsfähige Leistungen** enthält. Dabei ist klarzustellen, dass auch wie bisher andere Leistungen, die durch nichtärztliche Mitarbeiter auf Anordnung des Arztes unter seiner Leitung und Aufsicht erbracht werden, als eigene Leistungen des Vertragsarztes abgerechnet werden können. Die Leistungen des neuen Kapitels 38 bilden vielmehr das Aufsuchen des Patienten durch einen Praxismitarbeiter ab.

Das Kapitel 38 differenziert dabei zwischen dem Einsatz eines „qualifizierten nichtärztlichen Praxisassistenten“ und sonstigen Praxismitarbeitern. Nach der Präambel des Abschnitts 38.3 muss der Praxisassistent mindestens 20 Stunden in der Praxis des delegierenden Arztes angestellt sein und die Abrechnung der von diesem erbrachten Leistungen muss von der KV genehmigt worden sein. Für eine Genehmigung muss der Praxisassistent über folgende Qualifikation verfügen:

- eine nach dem qualifizierten Berufsabschluss mindestens dreijährige Berufserfahrung in einer Praxis eines Arztes gemäß Nr. 1 der Präambel 38.1
- eine Qualifikation gemäß Anlage 8 zum Bundesmantelvertrag-Ärzte (BMV-Ä),
- Nachweis über die Begleitung von 20 Hausbesuchen zur Verrichtung medizinisch notwendiger delegierbarer Leistungen in Alten- oder Pflegeheimen oder in anderen beschützenden Einrichtungen bei einem Arzt gemäß Nr. 2 der Präambel 38.1. Bis zum 31. Dezember 2016 kann die

Genehmigung auch dann erteilt werden, wenn nachgewiesen wird, dass 10 Hausbesuche begleitet worden sind.

Auch die Leistungslegenden der 38100 und 38105, die als solche nicht den Einsatz eines Praxisassistenten erfordern, setzen den Einsatz eines „beauftragten angestellten Praxismitarbeiters“ vor. Die Leistungslegenden gehen damit über die Anlage 24 BMV-Ä (Delegationsvereinbarung) hinaus, die lediglich verlangt, dass „zu gewährleisten [ist], dass der delegierende Arzt gegenüber dem nichtärztlichen Mitarbeiter über eine durch eine schriftliche Vereinbarung sicherzustellende Weisungsbefugnis verfügt.

Ob sich die Delegationsleistungen vor diesem Hintergrund insbesondere im fachärztlichen Bereich durchsetzen werden, bleibt abzuwarten.

Risiko: „Serviceleistung Rezept“ als sonstiger Schaden?

Der EBM wurde zum 1. Juli 2016 um das Kapitel 37 für Kooperations- und Koordinationsleistungen in Pflegeheimen erweitert. Haus- und Fachärzte, die in die Versorgung von Pflegeheimbewohnern miteinbezogen sind, sollten im Hinblick auf „Rezeptbestellungen“ durch Heimleitungen allerdings als Schutz vor unnötigen Regressen mit der „Serviceleistung Rezept“ restriktiv umgehen.

Zwar kann eine Verordnung auch ohne persönliche Untersuchung des Patienten auf der Grundlage der Bestimmung des § 15 Abs. 2 BMV-Ä erfolgen, wenn dem Vertragsarzt der Zustand des Patienten „aus der laufenden Behandlung bekannt ist“. Jedoch verletzt



Ihr Ansprechpartner:
Dr. Wiebke Arnold
Fachanwältin für Medizinrecht

Telefon: +49 (40) 355 372 - 225

Telefax: +49 (40) 355 372 - 19

E-Mail: arnold@cc-recht.de

der Vertragsarzt seine aus § 39 Abs. 1 S. 3 HS. 1 SGB V, § 2 Abs. 1 S. 1 HS. 1 KHEntgG, § 41 Abs. 8 BMV-Ä abgeleitete Pflicht, keine für die stationäre Behandlung notwendigen Arzneimittel zu verordnen, wenn er während einer stationären Behandlung Arzneimittel für den Patienten verordnet. Und eine solche Pflichtverletzung kann bei „Rezeptbestellungen“ durch Heimleitungen schnell entstehen, da der niedergelassene Vertragsarzt im Zeitpunkt der Ausstellung des Rezeptes in der Regel nicht sicher weiß, ob sich der jeweilige Patient tatsächlich im Pflegeheim aufhält oder beispielsweise kurzfristig stationär aufgenommen worden ist. Entsprechendes gilt bei Rezeptbestellungen durch Angehörige oder Anforderungen per Telefon.

Auf Seiten der Krankenkassen entsteht durch eine solche Pflichtverletzung ein „sonstiger Schaden“, der allerdings nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts verschuldensabhängig ist. Das heißt, der Vertragsarzt muss vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben, wobei fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

Vor diesem Hintergrund hatte sich das LSG Rheinland-Pfalz in seiner Entscheidung vom 3. März 2016 (L 5 KA 41/14) mit der Frage zu befassen, ob ein Vertragsarzt bereits dann fahrlässig handelt und sich damit einem Regressanspruch ausgesetzt sieht, wenn er einem Patienten ein Arzneimittel verordnet, ohne vorher zu erfragen, ob sich dieser in stationärer Behandlung befindet. Das Gericht hat eine entsprechende Nachfrage- bzw. Nachforschungspflicht verneint. Erst beim Vorliegen von konkreten Anhaltspunkten sei der Vertragsarzt zu einer entsprechenden Nachfrage verpflichtet. Eine gesetzliche Grundlage für eine solche Nachfragepflicht ohne bestimmten Anlass gibt es nicht.

Gleichwohl sollte der Vertragsarzt mit der „Serviceleistung Rezept“ umsichtig umgehen, um unnötige Regresse zu vermeiden. Denn eine Garantie für regresssicheres Handeln bietet diese Rechtsprechung nicht. Die Besonderheit des vom Bundessozialgericht zu entscheidenden Sachverhaltes lag nicht zuletzt darin, dass die Patientin selbst während ihres stationären Aufenthaltes den Hausarzt aufsuchte. Soweit sich aber lediglich Angehörige melden oder aber nur die Heimleitung, können möglicherweise Anhaltspunkte gegeben sein, die eine Nachfragepflicht des Vertragsarztes begründen.

Dialyseversorgung: BSG entscheidet zur defensiven Konkurrentenklage

Das Bundessozialgericht (BSG) hat mit Urteil vom 26.10.2015 (Az.: B 6 KA 43/14 R) seine bisherige Rechtsprechung zum Drittwiderspruch und zur defensiven Konkurrentenklage bestätigt.

Der Entscheidung liegt ein Rechtsstreit zwischen einer Berufsausübungsgemeinschaft (BAG) mit einem Dialyse-Versorgungsauftrag und der Kassenärztlichen Vereinigung zugrunde. Die Kassenärztliche Vereinigung (KV) hatte einem aus der BAG ausgeschiedenen Vertragsarzt nach Verlegung seines Vertragsarztsitzes den beantragten Dialyse-Versorgungsauftrag neu erteilt. Widerspruch und Klage der früheren Mitgesellschafter gegen die Genehmigung wurden zunächst zurückgewiesen. Das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen (LSG) hat das erstinstanzliche Urteil aufgehoben. Das BSG hielt die Revisionen der Kassenärztlichen Vereinigung und des ausgeschiedenen Vertragsarztes gegen das Urteil des LSG für teilweise begründet, weil die KV über den Genehmigungsantrag des ausgeschiedenen Vertragsarztes neu zu entscheiden hatte.

Das BSG hat mit seinem Urteil allerdings die Rechtsauffassung des LSG bestätigt, dass die Anfechtungsberechtigung der konkurrierenden früheren Mitgesellschafter nicht daran scheitert, dass der Dialyse-Versorgungsauftrag keinen vertragsarztrechtlichen Status vermittelt, da ein Dialyse-Versorgungsauftrag in seiner Wirkung einer Statusentscheidung nahe komme, so das BSG.

Das BSG bestätigt damit seine bisherige Linie. Der für die Anfechtungsberechtigung erforderliche Vorrang des Status der anfechtenden früheren Mitgesellschafter gegenüber dem Status

des konkurrierenden, aus der BAG ausgeschiedenen Vertragsarztes wird daraus abgeleitet, dass die Erteilung des Dialyse-Versorgungsauftrages davon abhängt, dass der Versorgungsbedarf noch nicht durch die bereits zugelassenen und damit dauerhaft in das Versorgungssystem einbezogenen Ärzte abgedeckt wird. Für ausschlaggebend wird gehalten, ob der Norm, auf die sich die zu erteilende Zulassung oder Genehmigung stützt, drittschützende Funktion zugunsten der bereits zugelassenen Ärzte zukommt. Dies wurde für den Dialyse-Versorgungsauftrag bereits mehrfach bejaht.

Das BSG hält die angefochtenen Bescheide für rechtswidrig, weil die KV den Dialyse-Versorgungsauftrag ohne die gebotene Bedarfsprüfung unter Einbeziehung benachbarter Planungsbereiche erteilt hat. Hierbei komme allerdings dem Wunsch von Patienten, weiterhin von dem Arzt versorgt zu werden, der die Berufsausübungsgemeinschaft verlässt, kein Sicherstellungserfordernis im Sinne des § 6 Abs. 3 Anlage 9.1. zu, so das BSG. Zur Ermittlung der konkreten Bedarfssituation ist die Befragung der für die Leistungserbringung in Betracht kommenden Leistungserbringer erforderlich. Qualitätsmängeln in der Dialysepraxis ist mit



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

einer Zulassungsentziehung bzw. mit dem Widerruf von Dialysegenehmigungen zu begegnen, im Rahmen der Erteilung eines Dialyse-Versorgungsauftrags sind sie nicht zu berücksichtigen.

Sowohl bei Genehmigung eines Dialyse-Versorgungsauftrages als auch bei Genehmigung einer Dialyse-Zweigpraxis steht konkurrierenden Vertragsärzten mithin eine Anfechtungsbe-
rechtigung zu. Das BSG weicht damit im Bereich der Dialyse – wie auch im Bereich künstlicher Befruchtungen nach § 121a SGB V – von dem Grundsatz ab, dass einem Konkurrenten die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung eröffnet oder erweitert und nicht nur ein weiterer Leistungsbereich genehmigt werden muss, damit eine defensive Konkurrentenklage in Betracht kommt.

Stationärer Sektor

BGH: Nur die persönliche Leistung durch den Wahlarzt zählt

Immer wieder haben sich Gerichte mit der Frage der Wirksamkeit von Wahlleistungsvereinbarungen und der hiernach generierten Honorare zu beschäftigen. Neben der abrechnungstechnischen Bedeutung wird teilweise diskutiert, ob nicht - qua Einwilligung des Patienten in die Behandlung - per se jegliche Erbringung der Kernleistung durch andere Ärzte, insbesondere, wenn es um die Durchführung von Operationen geht, ausgeschlossen ist. Neben der ausdrücklichen Einwilligung des Patienten ist es teilweise als ausreichend angesehen worden, wenn dieser nicht ausdrücklich einer anderen Leistungserbringung widersprochen hat. Dies gilt jedenfalls in solchen Fällen, in denen eine wirksame Vertretungsregelung in der Wahlleistungsvereinbarung vorgenommen worden ist.



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

Zudem wurde auch gegen eine Haftung aufgrund der Vornahme durch den „falschen“ Arzt eingewandt, auch bei der Behandlung durch den Chefarzt wäre es zu einem komplikationshafte Verlauf gekommen.

Einem solchen Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens hat nunmehr der BGH aber eine Abfuhr erteilt (Urteil vom 19.07.2016, Az.: VI ZR 75/15).

Die Vorinstanz, das Oberlandesgericht Koblenz, hatte über einen Fall zu entscheiden, wo ein Patient sich in einer Klinik vorstellte, dort vom Chefarzt untersucht wurde und für die Behandlung eine Wahlleistungsvereinbarung abgeschlossen hatte, in welcher – ohne entsprechende Vertreter-Regelung – der Chefarzt als Wahlarzt aufgeführt war. Die Operation führte jedoch ein Oberarzt der Klinik durch, wovon der Patient nicht explizit eingewilligt hatte. Es stellten sich postoperativ Komplikationen ein.

Klage und Berufung des Patienten waren abgewiesen worden, weil - so das Krankenhaus - auch bei Durchführung durch den Chefarzt diese postoperativen Komplikationen eingetreten wären; der Eingriff als solcher war vom Oberarzt fehlerfrei durchgeführt worden. Selbst wenn – so die Vorinstanzen – also der Kläger mit dem Operateur nicht einverstanden gewesen war, so stünde er genauso, „wenn die Operation, wie von ihm erwartet und konsentiert, vom“ Chefarzt „vorgenommen worden wäre“.

Diese Argumentation hat der Bundesgerichtshof verworfen. Dabei hat das oberste deutsche Zivilgericht zunächst darauf hingewiesen, dass von beiden vorangegangenen Instanzen festgestellt worden wäre, dass keine wirksame Einwilligung des Patienten vorlag. In solchen Fällen sei aber für das Berufen auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten kein Raum, „weil dies dem Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses bei ärztlichen Eingriffen (§ 823 Abs. 1 BGB) widerspricht“.

Wenn sich ein Patient also nur durch einen bestimmten Arzt operieren lassen möchte, so ist der Eingriff durch einen anderen Arzt rechtswidrig. Damit ist für den Behandler die Argumentation abgeschnitten, der Geschehensablauf mit den eingetretenen negativen Konsequenzen sei derselbe gewesen, auch wenn der vom Patienten gewählte Arzt den Eingriff vorgenommen hätte. Ansonsten würde das Vertrauen des Patienten, „das in die oben genannten Verhaltenspflichten der Beklagten gesetzt hat, enttäuscht“ werden.

Begründet hat der BGH seine Bewertung mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten, welches bei Zulassung eines Berufens auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten in nicht hinnehmbarer Weise ausgehebelt werden würde:

„Die Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff bedeutet nämlich in dem durch sie gezogenen Rahmen einen Verzicht auf den absoluten Schutz des Körpers vor Verletzungen, die mit dem Eingriff verbunden sind, darüber hinaus das Aufsichnehmen von Gefahren, die sich aus Nebenwirkungen der Behandlung und möglichen Komplikationen ergeben. In diesem Sinn muss die Frage einer Beeinträchtigung von Körper und Gesundheit durch den Arzt weitgehend aus der Sicht des Patienten abgegrenzt werden, weil es um die Selbstbestimmung geht, wenn er diese seine Rechtsgüter im Verlaufe einer ärztlichen Behandlung und in deren Rahmen zur Disposition stellt (Senat, Urteil vom 14. Februar 1989 - VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391, BGHZ 397 f.).“

Auch ein Berufen darauf, der Patient wäre mit einer Behandlung durch einen anderen Arzt implizit einverstanden gewesen, ist der Behandlerseite verwehrt, da ansonsten „der rechtswidrige Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten sanktionslos“ bliebe.

Diese Entscheidung des BGH hat in der Praxis erhebliche Konsequenz und führt dazu, dass bei einem Hinwegsetzen der Behandlerseite über die Entscheidung des Patienten, von wem dieser sich behandeln zu lassen gedenkt, aufgrund der Rechtswidrigkeit des Eingriffes und dem vom BGH abgeschnittenen Berufen auf alternative Geschehensverläufe immer für auch schicksalhafte Verläufe und die hierbei eintretenden Folgen haftet.

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass stationäre, aber auch größere ambulante Einrichtungen (mit mehreren Ärzten) noch deutlicher als bisher entsprechende Einschränkungen des Patienten zur Wahl des Behandlers ernst zu nehmen haben und diesen entsprechend handeln müssen, so dass – etwa bei Verhinderung des avisierten Operateurs – den Patienten hierüber informieren und sein Einverständnis mit einem anderen Behandler einholen müssen; die bloße Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses reicht nicht. Auch weitere, nicht invasive Fachdisziplinen können von dem Urteil betroffen sein, wobei aber eine geringere Relevanz besteht, ist doch die Höchstpersönlichkeit der Leistungspflicht des Arztes dort weit weniger ausgeprägt. Das grundsätzliche Problemfeld besteht aber auch dort rechtlich in der gleichen Weise.

BVerwG: Zuschläge nur bei speziellem Versorgungsauftrag

Das Bundesverwaltungsgericht hat am 08.09.2016 über den Anspruch eines Krankenhauses auf Zentrumszuschläge im Sinne des § 5 Abs. 3 i.V.m. § 2 Abs. 1 KHEntgG (in der bis zum 31.12.2015 gültigen Fassung) zu entscheiden gehabt (Az.: 3 C 6.15). Es liegt bislang nur die Pressemitteilung, nicht aber das vollständig begründete Urteil vor.

Das klagende Krankenhaus war im streitigen Zeitraum nicht als Zentrum im Krankenhaus ausgewiesen. Auch hatte es keine krankenhaushausplanungsrechtliche Entscheidung gegeben, die dem Krankenhaus einen Versorgungsauftrag für die besonderen Aufgaben eines Zentrums zugewiesen hatte.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Revision des Krankenhauses zurückgewiesen und festgestellt, dass das Krankenhaus keinen Anspruch auf die begehrten Zuschläge hat. Das BVerwG hat dazu in seiner Pressemitteilung ausgeführt:



Ihr Ansprechpartner:
Stephan Gierthmühlen
Fachanwalt für Medizinrecht

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

„Nach den Vorschriften des Krankenhausentgeltgesetzes können Vergütungen nur für Krankenhausleistungen gewährt werden, die von dem Versorgungsauftrag des Krankenhauses umfasst sind. Das Oberverwaltungsgericht hat für das Revisionsverfahren verbindlich festgestellt, dass der Klägerin für das Jahr 2009 die besonderen Aufgaben eines Brustzentrums weder im Krankenhausplan des Landes noch sonst durch eine Entscheidung des Landes oder im Rahmen einer ergänzenden Vereinbarung nach § 109 Abs. 1 Satz 5 SGB V zugewiesen waren. Ihr fehlte deshalb der erforderliche Versorgungsauftrag für diese Aufgaben. Das Oberverwaltungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Aufnahme in den Landeskrankenhausplan mit der Fachrichtung Frauenheilkunde nicht genügte, um einen Versorgungsauftrag für die besonderen Aufgaben des Brustzentrums zu begründen, sondern es dazu eines speziellen Versorgungsauftrags bedurft hätte.“

Die Entscheidung verdeutlicht einmal mehr, die Bedeutung, die die Festlegungen im Krankenhausplan auch für die Vergütung des Krankenhauses haben.

Nicht zuletzt im Hinblick auf die in Schleswig-Holstein bevorstehende Fortentwicklung des Krankenhausplanes muss dieses Urteil Beachtung finden.

Arbeitsrechtliche Entscheidungen (für das Krankenhaus) **Schwerpunkt Mindestlohn**

Der Mindestlohn bleibt weiter aktuell. Die Thematik Mindestlohn beschäftigt die Gerichte auch in den vergangenen Monaten. Dabei kann durchaus Änderungsbedarf in den Arbeitsverträgen entstehen. Zudem soll der Mindestlohn zum 01.01.2017 von brutto 8,50 € je Stunde auf 8,84 € pro Stunde steigen. Weiter kommt es zum 01.10.2016 zu einer Gesetzesänderung, die zu Änderungsbedarf in Vertragsformularen führt.

1. Der gesetzliche Mindestlohn soll zum 01.01.2017 auf 8,84 € steigen

Nach § 9 Abs. 1 Mindestlohngesetz (MiLoG) hatte die **Mindestlohnkommission** bis zum 30.06.2016 über eine Anpassung der Höhe des Mindestlohns mit Wirkung zum 01.01.2017 zu beschließen. Dieser Verpflichtung ist die Mindestlohnkommission nachgekommen und hat der Bundesregierung vorgeschlagen, den gesetzlichen Mindestlohn zum 01.01.2017 von brutto 8,50 € je Stunde auf 8,84 € pro Stunde steigen zu lassen.

Nach der Mitteilung der Bundesregierung hat die Mindestlohnkommission sich bei ihrer Entscheidung am Tarifindex des Statistischen Bundesamtes orientiert. Dabei wurden Tarifierhöhungen von Januar 2015 bis einschließlich Juni 2016 berücksichtigt, welche erstmals gezahlt wurden. Die Entwicklung der Tarifverdienste entspricht in diesem Zeitraum vier Prozent, wobei die Tarifierhöhung für den öffentlichen Dienst ab 01.03.2016 eingerechnet ist. Infolgedessen wird bei der nächsten Anpassung im Jahr 2018 (nach § 9 Absatz 1 Satz 2 hat die Mindestlohnkommission alle zwei Jahre über die Anpassung der Höhe des Mindestlohns zu beschließen) ausgeklammert.



Ihr Ansprechpartner:
Dr. Kai Stefan Peick
Fachanwalt für Medizinrecht
Fachanwalt für Arbeitsrecht

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

Betont wird, Verwerfungen am Arbeitsmarkt seien durch die Einführung des Mindestlohns nicht festzustellen gewesen, insbesondere sollen keine kausalen Wirkungszusammenhänge zur Beschäftigung hergestellt werden können. Es sollen rund 3,7 Million Arbeitnehmer von der gesetzlichen Lohnuntergrenze profitieren.

2. Gesetzlicher Mindestlohn für Bereitschaftszeiten

Mit Urteil vom 29.06.2016, Az. 5 AZR 716/15, hat das **Bundesarbeitsgericht** ausweislich der Pressemitteilung Nr. 33/16 entschieden, dass der gesetzliche Mindestlohn ebenfalls für Bereitschaftszeiten gilt.

Bereitschaftszeiten rechnen nach der Rechtsprechung zur vergütungspflichtigen Arbeit. Bereitschaftszeiten in diesem Sinne sind die Zeiten, während derer sich der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort - innerhalb oder außerhalb des Betriebes - bereithalten muss, damit er bei Bedarf seine Arbeit aufnehmen kann. Da der gesetzliche Mindest-

lohn für jede geleistete Arbeitsstunde zu zahlen ist, gilt dies danach auch für Bereitschaftszeiten.

Der klagende Rettungsassistent, der im Rahmen einer 4-Tage-Woche durchschnittlich 48 Stunden wöchentlich beschäftigt ist, machte geltend, dass die Beklagte die regelmäßig anfallenden Bereitschaftszeiten nicht mit dem gesetzlichen Mindestlohn vergüten würde durch die vertraglich einbezogene tarifliche Vergütungsregelung. Sein Bruttomonatsgehalt belief sich auf 2.680,31 € nebst Zulagen. Der Kläger machte geltend, dass durch Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes die arbeitsvertraglich einbezogene tarifliche Vergütungsregelung unwirksam geworden sei und ihm deshalb die übliche Vergütung von 15,81 € brutto je Arbeitsstunde zustehen würde.

Sowohl das Arbeitsgericht als auch das Landesarbeitsgericht haben der Klage nicht stattgegeben. Auch beim Bundesarbeitsgericht konnte sich der Kläger nicht durchsetzen.

Zwar sei die Bereitschaftszeit mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten. Dieser Anspruch sei jedoch erfüllt. Bei maximal 228 Arbeitsstunden, die der Kläger mit Vollarbeit und Bereitschaftszeiten in einem Monat leisten könne, erreiche die gezahlte Monatsvergütung nicht nur den gesetzlichen Mindestlohn (228 Stunden à 8,50 € = 1.938,00 € brutto monatlich), sondern übersteige ihn auch. Deswegen bestehe kein Anspruch auf weitere Vergütung nach § 612 Abs. 2 BGB. Die Einführung des Mindestlohngesetzes habe die arbeitsvertraglich einbezogene tarifliche Vergütungsregelung nicht unwirksam gemacht.

In diesem Zusammenhang sei auch auf die Entscheidung des **Arbeitsgerichts Hamburg** vom 02.03.2016, Az. 27 Ca 443/15, hingewiesen. Das Arbeitsgericht Hamburg hat entschieden, dass sofern in einem Monat sowohl Vollarbeit als auch Bereitschaftsdienste erbracht werden, im Monatsdurchschnitt der Mindestlohn pro Stunde erreicht werden muss. Unerheblich sei dabei, ob ein Tarifvertrag für den Bereitschaftsdienst eine Stundenvergütung vorsehe, die für sich gesehen die Grenze des § 1 Abs. 2 MiLoG nicht erreicht.

Es ist demnach jedenfalls sicherzustellen, dass die Vergütung für die Vollarbeitszeit und die Bereitschaftszeiten zusammenbetrachtet den gesetzlichen Mindestlohnanspruch erfüllen.

3. *Mindestentgelt und Ausschlussfristen*

In der Pressemitteilung Nr. 44/16 hat das **Bundesarbeitsgericht** mitgeteilt, dass der 5. Senat im Urteil vom 24.08.2016, Az. 5 AZR 703/15, entschieden hat, dass eine vom Arbeitgeber als Allgemeine Geschäftsbedingung gestellte arbeitsvertragliche Ausschlussfristenregelung, die auch den Anspruch auf das Mindestentgelt nach § 2 der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (PflegeArbbV) erfasst, im Anwendungsbereich dieser Verordnung gegen § 9 Satz 3 i. V. m. § 13 Arbeitnehmerentendegesetz (AEntG) verstößt. Dies führe dazu, dass die Ausschlussfrist auch für andere Ansprüche nicht aufrechterhalten werden kann, weil dem das Transparenzgebot des § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB entgegenstehe.

Nach § 9 AEntG ist ein Verzicht auf den entstandenen Anspruch auf das Mindestentgelt nur in einem gerichtlichen Vergleich zulässig. Im Übrigen ist ein Verzicht ausgeschlossen. Zudem ist

die Verwirkung des Anspruchs auf das Mindestentgelt ausgeschlossen, und Ausschlussfristen für die Geltendmachung des Anspruches sollen ausschließlich in bestimmten Tarifverträgen geregelt werden können, wobei die Frist mindestens sechs Monate betragen muss.

Die Klägerin war bei einem ambulanten Pflegedienst als Pflegehilfskraft beschäftigt. Der Arbeitsvertrag enthielt als Allgemeine Geschäftsbedingung eine übliche Verfallklausel, nach der alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach der Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich erhoben werden. Bei Ablehnung oder Nichtäußerung der Gegenpartei binnen zwei Wochen nach der Geltendmachung sollte ebenfalls Verfall eintreten, wenn der Anspruch nicht innerhalb von drei Monaten nach der Ablehnung oder dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird.

Die beklagte Arbeitgeberin hegte trotz ärztlicher Bescheinigung Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin und leistete deswegen keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Die Klägerin machte diese Ansprüche gerichtlich geltend, wobei die Fristen der Verfallklausel nicht berücksichtigt waren. Dennoch hatten sowohl das Arbeitsgericht als auch das Landesarbeitsgericht der Klage im Ergebnis stattgegeben.

Auch die Revision blieb im Wesentlichen erfolglos. Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass die Klägerin für den durch die Arbeitsunfähigkeit bedingten Arbeitsausfall Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall hatte. Insbesondere müsse sie diesen nicht innerhalb der arbeitsvertraglich vorgesehenen Fristen geltend machen, da die Klausel gegen § 9 Satz 3 A-EntG verstoße und deswegen unwirksam sei, weswegen der Anspruch auf das Mindestentgelt nach § 2 PflegeArbbV nicht wegen Versäumung der Ausschlussfrist erlösche. Da die Ansprüche auf das Mindestentgelt nicht ausgenommen waren, geht das Bundesarbeitsgericht davon aus, dass die Bestimmung nicht klar verständlich ist, und nimmt deswegen Unwirksamkeit an.

Diese Entscheidung könnte durchaus Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung haben. Arbeitsverträge stellen nach der Rechtsprechung regelmäßig Allgemeine Arbeitsbedingungen dar, die vom Arbeitgeber gestellt sind. Dennoch lässt die Rechtsprechung grundsätzlich Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen zu. Eine zeitliche Mindestgrenze von drei Monaten sowohl für einstufige als auch für zweistufige Ausschlussfristen (auf jeder Stufe) ist zu beachten.

Mit der Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht nunmehr festgelegt, dass Ausschlussfristen insgesamt unwirksam sind, wenn sie den Mindestgeldanspruch nach dem Arbeitnehmerentendegesetz nicht ausnehmen. Insoweit stellt sich jetzt verschärft die Frage, ob dies auch für allgemeine Mindestlohnansprüche nach dem Mindestlohngesetz gilt. Eine abschließende Klärung ist hierzu bisher nicht gegeben. Allerdings sieht § 3 Satz 1 MiLoG vor, dass Vereinbarungen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, unwirksam sind. In der Erfassung des Mindestlohnanspruchs durch eine Verfallklausel kann durchaus eine Beschränkung gesehen werden. Allerdings ist anders als im Arbeitnehmerentendegesetz nicht explizit auf Ausschlussfristen hingewiesen worden.



Dennoch empfiehlt sich für die Vertragsgestaltung Ansprüche auf Mindestentgelte - gleich welcher Rechtsgrundlage - vom Geltungsbereich von Ausschlussfristen bzw. Verfallklauseln auszunehmen. Ansonsten droht die Unwirksamkeit aufgrund von Intransparenz.

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, Axel Riefling, Dr. Thomas
Scharafat, Frank Schramm, Dr. Dirk Unrau

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