



# CAUSA CONCILIO

RECHTSANWÄLTE . NOTARE

## Mandanteninformation Medizinrecht 2/2017

### *Inhalt*

<i>Allgemeines.....</i>	<i>2</i>
<i>Information nach dem Verbraucherstreitbeilegungsgesetz.....</i>	<i>2</i>
<i>Alles beim Alten - Beschlussfassung über neues Beistandsgesetz vorerst vertagt.....</i>	<i>2</i>
<i>BGH: Neues Urteil zu Bewertungsportalen .....</i>	<i>4</i>
<i>BVerwG: Erwerb einer tödlichen BTM-Dosis .....</i>	<i>4</i>
<i>Ambulanter Sektor.....</i>	<i>6</i>
<i>Änderung der Hamburgischen Hygieneverordnung .....</i>	<i>6</i>
<i>Für „Junior-Partner“ und Praxisvertreter droht Sozialversicherungspflicht! .....</i>	<i>6</i>
<i>Neues vom BSG.....</i>	<i>7</i>
<i>    Hamburg: Zuschläge auf den Punktwert sind rechtmäßig.....</i>	<i>7</i>
<i>    Nachbesserungsrecht bei Zahnersatzversorgung gestärkt .....</i>	<i>8</i>
<i>    Verordnungen für einzelne Patienten und Sprechstundenbedarf sind streng     zu trennen .....</i>	<i>8</i>
<i>Stationärer Sektor.....</i>	<i>10</i>
<i>BGH: Private Krankenversicherung kann zu Übernahme der Kosten einer Augen- Lasik-Operation verpflichtet sein.....</i>	<i>10</i>
<i>Arbeitsrechtliche Entscheidungen (für das Krankenhaus).....</i>	<i>11</i>

## **Allgemeines**

### **Information nach dem Verbraucherstreitbeilegungsgesetz**

Am 01.02.2017 sind die Veröffentlichungspflichten nach den §§ 36 und 37 des Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes in Kraft getreten.

Nach dem Gesetz muss jeder Selbstständige, der eine Website unterhält und mehr als 10 Mitarbeiter beschäftigt, informieren, ob er bereit oder verpflichtet ist, an einem Streitbeilegungsverfahren vor einer Verbraucherschlichtungsstelle teilzunehmen. Um sich vor möglichen kostenpflichtigen Abmahnungen zu schützen, empfehlen wir folgenden Hinweis im Impressum aufzunehmen:

#### *Information nach dem Verbraucherstreitbeilegungsgesetz*

*Im Hinblick auf eine Verpflichtung aus §§ 36 und 37 Verbraucherstreitbeilegungsgesetz setzen wir unsere Patienten über Folgendes in Kenntnis: Unsere Praxis ist nicht zur Teilnahme an einem außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren vor einer Verbraucherschlichtungsstelle verpflichtet und nimmt auch an einem außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren vor einer Verbraucherschlichtungsstelle nicht teil.*

### **Alles beim Alten - Beschlussfassung über neues Beistandsgesetz vorerst vertagt**

Wohl jeder Mediziner wird sich im Laufe seines Berufslebens mit der Situation konfrontiert sehen, Entscheidungen bei der Behandlung eines Patienten zu treffen, der selbst nicht mehr in der Lage ist, seinen Willen zu bestimmten Behandlungsmaßnahmen zu äußern oder einen solchen zum fraglichen Zeitpunkt überhaupt noch zu fassen.

Das Bewusstsein für die natürlich gegebene Möglichkeit eines solchen Ereigniseintritts sowie die damit verbundenen Erschwernisse für die Familienangehörige und alle sonstigen Beteiligten hat sich in letzter Zeit in

immer größeren Teilen in der Bevölkerung durchgesetzt. Dies hat eine steigende Zahl von Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen zur Folge gehabt. Der noch immer weit aus größere Teil der Bevölkerung in Deutschland hat

eine derartige Vorsorge indes bisher nicht betrieben. Dies hat auch den Gesetzgeber auf den Plan gerufen, der im Rahmen empirischer Untersuchungen festgestellt hat, dass die meisten Bürger sich wünschen, dass der Partner bei eigenem Unvermögen die Angelegenheiten besorgen soll. Die meisten Bürger gehen nach dieser Untersuchung weiter – fälschlich – davon aus, der Partner sie in diesem Fall auch per Gesetz vertreten darf.



Ihr Ansprechpartner:

**Arne Bruns**

Fachanwalt für Familienrecht

Telefon: +49 (431) 6701 - 232

Telefax: +49 (431) 6701 - 55232

E-Mail: [bruns@cc-recht.de](mailto:bruns@cc-recht.de)

Ein gesetzliches Vertretungsrecht gibt es bisher aber gerade nicht. Das BGB regelt unter Ehegatten in § 1357 BGB lediglich eine gesetzliche Vertretung im Rahmen von Geschäften zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie. Diese Norm hilft also in entscheidenden Fragen von größerer Tragweite, wie es zum Beispiel die Entscheidung über lebensverlängernde Maßnahmen ist, in keiner Weise weiter.

Der Bundesrat hat auf Grundlage dieser Ergebnisse die naheliegende Lösung diskutiert, durch eine Gesetzesänderung dafür zu sorgen, dass der nicht getrenntlebende Ehegatte bzw. eingetragene Lebenspartner, des jeweils anderen als bevollmächtigt gilt, soweit letzterer aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung bestimmte Angelegenheiten nicht besorgen kann und wenn weder ein entgegenstehender Wille geäußert noch eine andere Person zur Wahrnehmung dieser Angelegenheiten von ihm bevollmächtigt wurde. Zu diesen Angelegenheiten sollten dann auch Willenserklärungen in Bezug auf ärztliche Behandlungsverträge, Krankenhausverträge sowie sonstige Verträge zählen, die der medizinischen Versorgung, Pflege, Betreuung oder Rehabilitation dienen. Mit Drucksache 505/16 vom 14.10.2016 hat der Bundesrat schließlich einen entsprechenden Gesetzentwurf in den Bundestag eingebracht.

Am 18.05.2017 hat der Bundestag schließlich mit großer Mehrheit das sogenannte „Beistandsgesetz“ beschlossen. Der Gesetzentwurf des Bundesrates wurde dort aufgegriffen und in Teilen geändert. Der wesentliche Inhalt, dass der nicht getrenntlebende Ehegatte oder Lebenspartner den anderen bei Entscheidungen der Gesundheitsorge vertreten darf, war aber enthalten, nun sogar in Form einer gesetzlichen Vertretung anstatt einer fingierten Bevollmächtigung.

Der Weg für ein solches Gesetz wäre nach der noch erforderlichen Zustimmung des Bundesrates also frei gewesen. Ende Juni hat der Rechtsausschuss des Bundesrates allerdings einstimmig eine Vertagung der Beschlussfassung beschlossen. Eigentlich war der Gesetzbeschluss auf der Bundesratssitzung am 07.07.2017 vorgesehen. Der Rechtsausschuss geht nun allerdings noch von deutlichem Diskussionsbedarf aus, auch bezüglich der vorgesehenen Verknüpfung des Ehegattenvertretungsrechtes mit der Vergütungserhöhung für Berufsbetreuer. Ob und in welcher Form es nun ein entsprechendes Beistandsgesetz geben wird, ist also wieder völlig offen.

Für alle Betroffenen bleibt daher leider zunächst einmal alles beim Alten: Es gibt weder eine Vermutung für eine Vollmacht noch ein gesetzliches Vertretungsrecht für den Ehegatten oder Lebenspartner. Das insoweit bestehende Erfordernis für entsprechende Vorsorgevollmachten oder Patientenverfügungen bleibt unverändert bestehen.

Für den ärztlichen Berufsalltag bedeutet dies also, dass nach wie vor nur derjenige Ehegatte oder Lebenspartner über die Durchführung oder Nichtdurchführung einer Behandlungsmaßnahme entscheiden kann, dem der Patient das Recht hierzu – eben in Patientenverfügung oder Vorsorgevollmacht – eingeräumt hat.

### **BGH: Neues Urteil zu Bewertungsportalen**

Eine Klinik beanstandete gegenüber einem Bewertungsportal eine dort eingestellte negative Äußerung eines Patienten. Die Bewertung des Patienten geschah jedoch auf unwahrer Tatsachengrundlage. Nach Rücksprache mit dem Patienten änderte der Betreiber des Bewertungsportals den Text durch geringfügige Korrekturen und beließ es im Übrigen bei der negativen Bewertung.

Der BGH bestätigte nun mit Urteil vom 04.04.2017 (Az. VI ZR 123/16) die Entscheidungen der beiden Vorinstanzen und verurteilte den Portalbetreiber, die beanstandete Bewertung zu entfernen.



Ihr Ansprechpartner:

**Sven Hennings**

Fachanwalt für Medizinrecht

Telefon: +49 (40) 355 372 - 221

Telefax: +49 (40) 355 372 - 55221

E-Mail: [hennings@cc-recht.de](mailto:hennings@cc-recht.de)

Interessant ist die Feststellung, dass der Portalbetreiber seinerseits für den Inhalt der Bewertung dann als „Störer“ haftet, wenn er nach entsprechendem Hinweis auf eine Rechtsverletzung die Bewertung nur inhaltlich „korrigiert“ und im Übrigen online belässt.

Es lohnt sich also durchaus, negative Eintragungen auf Bewertungsportalen zu beanstanden: Wir bieten Ihnen rechtlichen Beistand – sprechen Sie uns an.

---

### **BVerwG: Erwerb einer tödlichen BTM-Dosis**

In einer Entscheidung vom 02.03.2017 (Az.: 3 C 19.15) hat sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Frage danach beschäftigt, ob in Ausnahmefällen schwer kranken und sterbewilligen Patienten der Zugang zu einer tödlichen Dosis Betäubungsmittel zum Zwecke eines schmerzlosen Suizids zu gewähren ist.

Die zwischenzeitlich verstorbene Ehefrau des klagenden Witwers litt seit April 2002 an einer Querschnittslähmung. Sie musste künstlich beatmet werden, war auf ständige medizinische Betreuung und Hilfe angewiesen und häufige Krampfanfälle verursachten starke Schmerzen. Aussicht auf Besserung ihres Zustandes bestand nach ärztlicher Einschätzung nicht.

Die Patientin empfand ihre Situation als unerträglich und entwürdigend und wünschte, ihr Leben zu beenden. Im Jahr 2004 wandte sie sich an das BfArM und beantragte, ihr zum Zwecke der Durchführung eines begleiteten Suizids den Erwerb von 15 g Natrium-Pentobarbital zu erlauben. Das BfArM lehnte den Antrag unter Verweis auf § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG mit der Begründung ab, dass der Erwerb eines Betäubungsmittels zur Selbsttötung nicht mit dem Zweck des Gesetzes, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, vereinbar sei. Die Klage des Ehemannes der zwischenzeitlich verstorbenen Patientin auf Feststellung, dass die Entscheidung des BfArM rechtswidrig war, wurde von den Vorinstanzen abgewiesen.

Auf die Revision des Klägers hat das BVerwG ausgeführt, dass es zwar nach den Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes (BtMG) grundsätzlich nicht möglich sei, den Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zweck der Selbsttötung zu erlauben. Hiervon sei jedoch im Lichte des Selbstbestimmungsrechts des Patienten gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG „in Extremfällen eine Ausnahme für schwer und unheilbar kranke Patienten zu machen, wenn sie wegen



Ihr Ansprechpartner:  
**Wiebke Düsberg**  
Rechtsanwältin

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

ihrer unerträglichen Leidenssituation frei und ernsthaft entschieden hätten, ihr Leben beenden zu wollen“, und ihnen hierfür keine zumutbare Alternative – etwa ein palliativmedizinisch begleiteter Behandlungsabbruch – zur Verfügung stehe. Dabei betont

das Gericht, dass sich dieser Grundrechtsschutz ausdrücklich nicht nur auf solche Fälle beschränke, in denen infolge des Endstadiums einer tödlichen Krankheit der Sterbeprozess bereits begonnen hat oder unmittelbar bevorsteht. Vielmehr schließe „die verfassungsrechtlich gebotene Achtung vor dem persönlichen Umgang des Einzelnen mit Krankheit und dem eigenen Sterben auch die freiverantwortlich getroffene Entscheidung schwer kranker Menschen ein, ihr Leben vor Erreichen der Sterbephase oder losgelöst von einem tödlichen Krankheitsverlauf beenden zu wollen“.

Das BVerwG hat abschließend festgestellt, dass das BfArM umfassend hätte prüfen müssen, ob der Versagung der Erlaubnis des Erwerbs des Präparats 15 g Natrium-Pentobarbital auf der Grundlage der Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes im konkreten Einzelfall Grundrechte der Patientin entgegenstanden. Diese Prüfung kann und muss vor dem Hintergrund des zwischenzeitlichen Ablebens der Patientin nun nicht mehr nachgeholt werden. Für zukünftige Fälle entfaltet die beschriebene Entscheidung des BVerwG vom 02.03.2017 jedoch erhebliche Bedeutung.

---

## **Ambulanter Sektor**

### **Änderung der Hamburgischen Hygieneverordnung**

Am 25.04.2017 wurde im Hamburgischen Gesetz- und Verordnungsblatt eine Änderung der Hamburgischen Verordnung über die Hygiene und Infektionsprävention in medizinischen Einrichtungen veröffentlicht, nach der die Frist zur Beschäftigung von Hygienefachkräfte, Krankenhaushygienikerinnen und Krankenhaushygienikern sowie zur Bestellung von hygienebeauftragte Ärztinnen und Ärzte bis zum 31.12.2019 verlängert wurde.

Nach § 5 Abs. 1 der Verordnung haben Krankenhäuser, Einrichtungen für ambulantes Operieren, Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen, in denen eine den Krankenhäusern vergleichbare medizinische Versorgung erfolgt, Dialyseeinrichtungen sowie Tageskliniken Hygienefachpersonal einzusetzen, um die erforderliche Hygiene und Infektionsprävention umzusetzen.

Problematisch ist dabei vor allem die Abgrenzung zwischen einer „Einrichtung für ambulantes Operieren“ von einer „Arztpraxis, in der invasive Eingriffe vorgenommen werden“, die nicht unter die Pflicht des § 5 der Verordnung



Ihr Ansprechpartner:  
**Stephan Gierthmühlen**  
Fachanwalt für Medizinrecht

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

fällt. Die Abgrenzung muss anhand der durchgeführten Eingriffe erfolgen, wobei die Einordnung eines bestimmten Eingriffs nicht klar geregelt ist. Der Katalog des § 115b SGB V kann dabei, dies ist weitgehend unstreitig, nicht zur Einordnung dienen. Die vor vielen Jahren von der KRINKO vorgeschlagenen Beurteilungskriterien gelten mittlerweile als veraltet. Konkrete Regelungen finden sich derzeit, soweit erkennbar, nur in der bayerischen Hygieneverordnung.

Für die einzelne Praxis stellt sich damit die Frage, ob überhaupt Hygienefachpersonal eingesetzt werden muss, oder ob dies unterbleiben kann. Es darf davon ausgegangen werden, dass die Gesundheitsbehörde derzeit an belastbaren Abgrenzungskriterien arbeitet. Wir werden Sie weiter informieren.

---

### **Für „Junior-Partner“ und Praxisvertreter droht Sozialversicherungspflicht!**

In unserem Newsletter 2/2016 haben wir auf Risiken in Gesellschaftsverträgen hingewiesen, die eine Gewinnverteilung vorsehen, wonach ein (meist: „Junior-“)Partner nur mit einem bestimmten Prozentsatz am eigenen Umsatz beteiligt ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs droht in diesen Fällen, dass alle Einnahmen der Praxis der Gewerbesteuer unterliegen. Doch damit nicht genug:

In Fällen dieser Art droht auch die Sozialversicherungspflicht für den Junior-Partner, weil dieser mit der Beteiligung nur am eigenen Umsatz kein unternehmerisches Risiko trägt, wenn er nicht zugleich am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist. Das Landessozialgericht Baden-Württemberg

hat mit Urteil vom 12.12.2014 – Az. L 4 R 1333/13 – die Klage eines Zahnarztes gegen die Deutsche Rentenversicherung Bund abgewiesen, die den Junior-Partner, der mit 30% bzw. 35% am eigenen Umsatz und nicht am Gewinn der Gemeinschaftspraxis und auch nicht am Gesellschaftsvermögen beteiligt war, als Arbeitnehmer angesehen hatte, für den Sozialabgaben zu zahlen seien.

Nun versucht die Deutsche Rentenversicherung Bund sich weitere Geldquellen zu erschließen und auch Praxisvertreter als Arbeitnehmer zu qualifizieren, für die Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen seien. Begründet wird dies damit, der



Ihr Ansprechpartner:  
**Dr. Paul Harneit**  
Fachanwalt für Medizinrecht

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

Vertreter sei in den Praxisbetrieb des vertretenen Praxisinhabers eingegliedert, habe dort seine Tätigkeit zu verrichten, trage kein unternehmerisches Risiko, weil er am Praxisvermögen nicht beteiligt sei, und werde vom Praxisinhaber erfolgsunabhängig nach Vertretungsdauer bezahlt.

In Schleswig-Holstein sind bereits entsprechende Feststellungsbescheide der Deutschen Rentenversicherung Bund gegen niedergelassene Ärzte ergangen. Wir empfehlen gegen solche Feststellungsbescheide in jedem Fall zur Fristwahrung Widerspruch einzulegen und diese rechtlich prüfen zu lassen.

Argumentationshilfe bietet ein aktuelles Urteil ebenfalls des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 17.03.2017 – Az. L 11 R 2433/16 – welches die Vertretung einer Radiologin in einer radiologischen Gemeinschaftspraxis als selbständige Tätigkeit angesehen hat. Die Radiologin hatte dort als Urlaubsvertreterin schriftliche Befundungen radiologischer Bilder vorgenommen und konnte frei entscheiden, an welchen Tagen sie die Urlaubsvertretung wahrnimmt. Die Honorierung nach der Anzahl der geleisteten Stunden stehe in diesem Fall einer selbständigen Tätigkeit nicht entgegen.

Im Hinblick auf die Begehrlichkeiten der Sozialversicherungsträger empfehlen wir Ihnen, Verträge mit Urlaubs- oder Krankheitsvertretern schriftlich abzuschließen und sich hierbei rechtlich beraten zu lassen.

---

## **Neues vom BSG**

### ***Hamburg: Zuschläge auf den Punktwert sind rechtmäßig***

Mit Urteil vom 10.05.2017 (Az. B 6 KA 5/16 R) hat das Bundessozialgericht eine Revision der Krankenkassen und ihrer Verbände zurückgewiesen, mit denen die Krankenkassen die Entscheidung des Schiedsamtes angegriffen hatten, den Punktwert mit Zuschlägen auf den Orientierungswert festzusetzen.

Das BSG führt in seinem Terminsbericht aus, dass das Schiedsamt nach umfassender Auswertung aller ihm verfügbaren Daten vertretbar angenommen habe, dass wegen der Situation in Hamburg mit - in Relation zum Bundesdurchschnitt - deutlich höheren Miet- und Personalkosten die Voraussetzungen für einen Zuschlag zum bundesweiten Orientierungswert gegeben

sind. Es habe sich ausdrücklich damit auseinandergesetzt, dass die Attraktivität des Standortes Hamburg auch in einer Überversorgung mit Vertragsärzten zum Ausdruck kommt, und deshalb die Zuschläge nicht so bemessen, dass sie die Differenz bei den für die Praxisführung maßgeblichen Kosten in Hamburg - im Vergleich zum Bundesdurchschnitt - voll ausgleichen. Wenn es gleichwohl eben wegen dieser deutlichen Differenz einen begrenzten Ausgleich der höheren Kosten für geboten gehalten habe, sei der dem Schiedsamt zukommende Gestaltungsspielraum nicht verlassen.

Entgegen der Auffassung der klagenden Krankenkassen sei der Schiedsspruch auch nicht deshalb aufzuheben, weil er zu einer Erhöhung der Vergütungen über die Veränderungsrate des § 71 Abs 3 SGB V hinaus führe und insoweit mit dem Gebot der Wahrung der Beitragssatzstabilität kollidieren könne.

Die in den Honorarbescheiden der KV Hamburg im Hinblick auf diesen Rechtsstreit aufgenommenen Widerrufsvorbehalte haben sich damit erledigt.

### ***Nachbesserungsrecht bei Zahnersatzversorgung gestärkt***

Mit einem weiteren Urteil vom 10.05.2017 (Az. B 6 KA 15/16 R) hat das Bundessozialgericht seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben, nach der bei einer erforderlichen Neuanfertigung von Zahnersatz ein Regressanspruch der Krankenkassen unabhängig davon sei, ob dem Patienten die Nachbesserung bei dem behandelnden Zahnarzt zuzumuten sei, oder nicht. Nun führt das Gericht aus:

„Auch wenn der Mangel nur durch Neuanfertigung des Zahnersatzes behoben werden kann, setzt ein Regressanspruch voraus, dass es dem Versicherten unzumutbar ist, den Mangel durch den erstbehandelnden Zahnarzt beheben zu lassen. Das Recht der freien Arztwahl des Versicherten ist insoweit beschränkt. Allerdings ist bei der Beurteilung der Zumutbarkeit für den Versicherten der besonderen Bedeutung des Vertrauensverhältnisses zwischen Zahnarzt und Patient Rechnung zu tragen. Auch unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe lagen nach den bindenden Feststellungen des LSG hier jedoch keine Gründe für eine Unzumutbarkeit vor.“

Das BSG passt seine Rechtsprechung damit an die auch im Haftungsrecht herrschende Judikatur an.

### ***Verordnungen für einzelne Patienten und Sprechstundenbedarf sind streng zu trennen***

Das Sozialgericht Kiel hat bereits entschieden, dass Orthopäden Schmerzmittel und hochwertiges Verbandsmaterial bei einer Wiederholungsbehandlung dem Patienten individuell zu verordnen haben und diese nicht dem Sprechstundenbedarf entnehmen dürften. Dies gilt auch dann, wenn die Einzelverordnung für den Patienten für die Krankenkassen teurer sei als bei Bezug größerer Packungen für den Sprechstundenbedarf.

Nun hat das Bundessozialgericht im umgekehrten Fall einen Regress gegen einen Allgemeinarzt in Bayern bestätigt. Er hatte 2010 zur Immunisierung von Kindern Impfstoffe gegen Meningokokken C und Hepatitis B auf normalem Rezept verordnet. Allerdings hatte die KV Bayerns mit den Krankenkassen eine Sprechstundenbedarfs-Vereinbarung getroffen, wonach



diese und bestimmte weitere Impfstoffe dem Sprechstundenbedarf zuzurechnen sind. Die Prüfungsstelle setzte auf Antrag einer Krankenkasse einen Regress in Höhe von 214,00 € gegen den Allgemeinarzt fest. Der Beschwerdeausschuss wies den Widerspruch zurück mit der Begründung, auch wirtschaftlich gesehen könnten Verordnungen und Sprechstundenbedarf nicht beliebig ausgetauscht werden. Denn eine Verordnung für einen Patienten trage die jeweilige Krankenkasse allein, die Kosten des Sprechstundenbedarfs dagegen würden nach einem festen Schlüssel auf alle Kassen umgelegt. Das BSG bestätigte in einem kürzlich veröffentlichten Urteil vom 25.01.2017 – Az. B 6 KA 7/16 R – diese Entscheidung und stellte darüber hinaus fest, dass die Prüfungsgremien auch dann für die Festsetzung eines Regresses zuständig seien, wenn es gar nicht um die Wirtschaftlichkeit der Verordnung, sondern allein um deren Zulässigkeit gehe.

---

## **Stationärer Sektor**

### **BGH: Private Krankenversicherung kann zu Übernahme der Kosten einer Augen-Lasik-Operation verpflichtet sein**

Immer wieder kommt es bei der Kostenerstattung für Lasik-Operationen durch private Krankenversicherer zu Schwierigkeiten. Diese versuchen, sich ihrer Erstattungspflicht vor allem mit dem Argument zu entziehen, es läge keine Krankheit i. S. d. Musterbedingungen für die Krankheitskosten- und Krankentagegeldversicherung (MB/KK) vor, weil einerseits eine Fehlsichtigkeit sehr häufig sei; andererseits könne die Fehlsichtigkeit auch durch das Tragen von Brille oder Kontaktlinsen kompensiert werden, so dass eine operative Behandlung nicht notwendig sei.

Mit einem derartigen Fall hatte sich jüngst der BGH zu beschäftigen (Urteil vom 29.03.2017, AZ: IV ZR 533/15). In der Berufungsinstanz hatte sich das Landgericht Heidelberg der Hilfe eines medizinischen Sachverständigen bedient und war – nach dessen Anhörung – davon ausgegangen, dass eine „leichte Kurzsichtigkeit ... nicht als eine Krankheit zu beurteilen sei“ (Rn. 7). Eine Krankheit im versicherungsrechtlichen Sinne läge erst dann vor, „wenn eine Abweichung vom natürlichen körperlichen Zustand der versicherten Person vorliege, die nicht dem normalen Entwicklungs- und Alterungsprozess entspreche“ (a.a.O.). Insoweit sah das Landgericht das Tragen einer Brille als zur Kompensation möglich und zumutbar an.

Einer derartigen Auffassung ist der BGH nunmehr entgegengetreten. Dabei hat das oberste



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](mailto:ufer@cc-recht.de)

deutsche Zivilgericht die Auslegung der allgemeinen Versicherungsbedingungen aus der Perspektive eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers „ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse“ vorgenommen. Bei einer solchen

Auslegung, so der BGH, sei zunächst das Vorliegen einer – auch korrekturbedürftigen – Krankheit zu bejahen, also „das Vorliegen einer den Krankheitsbegriff ausfüllenden Regelwidrigkeit“ (Rn. 18).

Es käme daher nicht auf die Frage des Vorliegens einer Krankheit als solcher an, sondern auf die Bewertung der Operation als „medizinisch notwendige Heilbehandlung“, wie dies § 1 Abs. 2 MB/KK als Leistungsvoraussetzung vorsieht. Eine solche Feststellung könne nur im Einzelfall getroffen werden. Maßstab seien dabei objektive medizinische Befunde und Erkenntnisse, wonach es vertretbar sein muss, „die Heilbehandlung als notwendig anzusehen“.

Dies setzt es – so der BGH – voraus, dass „eine Behandlungsmethode zur Verfügung steht und angewandt worden ist, die geeignet ist, die Krankheit zu heilen, zu lindern oder ihrer Verschlimmerung entgegenzuwirken“ (Rn. 30).

Auch bei der Einzelfallabwägung wird dies im Rahmen der Vornahme von Lasik-Operationen regelmäßig der Fall sein, so dass dann die Einstandspflicht der privaten Krankenversicherung zu bejahen wäre. Einer Alternativbetrachtung, dass die Fehlsichtigkeit auch per Brille oder Kontaktlinsen behoben werden könne, hat der BGH nämlich eine klare Absage erteilt.

Es wird daher für die Zukunft abzuwarten sein, wie sich private Krankenversicherer zu der – insoweit schon heute klar formulierten – Auffassung des BGH verhalten werden. Denkbar wäre es beispielsweise, im Rahmen individueller Versicherungstarife entsprechende Lasik-Eingriffe per se von der Erstattungsfähigkeit auszuschließen. Solches würde indes schon grundsätzlich nur für Neuverträge greifen können.

---

### ***Arbeitsrechtliche Entscheidungen (für das Krankenhaus)***

#### **1. Klärung bei der Befristung von Arbeitsverträgen mit Ärzten in der Weiterbildung**

In den Mandanteninformationen Medizinrecht 3/2015 und 1/2016 hatten wir über die unterschiedlichen Auffassungen des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg einerseits und des Landesarbeitsgerichts Nürnberg andererseits berichtet. Während das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg (Az. 1 Sa 5/15) forderte, dass für die wirksame Befristung nach dem Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung (ÄArbVtrG) der Arbeitgeber bei Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages mit einem Arzt in Weiterbildung eine Weiterbildungsplanung erstellen muss, die zeitlich und inhaltlich auf die konkrete Weiterbildung zugeschnitten ist und zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages vorliegen müsse, ging das Landesarbeitsgericht Nürnberg (Az. 7 Sa 298/15) davon aus, dass es nicht erforderlich sei, bei Abschluss des Vertrages einen Weiterbildungsplan zu erstellen. Insbesondere sei es nicht erforderlich, überhaupt einen förmlichen Weiterbildungsplan anzufertigen.

Nunmehr hat sich das Bundesarbeitsgericht in der Revision gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg (Az. 1 Sa 5/15) mit Urteil vom 14.06.2017 (Az. 7 AZR 597/15) geäußert. Nach der vorliegenden Pressemitteilung 26/17 stellt es auf die allgemeinen befristungsrechtlichen Grundsätze ab, wonach auf die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden Planungen und Prognosen abzustellen sei, die der Arbeitgeber im Prozess anhand konkreter Tatsachen darzulegen habe. Dazu sei insbesondere anzugeben, welches Weiterbildungsziel mit welchem nach der anwendbaren Weiterbildungsordnung vorgegebenen Weiterbildungsbedarf für den befristet beschäftigten Arzt angestrebt wurde, und ebenfalls grob umrissen darzustellen, welche erforderlichen Weiterbildungsinhalte in welchem zeitlichen Rahmen vermittelt werden sollten. Ein schriftlicher detaillierter Weiterbildungsplan sei ebenso wenig erforderlich wie die Aufnahme eines solchen Planes in die arbeitsvertraglichen Vereinbarungen der Parteien.

Damit kann zwar für die wirksame Befristung nicht mehr das Vorliegen eines Weiterbildungsplanes gefordert werden. Dennoch darf nicht verkannt werden, dass das Vorliegen einer solchen Planung in einer späteren gerichtlichen Auseinandersetzung dem Arbeitgeber durchaus hilfreich sein kann, damit er die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden Planungen und Prognosen auch anhand konkreter Tatsachen darlegen kann. Dies war dem Arbeitgeber in der zugrundeliegenden Entscheidung augenscheinlich nicht gelungen. So soll nicht erkennbar gewesen sein, ob zum Zeitpunkt der Befristungsvereinbarung die Prognose gerechtfertigt war, dass eine zeitlich und inhaltlich strukturierte Weiterbildung die Beschäftigung prägen würde.

## 2. Krankenschwester als „freie Mitarbeiterin“ im Krankenhaus?

Im Urteil vom 01.02.2017 (Az. S 10 R 3237/15) musste sich das Sozialgericht Heilbronn mit der Frage beschäftigen, ob eine als „freie Mitarbeiterin“ in verschiedenen Krankenhäusern tätige Krankenschwester bei Einbindung in die betriebliche Organisation der Häuser als Arbeitnehmerin anzusehen ist. Es handelte sich um eine Krankenschwester für Anästhesie und Intensivmedizin. Diese wurde über eine Agentur in einem Verbund mit anderen Pflegekräften als „freie Mitarbeiterin“ an verschiedene Krankenhäuser vermittelt. Mit dem beigeladenen Krankenhaus hatte sie einen „Dienstleistungsvertrag“ geschlossen, der ihr für ihre Tätigkeit als Intensivpflegekraft für die Monate April bis Juni 2014 eine Vergütung von mehr als 17.000,00 € sicherte. Im Vertrag war festgehalten, dass die Klägerin „Dienstleistungen gemäß dem Berufsbild einer examinierten Kranken- und Gesundheitspflegekraft“ erbringt. Ausdrücklich geregelt war auch, dass sie nicht als Arbeitnehmer anzusehen sein solle, so dass sie als freier Unternehmer grundsätzlich auch mehr als zehn Stunden pro Tag eingesetzt werden konnte.



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](mailto:peick@cc-recht.de)

Das Sozialgericht geht hier dennoch von einer abhängigen Beschäftigung aus. Der Wille der Vertragsparteien zur freien Mitarbeit sei zwar ein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit. Maßgeblich sei jedoch, dass

sie Anweisungen der diensthabenden Ärzte entgegennehmen musste, durch die Stationsleitung kontrolliert wurde, notwendigerweise mit fest angestellten Pflegekräften des Krankenhauses zusammenarbeitete und kein eigenes wirtschaftliches Risiko trug (festes Stundenhonorar). Das lediglich zu Hause unterhaltene „Büro“ ändere hieran nichts. Das Einkommensrisiko, welchem sie ausgesetzt sei, entspreche dem, welches jeden Arbeitnehmer treffen könne, der nur Zeitverträge bekomme oder auf Abruf arbeite und nach Stunden bezahlt werde. Das Vorherrschen von Personalmangel sei ein Problem des Arbeitsmarktes und könne nicht die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit rechtfertigen.

Mit dieser Entscheidung zeigt sich erneut die restriktive Haltung der Sozialgerichte zu der Frage, ob im Gesundheitssektor eine freie Mitarbeit möglich ist, wenn Pflegekräfte oder auch Ärzte in den betrieblichen Ablauf eingebunden werden. Dabei sollte festgehalten werden, dass sich aus § 2 Satz 1 Nr. 2 SGB VI tatsächlich der gesetzgeberische Wille erkennen lässt, dass Pflegepersonen selbstständig tätig sein können, wenn auch versicherungspflichtig. Danach sind versicherungspflichtig selbstständig tätige Pflegepersonen, die in der Kranken-, Wochen-, Säuglings- oder Kinderpflege tätig sind und im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen. Weswegen dieser vom Gesetzgeber bekundete Wille der Möglichkeit der Ausübung entsprechender Berufe in Selbstständigkeit nicht mehr anerkannt wird, erschließt sich nicht. Eine Schutzwürdigkeit der Betroffenen kann bei einer Vergütung in Höhe von mehr als 17.000,00 € für drei Monate nicht unbedingt erkannt werden. Es bleibt zu hoffen, dass die Sozialgerichtsbarkeit sich der aktuellen Situation öffnet oder ansonsten der Gesetzgeber klarstellend tätig wird.

### 3. Probezeit und Kündigungsfrist

Sowohl das Gesetz als auch Tarifverträge sehen vor, dass die Möglichkeit besteht, während einer vereinbarten Probezeit das Arbeitsverhältnis mit einer kürzeren Kündigungsfrist zu kündigen. Allerdings – und dies hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 23.03.2017 (Az. 6 AZR 795/15) festgehalten – bedarf es bei der Formulierung in Arbeitsverträgen durchaus der Differenzierung.

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt wurde in einem vorformulierten Arbeitsvertrag auf einen Manteltarifvertrag Bezug genommen, nach dem das Arbeitsverhältnis in den ersten drei Monaten einer Probezeit mit einer Frist von einer Woche - und danach mit der gesetzlichen Frist des § 622 Abs. 3 BGB - gekündigt werden konnte. Hinsichtlich Beginn und Dauer des Arbeitsverhältnisses wurde eine Probezeit von sechs Monaten in einem gesonderten Paragraphen im Arbeitsvertrag vereinbart. Eine Regelung zur Kündigungsfrist fand sich in diesem Zusammenhang nicht. Vielmehr bestimmte ein anderer Paragraph „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“, dass das Arbeitsverhältnis mit einer Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Monatsende gekündigt werden könne. Seitens der Arbeitgeberin wurde das Arbeitsverhältnis unter Verweis auf die tariflichen Bestimmungen mit der Zwei-Wochen-Frist des § 622 Abs. 3 BGB gekündigt. Der Kläger machte geltend, maßgebliche Kündigungsfrist sei allein die vertragliche von sechs Wochen zum Monatsende.

Das Bundesarbeitsgericht hat dem klagenden Arbeitnehmer Recht gegeben. Soweit in einem vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag in einer Klausel eine Probezeit und in einer anderen Klausel eine Kündigungsfrist festgelegt wird, ohne dass unmissverständlich deutlich wird, dass diese ausdrücklich genannte Frist erst nach dem Ende der Probezeit gelten soll, so könne dies von einem durchschnittlichen Arbeitnehmer regelmäßig dahingehend zu verstehen sein, dass der Arbeitgeber schon von Beginn des Arbeitsverhältnisses an nur mit dieser Kündigungsfrist, nicht aber mit der kürzeren Kündigungsfrist des § 622 Abs. 3 BGB kündigen könne.

Es ist demnach bei der Vorformulierung von Arbeitsverträgen Obacht walten zu lassen. Das Bundesarbeitsgericht geht weiter davon aus, dass in vorformulierten Arbeitsverträgen ausdrücklich formulierten arbeitsvertraglichen Regelungen der Vorzug vor pauschal in Bezug genommenen Tarifbestimmungen gebührt. Wird demnach eine Probezeit vereinbart und soll in dieser eine kürzere Kündigungsfrist greifen, ist dies unbedingt in der entsprechenden Regelung zur Probezeit oder bei der Regelung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses klarzustellen. Unklarheiten gehen zulasten des Verwenders und damit des Arbeitgebers.

### 4. Mindestlohn in der Pflege

Am 25.04.2017 hat sich die Pflegekommission auf höhere Mindestlöhne für Beschäftigte in der Pflege verständigt. Danach soll der Mindestlohn ab dem 01.01.2018 auf 10,55 € pro Stunde im Westen und 10,05 € im Osten steigen. Bis Januar 2020 soll er in zwei Schritten weiter anwachsen und dann 11,35 € pro Stunde und 10,85 € im Osten betragen. Soweit der spezielle Pflegemindestlohn nicht gilt, wie z. B. in Privathaushalten, gilt der allgemeine gesetzliche Mindestlohn (derzeit 8,84 €).



CausaConcilio Koch & Partner mbB Rechtsanwälte. Notare  
PartR6 – AG Kiel - Ust-IdNr. DE 134833394  
vertretungsberechtigte Gesellschafter:  
Arne Bruns, Christian Gerds, 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, Schönberg

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](mailto:kiel@cc-recht.de)

HAMBURG  
Neuer Wall 41 · 20354 Hamburg  
Telefon 040/355372-0 · Telefax 040/355372-19  
[hamburg@cc-recht.de](mailto:hamburg@cc-recht.de)

SCHÖNBERG  
Eichkamp 19 • 24217 Schönberg  
Telefon 04344 413973-3  
Telefax 04344 413973-5  
[schoenberg@cc-recht.de](mailto:schoenberg@cc-recht.de)