



CAUSACONCILIO

RECHTSANWÄLTE . NOTARE

Mandanteninformation Medizinrecht

3/2017

Inhalt

<i>In eigener Sache:</i>	2
<i>FOCUS: CausaConcilio TOP-Wirtschaftskanzlei „Gesundheit & Pharmazie“</i>	2
<i>Neue Gesichter: Zuwachs nicht nur im Medizinrechtsteam</i>	2
<i>Allgemeines</i>	3
<i>BGH kippt Bank-Bearbeitungsgebühren für Freiberufler</i>	3
<i>Noch einmal: Der Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung</i>	4
<i>Strafrecht - Skandale im Gesundheitswesen</i>	5
<i>Ambulanter Sektor</i>	7
<i>Vorsicht vor „Scheinselbständigkeit“!</i>	7
<i>BSG: HVM Schleswig-Holstein bestätigt</i>	7
<i>Landgericht Hamburg erklärt Partnerfactoring im Bereich der Zahnarzt abrechnungen für unzulässig</i>	8
<i>Stationärer Sektor</i>	10
<i>Vorsicht Preisbindung: Keine höheren Entgelte bei verbundenen Privatkliniken</i>	10
<i>Aufklärungsmängel bei Kombination zweier Eingriffe</i>	11
<i>Bundesverfassungsgericht: Überraschungsentscheidung im Arzthaftpflichtprozess</i>	11
<i>Arbeitsrecht (nicht nur) für das Krankenhaus</i>	13
<i>BVerfG: Weitgehende Verfassungskonformität des Tarifeinheitsgesetzes</i>	13
<i>Arbeitsgericht Kiel: Schutz vor Überlastung von Pflegekräften</i>	14
<i>BAG: Sonnabend als Werktag im Sinne des TVöD-K</i>	14

In eigener Sache:

FOCUS: CausaConcilio TOP-Wirtschaftskanzlei „Gesundheit & Pharmazie“

CausaConcilio ist im Magazin „FOCUS Spezial – DAS IST IHR RECHT!“ (Oktober/November 2017) als TOP-Wirtschaftskanzlei im Fachbereich „Gesundheit & Pharmazie“ ausgezeichnet worden.

Die Abteilung Medizin- und Krankenhausrecht bei CausaConcilio besteht derzeit aus den Fachanwälten und Fachanwältinnen für Medizinrecht Frank Schramm, Dr. Paul Harnett, Sven Hennings, Christian Gerds, Stephan Gierthmühlen, Prof. Dr. Dr. Thomas Ufer, Dr. Sarah Gersch-Souvignet, Dr. Jana Spieker, Dr. Kai Stefan Peick und Linda Kuball sowie der Rechtsanwältin Wiebke Düsberg.

Wir freuen uns darüber, dass die Qualität unserer Arbeit auf diese Weise gewürdigt wird. Diese Auszeichnung ist uns Ansporn, Sie im Medizinrecht sowie in den anderen Rechtsgebieten, in denen unsere Kollegen von CausaConcilio tätig sind, auch weiterhin auf höchstem Niveau zu beraten und zu vertreten.

Neue Gesichter: Zuwachs nicht nur im Medizinrechtsteam



Seit dem 01.08.2017 verstärkt unsere Kollegin, Fachanwältin für Medizinrecht Frau **Linda Kuball, LL.M.** uns am Standort Hamburg. Nach dem Studium in Köln schloss sich das Referendariat im Landgerichtsbezirk Bonn an, in dessen Rahmen Frau Kuball sich bereits mit dem Medizinrecht beschäftigte. Ihre berufliche Tätigkeit begann Frau Kuball in einer medizinrechtlich ausgerichteten Kanzlei in Köln. Parallel erwarb sie an der Universität Düsseldorf den Titel Master of Laws (LL.M.) im Medizinrecht. Wir heißen Frau Kuball herzlich willkommen und freuen uns auf die Zusammenarbeit.

Auch das Familienrechtsteam von CausaConcilio hat Verstärkung bekommen. Nachdem bereits Anfang des Jahres die Fachanwältin für Familienrecht Frau **Stefanie Ballhausen-Bernd** zu uns gestoßen ist, hat ebenfalls im August Frau Rechtsanwältin **Maxi Krabbe** ihre Tätigkeit bei CausaConcilio aufgenommen.



Auch sie heißen wir herzlich willkommen.

Allgemeines

BGH kippt Bank-Bearbeitungsgebühren für Freiberufler

In zwei aufsehenerregenden Entscheidungen vom 04.07.2017 (XI ZR 562/15, XI ZR 233/16) hat der Bundesgerichtshof hinsichtlich einer lange umstrittenen Rechtsfrage nunmehr festgehalten, dass Banken auch von Geschäftsleuten und Unternehmen keine laufzeitunabhängigen Bearbeitungsentgelte im Rahmen der Vergabe von Darlehen nehmen dürfen. Dies gilt auch für Freiberufler.

Mit diesen Entscheidungen knüpfen die Karlsruher Richter konsequent an zwei Entscheidungen zu Verbraucherdarlehen aus dem Jahr 2014 an. In diesen Entscheidungen (XI ZR 170/13, XI ZR 405/12) hatte der Bundesgerichtshof bereits vor rund drei Jahren entschieden, dass laufzeitunabhängige Bearbeitungsentgelte Verbraucher unangemessen benachteiligen, und entsprechende Vereinbarungen daher als unwirksam anzusehen seien. Dies hatte zur Folge, dass Privatkunden ihre Banken mit enormen Rückforderungsansprüchen konfrontierten. Auch im unternehmerischen Bereich sind Regelungen zu Bearbeitungsgebühren vielfach in Kreditverträgen zu finden.

Klauseln zu laufzeitunabhängigen Bearbeitungsentgelten in Darlehensverträgen benachteiligen nach den jüngsten Entscheidungen des 11. Zivilsenats jedoch nicht ausschließlich nur Verbraucher unangemessen, sondern auch Unternehmen bzw. Unternehmer. Laut Ansicht der Bundesrichter sind Unternehmen bzw. Unternehmer nämlich letztlich auch nicht weniger schutzwürdig als ein Verbraucher.

Der BGH begründet seine Rechtsauffassung damit, dass eine Bank als Entgelt für die Gewährung des Darlehens lediglich Zinsen von ihren Kunden verlangen kann, die sie dann wiederum zur Deckung aller ihr entstehenden Kosten verwenden muss. Da

die Kreditbearbeitung und die Bonitätsprüfung hingegen im eigenen Interesse der Bank stehen, kann sie neben den Zinsen kein gesondertes Entgelt von ihren Kunden verlangen. Ansonsten müssten im Ergebnis Kunden für Kosten aufkommen, die keine Dienstleistungen der Banken gegenüber ihren Kunden darstellen.

Die Urteile des Bundesgerichtshofs dürften gravierende Folgen für die Praxis haben, da nicht nur Neukredite betroffen sind, sondern Unternehmen und Unternehmer auch bereits gezahlte Bearbeitungsgebühren gem. § 812 BGB zurückverlangen können, sofern noch nicht Verjährung eingetreten ist. Dies dürfte zumindest bei Darlehen ab dem Jahr 2014 noch nicht der Fall sein. Ob Ansprüche geltend gemacht werden können, prüfen wir gern für Sie.



Ihr Ansprechpartner:

Dr. André Sosat

Rechtsanwalt

Telefon: +49 (431) 6701 - 239

Telefax: +49 (431) 6701 - 55239

E-Mail: sosat@cc-recht.de

Noch einmal: Der Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung

„Jeder an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmende Arzt ist verpflichtet, die vertragsärztliche Tätigkeit persönlich auszuüben. Persönliche Leistungen sind auch ärztliche Leistungen durch genehmigte Assistenten und angestellte Ärzte gemäß § 32b Ärzte-ZV, soweit sie dem Praxisinhaber als Eigenleistung zugerechnet werden können. Dem Praxisinhaber werden die ärztlichen selbständigen Leistungen des angestellten Arztes zugerechnet, auch wenn sie in der Betriebsstätte oder Nebenbetriebsstätte der Praxis in Abwesenheit des Vertragsarztes erbracht werden. Dasselbe gilt für fachärztliche Leistungen eines angestellten Arztes eines anderen Fachgebiets (§ 14a Abs. 2), auch wenn der Praxisinhaber sie nicht selbst miterbracht oder beaufsichtigt hat.“

Diese in ihrem Grundgehalt recht einfache und klare Regelung des Bundesmantelvertrages Ärzte (BMV-Ä), die ähnlich in anderen Bundesmantelverträgen zu finden ist, enthält den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung. Einfach ausgedrückt können nur der zugelassene Vertragsarzt, genehmigte Assistenten und (genehmigte) angestellte Ärzte Leistungen zulasten der Krankenkassen erbringen und auch nur diese Leistungen können gegenüber der KV abgerechnet werden.

Verstöße gegen diese Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung führen immer wieder zu Rückforderungen, die mitunter existenzgefährdende Ausmaße annehmen. Da alle Leistungen mit LANR (Lebenslanger Arztnummer) und BSNR (Betriebsstättennummer) versehen werden müssen, ist die Überprüfung, wer wann wo gearbeitet hat, für die KV verhältnismäßig einfach. Auch Auffälligkeiten in den Tages- und Quartalarbeitszeitprofilen können Ansatzpunkt für weitergehende Ermittlungen sein.



Ihr Ansprechpartner:
Stephan Gierthmühlen
Fachanwalt für Medizinrecht

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

Besonders gefährlich ist es, wenn in krankenhausgetragenen MVZ die Routine des stationären Alltags in das MVZ übertragen wird. In den „normalen“ Strukturen des Krankenhauses ist es völlig unproblematisch, wenn der Chef- oder Oberarzt bestimmte Untersuchungen oder Therapien an nachgeordnete Ärzte delegiert. Sind jedoch die Assistenzärzte nicht im MVZ mit einer entsprechenden Genehmigung tätig, dürfen sie dort die Leistungen nicht erbringen. Wird in einem solchen Fall eine Prüfung durch die KV durchgeführt, werden u.a. Behandlungsunterlagen angefordert. Der Einsatz nicht genehmigter Assistenten liegt jedenfalls dann auf der Hand, wenn auch hier die Stationsroutine durchgehalten wird und Briefe sowohl vom genehmigten, als auch vom nicht genehmigten Arzt unterzeichnet werden.

stimmte Untersuchungen oder Therapien an nachgeordnete Ärzte delegiert. Sind jedoch die Assistenzärzte nicht im MVZ mit einer entsprechenden Genehmigung tätig, dürfen sie dort die Leistungen nicht erbringen. Wird in einem solchen Fall eine Prüfung durch die KV durchgeführt, werden u.a. Behandlungsunterlagen angefordert. Der Einsatz nicht genehmigter Assistenten liegt jedenfalls dann auf der Hand, wenn auch hier die Stationsroutine durchgehalten wird und Briefe sowohl vom genehmigten, als auch vom nicht genehmigten Arzt unterzeichnet werden.

Aber auch in der vertragsärztlichen Praxis ist beim Einsatz nicht genehmigter Dritter Vorsicht geboten. Auch wenn ein Vertreter nicht genehmigungsbedürftig ist, darf er gleichwohl nur in den Fällen eingesetzt, die die Zulassungsverordnung vorsieht, also bei Urlaub, Krankheit, Schwangerschaft, Entbindung oder Wehrübung. Kein Fall der Vertretung ist es z.B., wenn der Vertreter am Hauptsitz, der Praxisinhaber in einer Zweigpraxis tätig wird. Bei einer solchen parallelen Tätigkeit dürften die unter einer LANR in unterschiedlichen Betriebsstätten abgerechneten Leistungen ohne Weiteres auffallen.

Auch bei „missglückten“ Kooperationsverträgen, die dazu führen, dass ein Teilnahmestatus tatsächlich nicht besteht (dazu mehr in den Beiträgen dieser Mandanteninformation) führt der Verstoß gegen den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung zu Problemen.

Steht fest, dass der Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung verletzt ist, steht nämlich weiter fest, dass die Sammelerklärung, in der der Vertragsarzt versichert, die Leistungen persönlich erbracht zu haben, falsch ist. In diesem Fall ist nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts die gesamte Abrechnung als fehlerhaft anzusehen und der KV kommt ein weites Schätzungsermessen bei der Bezifferung der Honorarkürzung zu. Da gerade bei strukturell bedingten Verstößen gegen den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung sich die Auffälligkeit selten auf nur ein Quartal bezieht, wird die Prüfung in der Regel auf den gesamten noch prüffähigen Zeitraum ausgedehnt – 4 Jahre in die Vergangenheit. Besteht der Verdacht, es sei Vorsatz im Spiel gewesen, drohen nicht nur die Abgabe an die Staatsanwaltschaft wegen Abrechnungsbetruges, sondern auch Rückforderungen für weiter zurückliegende Zeiträume.

Sowohl in der Vertragsarztpraxis als auch insbesondere im MVZ sollten die Personalstrukturen daher wohl überlegt sein und auch wie vorgegeben umgesetzt werden.

Strafrecht - Skandale im Gesundheitswesen

Immer wieder haben sich in Deutschland auch Strafgerichte mit Verhaltensweisen im Gesundheitsmarkt zu befassen. Während dies in letzter Zeit oft mit dem (neuen) Gesetz gegen korruptive Verhaltensweisen im Gesundheitswesen assoziiert wird (§§ 299a ff. StGB), hat es auch in der Vergangenheit bisweilen strafrechtliche Verfahren gegeben. Zwei sind aktuell vom Bundesgerichtshof entschieden worden, wenn auch mit unterschiedlichem Ergebnis:

Freiheitsstrafen im Hanserad-Prozess bestätigt

In seinem Beschluss vom 25.07.2017 (Az. 5 StR 46/17; „Hanserad“-Prozess) hatte sich der BGH mit einer Revision aus dem Bereich der Radiologie zu befassen. Nachdem aufgrund des Expansionskurses der MVZ-Kette eine wirtschaftliche „Schieflage“ eintrat, mussten „dauerhaft neue Einnahmequellen erschlossen werden“, so der BGH. Hierbei wurde ein Umgehungsmodell entwickelt, um den Arzt an den Gewinnen der von ihm verordneten Kontrastmittel zu beteiligen – dies unter Zwischenschaltung anderer Gesellschaften. In der Folgezeit kam es dann zu massiven Überbestellungen von Arzneimitteln, um Provisionen zu gerieren. Von diesem Modell erhielten die Krankenkassen Kenntnis und die Beteiligten „flogen auf“.

Der beteiligte Arzt setzte sich ins Ausland ab, andere Personen, nämlich der „Chief Financial Officer“ des Beteiligungsunternehmens sowie ein Apotheker, wurden durch das Landgericht Hamburg zu viereinhalb bzw. fünf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt.

Der BGH hatte keinen Zweifel daran, dass die Kontrastmitteleinkäufe betrügerisch erfolgt waren und demnach die Verurteilungen zurecht erfolgt sind. Die Verurteilung des – gesondert verfolgten – Arztes steht indes (noch) aus, da dieser im Ausland weilt.

Dabei werden in der Entscheidung Ausführungen sowohl zu dem berufsrechtlichen Kick-back-Verbot als auch zu der parallelen Vorschrift in § 128 SGB V gemacht. Der BGH stärkt hierbei sowohl die rechtliche Bedeutung einer Abrechnung von Leistungen im System der gesetzlichen Krankenversicherung, der die konkludente Erklärung eines Apothekers innewohnt, „diesen lägen keine unzulässigen Kick-back-Vereinbarungen mit dem verordnenden Arzt zugrunde“, wie

auch die Richtigkeit zum Ansatz eines „normativen Schadens“ nochmals bekräftigt wird. Der Schaden liegt mithin in der Größenordnung der gesamten Abrechnungsbeträge vor, da ein Leistungserbringer seinen Leistungsanspruch in Gänze verliert bei Verstoß gegen das Leistungserbringungsrecht, insbesondere gegen § 128 SGB V.

Aus der Labormedizin:

In einer weiteren Entscheidung (Urteil vom 12.07.2017, Az. 1 StR 535/16) hatte sich der BGH dann abermals mit einem Fall aus der Labormedizin zu befassen, wobei es im Kern um die Frage der Auslegung einer Tätigkeit „in freier Praxis“ handelte. In einem großen Labor-Konstrukt bestanden Zweifel daran, ob die jeweils tätigen Ärzte ihrerseits selbständig – „in freier Praxis“ (vgl. § 32 Abs. 1 Satz 1 Ärzte-ZV) – tätig waren oder nicht.



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

Der BGH konkretisierte den Begriff der freien Praxis im strafrechtlichen Sinne und führte aus:

*„Tätigkeit in „freier Praxis“ wird danach durch eine wirtschaftliche Komponente – das **Tragen des wirtschaftlichen Risikos** und die **Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg** der Praxis – und eine **ausreichende Handlungsfreiheit** in beruflicher und persönlicher Hinsicht geprägt (...). Das wirtschaftliche Risiko trägt der Vertragsarzt dann, wenn es maßgebend von seiner Arbeitskraft abhängt, in welchem Umfang er Einkünfte durch seine freiberufliche Tätigkeit erzielt (...). Ausreichende Handlungsfreiheit bei der Ausübung der (vertrags-) ärztlichen Tätigkeit erfordert die Befugnis, den medizinischen Auftrag nach seinem Ermessen zu gestalten sowie über die räumlichen und sächlichen Mittel, ggf. auch über den Einsatz von Hilfspersonal, zu disponieren oder jedenfalls an der Disposition mitzuwirken (...). Um zu bewerten, ob das kassenarztrechtlich erforderliche Maß an Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit gewahrt ist, können auf die Arztpraxis bezogene zivilrechtliche Vereinbarungen von Bedeutung sein (...).“ (Hervorhebung hinzugefügt)*

Hieran hatte der BGH keine ausreichenden Zweifel und hat daher die Entscheidung des Landgerichts Augsburg bestätigt – Freispruch.

Dennoch zeigen diese beiden Entscheidungen sehr eindringlich das erhebliche auch strafrechtliche Risikopotential, welches in den Bereichen von Berufs- und Vertragsarztrecht lauern kann. Insoweit kann – auch zur Vermeidung solcher Risiken – die Einhaltung vertragsarztrechtlicher Regeln nicht hoch genug bewertet werden. Im Zweifel sollte Rechtsrat eingeholt werden ob der Ausgestaltung entsprechender Kooperationsmodellen bzw. Handhabungen.

Ambulanter Sektor

Vorsicht vor „Scheinselbständigkeit“!

Vor einer Tätigkeit als „scheinselbständiger“ Vertragsarzt kann nicht genug gewarnt werden. Sie kann teuer zu stehen kommen, wie ein aktueller Beschluss des Bundessozialgerichts vom 28.06.2017 – Az. B 6 KA 81/16 B – wieder einmal belegt:



Ihr Ansprechpartner:
Dr. Paul Harneit
Fachanwalt für Medizinrecht

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

Ein Laborarzt war zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen. Vier Jahre lang war er in einer Praxis tätig, die im Alleineigentum von Dr. R. stand. Es entstanden dem Laborarzt nach den mit Dr. R. getroffenen Vereinbarungen keine Finanzi-

rungskosten und es traf ihn kein wirtschaftliches Risiko. Alle gegenwärtigen und zukünftigen Honoraransprüche hatte der Laborarzt an Dr. R. abgetreten. Dieser fungierte auch als Arbeitgeber der Mitarbeiter der Praxis. Der Laborarzt erhielt als ärztlicher Geschäftsführer eine Vergütung in Höhe von 210.000,00 DM im Jahr.

Die Kassenärztliche Vereinigung führte eine Plausibilitätsprüfung durch und forderte das gesamte in den vier Jahren erzielte Honorar des Laborarztes in Höhe von 16 Mio. DM zurück, weil der Laborarzt seine vertragsärztliche Tätigkeit nicht in freier Praxis ausgeübt habe. Zu Recht, wie das BSG in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen entschied:

Nach den mit Dr. R. geschlossenen Vereinbarungen trug der Laborarzt das wirtschaftliche Risiko der Praxis nicht mit und war in keiner Weise am Wert der Praxis beteiligt, der durch seine Tätigkeit mitgeschaffen wurde. Jedenfalls soweit beides explizit ausgeschlossen ist, wird die ärztliche Tätigkeit nicht mehr in freier Praxis ausgeübt. Der in Wahrheit abhängig beschäftigte Arzt trägt das wirtschaftliche Risiko dann, wenn er als derjenige, der über eine Zulassung verfügt, allein gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung abrechnet. „Vertragspartner“ der KÄV war hier der Laborarzt, sodass nach Auffassung des BSG auch in diesem Verhältnis die Rückabwicklung zu erfolgen hat. Unerheblich sei, dass die in der Praxis erwirtschafteten Honorare tatsächlich Dr. R. zugeflossen seien. Weder dieser Umstand noch die absolute Höhe der Rückforderung begründeten eine unverhältnismäßige Härte.

BSG: HVM Schleswig-Holstein bestätigt

Der seit dem Quartal 4/2013 geltende HVM der KV Schleswig-Holstein ist, so das Bundessozialgericht in einer Entscheidung vom 02.08.2017 (Az.: B 6 KA 16/16 R), grundsätzlich rechtmäßig. Die Bildung von praxisbezogenen Punktzahlvolumina (PZV) und die Differenzierung zwischen den Leistungen innerhalb des PZV, die mit dem Orientierungswert honoriert werden, und denjenigen außerhalb des PZV, die mit niedrigeren Punktwerten vergütet werden, sei mit § 87b Abs. 2 SGB V vereinbar, so das BSG.

Auch die speziellen Regelungen zu den Wachstumsmöglichkeiten unterdurchschnittlich abrechnender Praxen seien zulässig, da jede unterdurchschnittliche Praxis innerhalb von 5 Jahren bei entsprechender Leistungssteigerung den Fachgruppendurchschnitt erreichen könne.

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass der HVM in Schleswig-Holstein sich auch in wirtschaftlicher Hinsicht als stabil erweist, dürfte er eine höhere Halbwertszeit haben, als seine Vorgänger.

Allerdings birgt der stabile, aber dafür statische HVM das Problem, dass auch bei Einführung versorgungsrelevanter neuer Leistungen auf Praxisebene ein höheres Budget nur sehr langsam entsteht.



Ihr Ansprechpartner:
Stephan Gierthmühlen
Fachanwalt für Medizinrecht

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

Das gleiche gilt bei möglichen Innovationen. So wären, wenn z.B. investitionsintensive, aber nicht hinreichend vorhandene Leistungen durch eine Praxis neu angeboten werden, nach der Grundstruktur des HVM ebenfalls nur die „normalen“ Zuwächse zugestehen. In einem solchen Fall sollte jedoch dringend die Möglichkeit geprüft werden, durch eine Einzelfallentscheidung im Wege des Härtefallantrages eine PZV-Erhöhung zu erreichen. Die Erfolgsaussichten eines solchen Antrages sollten möglichst schon vor der Investitionsentscheidung geprüft werden.

Landgericht Hamburg erklärt Partnerfactoring im Bereich der Zahnarztabrechnungen für unzulässig

Mit Urteil vom 30.05.2017, Az.: 406 HKO 214/16 hat das Landgericht Hamburg auf eine Klage der DZR entschieden, dass das sog. Partnerfactoring im Bereich der Zahnarztabrechnungen gegen § 9 GOZ verstoße und daher einen unlauteren Wettbewerb gem. §§ 3, 3a, 8, 9 UWG, 242, 249 BGB darstelle.

Bei dem in Rede stehenden Partnerfactoring wurde das Fremdlabor, dessen Kosten in der vom Abrechnungsdienstleister übernommenen Rechnung des Zahnarztes erfasst waren, an den Factoring-Gebühren beteiligt und der Zahnarzt gleichermaßen entlastet.

Nach Auffassung des Landgerichts Hamburg liegt hierin ein Verstoß gegen § 9 GOZ, da die



Ihr Ansprechpartner:
Dr. Jana Spieker
Fachanwältin für Medizinrecht

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

vom Fremdlabor übernommenen Factoring-Gebühren zu einem Preisnachlass bezüglich der erbrachten zahntechnischen Leistungen führen, der an die Patienten weiterzugeben wäre, jedoch nicht weitergegeben wird. Ge-



genstand des Partnerfactorings sei nicht eine zusätzliche Dienstleistung für das Fremdlabor, für die eine gesonderte Vergütung zu erwarten gewesen wäre, sondern eine Kostenbeteiligung des Fremdlabors an den Kosten des Zahnarztes. Es handele sich hierbei auch nicht um einen ausnahmsweise nicht weiterzugebenden Skonto.

Das Landgericht Hamburg nahm weiter eine Verletzung von Verkehrs- und Sorgfaltspflichten an, weil der Abrechnungsdienstleister den Zahnarzt durch das Partnerfactoring zu überhöhten Abrechnungen veranlasse und an der Geltendmachung von nach § 9 Abs. 1 GOZ überhöhten Forderungen maßgeblich mitwirke.

Stationärer Sektor

Vorsicht Preisbindung: Keine höheren Entgelte bei verbundenen Privatkliniken

Viele Krankenhausträger sind in den letzten Jahren dazu übergegangen, Privatkliniken als Tochtergesellschaften zu gründen, um dort Privatpatienten zu deutlich höheren Entgelten behandeln zu können. Während die zur Behandlung von gesetzlich versicherten Patienten zugelassenen Plankrankenhäuser an die Regelungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (KHG) gebunden sind, sind Privatkliniken in ihrer Preisgestaltung grundsätzlich frei. Dies führt dazu, dass die gleiche Leistung in Privatkliniken teilweise erheblich höher vergütet wird.



Ihr Ansprechpartner:
Linda Kuball, LL.M.
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Medizinrecht

Telefon: +49 (431) 6701 - 234
Telefax: +49 (431) 6701 - 55234
E-Mail: kuball@cc-recht.de

Um eine Umgehung der zwingenden Vergütungsregelungen des KHG und die ungleiche Belastung für Privatpatienten zu vermeiden hat der Gesetzgeber im Zuge des GKV-Versorgungsstrukturgesetzes die Vorschrift des § 17 Abs. 1 S. 5 KHG eingeführt.

Hiernach darf eine Einrichtung, die in räumlicher Nähe zu einem Krankenhaus liegt und mit diesem organisatorisch verbunden ist, für allgemeine, dem Versorgungsauftrag des Krankenhauses entsprechende Krankenhausleistungen keine höheren Entgelte verlangen, als sie nach den Regelungen des KHG, des Krankenhausentgeltgesetzes und der Bundespflegesatzverordnung zu leisten wären. Dies bedeutet, dass auch Einrichtungen, die an sich nicht der Preisbindung der Plankrankenhäuser unterliegen, an das Fallpauschalensystem gebunden sind, wenn sie in deren Nähe liegen und mit diesen organisatorisch verbunden sind.

Das Oberlandesgericht Karlsruhe hat in seinem Urteil vom 19.07.2017 – Az.: 10 U 2/17 – entschieden, dass eine „Einrichtung“ im Sinne des § 17 Abs. 1 S. 5 KHG auch eine Privatklinik sein kann. Hiernach wird der Begriff der „Einrichtung“ als Oberbegriff verwendet, der auch Krankenhäuser erfasst. Dies ergebe sich nach Ansicht des Gerichts bereits aus der gesetzlichen Definition des KHG, wonach Krankenhäuser Einrichtungen seien, die bestimmte, im Gesetz näher genannte Voraussetzungen erfüllen müssten.

Krankenhausträger, die ihr Entgeltsystem weiterhin frei gestalten möchten, müssen daher darauf achten, dass die ausgegründete Privatklinik nicht in räumlicher Nähe zu einem Plankrankenhaus liegt und nicht mit diesem organisatorisch verbunden ist. Eine räumliche Nähe ist dann gegeben, wenn die Klinik auf dem gleichen Gelände oder zumindest in geographischer Nähe zu einem Plankrankenhaus, z.B. auf dem Nachbargrundstück, angesiedelt ist. Hierfür kann auch relevant sein, ob die beiden Kliniken als Einheit wahrgenommen werden, wobei auch eine gemeinsame Außendarstellung, etwa auf einer Homepage, als Indiz herangezogen werden kann. Eine organisatorische Verbundenheit liegt etwa bei einer gemeinsamen Trägergesellschaft oder dem Einsatz des gleichen Personals und der Nutzung von gemeinsamer Infrastruktur vor. Haben beide Kliniken denselben Träger und werden sie durch dieselben Geschäftsführer vertreten, nutzen beide Kliniken gemeinsam Röntgenräume, OP- oder Behandlungsräume sowie eine gemeinsame Empfangshalle und Verwaltung, liegt eine organisatorische Verbindung auf der Hand. So lag es auch in dem Fall, der dem Urteil des OLG Karlsruhe zugrunde lag. Folge war, dass die private Sportklinik auf ca. die Hälfte ihrer Forderung verzichten musste.

Aufklärungsmängel bei Kombination zweier Eingriffe

Klärt der Arzt vor der Kombination zweier Eingriffe (hier: Katarakt-OP unter gleichzeitiger Astigmatismuskorrektur) nur über einen Operationsteil (hier: Katarakt-OP) auf, so haftet er für die Folgen der Operation nicht, wenn offenbleibt, ob diese nicht auch allein auf dem Teil der Operation beruhen können, der von der Aufklärung umfasst war. Dies hat das OLG Dresden in einem Urteil vom 16.05.2017 – Az. 4 U 1229/15 – entschieden. Danach muss der Patient beweisen, dass sein Körper- oder Gesundheitsschaden gerade Folge des Behandlungsfehlers oder des mangels ordnungsgemäßer Aufklärung rechtswidrigen Eingriffs ist, wobei Mitursächlichkeit genügt. Kann der Schaden eines Patienten sowohl durch den durch die Einwilligung gedeckten und behandlungsfehlerfrei durchgeführten Teil des Eingriffs als auch durch den durch die Einwilligung nicht mehr gedeckten und daher nicht rechtmäßigen Teil verursacht worden sein, so haftet der Arzt grundsätzlich nur dann, wenn der Patient beweist, dass der Schaden durch den nicht rechtmäßigen Teil verursacht worden ist.



Ihr Ansprechpartner:
Dr. Paul Harneit
Fachanwalt für Medizinrecht

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

Die Patientin litt an beiden Augen an grauem Star. Sie wurde deshalb zunächst am linken und dann am rechten Auge operiert. Zugleich nahm der Operateur an beiden Augen eine Hornhautbegradigung (Astigmatismuskorrektur) vor. Der Operateur hatte zwar auf die Notwendigkeit der Hornhautbegradigung hingewiesen, jedoch über die dadurch bedingten Risiken nicht aufgeklärt. Nach der Operation war die Hornhaut an beiden Augen stark vernarbt. Der vom Gericht bestellte Sachverständige konnte nicht bestätigen, dass die Astigmatismuskorrektur allein oder mitursächlich für die Narbenbildung war. Diese könne auch auf die Operation des grauen Stars zurückzuführen sein.

Bundesverfassungsgericht: Überraschungsentscheidung im Arzthaftpflichtprozess

Mit Beschluss vom 01.08.2017 – 2 BvR 3068/14 hatte sich das Bundesverfassungsgericht mit einem arzthaftungsrechtlichen Verfahren zu befassen, das zuvor vor dem Landgericht Koblenz und Oberlandesgericht Koblenz geführt worden war. Im Streit stand eine LASIK-OP, in deren Folge der Patient eine innere Hornhautentzündung und einen nicht unerheblichen Sehverlust erlitten hat. Ein bereits außergerichtlich eingeholtes Gutachten hatte ergeben, dass die Operation lege artis durchgeführt und der Sehverlust schicksalhaft aufgetreten war. Dennoch verklagte der betroffene Patient den Augenarzt mit der Begründung, er sei über die Risiken des Eingriffs, insbesondere über das Risiko eines möglichen (teilweisen) Sehverlusts, nicht aufgeklärt worden und hätte bei ordnungsgemäßer Aufklärung dem Eingriff nicht zugestimmt.

Das Landgericht Koblenz hatte nach Anhörung beider Parteien und Würdigung der vorliegenden Behandlungsunterlagen die Klage abgewiesen. Es war aufgrund der Aussagen des beklagten Arztes zu der Überzeugung gelangt, dass der Patient vor dem Eingriff hinreichend über dessen Risiken aufgeklärt worden sei, sodass ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Patienten nicht bestehe.

Hiergegen wandte sich der Patient mit einer Berufung zum Oberlandesgericht Koblenz, das sodann im sog. schriftlichen Verfahren, also ohne erneute mündliche Verhandlung, über die Angelegenheit entschied. In seinem Urteil vom



Ihr Ansprechpartner:
Wiebke Düsberg
Rechtsanwältin

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

29.10.2014 – 5 U 732/14 wich das Oberlandesgericht jedoch – ohne vorherigen Hinweis und damit für den beklagten Arzt gänzlich überraschend – von der Würdigung des Landgerichts ab und gab auf die Berufung des Patienten dessen ursprünglich eingereichter Klage statt. Zur Begründung führte es aus, es sei auf Grundlage der in der Gerichtsakte des Landgerichts dokumentierten Aufzeichnungen über die erstinstanzliche Anhörung der Parteien nicht davon überzeugt, dass eine ordnungsgemäße Risikoaufklärung tatsächlich erfolgt sei.

Der Augenarzt wandte sich daraufhin mit einer Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht und rügte eine Verletzung seines Rechts auf rechtliches Gehör gemäß Artikel 103 Abs. 1 Grundgesetz. Das Bundesverfassungsgericht bestätigt nunmehr in seinem Beschluss vom 01.08.2017 die Rechtsauffassung des Arztes und führt aus, dass das Oberlandesgericht Koblenz den beklagten Arzt darauf hätte hinweisen müssen, dass es beabsichtige, von der Würdigung der erstinstanzlich erfolgten Anhörung des Arztes abzuweichen. Es hätte ihm Gelegenheit geben müssen, sich hierzu zu äußern und sich insbesondere auch in einer weiteren Parteianhörung ein eigenes Bild von den Aussagen des Arztes verschaffen müssen.

Arbeitsrecht (nicht nur) für das Krankenhaus

BVerfG: Weitgehende Verfassungskonformität des Tarifeinheitsgesetzes

Mit dem Tarifeinheitsgesetz (TVG) sollen Tarifkollisionen in einem Betrieb durch Anwendung des Mehrheitsprinzips aufgelöst werden. Bei Überschneidung nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften sieht § 4 Abs. 2 S. 2 TVG vor, dass im Betrieb nur der Tarifvertrag derjenigen Gewerkschaft anwendbar ist, die in diesem Betrieb die meisten Mitglieder hat. Hierdurch soll verhindert werden, dass in einem Betrieb mehrere Tarifverträge Anwendung finden.

Gegen dieses Gesetz haben mehrere Berufsgruppengewerkschaften, Branchengewerkschaften und andere Verfassungsbeschwerde eingelegt und rügten vor allem eine Verletzung der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat nunmehr im Urteil vom 11.07.2017 festgehalten, dass bei verfassungskonformer Auslegung das Tarifeinheitsgesetz weitgehend mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

Zwar sei die Koalitionsfreiheit durch das Tarifeinheitsgesetz beeinträchtigt. Bei der gebotenen verfassungsrechtlichen Auslegung und Handhabung der angegriffenen Regelungen sei diese Beeinträchtigung jedoch mit dem Grundgesetz vereinbar. Der Gesetzgeber verfolge gerade das legitime Ziel, das Verhältnis der Tarifvertragsparteien untereinander zu regeln, um strukturelle Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Tarifverhandlungen einen fairen Ausgleich ermöglichen. Die Koalitionsfreiheit vermittele Gewerkschaften kein Recht auf absolute tarifpolitische Verwertbarkeit von Schlüsselpositionen und Blockademacht zum eigenen Nutzen.

Die Rechtsprechung wird aufgefordert, im Rahmen der Gesetzesanwendung dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit genügend Rechnung zu tragen. Es steht demnach zu befürchten, dass die Einzelfragen der Auslegung des TVG die Gerichte noch längere Zeit beschäftigen werden. Von besonderer Bedeutung für die Arbeitgeber, die sich auf eine Tarifkollision berufen wollen, ist die Beachtung der Verfahrens- und Beteiligungsrechte der betroffenen Gewerkschaften. Die



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

im Gesetz vorgesehenen Verfahrenspositionen sind nach dem Bundesverfassungsgericht echte Rechtspflichten. Sofern sie verletzt werden, liegen die Voraussetzungen für eine Verdrängung nicht vor.

Soweit das Risiko einer Offenlegung der Mitgliederstärke von Gewerkschaften gerügt wurde, wird den Fachgerichten aufgegeben, die prozessrechtlichen Möglichkeiten zu nutzen, um eine Offenbarung der Mitgliederstärke möglichst zu vermeiden. Wenn dies nicht in allen Fällen gelinge, sei dies jedoch mit Blick auf das gesetzgeberische Ziel insgesamt zumutbar.

Lediglich hinsichtlich der Interessen kleinerer Berufsgruppen fordert das Bundesverfassungsgericht eine Nachbesserung. Insoweit moniert es das Fehlen von Schutzvorkehrungen gegen eine einseitige Vernachlässigung der Angehörigen einzelner Berufsgruppen oder Branchen. Insoweit müsse der Gesetzgeber Abhilfe schaffen, wobei das Bundesverfassungsgericht zugleich den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers betont. Bis zur geforderten Anpas-

sung, welche spätestens Ende 2018 erfolgt sein muss, darf § 4a TVG nur mit der Maßgabe angewendet werden, dass eine Verdrängungswirkung erst in Betracht kommt, wenn plausibel dargelegt werden kann, dass die Mehrheitsgewerkschaft die Interessen der Berufsgruppen, deren Tarifvertrag verdrängt wird, ernsthaft und wirksam in ihrem Tarifvertrag berücksichtigt hat. Welche Anforderungen hieran gestellt werden und ob diese Darlegung gelingen mag, bleibt abzuwarten.

Arbeitsgericht Kiel: Schutz vor Überlastung von Pflegekräften

Mit Beschluss vom 26.07.2017, Az.: 7 BV 67 c/16, hat das Arbeitsgericht Kiel entschieden, dass eine Einigungsstelle Regeln aufstellen kann über die Schichtbesetzung mit einer bestimmten Zahl von Pflegekräften für bestimmte Belastungssituationen.

Durch Spruch der Einigungsstelle wurde für die jeweiligen Stationen einer Klinik festgelegt, wie viel examinierte Pflegekräfte im Frühdienst und Spätdienste für eine bestimmte Patientenzahl zu planen sind. Der Klinikträger hielt diesen Spruch für rechtswidrig. Insbesondere fehle es bereits an einem erzwingbaren gesetzlichen Mitbestimmungsrecht für die Frage der Mindestbesetzung.

Den Angriffen des Klinikträgers schloss sich das Arbeitsgericht Kiel nicht an. Vielmehr bejahte es ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG i.V.m. §§ 3 und 5 ArbSchG. Dem Arbeitgeber werde in Form einer Generalklausel die umfassende und präventive Handlungspflicht aufgegeben, erforderliche Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu treffen. Insoweit sei eine konkrete Gefährdungsbeurteilung im Sinne des § 5 Abs. 1 ArbSchG vorzunehmen. Bei einer konkreten Gefährdung im Sinne von § 5 Abs. 1 ArbSchG sei ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht gegeben, weswegen auch die Einigungsstelle hierzu einen Spruch fällen könne.

Im Rahmen eines solchen Spruches der Einigungsstelle könne dem Arbeitgeber auch eine Vorgabe zur Mindestbesetzung aufgegeben werden. Zwar werde der Arbeitgeber durch einen solchen Spruch verpflichtet, in Abhängigkeit der belegten Betten ein Mindestmaß an Personal vorzuhalten, sodass er in der Personalbesetzung nicht mehr völlig frei sei. Dieser Eingriff in die unternehmerische Freiheit sei jedoch im Hinblick auf die Grundrechte der Arbeitnehmer auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 GG und aus Art. 31 EU-Grundrechte-Charta gerechtfertigt. Jedenfalls seien Ermessensfehler dann nicht ersichtlich, wenn keine starre Mindestbesetzung vorgeschrieben, sondern eine Mindestbesetzung im Verhältnis zu den belegten Betten vorgegeben werde.

Es bleibt abzuwarten, ob diese Entscheidung rechtskräftig wird. Sollte die Entscheidung bestätigt werden, bestünde ein durchaus erhebliches Mitspracherecht des Betriebsrats bei der Besetzung mit Pflegekräften.

BAG: Sonnabend als Werktag im Sinne des TVöD-K

Mit Urteil vom 20.09.2017, Az.: 6 AZR 143/16, hat das Bundesarbeitsgericht bestätigt, dass der Sonnabend ein Werktag im Sinne von § 6 Abs. 3 S. 3 und § 6.1 Abs. 2 S. 1 des TVöD für den Dienstleistungsbereich Krankenhäuser im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände ist.

Die klagende Krankenschwester arbeitet nach einem Dienstplan, der Wechselschichten an allen 7 Tagen in der Woche vorsieht. Sie wird dabei an 5 Tagen mit jeweils 7,7 Stunden eingesetzt.

Die betreffenden Tarifnormen sehen für schichtdienstleistende Beschäftigte eine Verminderung der Sollarbeitszeit vor, wenn Arbeitnehmer an bestimmten Vorfeiertagen (Heiligabend, Silvester) oder Feiertagen, die auf einen Werktag fallen, dienstplanmäßig nicht zur Arbeit eingeteilt sind. Zweck der Regelungen ist es, zu vermeiden, dass die nach Dienstplan arbeitenden Beschäftigten zur Erreichung der vollen Vergütung die an (Vor-)Feiertagen dienstplanmäßig ausgefallene Stunden ansonsten an einem anderen Tag ableisten müssten.

Die Parteien stritten nun über die Sollstundenreduzierung für die Tätigkeit der Klägerin an den Sonnabenden 01.01.2011 sowie 24.12.2011.

Die Vorinstanzen hatten der Klägerin im wesentlichen Recht gegeben. Diese Entscheidungen wurden nunmehr durch das Bundesarbeitsgericht bestätigt. So folge aus dem tariflichen Gesamtzusammenhang, dass der Sonnabend als Werktag im Sinne der genannten Tarifnormen anzusehen ist.

Jedenfalls für die Krankenhäuser, die den TVöD-K/VKA anwenden, gilt es nunmehr, dieses zu beachten und hier eine Sollstundenreduzierung vorzunehmen.



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. Steffen Kraus, Andreas
Kühnelt, Horst-Werner Peick, Axel Riefing, Dr. Thomas Schafat,
Frank Schramm, Dr. Dirk Unrau

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

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

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