

Newsletter 2010-09

der AG Medizinrecht im Deutschen AnwaltVerein

Liebe Kolleginnen,
liebe Kollegen,

anbei Ihr Newsletter für September. Wir sehen uns in Essen.

Ihre
Rita Schulz-Hillenbrand
Fachanwältin für Medizinrecht

Aus der Arbeitsgemeinschaft

1.) Erstes Golftunier anlässlich der Herbsttagung in
Essen am 23.09.10

per Fax: 02 01 / 46 10 54
per E-Mail: MaudGirault@web.de

**Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht des Deutschen
Anwaltvereins**

Golfturnier

**anlässlich der Herbsttagung der Arbeitsgemeinschaft
Medizinrecht**

am 23 September 2010 in Essen

1. Ich nehme am Golfturnier am 23. September ab 13 Uhr teil. Personen: _____
(Greenfee und Turniergebühr 40 Euro/Person)

2. Ich nehme an dem Schnupperkurs teil.
Personen: _____
(Dauer ca. vier Stunden; Kosten/Teilnehmer bei acht Personen 45 Euro/Person)

2.) Herbsttagung in Essen vom 24.09.10 - 25.09.10

Alle Einzelheiten sowie Anmeldeformular finden Sie unter:

<http://arge-medizinrecht.de/downloads/Programm-Herbsttagung-Essen-mit-Anmeldung-2010.pdf>

Arzneimittel-, Medizinprodukte- und Apothekenrecht

1.) Apothekenterminal ist unzulässig

Das entschied das Bundesverwaltungsgericht, weil es in diesen Fällen u. a. eine Verletzung der gesetzlichen Dokumentationspflicht des Apothekers sieht. Zwar werden mit den nach Außen angebrachten Terminals Apothekenware und rezeptpflichtige Medikamente abgegeben, wobei die Kunden über Videotelefon in Kontakt zu dem Apotheker treten können. Dieser würde auch die Kunden beraten und das gewünschte Arzneimittel freigeben. Das sei aber unzulässig, soweit es verschreibungspflichtige und verschriebene Arzneimittel betreffe, weil in diesen Fällen den gesetzlichen Dokumentationspflichten des Apothekers nicht genügt werde. Er müsse die Angaben auf dem Rezept bei der Abgabe des Arzneimittels abzeichnen und eventuelle Änderungen unterschreiben; das sei bei einer automatisierten Abgabe über ein Terminal nicht möglich .

Außerhalb der Öffnungszeiten werden diese Terminals zudem über sogenannte Service GmbHs oder Servicecenter organisiert. Auch dies hält das Bundesverwaltungsgericht für unzulässig, weil die Geräte damit nicht mehr von dem angestellten Personal des Apothekers bedient werden würden. Der Apotheker sei aber nach wie vor zur persönlichen Leitung seiner Apotheke verpflichtet.

Bundesverwaltungsgericht, Urteile vom 24.06.2010, Az.: 3 C 30.09 und 3 C 31.09

Arzthaftungsrecht

1.) BGB §§ 280 Abs. 1 823 Abs. 1

Zum Aufklärungsgespräch per Telefon

In einfach gelagerten Fällen kann der Arzt den Patienten grundsätzlich auch in einem telefonischen Gespräch über die Risiken eines bevorstehenden Eingriffs aufklären, wenn der Patient damit einverstanden ist.

BGH, Urteil vom 15.6.2010, Az: VI ZR 204/09

2.) FGG § 12, KostO §§ 14 Abs. 9; 14 Abs. 2; § 16

Zum Sachverständigenhonorar

1.

Ein Sachverständiger verliert seinen Entschädigungsanspruch nur dann, wenn das Gutachten objektiv unbrauchbar ist und er dies zumindest grob fahrlässig verursacht hat.

2.

Wenn das in der Hauptsache zuständige Gericht ein Gutachten für verwertbar ansieht und seine Entscheidung darauf stützt, sind die Kosteninstanzen gehindert, die Verwertbarkeit erneut zu prüfen.

3.

Der für eine Wiedergabe des Akteninhalts und eine Stellungnahme zu einem Ablehnungsgesuch entstandene Zeitaufwand des Sachverständigen ist nicht vergütungsfähig.

KG Berlin, Beschluss vom 26.1.2010, Az: 19 AR 2/09

Quelle: Rechtszentrum.de

Berufsrecht

UWG § 4 Nr. 1; BOÄ § 3 Abs. 2, § 34 Abs. 5

Zum verkürzten Versorgungsweg mit Brillen

Die Klägerin ist die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs. Sie wendet sich gegen eine Werbung der Beklagten für den Vertrieb ihrer Brillen durch Augenärzte.

Die Beklagte stellt Augenärzten ihr E. -System zur Verfügung, das aus einem E. -Brillensortiment (in der Anfangsphase ca. 100, später ca. 40 Musterbrillengestelle) und einem E. -Computersystem zur individuellen Brillenanpassung besteht. Nach Eingabe der Patientendaten und Auswahl eines bestimmten Brillengestells in der Augenarztpraxis werden diese Informationen an die Beklagte übermittelt. Bestellt der Patient bei der Beklagten eine Brille, erhält der Augenarzt eine Vergütung von Euro 80, bei Mehrstärkenbrillen von Euro 160.

Das hielt der BGH für unzulässig. Nach seiner Ansicht stellt es eine unangemessene unsachliche Einflussnahme auf die ärztliche Behandlungstätigkeit dar, wenn durch das Gewähren oder Inaussichtstellen eines finanziellen Vorteils darauf hingewirkt wird, dass Ärzte entgegen ihren Pflichten aus dem Behandlungsvertrag und dem Berufsrecht nicht allein anhand des Patienteninteresses entscheiden, ob sie einen Patienten an bestimmte Anbieter gesundheitlicher Leistungen verweisen. Der Durchschnittspatient sehe sich zudem einem unangemessenem Druck ausgesetzt, wenn er von seinem Augenarzt im Zusammenhang mit einer Untersuchung oder Behandlung darauf angesprochen werde, dass dieser ihm eine neue Brille mit dem System der Beklagten beschaffen könne. Die Patienten seien etwa bei künftigen Terminvergaben für sich und i

hre Familienangehörigen auf das Wohlwollen des Arztes angewiesen oder wüssten sich ihm dankbar verbunden, so dass sie ihn nicht enttäuschen wollten.

BGH, Urteil vom 24. Juni 2010 - I ZR 182/08 - OLG Stuttgart, LG Stuttgart

Krankenversicherungsrecht

PKV einigt sich mit Klinikträger über die Kosten in Privatkliniken

Seit längerer Zeit ist zu beobachten, dass Plankrankenhäuser einen Teil ihrer Klinik ausgründen, in denen lediglich zum Teil Stationen in Privatkliniken umgewidmet werden. Damit sind die Plankrankenhäuser zumindest in der Abrechnung ihrer ärztlichen Leistungen in diesen Privatkliniken nicht mehr an das Krankenhausentgeltgesetz gebunden. Das führte zu erheblichen Verstimmungen v. a. auf Seiten der privaten Krankenversicherer.

Während nämlich öffentliche Krankenhäuser für ihre medizinischen Leistungen bei gesetzlich und privat versicherten Patienten keine Preisunterschiede machen dürfen seien „echte Privatkliniken“ nicht an das Krankenhausentgeltgesetz gebunden. Sie könnten die Preise für ihre medizinischen Leistungen und die Zuschläge für die Unterbringung deshalb frei festsetzen.

Vor einiger Zeit hat sich der PKV-Verband als erstes mit dem Klinikkonzern Asklepios verständigt. Für medizinische Leistungen rechnet Asklepios künftig auch in dem sogenannten „privaten“-Bereich im Rahmen des Krankenhausentgeltgesetzes ab.

Leistungs- und Vergütungsrecht

EBM-Ä Nr. 7120

Zur Abrechenbarkeit bei „auf Anforderung“

Das BSG hat entschieden, dass die Klägerin die Nr. 7120 EBM-Ä (Pauschalerstattung für den Transport von Briefen) in den Fällen nicht berechnen durfte, in denen sie die Untersuchungen auf Anforderungen von anderen Laborärzten durchführte.

Der Abrechenbarkeit steht die der Nr. 7120 EBM-Ä beigefügte Ausschlussregelung entgegen, wonach diese Leistung in den Fällen, in denen - wie hier - die Nr. 7103 EBM Ä (Pauschalerstattung für Versandmaterial im Rahmen der Laboratoriumsdiagnostik) berechnet wurde, nicht berechnungsfähig ist. Der Ausschluss ist fall- und nicht arztbezogen zu verstehen; eine Abrechnung der Nr. 7103 EBM Ä durch die Praxis, die den Untersuchungsbefund zunächst annahm, schloss die Abrechenbarkeit der Nr. 7120 EBM Ä auch für die Praxis aus, an die weiter überwiesen wurde. Die Nr. 7120 EBM Ä steht in diesen Fällen nicht als Auffangposition zur Verfügung. Durch die Aufteilung von Laboruntersuchungen auf verschiedene laborärztliche Praxen sollen keine höheren Versandkosten entstehen.

BGS, Urteil vom 18.08.2010, Az: B 6 KA 23/09 R

Quelle: BSG

Vertragsrecht

1.) BGB §§ 133, 157, 705, 738; GG Art. 103 Abs. 1

Zum Ausstieg eines Zahnarztes aus einer Berufsausübungsgemeinschaft

Der Anspruch einer Partei auf Gewährung rechtlichen Gehörs wird in entscheidungserheblicher Weise verletzt, wenn das Gericht seiner Entscheidung den "Normalfall" einer vergleichbaren Fallkonstellation (hier: Ausscheiden aus einer Freiberuflerpraxis) zugrunde legt, statt den vorgetragenen Inhalt des Gesellschaftsvertrages der Parteien zur Kenntnis zu nehmen, der - im Wege der gebotenen Auslegung zu berücksichtigende - Anhaltspunkte dafür bietet, dass die Parteien eine abweichende Form der Auseinandersetzung (hier: Zulässigkeit einer geringfügigen Patientenmitnahme bei Einhaltung eines Wettbewerbsverbots unter betragsmäßiger Begrenzung des

Auseinandersetzungsguthabens) vereinbart haben.

BGH, Beschluss vom 14.06.2010, Az: II ZR 135/09

2.) Honorarrückforderung von Euro 880.000 bei Scheingemeinschaftspraxis

Ein Radiologe wurde im Jahr 1996 für einen Vertragsarztsitz zugelassen, wobei gleichzeitig die Gemeinschaftspraxis mit einem anderen Radiologen vom Zulassungsausschuss genehmigt wurde. Die vom Zulassungsausschuss genehmigte Gemeinschaftspraxis bestand aber de facto nicht, da einer der Ärzte lediglich als Angestellter und nicht in „freier Praxis“ tätig wurde.

Nach Bekanntwerden hob die KV Niedersachsen die Honorarbescheide für die Quartale IV/1996 bis I/2001 auf und forderte Honorar in Höhe von umgerechnet ca. 880.000,00 Euro zurück.

Das LSG Niedersachsen-Bremen bejahte, anders als das Sozialgericht Hannover einen Anspruch der KV auf Honorarrückforderung im Rahmen einer sachlich-rechnerischen Berichtigung. Die KV sei berechtigt gewesen, im Falle eines Gestaltungsmissbrauches der Rechtsform beruflicher Kooperationen die Honorarabrechnungen sachlich rechnerisch richtig zu stellen.

Der betroffene Arzt legte beim BSG Revision ein, die vergeblich war.

Auch nach den Feststellungen des BSG verfügte der „Scheingesellschaftspartner“ zu keinem Zeitpunkt über die berufliche und persönliche Selbstständigkeit, die für die Ausübung der Tätigkeit des Vertragsarztes in freier Praxis erforderlich war. Nach den vertraglichen Vereinbarungen trug er zu keinem Zeitpunkt das wirtschaftliche Risiko der Praxis mit und war auch nicht am Wert der Praxis beteiligt.

Nach Auffassung des BSG setzt die Richtigstellung fehlerhafter vertragsärztlicher Abrechnungen grundsätzlich kein Verschulden des Vertragsarztes voraus, wobei ungeachtet dessen keine Zweifel bestünden, dass beide Ärzte gewusst haben, dass einer im Innenverhältnis kein Mitglied der Gemeinschaftspraxis ist. Als langjährig tätiger Vertragsarzt habe der Kläger gewusst, dass ein Arzt, der weder am Erfolg noch am Wertzuwachs der Praxis beteiligt

sein sollte, kein Partner einer Gemeinschaftspraxis sein kann.

Die schriftlichen Urteilsgründe der BSG-Entscheidung liegen noch nicht vor.

BSG, Urteil vom 23.06.2010 B 6 KA 7/09; LSG Niedersachsen-Bremen (L 3 KA 316/04); Sozialgericht Hannover (S 16 KA 262/02)

Vertragsarztrecht

1.) SGB V §§ 106 Abs. 5 Satz 3 und 8

Vorverfahren auch bei Verordnungsregress

Strittig ist derzeit, ob auch bei Verordnungsregressen grundsätzlich ein Vorverfahren vor dem Beschwerdeausschuss durchzuführen ist. In einem derzeit laufenden Verfahren vor dem Sozialgericht Marburg hat das zuständige Gericht darauf hingewiesen, dass es beabsichtige, das Verfahren gemäß § 114 Abs. 2 Satz 1 SGG auszusetzen, um den beteiligten Parteien Gelegenheit zu geben, das Vorverfahren vor dem Beschwerdeausschuss nachzuholen. Das Sozialgericht Marburg stützt sich damit auf eine Entscheidung des Sozialgericht Berlin vom 17.0.2010, Az. S 83 KA 651/08, welches zwischenzeitlich beim BSG, Az. B 6 KA 13/10R, anhängig ist.

Nach Ansicht des SG Marburg ist nur dann ein Vorverfahren entbehrlich, wenn in dem streitgegenständlichen Bescheid eine Ausgleichspflicht für den Mehraufwand bei solchen Leistungen festgesetzt worden sind, die durch das Gesetz oder durch die Richtlinien nach § 92 SGB V ausgeschlossen sind. In den Fällen allerdings, in denen die medizinischen Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen und für die Entscheidung ausschlaggebend sind, sieht es das Gericht als sachgerecht an, dass der auf Grund seiner Besetzung mit Vertretern der Kassenärztlichen Vereinigung (typischerweise Vertragsärzte) und der Krankenkasse mit besonderer medizinischer Fachkunde ausgestattete Beschwerdeausschuss die Entscheidung der Prüfungsstelle überprüft.

Im hierzu entscheidenden Fall ist insbesondere zu prüfen, ob die in

der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen eines Off-Label-Use oder eines Ausnahmefalls in notstandähnlicher Lage erfüllt sind.

Sozialgericht Marburg, Az. S 10 KA 526/10

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Martin Berger, Osnabrück

2.) SGB V § 116 b

SG Hannover bekräftigt den (Dritt-)Rechtsschutz niedergelassener Vertragsärzte!

Das SG hat die Eilanträge der Medizinischen Hochschule Hannover (MHH) kostenpflichtig zurückgewiesen, allerdings mit der kleinen Maßgabe, dass für die Zeit von der Zustellung des Beschlusses bis zum 28.02.2011 Patienten, deren ambulante Behandlung nach §116b SGB V bereits begonnen hatte, weiterbehandelt werden dürfen.

Neupatienten dürfen einstweilen also nicht mehr aufgenommen werden. Ebenso endet (wegen der aufschiebenden Wirkung der Klage von Dr. Z.) die vorläufige Behandlungsbefugnis bezüglich bisheriger Patienten mit Ablauf des 28.2.2011.

Damit soll dem Sozialministerium ausreichend Zeit und Gelegenheit gegeben werden, den § 116b-Bescheid unter Beachtung des Berücksichtigungsgebots zu erneuern. Auch die betroffenen Ärzte und (wieder) die KVN wären dann wohl einzubeziehen. Gegen einen neuen Bescheid könnte sich Dr. Z. dann ggf. wiederum rechtlich zur Wehr setzen, falls er keine hinreichenden Einschränkungen enthielte.

Das SG Hannover folgt damit mit sehr überzeugenden Argumenten dem LSG Sachsen, dass die drittschützende Wirkung des Berücksichtigungsgebots bekräftigt und der Klage von Dr. Z. in der Hauptsache daher gute Erfolgsaussichten bescheinigt. Denn der Bescheid vom 9.3.2010 berücksichtigt die vertragsärztliche Versorgungssituation nicht einmal im Ansatz. Die Angaben der KVN genügen hierfür ebenfalls nicht, da in der Sache ein Bedarfsprüfung (wenngleich nicht zur Vorrangssicherung) erfolgen muss.

Sozialgericht Hannover, Beschluss vom 24.8.2010, Az: S 61 KA 358/10

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Holger Barth, Freiburg

Sonstiges

1.) Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienstzeiten während der gesetzlichen Ruhezeit

Der Tarifvertrag für Ärztinnen und Ärzte an kommunalen Krankenhäusern im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (TV-Ärzte/VKA) vom 17. August 2006 verpflichtet Ärzte, Bereitschaftsdienste zu leisten. Diese Bereitschaftsdienste werden mit einem tariflich festgelegten Faktor in Arbeitszeit umgerechnet und sind mit einem ebenfalls tariflich festgelegten, von der Entgeltgruppe abhängigen Stundenlohn zu vergüten oder gemäß § 12 Abs. 4 Satz 1 TV-Ärzte/VKA durch entsprechende Freizeit abzugelten (Freizeitausgleich). Dieser Freizeitausgleich kann auch in der gesetzlichen Ruhezeit nach § 5 ArbZG erfolgen.

Der Kläger war beim beklagten Klinikum vom 1. Mai 2007 bis zum 31. März 2010 als Assistenzarzt beschäftigt. Zwischen den Parteien fand kraft beiderseitiger Tarifbindung der TV-Ärzte/VKA Anwendung. Der Kläger leistete außerhalb der regulären Arbeitszeit Bereitschaftsdienste mit jeweils zehn Stunden, von denen entsprechend der tariflichen Regelung 90 % und damit neun Stunden als Arbeitszeit gewertet wurden. Im Anschluss erhielt der Kläger Freizeitausgleich noch innerhalb der gesetzlichen Ruhezeit des § 5 ArbZG. Dadurch wurde er jeweils von seiner ansonsten am Folgetag bestehenden Arbeitspflicht freigestellt. Eine verbleibende aus dem Bereitschaftsdienst errechnete Stunde Arbeitszeit wurde vergütet. Auf diese Weise wurde die Regelarbeitszeit des Klägers in vollem Umfang vergütet und die gesetzliche Ruhezeit eingehalten. Der Kläger begehrt Entgelt für die von ihm zwischen dem 9. Juli 2007 bis zum 31. August 2008 geleisteten Bereitschaftsdienste, soweit ihm dafür Freizeitausgleich gewährt worden ist. Unstreitig sind dies in Arbeitszeit umgerechnet 640 Stunden. Der Kläger hält die Gewährung von Freizeitausgleich in der gesetzlichen Ruhezeit für unzulässig.

Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die vom Kläger

gegen dieses Urteil eingelegte Revision hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts zurückgewiesen. Der Arzt hat keinen Anspruch darauf, nach Ableistung eines Bereitschaftsdienstes zunächst unbezahlte Ruhezeit und anschließend bezahlten Freizeitausgleich gewährt zu bekommen. Der Freizeitausgleich nach § 12 Abs. 4 Satz 1 TV-Ärzte/VKA kann auch in die gesetzliche Ruhezeit gelegt werden. § 5 ArbZG schreibt dem Krankenhaus nicht vor, durch welche arbeitsvertragliche Gestaltung es sicherstellt, dass der Arzt nach der Beendigung der täglichen Arbeitszeit mindestens während der folgenden gesetzlichen Ruhezeit nicht zur Arbeitsleistung herangezogen wird. Erfolgt der Freizeitausgleich in der gesetzlichen Ruhezeit, wird also bezahlte Freizeit unter Anrechnung auf die Sollarbeitszeit gewährt, ist der nach § 12 Abs. 2 und Abs. 3 TV-Ärzte/VKA bei Ableistung von Bereitschaftsdiensten entstehende Entgeltanspruch abgegolten.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 22. Juli 2010; 6 AZR 78/09

Quelle: Bundesarbeitsgericht

2.) Schadenersatz wegen Alterdiskriminierung für ehemaligen Klinikchef

Der 1947 geborene Kläger war vom 01.10.2004 bis zum 30.09.2009 als medizinischer Geschäftsführer der Klinik angestellt. Der Aufsichtsrat der Klinik lehnte im Oktober 2008 eine Verlängerung der Anstellung über 5 Jahre hinaus ab, die Stelle wurde mit einem 41-jährigen Nachfolger besetzt. Der Kläger machte im Prozess geltend, seine erneute Bestellung zum Geschäftsführer sei allein aus Altersgründen gescheitert, und begehrte Schadenersatz nach dem AGG. Die Kliniken zogen sich darauf zurück, dass man mit den fachlichen Leistungen des Geschäftsführers unzufrieden gewesen sei.

Der Senat stellte fest, dass die Klinik sämtliche materielle Schäden zu tragen hat, die aus der nicht erfolgten (Weiter-)Anstellung resultieren; darüber hinaus ist eine Entschädigung für immaterielle Schäden zu zahlen.

OLG Köln, Urteil vom 29.07.2010, Az: 18 U 196/09

Quelle: Pressemitteilung OLG Köln

3.) Krankenhaus muss Patientendaten nicht an Krankenkasse herausgeben

Eine ältere Patientin war nach mehreren Hüftgelenkoperationen in einem Krankenhaus verstorben. Die Kosten für die DAK betragen seinerzeit rund 150.000,00 Euro. Die DAK forderte die Unterlagen beim Krankenhaus heraus, um im Fall eines etwaigen Behandlungsfehlers Schadensersatzansprüche für sich selbst zu prüfen. Das Krankenhaus gab diese Daten mit Hinweis auf die ärztliche Schweigepflicht nicht heraus.

Die Klage der DAK wurde bereits vom LSG Niedersachsen, Az. L 1 KR 152/08 abgewiesen. Vor einer Urteilsverkündung machte das Bundessozialgericht wohl deutlich, dass es nicht beabsichtige, die Entscheidung des LSG Niedersachsen zu revidieren. Die DAK zog deshalb ihren Revisionsantrag zurück.

Das BSG hat unter anderem deutlich gemacht, dass es grundsätzlich für die Krankenkasse nicht um Schadensersatz gehen könne, sondern allenfalls um das Zurückfordern bereits gezahlter Leistungen. Zudem können die Krankenkassen über den MDK ein Gutachten einfordern, um mögliche Behandlungsfehler aufzuzeigen.

BSG, Az. B 3 KR 16/09, LSG Niedersachsen/Bremen, Az. L 1 KR 152/08