



Newsletter Oktober 2023

Arzneimittel-, Medizinprodukte- und Apothekenrecht

Einfuhrverbot für Betäubungsmittel Natrium-Pentobarbital bestätigt

Schwerstkranke Menschen in Deutschland versuchen, sind mittels Natrium-Pentobarbital selbst zu töten, das aber in Deutschland nicht zu beziehen ist. Ein Ärzteteamleiter des Vereins Sterbehilfe aus Hamburg ist mit seinem Antrag gescheitert, beim BfArM eine Einfuhrerlaubnis für das Betäubungsmittel zu erhalten.

Das OVG Nordrhein-Westfalen entschied in einem einstweiligen Beschluss zugunsten des BfArM.

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 08.08.2023, Az. 9 B 194/23

<https://openjur.de/u/2473669.html>

Arzthaftungsrecht

Noch einmal: Zum Unterschied von Berufung und Revision

„Die Prüfungskompetenz des Berufungsgerichts hinsichtlich der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung ist nicht auf den Umfang beschränkt, in dem eine zweitinstanzliche Tatsachenfeststellung der Kontrolle durch das Revisionsgericht unterliegt. Daher hat das Berufungsgericht die erstinstanzliche Überzeugungsbildung nicht nur auf Rechtsfehler zu überprüfen. Vielmehr können sich Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen i.S.v. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auch aus der Möglichkeit unterschiedlicher Bewertungen der erstinstanzlichen Beweisaufnahme ergeben.“

Das Berufungsverfahren bildet somit eine zweite Tatsacheninstanz, im Fall einer zulässigen Berufung ergeht eine völlig neue Entscheidung, in der der Sachverhalt festgestellt und rechtlich gewürdigt wird (§ 538 Abs. 1 Zivilprozessordnung, ZPO). Das Revisionsgericht dagegen überprüft das erst- oder zweitinstanzliche Urteil nur auf Rechtsfehler (§ 545 Abs. 1 ZPO).

BGH, Beschluss vom 08.08.2023, AZ. VIII ZR 20/23

<https://www.juris.de/jportal/portal/page/anwaltsletter.psm?id=ANWL231000243>

Leistungs- und Vergütungsrecht

1. Hauszahnärzte und Kieferorthopäden können IP-Leistungen abrechnen

Im Rahmen des dreijährigen Individualprophylaxe-(IP)-Programms können sowohl Hauszahnärzte als auch Kieferorthopäden IP-Leistungen erbringen und nach den Bema-Nrn. IP1 bis IP5 abrechnen. Eine Doppelabrechnung von IP-Leistungen entstünde nur dann, wenn die jeweilige Leistung nach der BEMA Nr. IP 1, 2 oder 4 in dem in der Leistungslegende des BEMA genannten kalenderhalbjährigen Zeitraum mehrfach bzw. von mehr als einem Behandler erbracht wird.

„Die Leistungen können dabei grundsätzlich sowohl vom Hauszahnarzt als auch vom Kieferorthopäden erbracht werden. Das zugrundeliegende Konzept einer ständigen begleitenden Motivation der Kinder bzw. Jugendlichen lässt sich aber nur dann sinnvoll umsetzen, wenn Patienten, die sowohl beim Hauszahnarzt als auch beim Kieferorthopäden in Behandlung sind, von beiden Behandlern im Rahmen des IP-Programms zur ausreichenden Mundhygiene angehalten werden können. Die von der Klägerin gewünschte Einschränkung, dass während des gesamten dreijährigen Zeitraums des IP-Programms nur ein Behandler IP-Leistungen abrechnen kann, könnte im Einzelfall dazu führen, dass das Ziel der Individualprophylaxe verfehlt wird.“

SG Marburg, Urteil vom 28.06.2023, Az. S 12 KA 9/22

<https://www.sozialgerichtsbarkeit.de/node/173994>

2. Geschlechtsangleichende Operationen für non-binäre Personen derzeit keine Kassenleistung

Der Anspruch auf Kostenübernahme für eine geschlechtsangleichende Operation von Versicherten, die ihr Geschlecht weder als weiblich noch als männlich empfinden (non-binäres Geschlecht), setzt eine Empfehlung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss voraus. An dieser fehlt es bislang.

Die klagende Person ist als biologische Frau geboren, empfindet sich aber weder als Frau noch als Mann. Sie ließ ihren Vornamen und die Geschlechtsangabe im Geburtenregister ändern. Um nicht als Frau wahrgenommen zu werden, beantragte sie bei der beklagten Krankenkasse die Übernahme der Kosten (rund 5000 Euro) für die Entfernung der weiblichen Brust. Die Krankenkasse lehnte den Antrag ab. In der Zwischenzeit wurde die Operation durchgeführt. Das Sozialgericht hat die Krankenkasse zur Kostenerstattung verurteilt, das Landessozialgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Bundessozialgericht hat nun entschieden, dass körpermodifizierende Operationen bei Trans-Personen Bestandteil einer neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethode sind. Über deren Anerkennung muss zunächst der Gemeinsame Bundesausschuss entscheiden, bevor Versicherte die Leistung von ihrer Krankenkasse beanspruchen können. Die bisherige Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum "Transsexualismus" beruhte auf den klar abgrenzbaren Erscheinungsbildern des weiblichen und männlichen Geschlechts. Der in den aktuellen medizinischen Leitlinien wiedergegebene Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse bezieht demgegenüber die Vielfalt aller - auch non-binärer - Geschlechtsidentitäten ein. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum sogenannten dritten Geschlecht. Die Kriterien für die medizinische Notwendigkeit einer geschlechtsangleichenden Operation werden dabei nicht objektiv vorgegeben. Entscheidungen über die Notwendigkeit und die Reihenfolge der Behandlungsschritte sollen vielmehr zwischen der Trans-Person und den

Behandelnden "partizipativ" getroffen werden. Dieser methodische Ansatz weicht von anderen Behandlungsverfahren ab. Aufgabe des Gemeinsamen Bundesausschusses ist nun, zum Schutz der betroffenen Personen vor irreversiblen Fehlentscheidungen die sachgerechte Anwendung der neuen Methode sowie ihre Wirksamkeit und Qualität zu beurteilen. Für bereits begonnene Behandlungen von Transsexuellen erwägt der Senat Vertrauensschutz.

BSG, Urteil vom 20.10.2023, Az. B 1 KR 16/22 R

https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/2023_34.html

Vertragsarztrecht

1. Nachrangregelung des § 103 Absatz 4c Satz 3 SGB gilt nicht in einem Auswahlverfahren wegen partieller Entsperrung eines Planungsbereichs

Die Beteiligten streiten über eine Zulassung nach partieller Entsperrung eines Planungsbereichs. Nach Feststellung von Zulassungsmöglichkeiten im Umfang eines halben Versorgungsauftrags im Rahmen der Quotenregelung für die Gruppe der fachärztlich tätigen Internisten mit Schwerpunkt Rheumatologie bewarben sich der zu 8. beigeladene Arzt und das MVZ der Klägerin, letztere mit einem Antrag auf Genehmigung zur Beschäftigung der zu 9. beigeladenen Ärztin. Das MVZ der Klägerin wurde ursprünglich 2004 in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit den Gesellschaftern Dr. H. und Dr. M. gegründet, die in dem MVZ als Vertragsärzte tätig waren. Seit 2019 ist die klagende GmbH Trägerin des MVZ. Einzige Gesellschafterin der Klägerin ist die H. GmbH, die als Erbringerin nichtärztlicher Dialyseleistungen zur Gründung von MVZ berechtigt ist. Einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der H. GmbH ist wiederum Dr. H., welcher zudem als angestellter Arzt weiterhin in dem MVZ tätig und dessen ärztlicher Leiter ist. Der Zulassungsausschuss erteilte dem Beigeladenen zu 8. die beantragte hälftige Zulassung und lehnte den Antrag der Klägerin ab. Widerspruch und Klage blieben erfolglos.

Die Revision der Klägerin war erfolgreich. Zwar hat das Landessozialgericht im Ergebnis zutreffend das erstinstanzliche Urteil und den Bescheid des Beklagten aufgehoben und ihn zur Neubescheidung verurteilt. Entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts ist jedoch die Nachrangregelung des § 103 Absatz 4c Satz 3 SGB V, die nach ihrem Wortlaut allein für die Auswahl des Praxisnachfolgers im Nachbesetzungsverfahren gilt, in einem Auswahlverfahren wegen partieller Entsperrung eines Planungsbereichs nicht anwendbar. Eine analoge Anwendung der Nachrangregelung auf Verfahren wegen partieller Entsperrung kommt nicht in Betracht, da es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Bereits die Entstehungsgeschichte der Norm gibt hierfür keinen Anhalt. Die im Gesetzgebungsverfahren ursprünglich geplanten Vorkaufsrechte für Kassenärztliche Vereinigungen oder für Vertragsärzte zielten allein auf Vorgaben für das Nachbesetzungsverfahren. Dass die Vorkaufsrechte im Ergebnis keinen Eingang in das Gesetz fanden, beruhte nicht darauf, dass der gewählte Anwendungsbereich der Regelung als zu eng angesehen wurde, sondern allein darauf, dass sich die praktische Umsetzung der Vorkaufsregelungen als zu aufwändig und zeitintensiv darstellte. Eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Lücke in Bezug auf Zulassungsverfahren wegen partieller Entsperrung lässt sich nicht feststellen. Dies steht auch nicht im Widerspruch zur Entscheidung des Senats zur Konzeptbewerbung (Urteil vom 15.5.2019 - B 6 KA 5/18 R). Zwar hat der Senat dort eine Regelungslücke in Bezug auf die Konzeptbewerbung für Zulassungsverfahren wegen partieller Entsperrung bejaht, weil im Rahmen der dort zu treffenden Auswahlentscheidung im Kern dieselben Kriterien zu berücksichtigen sind wie bei einer Auswahl im Nachbesetzungsverfahren. Hier geht es jedoch nicht um die Modifikation von weiteren Eignungskriterien, sondern um eine Regelung, nach welcher

einer bestimmten Gruppe von Medizinischen Versorgungszentren im Nachbesetzungsverfahren nicht die gleiche Stellung wie anderen geeigneten Bewerbern eingeräumt wird.

BSG, Beschluss vom 25.10.2023, Az. B 6 KA 26/22 R

https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2023/2023_03_23_B_06_KA_06_22_R.html

2. Zur Pflicht der Teilnahme von Privatärzten am ärztlichen Bereitschaftsdienst

Das Verfahren betraf die Rechtsfrage im Zusammenhang mit der im Hessischen Heilberufsgesetz geregelten Verpflichtung von in eigener Praxis tätigen Privatärzten, am ärztlichen Bereitschaftsdienst der beklagten Kassenärztlichen Vereinigung teilzunehmen und sich an dessen Kosten zu beteiligen. Das Hessische Heilberufsgesetz verweist hierzu auf die Berufsordnung der Landesärztekammer, in der das Nähere geregelt wird. Die seit Januar 2019 geltende Berufsordnung verweist wiederum auf die Bereitschaftsdienstordnung der Beklagten in der von der Vertreterversammlung beschlossenen, zuletzt am 27. Dezember 2018 geänderten Fassung, die für die Einrichtung und Durchführung des ärztlichen Bereitschaftsdienstes im Einzelnen maßgeblich ist.

Die Beklagte hat zu Recht die Feststellung getroffen, dass der Kläger zur Kostenbeteiligung am ärztlichen Bereitschaftsdienst der Beklagten verpflichtet ist. Hierbei handelt es sich um einen Verwaltungsakt, der über eine reine Information hinausgeht. Die Pflicht zur Kostenbeteiligung von niedergelassenen Privatärzten in Hessen am ärztlichen Bereitschaftsdienst der Beklagten ergibt sich aus § 23 Nummer 2 Hessisches Heilberufsgesetz. Der Kläger ist trotz seiner altersbedingten Befreiung von der aktiven Teilnahme zur Mitfinanzierung des ärztlichen Bereitschaftsdienstes verpflichtet. Weder Landesrecht noch das Satzungsrecht der Landesärztekammer und der Beklagten sehen eine Kostenbefreiung für den Fall vor, dass – wie hier – die privatärztliche Praxis weiterhin aktiv ausgeübt wird. Zur Auslegung von Vorschriften des Landesrechts war der Senat hier berechtigt.

Dem Landesgesetzgeber steht es grundsätzlich frei, wie und in welcher Form er die berufsrechtliche Verpflichtung aller niedergelassenen Privatärzte zur Teilnahme am Bereitschaftsdienst normativ ausgestaltet. Die berufsrechtlichen Vorschriften des Hessischen Heilberufsgesetzes genügen insoweit den verfassungsrechtlichen Anforderungen, wonach sogenannte statusbildende Normen in den Grundzügen durch ein förmliches Gesetz festgelegt werden müssen. Mit dem in Hessen seit 2019 neu eingeführten Modell der verpflichtenden Einbeziehung der Privatärzte in nur noch einen ärztlichen Bereitschaftsdienst der Beklagten wird der legitime Zweck verfolgt, eine unnötige organisatorische Doppelgleisigkeit im Notfalldienst zu vermeiden.

BSG, Urteile vom 25.10.2023, Az. B 6 KA 16/22 R, B 6 KA 17/22 R, B 6 KA 20/22 R

<file:///C:/Users/RSH/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/Content.Outlook/SW200PIW/6-Senat%20Terminbericht%202023%2042.pdf>

3. Ein sog. "Pool-Arzt" im vertragszahnärztlichen Notdienst kann abhängig beschäftigt sein

Ein Zahnarzt, der als so genannter "Pool-Arzt" im Notdienst tätig ist, geht nicht deshalb automatisch einer selbstständigen Tätigkeit nach, weil er insoweit an der vertragszahnärztlichen Versorgung teilnimmt. Maßgebend sind vielmehr - wie bei anderen Tätigkeiten auch - die konkreten Umstände des Einzelfalls.

Der klagende Zahnarzt hatte 2017 seine Praxis verkauft und war nicht mehr zur vertragszahnärztlichen Versorgung zugelassen. In den Folgejahren übernahm er überwiegend am Wochenende immer wieder Notdienste, die von der beigeladenen Kassenzahnärztlichen Vereinigung organisiert wurden. Sie betrieb ein Notdienstzentrum, in dem sie personelle und sächliche Mittel zur Verfügung stellte. Der Zahnarzt rechnete seine Leistungen nicht individuell patientenbezogen ab, sondern erhielt ein festes Stundenhonorar. Die beklagte Deutsche Rentenversicherung Bund und beide Vorinstanzen sahen den Kläger wegen seiner Teilnahme am vertragszahnärztlichen Notdienst als selbstständig tätig an.

Das sieht das BSG anders: Allein die Teilnahme am vertragszahnärztlichen Notdienst zwingt nicht automatisch zur Annahme einer selbstständigen Tätigkeit. Vielmehr ist auch dann eine Gesamtabwägung der konkreten Umstände vorzunehmen. Danach war der Kläger wegen seiner Eingliederung in die von der KZV organisierten Abläufe beschäftigt. Hierauf hatte er keinen entscheidenden, erst recht keinen unternehmerischen Einfluss. Er fand eine von dritter Seite organisierte Struktur vor, in der er sich fremdbestimmt einfügte. Auch wurde der Kläger unabhängig von konkreten Behandlungen stundenweise bezahlt. Er verfügte bereits nicht über eine Abrechnungsbefugnis, die für das Vertragszahnarztrecht eigentlich typisch ist. Dass der Kläger bei der konkreten medizinischen Behandlung als Zahnarzt frei und eigenverantwortlich handeln konnte, fällt nicht entscheidend ins Gewicht. Infolgedessen unterlag der Zahnarzt bei der vorliegenden Notdiensttätigkeit aufgrund Beschäftigung der Versicherungspflicht.

BSG, Urteil vom 24.10.2023, Az. B 12 R 9/21 R

https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/2023_35.html

Sonstiges

1. Zum Videoüberwachungsverbot

In einem Kündigungsschutzprozess besteht nach Maßgabe der DSGVO und der ZPO grundsätzlich kein Verwertungsverbot in Bezug auf solche Aufzeichnungen aus einer offenen Videoüberwachung, die vorsätzlich vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers belegen sollen. Dies gilt auch dann, wenn die Überwachungsmaßnahme des Arbeitgebers nicht vollständig im Einklang mit den Vorgaben des Datenschutzrechtes steht.

Den Betriebsparteien fehlt die Regelungsmacht, ein über das formelle Verfahrensrecht der Zivilprozessordnung hinausgehendes Verwertungsverbot zu begründen, oder die Möglichkeit des Arbeitgebers wirksam zu beschränken, in einem Individualrechtsstreit Tatsachenvortrag über betriebliche Geschehnisse zu halten.

[Amtliche Leitsätze]

Ein auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gestütztes Verwertungsverbot scheidet im Falle einer offenen Videoüberwachung bei vorsätzlich begangenen Pflichtverletzungen

zulasten des Arbeitgebers regelmäßig aus. Die Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eines Arbeitnehmers durch eine offene Überwachungsmaßnahme werde zum einen durch die Verhaltenshemmung (psychischer Anpassungsdruck) und zum anderen durch die Verdinglichung des gleichwohl gezeigten Verhaltens samt der darin liegenden Gefahr der Verbreitung der Aufzeichnung bewirkt. Anders als bei einer verdeckten Überwachungsmaßnahme gehe es bei einer für den Arbeitnehmer erkennbaren Überwachung nicht um den Schutz vor einer (heimlichen) Ausspähung, sondern vielmehr nur um Entfaltungs-, Dokumentations- und Verbreitungsschutz.

BAG, Urt. v. 29.6.2023 – 2 AZR 296/22

<https://www.bundesarbeitsgericht.de/wp-content/uploads/2023/08/2-AZR-296-22.pdf>

2. Zur ordnungsgemäßen Zustellung einer Klage über einen Postdienstleister

Eine ordnungsgemäße Klageerhebung setzt grundsätzlich die Angabe der ladungsfähigen Anschrift des Klägers voraus; die Adresse eines Postdienstleisters, der lediglich mit der Weiterleitung der an den Kläger gerichteten Post beauftragt ist, reicht hierfür nicht aus.

BGH, Urteil vom 07.07.2023, Az. V ZR 210/22

<https://www.juris.de/jportal/portal/page/anwaltsletter.psml?id=ANWL231000245>

3. Zur Mitunternehmerschaft und sachliche Gewerbesteuerpflicht für eine juristische Sekunde

Leitsatz: Eine Mitunternehmerschaft kann auch für lediglich eine juristische Sekunde bestehen.(Rn.55)(Rn.71) In einem derartigen Fall kann sie auch für diese juristische Sekunde sachlich gewerbesteuerpflichtig sein.

Orientierungssatz: Zur Frage des Vorliegens eines stehenden Gewerbebetriebs: Für die Frage, ob eine Personengesellschaft eine originär gewerbliche Tätigkeit ausübt oder als gewerblich geprägte Personengesellschaft vermögensverwaltend tätig ist, kommt es nur auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit der Personengesellschaft an. Unternehmensgegenstand einer Personengesellschaft kann nicht die Veräußerung ihrer Anteile durch ihre Gesellschafter sein.

BFH, Urteil vom 05.06.2023, IV R 30/19

<https://www.juris.de/jportal/portal/page/anwaltsletter.psml?id=ANWL231000249>

V.i.S.d.P.: Rechtsanwältin Rita Schulz-Hillenbrand, Fachanwältin für Medizinrecht
Mitglied im Vorstand der AFAE, Würzburg

AFAE, Anwälte für Ärzte, <http://www.afaede.de>, Ritterstraße 9, 40213 Düsseldorf, Telefon 0211/864630, Telefax 0211/320840

Alle Angaben ohne Gewähr und Anspruch auf Vollständigkeit. © AFAE