

# LEGAL NEWS

## GESUNDHEITSWIRTSCHAFT



### ÜBER BDO LEGAL

Als deutscher Rechtsberatungspartner von BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft begleiten wir unsere Mandanten mit zurzeit über 60 Anwälten an 9 Standorten in Deutschland bei der Findung und Umsetzung unternehmerischer Entscheidungen in allen wesentlichen wirtschaftsrechtlichen Disziplinen.

Gemeinsam mit Kollegen von BDO bieten wir unseren Mandanten einen integrativen Beratungsansatz. Eingebunden in das internationale Netzwerk von BDO agieren wir in 162 Ländern weltweit mit mehr als 80.000 Mitarbeitern in 1.600 Büros.

### HERAUSGEBER

BDO Legal  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Im Zollhafen 22  
50678 Köln

[www.bdolegal.de](http://www.bdolegal.de)

## INHALT

### WAHLEISTUNGEN - AUGEN AUF BEI VERTRETUNGEN

Wahlleistungsvereinbarungen bescheren Krankenhausträgern und Wahlärzten wichtige Zusatzentgelte. Dabei ist penibel auf eine fehlerfreie Vereinbarung und deren Umsetzung zu achten. Das gilt auch in Fällen einer vorhersehbaren Verhinderung des Wahlarztes, in denen eine zusätzliche individuell ausgehandelte Vertretvereinbarung erforderlich wird. An eine solche sind jedoch strenge Anforderungen geknüpft, wie das OLG Hamburg in einer Entscheidung vom 27.03.2018 (Az. 3 U 220/16) herausgehoben hat.

### KARLSRUHE HAT GESPROCHEN: KEINE AUFWANDSPAUSCHALE BEI PRÜFUNG SACHLICH-RECHNERISCHER RICHTIGKEIT IN FÄLLEN AUS DER ZEIT VOR 2016

Seit der 1. Senat des BSG zwischen Auffälligkeitsprüfungen und solchen der sachlich-rechnerischen Richtigkeit differenziert, wurde über die Rechtslage in „Alt-Fällen“ gestritten, zuletzt auch vor dem Bundesverfassungsgericht. Mit Beschluss vom 26.11.2018 hat das Bundesverfassungsgericht nun entschieden, wobei das Ergebnis für die Krankenhäuser wenig erfreulich ist.

### ENTSCHÄDIGUNG FÜR BENACHTEILIGUNG WEGEN KONFESSIONSLOSIGKEIT

Eine konfessionslose Bewerberin, die sich erfolglos auf eine Stelle bei einem Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland bewarb, erhält eine Entschädigung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Dies geht aus einem aktuellen Grundsatzurteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) hervor.

## WAHLEISTUNGEN - AUGEN AUF BEI VERTRETUNGEN



Dr. Marc Anschlag, LL.M.  
Rechtsanwalt  
Tel.: 0221/97357-306  
[marc.anschlag@bdolegal.de](mailto:marc.anschlag@bdolegal.de)

Wahlleistungsvereinbarungen bescheren Krankenhausträgern und Wahlärzten wichtige Zusatzentgelte. Es ist jedoch penibel auf eine fehlerfreie Vereinbarung und deren Umsetzung zu achten. Denn unwirksame Vereinbarungen haben zur Folge, dass kein Vergütungsanspruch besteht und zudem sowohl strafrechtliche Sanktionen als auch zivilrechtliche Inanspruchnahmen drohen, selbst bei einer dem Facharztstandard entsprechenden Behandlung (siehe OLG Hamm im Urteil vom 15.12.2017 (Az. 26 U 74/17), s. dazu [LEGAL NEWS GESUNDHEITSWIRTSCHAFT NR. 1/2018](#)).

Sowohl das ärztliche Berufsrecht (§ 19 Abs. 1 MBO-Ä) sowie der Behandlungsvertrag (§§ 630 b, 613 BGB), als auch die Gebührenordnung für Ärzte (§ 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ) verpflichten den Wahlarzt zur persönlichen Leistungserbringung. Ist dieser während der Dauer der Behandlung des Patienten oder auch nur während einer wesentlichen Hauptleistung nicht im Krankenhaus anwesend und kann den Patienten nicht persönlich betreuen, ist eine Privatliquidation gegenüber diesem Patienten hinsichtlich der Kernleistungen nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nur möglich, wenn eine wirksame Vertretervereinbarung vorliegt (vgl. BGH, Urteil vom 11.05.2010, Az. VI ZR 252/08). Ist die Verhinderung im Zeitpunkt des Abschlusses der Wahlleistungsvereinbarung vorhersehbar (z.B. aufgrund von Urlaub, Fortbildung, freiem Dienstwochenende etc.), reicht eine formularmäßige Vertretungsklausel in der Wahlleistungsvereinbarung nicht aus. Vielmehr ist hierfür eine zusätzliche individuell ausgehandelte Vertretervereinbarung erforderlich. An eine solche sind jedoch strenge Anforderungen geknüpft, wie das OLG Hamburg in einer Entscheidung vom 27.03.2018 (Az. 3 U 220/16) herausgehoben hat.

### Der Fall

Die Patientin hatte eine Wahlleistungsvereinbarung abgeschlossen. Im Erklärungsvordruck waren als „ständige Vertreter“ zwölf verschiedene Ärzte aufgeführt. Von den 26 Eingriffen hatte der Wahlarzt lediglich 3 persönlich durchgeführt, 23 wurden von Vertretern vorgenommen. In den jeweiligen Vertretungsvereinbarungen waren weder ein Grund noch eine Zeitangabe zur Verhinderung des Wahlarztes festgehalten. Im Prozess behauptete der klagende Klinikdirektor, die Patientin sei jeweils über den Inhalt der Stellvertretervereinbarung aufgeklärt worden und habe weder eine Verschiebung der Operation noch den

Erhalt lediglich der allgemeinen Krankenhausleistungen gewünscht. Vielmehr habe sie zum Ausdruck gebracht, nicht vom diensthabenden Assistenzarzt behandelt werden zu wollen.

### Die Entscheidung

Das OLG Hamburg nahm im Rahmen einer Gesamtwürdigung im konkreten Fall an, dass die Stellvertretervereinbarungen unzulässige Formularvereinbarungen seien. Zwar entsprächen die verwendeten Vordrucke der Stellvertretervereinbarung grundsätzlich denjenigen, die der [Entscheidung des BGH vom 20.12.2007 \(Az. III ZR 144/07\)](#) zugrunde lagen. Aufgrund der konkreten Umstände des Sachverhaltes könne jedoch nicht mehr von einem Aushandeln im Sinne einer Individualvereinbarung ausgegangen werden. Vielmehr spräche die regelhafte Verwendung der Vordrucke ohne hinreichende Individualisierung für eine unzulässige Formularvereinbarung. Es sei auch nicht feststellbar, dass der zuständige Wahlarzt tatsächlich verhindert gewesen sei, weil dieser auch im Berufungsverfahren keinerlei Angaben zum Grund seiner Verhinderung gemacht hatte. Nach dem OLG Hamburg ergebe sich aus den Umständen, dass für den zuständigen Wahlarzt schon bei Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung festgestanden habe, dass er die Wahlleistung nicht selbst erbringen würde, obwohl kein Verhinderungsfall vorlag, so dass eine Abrechnung der Wahlleistungen auch gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen würde.

### Fazit

Die Entscheidung führt nochmals eindringlich die Tragweite von Fehlern im Zusammenhang mit Wahlleistungsvereinbarungen vor Augen. Aus Trägersicht ist es unerlässlich, die verwendeten Vereinbarungen, Formulare sowie Hausstandards zu überprüfen und der aktuellen Rechtsprechung anzupassen. Besondere Vorsicht sollte bei regelhaftem Gebrauch von Vertretervereinbarungen gelten. Andernfalls drohen neben Erlösausfällen strafrechtliche Sanktionen und haftungsrechtliche Inanspruchnahmen, selbst wenn die Behandlung lege artis durchgeführt wurde.

## KARLSRUHE HAT GESPROCHEN: KEINE AUFWANDSPAUSCHALE BEI PRÜFUNG SACHLICH-RECHNERISCHER RICHTIGKEIT IN FÄLLEN AUS DER ZEIT VOR 2016



Christiane Beume  
Rechtsanwältin  
Tel.: 0221/97357-151  
[christiane.beume@bdolegal.de](mailto:christiane.beume@bdolegal.de)

Seit der 1. Senat des BSG zwischen Auffälligkeitsprüfungen und solchen der sachlich-rechnerischen Richtigkeit differenziert, für die - bezogen auf die Rechtslage vor dem 01.01.2016 - ihrerseits nach seiner Rechtsprechung die Regelungen zur Aufwandspauschale nicht gelten, wird über die Rechtslage in „Alt-Fällen“ gestritten. 2017 zogen daher mehrere Krankenhausträger vor das Bundesverfassungsgericht, das Ende November 2018 über die insgesamt drei Verfassungsbeschwerden entschied (1 BvR 318/17; 1 BvR 1474/17; 1 BvR 2207/17). Das Ergebnis des einstimmig gefassten Beschlusses ist für die Krankenhäuser wenig erfreulich. Denn kippen konnten die fünf Beschwerdeführer die Rechtsprechung des BSG nicht.

### Die Ausgangslage

Den Verfassungsbeschwerden lagen entsprechende Ausgangsverfahren zugrunde, in denen es um die Frage ging, ob ein Anspruch auf die Aufwandspauschale gemäß § 275 Abs. 1c Satz 3 SGB V auch bei Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit unter Einbeziehung des MDK besteht. Vor den Instanzgerichten waren die Beschwerdeführer erfolgreich. Das BSG hingegen hob - wie nicht anders zu erwarten - die vorinstanzlichen Entscheidungen auf. Die Beschwerdeführer argumentierten, dass der 1. Senat des BSG mit seiner Rechtsprechung die rechtstaatlichen Grundsätze aus Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG verletze. Der Wortlaut der Norm und der Wille des Gesetzgebers seien eindeutig und die Auslegung des BSG finde hierin keine Stütze. Im Gegenteil, erst die Auslegung durch den 1. Senat des BSG führe zu Widersprüchen.

### Der Beschluss

Keine Entscheidung in der Sache traf das BVerfG für die Krankenhausträger, die sich mehrheitlich oder vollständig in kommunaler Trägerschaft befinden. Das Gericht lehnte die Zulässigkeit ihrer Verfassungsbeschwerden mit der Begründung einer fehlenden Grundrechtsfähigkeit aufgrund der Zugehörigkeit zur öffentlichen Hand ab.

Für die verbleibenden Beschwerdeführer entschied das BVerfG, dass die angegriffene Rechtsprechung die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung - so wörtlich - noch (!) nicht überschreite. Die vorgenommene Abgrenzung zwischen einer Auffälligkeitsprüfung und einer

Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit sei gut vertretbar und die Anknüpfungspunkte seien nachvollziehbar. Das BSG greife den Begriff der Abrechnungsprüfung aus dem Vertragsarztrecht auf und übertrage diesen zulässigerweise auf die Prüfung von Krankenhausrechnungen. An einer Rechtsgrundlage zur Durchführung sachlich-rechnerischer Prüfungen fehle es nicht. Überdies bestehe ein legitimes Interesse der Krankenkassen an dieser Art der Prüfung. Das DRG-System sei als lernendes System angelegt, und Fehler ließen sich nur erkennen, wenn die Abrechnungen ohne Einschränkung und mit Hilfe des MDK geprüft werden könnten. Die hohe Zahl fehlerhafter Abrechnungen verdeutliche diesen Prüfungsbedarf. Das BSG setze sich auch nicht über den Willen des Gesetzgebers hinweg. Denn prüfe man die maßgeblichen Gesetzesmaterialien, so blieben durchaus Unsicherheiten hinsichtlich dessen, was sich der Gesetzgeber vorgestellt und was er gewollt habe. Doch wo ein Wille nicht klar zutage trete, könne von einem erkennbaren entgegenstehenden Willen nicht die Rede sein. Daran ändere auch die zum 01.01.2016 in Kraft getretene Änderung nichts. Zwar sollte dadurch die Rechtsprechung des BSG korrigiert werden. Doch sei dies kein Indiz für einen bereits zuvor entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers. Vielmehr habe der Gesetzgeber mit der ausdrücklich als „Neuregelung“ bezeichneten Änderung von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, auf die entstandene Problemlage zu reagieren.

### Fazit

Auch wenn deutlich wird, dass das BVerfG die Rechtsprechung des 1. Senats anscheinend eher an der Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen sieht, ist dies für die Krankenseite ob des Ausgangs der Verfahren selbstverständlich nur ein schwacher Trost. Nicht entschieden hat das BVerfG allerdings die Frage, wie zB in den Fällen zu entscheiden ist, in denen die Krankenhausbehandlung 2015 erfolgte, die sich daran anschließende Prüfung jedoch erst 2016 abgeschlossen wurde. Das BSG versagt auch in diesen Fällen den Anspruch auf die Aufwandspauschale. Zu Recht? Einer der Beschwerdeführer hatte diesen Streitpunkt zum Inhalt seiner Verfassungsbeschwerde gemacht. Doch ließ das BVerfG diese Frage ausdrücklich offen, da die Verfassungsbeschwerde des Krankenhausträgers bereits unzulässig war.

## ENTSCHÄDIGUNG FÜR BENACHTEILIGUNG WEGEN KONFESSIONSLOSIGKEIT



Corinne Klesius  
Rechtsanwältin  
Tel.: 0211/1371-329  
[corinne.klesius@bdolegal.de](mailto:corinne.klesius@bdolegal.de)



Danny Sassek  
Rechtsanwalt  
Tel.: 0211/1371-542  
[danny.sassek@bdolegal.de](mailto:danny.sassek@bdolegal.de)

Eine konfessionslose Bewerberin, die sich erfolglos auf eine Stelle bei einem Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland bewarb, erhält eine Entschädigung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Dies geht aus einem aktuellen Grundsatzurteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) hervor, das bislang nur als Pressemitteilung vorliegt (BAG, Urteil vom 25.10.2018 - Az.: 8 AZR 501/14).

### Der Fall

Der Beklagte ist ein Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland. Er schrieb eine auf zwei Jahre befristete Stelle eines Referenten/einer Referentin aus. Gegenstand der Tätigkeit sollten schwerpunktmäßig die Erarbeitung des Parallelberichts zum deutschen Staatenbericht zur Umsetzung der UN-Antirassismuskonvention durch Deutschland sowie Stellungnahmen und Fachbeiträge und die projektbezogene Vertretung der Diakonie Deutschland gegenüber Politik, Öffentlichkeit und Menschenrechtsorganisationen sowie die Mitarbeit in Gremien sein. Der Parallelbericht sollte in Beratung mit Menschenrechtsorganisationen und weiteren Interessenträgern erstellt werden. In der Stellenausschreibung heißt es ferner:

*„Die Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche und die Identifikation mit dem diakonischen Auftrag setzen wir voraus. Bitte geben Sie Ihre Konfession im Lebenslauf an.“*

Die konfessionslose Klägerin bewarb sich auf die Stelle, ohne Angaben zu ihrer Konfession zu machen. Der Beklagte lud die Klägerin nicht zu einem Vorstellungsgespräch ein und besetzte die Stelle mit einem evangelischen Bewerber. Die Klägerin sah sich wegen ihrer Konfessionslosigkeit diskriminiert und verlangte mit ihrer Klage die Zahlung einer Entschädigung.

### Die Entscheidung

Das BAG legte dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) verschiedene Fragen zur Auslegung

der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vor. Der EuGH entschied u.a., dass die nationalen Gerichte überprüfen können und müssen, ob das Erfordernis der Konfessionszugehörigkeit für das Arbeitsverhältnis bei einer Religionsgemeinschaft wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt ist. Sofern nationale Vorschriften nicht richtlinienkonform ausgelegt werden könnten, müssten diese unangewendet bleiben (EuGH, Urteil vom 17.04.2018 - Az.: C-414/16).

Das BAG entschied unter Berücksichtigung der Vorgaben des EuGH, dass der Beklagte die Klägerin wegen der Religion benachteiligt habe und sprach ihr eine Entschädigung i.H.v. zwei Bruttomonatsgehältern zu.

Zwar erlaube § 9 Abs. 1 AGG unter bestimmten Bedingungen eine Differenzierung nach der Religion oder Weltanschauung. Eine Rechtfertigung der Benachteiligung nach § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG auf der Grundlage des Selbstbestimmungsrechts des Beklagten scheide aber aus, da § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG einer unionsrechtskonformen Auslegung im Einklang mit der Richtlinie 2000/78/EG nicht zugänglich sei und deshalb unangewendet bleiben müsse.

Auch die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung nach § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG lägen nicht vor. In unionsrechtskonformer Auslegung sei eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion gem. § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG nur zulässig, wenn die Religion nach der Art der Tätigkeiten oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Religionsgemeinschaft bzw. Einrichtung darstellt. Im vorliegenden Fall hatte das BAG bereits erhebliche Zweifel an der Wesentlichkeit der beruflichen Anforderung. Aufgrund der Tatsache, dass der Stelleninhaber in einen „internen Meinungsbildungsprozess“ bei dem Beklagten eingebunden war und deshalb in Fragen, die das Ethos des Beklagten betrafen, nicht unabhängig handeln könne, entschied das BAG, dass die berufliche Anforderung nicht gerechtfertigt sei. Im konkreten Fall bestünde keine wahrscheinliche und erhebliche Gefahr, dass das Ethos des Beklagten beeinträchtigt würde.

### Fazit

Zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten und Entschädigungsansprüchen sollten Einrichtungen der Kirchen und Religionsgemeinschaften im Rahmen ihrer Personalpolitik und Einstellungspraxis das Erfordernis einer Konfessionszugehörigkeit kritisch prüfen.



#### **HAMBURG (ZENTRALE)**

Fuhrentwiete 12  
20355 Hamburg  
Telefon: +49 40 30293-0  
Telefax: +49 40 337691  
hamburg@bdo.de

#### **BERLIN**

Katharina-Heinroth-Ufer 1  
10787 Berlin  
Telefon: +49 30 885722-0  
Telefax: +49 30 8838299  
berlin@bdo.de

#### **DÜSSELDORF**

Georg-Glock-Straße 8  
40474 Düsseldorf  
Telefon: +49 211 1371-0  
Telefax: +49 211 1371-120  
duesseldorf@bdo.de

#### **FRANKFURT/MAIN**

Hanauer Landstraße 115  
60314 Frankfurt am Main  
Telefon: +49 69 95941-0  
Telefax: +49 69 95941-111  
frankfurt@bdo.de

#### **KASSEL**

Theaterstraße 6  
34117 Kassel  
Telefon: +49 561 70767-0  
Telefax: +49 561 70767-11  
kassel@bdo.de

#### **KÖLN**

Im Zollhafen 22  
50678 Köln  
Telefon: +49 221 97357-0  
Telefax: +49 221 7390395  
koeln@bdo.de

#### **MÜNCHEN**


Landaubogen 10  
81373 München  
Telefon: +49 89 76906-0  
Telefax: +49 89 76906-144  
muenchen@bdo.de

#### **OLDENBURG**

Moslestraße 3  
26122 Oldenburg  
Telefon: +49 441 98050-0  
Telefax: +49 441 98050-180  
kontakt@bdo-arbicon.de


#### **STUTTGART**

Augustenstraße 1  
70178 Stuttgart  
Telefon: +49 711 50530-0  
Telefax: +49 711 50530-199  
stuttgart@bdo.de



BDO Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Im Zollhafen 22  
50678 Köln  
Telefon: +49 221 97357-800  
Telefax: +49 221 97357-290

[www.bdolegal.de](http://www.bdolegal.de)



BDO Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung deutschen Rechts, ist eingebunden in das internationale BDO Netzwerk voneinander unabhängiger Mitgliedsfirmen.  
Geschäftsführer/Managing Directors: Dr. Holger Otte • Werner Jacob • Dietrich Dehnen • Ralf Klaßmann • Parwáz Rafiqpoor  
Sitz der Gesellschaft/Registered Office: Hamburg - Amtsgericht Hamburg/District Court Hamburg HR B 130609