

Liebe Leserin, lieber Leser,

bereits mit unserem Januar-2019-Newsletter haben wir Sie über das für die Hilfsmittelversorgung wichtige TSVG und das damit einhergehende Ausschreibungsverbot für Hilfsmittelversorgungen informiert. Zwischenzeitlich hat der Bundestag am 14.03.2019 das „Gesetz für schnellere Termine und bessere Versorgung“ (Terminservice- und Versorgungsgesetz - TSVG) beschlossen, welches aller Voraussicht nach zum 01.05.2019 in Kraft treten wird. Lesen Sie dazu den Artikel **TSVG am 14.03.2019 beschlossen!**

Noch kurz vor der Einführung des TSVG musste sich das Bundessozialgericht im Rahmen eines einstweiligen Anordnungsverfahrens mit der Zweckmäßigkeit der „alten“ Ausschreibungsregelung beschäftigen. Unser Artikel dazu: **Wer überprüft die Zweckmäßigkeit einer Ausschreibung?**

Diese widersprüchliche Entscheidung des BSG macht einmal mehr deutlich, dass auf Seiten des Gesetzgebers erheblicher Handlungsbedarf zu Änderungen im Bereich der Ausschreibungen von Hilfsmitteln bestanden hat, was jetzt mit dem TSVG umgesetzt wurde.

Daneben spielt die Datenschutzgrundverordnung weiterhin eine Rolle, hier am Beispiel einer Videoüberwachung in einer Zahnarztpraxis dargestellt: **Videoüberwachung in einer Zahnarztpraxis ist regelmäßig unzulässig**

Auch wenn sich das Bundesverwaltungsgericht mit altem Recht auseinandergesetzt hat, gelten die sich hieraus ergebenden Grundsätze auch heute im Rahmen des DSGVO nicht nur für Arztpraxen, sondern ebenso zum Beispiel auch für Sanitätshaus.

In zwei aktuellen Entscheidungen hat sich das Bundesarbeitsgericht mit Fragen zum Urlaubsrecht beschäftigt. Streitig war, ob bei einem unbezahlten Sonderurlaub ein gesetzlicher Urlaubsanspruch besteht und ob der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers in der Elternzeit gekürzt werden darf. Wie das Bundesarbeitsgericht entscheiden hat, lesen Sie hier: **Kein Urlaubsanspruch ohne Arbeitspflicht**

Zu guter Letzt möchten wir Sie auf das Seminar **„Datenaustausch und der Schutz von (Patienten-) Daten im Versorgungsalltag“** am 08. Mai 2019 aufmerksam machen. Unsere Kollegin Sandra Große bietet Ihnen als Referentin Hilfsstellungen zu diesem Problem im Rahmen des von der Confairmed GmbH angebotenen Seminars. Weitere Information zu der Veranstaltung finden Sie hier:

https://www.confairmed.de/seminare/datenaustausch_im_versorgungsalltag/index_ger.html

Wir wünschen Ihnen viel Spaß bei der Lektüre!



Peter Hartmann, Jörg Hackstein & das Team der Kanzlei Hartmann Rechtsanwälte

VERANSTALTUNGEN UND SEMINARE

08.05.2019, Dortmund

„Datenaustausch im Versorgungsalltag“

Datenaustausch und der Schutz von (Patienten-)Daten im Versorgungsalltag – Worauf ist zu achten? Das Seminar informiert mit aktuellen Praxisinformationen zum Datenschutz für Leistungserbringer im Sanitäts- haus und Betrieben der Orthopädie-Technik. Das Programm und den Anmeldeflyer finden Sie unter

https://www.confairmed.de/seminare/datenaustausch_im_versorgungsalltag/index_ger.html

24.05.2019, Hamburg

„Rechtliche Grundlagen der Hilfsmittelversorgung“

rehaKIND-Aufbaukurs in Hamburg

Rechtliche Grundlagen der Hilfsmittelversorgung für Kinder und Jugendliche mit Handicap. Modul 2 der Fachberaterschulung.

Referent/in Jörg Hackstein, Kerstin Bigus

Info und Anmeldung:

<https://www.rehakind.de/m.php?kid=178>

07.06.2019, Würzburg

„Der besondere Fall: Fallbesprechung/Versorgungsbegründung“

rehaKIND-Seminar in Würzburg

Ein Tag Supervision der besonderen Art! Teilnehmer diskutieren mit dem Referententandem (Jurist / Thera- peut) kritische oder problematische Versorgungsfälle. Gemeinsam werden die besten Versorgungslösungen und – im Hinblick auf die Kostenübernahme – zielführende Versorgungsbegründung erarbeitet.

Als Jurist/in und Referent/in dabei: Jörg Hackstein, Kerstin Bigus

Das Programm und den Anmeldeflyer finden Sie unter

<https://www.rehakind.de/m.php?kid=181>

TSVG am 14.03.2019 beschlossen!

Bereits mit unserem Januar 2019 Newsletter haben wir Sie über die mögliche Regelung im TSVG und das damit einhergehende Ausschreibungsverbot für Hilfsmittelversorgungen informiert. Zwischenzeitlich hat der Bundestag am 14.03.2019 das „Gesetz für schnellere Termine und bessere Versorgung“ (Terminservice- und Versorgungsgesetz - TSVG) beschlossen. Aller Voraussicht nach wird zum 01.05.2019 das Gesetz in Kraft treten.

Tatsächlich wird durch das TSVG die Möglichkeit zur Ausschreibung der Hilfsmittelversorgung aus den entscheidenden Regelungen des SGB V ersatzlos gestrichen. Zur Begründung der Streichung führte der Gesetzgeber aus:

„Zu dem erhofften Qualitätswettbewerb im Rahmen von Ausschreibungen ist es nicht gekommen. Angesichts der nach wie vor bestehenden Risiken durch Ausschreibungen für die Versorgungsqualität wird die Ausschreibungsoption in § 127 Absatz 1 aufgehoben.“

Somit sind Ausschreibungsverträge keine Option mehr für die Verträge zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern über die Versorgung mit Hilfsmitteln. Dabei stellt sich die Frage, welche Auswirkung die Streichung auf die aktuell laufenden Ausschreibungsverträge haben wird. Hierzu hat der Gesetzgeber eine Übergangsregelung bestimmt. Die bereits vor dem 01.05.2019 begonnenen Ausschreibungsverträge werden sechs Monate nach Verkündung des TSVG unwirksam. Also unabhängig davon, wie lange noch der jeweilige Ausschreibungsvertrag laufen würde, wird dieser Vertrag zum Ende des Jahres 2019 unwirksam.

Neben dem Ausschreibungsverbot hat der Gesetzgeber für den Bereich der Hilfsmittelversorgung weiter klargestellt, dass die sogenannten Open-House Verträge auch keine weitere Option mehr sind. Die neue Regelung des § 127 Abs. 1 S. 1 SGB V lautet: „Krankenkassen, ihre Landesverbände oder Arbeitsgemeinschaften schließen im Wege von Vertragsverhandlungen Verträge mit Leistungserbringern oder Verbänden oder sonstigen Zusammenschlüssen der Leistungserbringer über die Einzelheiten der Versorgung mit Hilfsmitteln, deren Wiedereinsatz, die Qualität der Hilfsmittel und zusätzlich zu erbringender Leistungen, die Anforderungen an die Fortbildung der Leistungserbringer, die Preise und die Abrechnung.“ Es werden damit ausdrücklich Vertragsverhandlungen vorgegeben.

Dabei ist zu beachten, dass für arzneimittelähnliche Medizinprodukte sowie bilanzierte Diäten zur enteralen Ernährung diese Neureglungen des § 127 SGB V nicht gelten werden. Wurde bisher in § 31 Abs. 1 S. 2 SGB V auf die Regelungen der §§ 126, 127 SGB V verwiesen, wird nun klargestellt, dass die Regelungen der §§ 126, 127 SGB V in der Fassung bis zum Inkrafttreten des TSVG entsprechend gelten werden. Das bedeutet, dass für diese Produkte weiterhin Ausschreibungen und Open-House Verträge möglich sein werden.

Autorin | Kerstin Bigus | Rechtsanwältin | Expertin für Sozialgerichtsverfahren



Wer überprüft die Zweckmäßigkeit einer Ausschreibung?

Auch wenn zwischenzeitlich mit dem TSVG vom Gesetzgeber klargestellt wurde, dass Hilfsmittelverträge nicht mehr durch Ausschreibungen vergeben werden, hat sich das BSG kürzlich im Rahmen eines einstweiligen Anordnungsverfahrens mit Beschluss vom 06.03.2019 (B 3 SF 1/18 R) mit der Frage beschäftigt, ob für die Überprüfung der Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen die Sozialgerichte oder die Vergabekammern bzw. der Vergabesenat des OLG Düsseldorf zuständig ist.

Im Ergebnis hat das BSG den Rechtsstreit an den Vergabesenat des OLG Düsseldorf verwiesen. Die Begründung ist weder schlüssig noch nachvollziehbar, sondern ist von Widersprüchen geprägt.

Das Ergebnis eines weiteren Verfahrens beim OLG Düsseldorf dürfte klar sein. Das OLG Düsseldorf wird sich mit der Frage der Zweckmäßigkeit nicht beschäftigen, wie es in seinen letzten dazu ergangenen Entscheidungen sehr deutlich gemacht hat. Bei dem Gesichtspunkt der fehlenden Zweckmäßigkeit nach § 127 Abs. 1 Satz 1 und 6 SGB V handelt es sich nicht um eine bieterschützende vergaberechtliche Vorschrift (vgl. Senatsbeschluss vom 27.06.2018 - Verg 59/17). Damit fehlt es an der Antragsbefugnis und somit der Zulässigkeit eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens.

Obwohl das BSG die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf kannte, sei die Verweisung an das OLG Düsseldorf geboten, um einen effektiven und wirksamen Rechtsschutz (Art 19 Abs. 4 GG) und rechtliches Gehör (Art 103 Abs. 1 GG) entsprechend dem Gesetzeszweck im Interesse einer funktionierenden Rechtspflege zu gewährleisten. Nur eine solche Verfahrensweise würde zu einer unnötigen und unzumutbaren Erschwerung des Zugangs zu den Gerichten führen.

Das BSG vertritt also die Auffassung, dass die Verweisung an das OLG Düsseldorf, das die Zweckmäßigkeit bekanntermaßen für eine nicht bieterschützende Vorschrift hält, der grundgesetzlich gebotenen Rechtsschutzgarantie und dem Anspruch auf rechtliches Gehör genügen würde. Tatsächlich beschäftigt sich das OLG Düsseldorf aufgrund der oben genannten Rechtsprechung gerade nicht mit der Frage der Zweckmäßigkeit, sodass sich schon die Frage stellt, was dies mit rechtlichem Gehör zu tun haben soll. Die Entscheidung des BSG bedeutet gerade, dass kein Rechtsschutz gewährt wird. Weder die Sozialgerichte noch vergaberechtlichen Instanzen haben sich danach mit der Frage der Zweckmäßigkeit zu beschäftigen.

Umso mehr ist die Entscheidung des Gesetzgebers zu begrüßen, dass mit der Einführung des TSVG die Ausschreibungsoption in § 127 SGB V gestrichen wurde, sodass die Frage der Zweckmäßigkeit zukünftig keine Rolle mehr spielt. Die aktuelle Entscheidung des 3. Senats reiht sich leider in die Reihe von Entscheidungen wie z. B. zu § 13 Abs. 3a SGB V ein, in dem widersprüchlich und nicht nachvollziehbar vom BSG argumentiert wird.

Autor | Jörg Hackstein | Rechtsanwalt, Partner, Fachanwalt für Vergaberecht



Videüberwachung in einer Zahnarztpraxis ist regelmäÙig unzulässig

Am 27.03.2019 hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) entschieden, dass eine Videüberwachung in einer Zahnarztpraxis regelmäÙig nicht zulässig ist.

Geklagt hat eine Zahnärztin, deren Zahnarztpraxis ohne Zutrittskontrolle ungehindert betreten werden kann. Da der Empfangstresen nicht besetzt ist, brachte die Zahnärztin eine Videokamera oberhalb dieses Tresens so an, dass sie auf den Flur vor dem Tresen bis zur Eingangstür einen großen Teil des Tresens, den Mitarbeiterbereich hinter dem Tresen sowie auf einige Stühle im Wartezimmer ausgerichtet ist. Die Videoaufnahmen sollen zur Vorbeugung von Straftaten und zur Überwachung sog. „ingespritzter Patienten“ im Wartebereich erfolgen. Die Aufnahmen werden in einem sog. Kamera-Monitor-System in Echtzeit in die Behandlungszimmer der Klägerin auf Monitoren angezeigt und können von ihr und ihrem Personal neben der Behandlung eingesehen werden.

Die beklagte Landesdatenschutzbeauftragte Brandenburgs verpflichtete die Zahnärztin unter anderem dazu, die Videokamera so auszurichten, dass der für Patienten und sonstigen Besuchern zugängliche Bereich vor dem Empfangstresen, dem Flur zwischen Tresen und Eingangstür und das Wartezimmer nicht mehr erfasst werden.

Das BVerwG hat zunächst festgestellt, dass die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) auf den zu entscheidenden Fall keine Anwendung findet. Datenschutzrechtliche Anordnungen der Aufsichtsbehörden, die vor dem 25. Mai 2018 erlassen worden sind, unterliegen dem alten Datenschutzrecht. Entscheidungen, die vor dem Zeitpunkt der Anwendbarkeit der DSGVO getroffen wurden, "werden nicht nachträglich an diesem neuen unionsrechtlichen Regelungswerk gemessen".

Des Weiteren entschied es, dass im konkreten Fall die Videüberwachung von öffentlichen Flächen in einer Zahnarztpraxis unzulässig ist, da eine Videüberwachung in einer Zahnarztpraxis, die ungehindert betreten werden kann, nicht zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse der aufgenommenen Personen überwiegt.

Die Zahnärztin konnte bereits grundsätzlich nicht darlegen, dass sie für den Betrieb ihrer Praxis auf die Videüberwachung angewiesen ist. Sie berief sich unter anderem darauf, dass zu befürchten sei, dass Personen, die ihre Praxis einfach betreten könnten, dort Straftaten begehen. Hierfür sah das Gericht jedoch keine tatsächlichen Anhaltspunkte, die diese Befürchtung als berechtigt erscheinen lassen. Auch sei nicht dargelegt worden, dass die Videüberwachung notwendig ist, um Patienten, die nach der Behandlung aus medizinischen Gründen noch einige Zeit im Wartezimmer sitzen, in Notfällen betreuen zu können.

Hätte die Klägerin zu diesen Punkten tatsächliche Anhaltspunkte vortragen können, hätte die Entscheidung auch anders ausfallen können.

Zwar haben das BVerwG nur zur alten Rechtslage entschieden, jedoch ist der aktuell gültige § 4 Abs. 1 S. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) mit dem damaligen § 6b Abs. 1 S. 1 BDSG inhaltsgleich übernommen worden. Zudem sieht auch die DSGVO, wenn man nicht auf die nationale Regelung des § 4 Abs. 1 S. 1 BDSG abstellen möchte, eine solche Interessenabwägung im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung einer Datenverarbeitung durch eine Videüberwachung in Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO vor.

Daher ist davon auszugehen, dass die Entscheidung auf die aktuelle Rechtslage übertragbar ist.

Möchten Sie in Ihrer Arztpraxis, in Ihrem Sanitätshaus oder anderer Stelle eine Videoüberwachung einsetzen, ist dies nicht unmöglich, es sind jedoch stets konkrete Tatsachen erforderlich, die für das Vorliegen berechtigter Interessen und die Notwendigkeit der Videoüberwachung sprechen, um diese Zwecke zu erreichen.



Autorin | Sandra Große | Rechtsanwältin, Expertin für Datenschutz

Kein Urlaubsanspruch ohne Arbeitspflicht

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat 2 weitere Fallkonstellationen zum Urlaubsrecht am 19.03.2019 entschieden:

1. Kein gesetzlicher Urlaubsanspruch bei unbezahltem Sonderurlaub (AZ 9 AZR 315/17).

Die Entscheidung des BAG vom 06.05.2014 (AZ 9 AZR 678/12), dass bei unbezahltem Sonderurlaub der Arbeitnehmer auch noch seinen Urlaubsanspruch nach Beendigung des Sonderurlaubs geltend machen konnte, hat viele Arbeitgeber sehr gestört. Zu Recht: Das Bundesarbeitsgericht hält an dieser Rechtsprechung nicht länger fest. Von nun an gilt, dass für die Berechnung des gesetzlichen Mindesturlaubs Zeiten eines unbezahlten Sonderurlaubs unberücksichtigt bleiben. Die Klägerin hatte hier nach insgesamt zweieinhalb Jahren noch den gesetzlichen Mindesturlaub von in Ihrem Fall 20 Arbeitstagen für das Jahr, in dem sie nicht einen Tag zur Arbeitsleistung verpflichtet war, geltend gemacht. Da jedoch die Vertragsparteien die beiderseitigen Hauptleistungspflichten durch die Vereinbarung des Sonderurlaubs vorübergehend ausgesetzt hatten, hat das BAG entschieden, dass der Arbeitnehmerin mangels einer Arbeitspflicht kein Urlaubsanspruch mehr zustehe.

Für die Frage, ob das auch für den Sonderurlaub lediglich in einem Teil des Jahres entsprechend gilt, muss die Veröffentlichung der Urlaubsgründe noch abgewartet werden. Logische Folge wäre allerdings, dass der Urlaubsanspruch für diese Sabbatmonate ebenfalls gekürzt wird.

Das stünde auch im Einklang mit der 2. Entscheidung des BAG vom 19.03.2019 (AZ 9 AZR 362/1):

2. Die Kürzungsmöglichkeit des Arbeitgebers, den Urlaubsanspruch in der Elternzeit zu kürzen - § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG - verstößt nicht gegen Unionsrecht

Auf dem Prüfstand befand sich der § 17 Abs. 1 S. 1 BEEG, der es dem Arbeitgeber möglich macht, den Urlaubsanspruch in der Elternzeit für diesen Zeitraum entsprechend zu kürzen. Für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit kann der Urlaubsanspruch um 1/12 gekürzt werden, wenn der Arbeitgeber die Kürzung vor Ende des Arbeitsverhältnisses erklärt. Davon erfasst ist auch ein vertraglicher Mehrurlaub, soweit in dem jeweiligen Arbeitsvertrag nichts anderes geregelt ist.

Die deutsche Regelung verstößt auch weder gegen die Arbeitszeitrichtlinie (Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2003/88/EG) noch gegen § 5 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub im Anhang der Richtlinie 2010/18/EU. Nach der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes verlangt das Unionsrecht nämlich nicht, dass Arbeitnehmer, die wegen Elternzeit nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet waren, den Arbeitnehmern gleichzustellen sind, die in diesem Zeitraum tatsächlich gearbeitet haben (EuGH, 4.10.2018 - C - 12/17).

Das dürfte gerade für kleinere Betriebe eine große Erleichterung sein.

Autorin | Sigrid Cloosters | Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht

