

# Pflege- & Krankenhausrecht

H 45863  
ISSN 1434 - 12 12

4|18

Juristische Fachinformationen  
für Pflege und Krankenhausmanagement

## Schriftleitung

Prof. Hans Böhme  
Prof. Dr. Bernd Halbe

## Unter ständiger Mitarbeit von

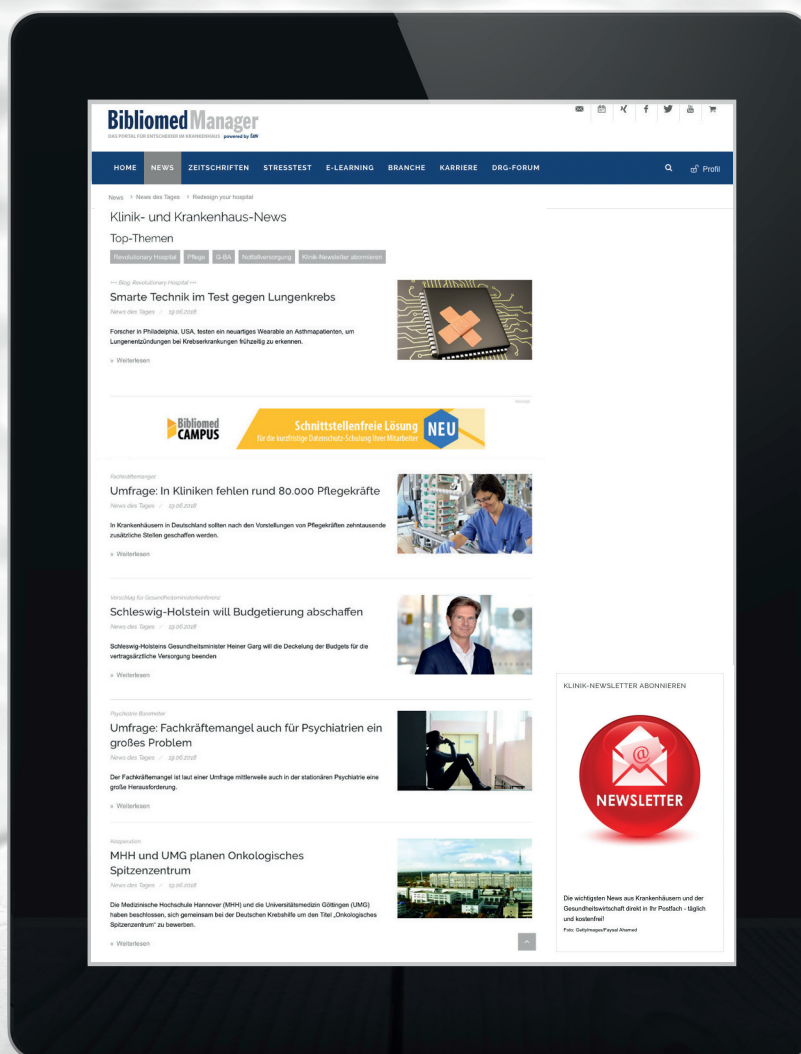
Prof. Dr. Dr. Reinhold  
Altendorfer  
Ernst Burger  
Christoph Heppekausen  
Peter Jacobs  
Dr. Hartmut Münzel  
Prof. Dr. Michael Quaas  
Thorsten Siefarth  
Dr. Frank Stollmann  
Dr. Ulrich Trefz  
Prof. Dr. Ute Walter  
Prof. Dr. Thomas Weiß

## Aus dem Inhalt

- Aromatherapie und Recht, Teil 1
- Novelle des KHGG NRW
- Einwilligungserfordernis bei wahlärztlichen Eingriffen
- Der Streik in Gesundheitseinrichtungen
- Der richtige Umgang mit Low Performern (Minderleistern)
- Neues aus der Rechtsprechung
- Frage 152: Was darf das Pflegepersonal auf Basis der Kosmetikverordnung selbst mischen?

# PKR

# Abonnieren Sie unseren kostenfreien Newsletter



## Ihre Vorteile:

- Täglich die wichtigsten Meldungen aus der Gesundheitspolitik und der neuen Rubrik „Revolutionary Hospital“
- Sonderaktionen wie Online-Dossiers und kostenfreie Fachartikel
- Besondere Angebote für unsere Veranstaltungen
- Highlights aus unseren Print-Publikationen

Jetzt anmelden:  
[www.bibliomed-manager.de/newsletter](http://www.bibliomed-manager.de/newsletter)

# INHALT

4|18

<b>Medizinrecht</b> Aromatherapie und Recht Teil 1 von Prof. Hans Böhme, Jurist in Jena/Schortens-Upjever	114–118	<b>Arbeitsrecht</b> Der Streik in Gesundheitseinrichtungen von Thorsten Siefarth, Rechtsanwalt in München	129–133
<b>Buchbesprechung</b> Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar besprochen von Prof. Hans Böhme, Jurist in Jena/Schortens-Upjever	118	<b>Arbeitsrecht</b> Der richtige Umgang mit Low Performern (Minderleistern) von Roman Kirschner, Jurist, Experte für Pflegerecht und Coach in Prien am Chiemsee	134–135
<b>Krankenhausrecht</b> Novelle des KHGG NRW von Dr. Frank Stollmann, Ltd. Ministerialrat in Düsseldorf	119–123	<b>Rechtsprechung aktuell</b> Neues aus der Rechtsprechung von Prof. Hans Böhme, Jurist in Jena/Schortens-Upjever	136–142
<b>Buchbesprechung</b> Der Abschluss des Arztvertrages durch einen minderjährigen Patienten besprochen von Prof. Hans Böhme, Jurist in Jena/Schortens-Upjever	123	<b>Buchbesprechung</b> SGB XI, Soziale Pflegeversicherung, Kommentar besprochen von Prof. Dr. Thomas Weiß, Rechtsanwalt und Vorsitzender der Schiedsstelle SGB XI Schleswig-Holstein in Kiel	143
<b>Krankenhausrecht</b> Einwilligungserfordernis bei wahlärztlichen Eingriffen von Ass. jur. Christoph Heppekausen und Ass. jur. Stefan Heuberger, beide in München	124–128	<b>Praxisfrage</b> Frage 152: Was darf das Pflegepersonal auf Basis der Kosmetikverordnung selbst mischen? bearbeitet von Prof. Hans Böhme, Jurist in Jena/Schortens-Upjever	144
<b>Buchbesprechung</b> Pflegerberufereformgesetz (PflBRefG), Praxiskommentar besprochen von Prof. Hans Böhme, Jurist in Jena/Schortens-Upjever	128	<b>Impressum</b>	133

# Aromatherapie und Recht, Teil 1

von Prof. Hans Böhme, Jurist in Jena/Schortens-Upjever

## Problemstellung

Aromatherapie und Aromapflege gehören heute ganz selbstverständlich zur Gesundheitsversorgung. Im Laufe der Jahre stellten sich allerdings immer mehr rechtliche Fragen, die hier beantwortet werden. Insbesondere soll die Rechtsstellung der Aromaexperten/Aromaexpertinnen geklärt werden. Zu diesem Zweck ist die Bestimmung des Heilkundebegriffs (Heilpraktikergesetz), die Abgrenzung von Pflege zu Medizin anhand des Berufsrechts, die Abgrenzung von Wellness (Kosmetikrecht) zu Medizin (Arzneimittelgesetz, Apothekenrecht und Infektionsschutzgesetz) und die Abgrenzung der Berufsbilder in den Gesundheitsfachberufen (Pflegerberufe wie Altenpfleger/Altenpflegerin, Altenpflegehelfer/Altenpflegehelferin, Gesundheits- und Krankenpfleger/Krankenpflegerin, Heilerziehungspfleger/Heilerziehungspflegerin, Krankenpflegehelfer/Krankenpflegehelferin, Hebamme, Physiotherapeut/Physiotherapeutin, Osteopath/Osteopathin und Heilpraktiker/Heilpraktikerin und Arzt/Ärztin) zu klären.

Darüber hinaus setzt sich dieser Beitrag auch mit der Stellung des Aromaexperten/der Aromaexpertin in der klinischen und außerklinischen Versorgung und mit der Selbstständigkeit der Aromaexperten/Aromaexpertinnen im Gesundheitswesen auseinander. Dabei geht es insbesondere um die Frage, ob diese beim Mischen von Aromastoffen zu Hersteller werden, wie die Stellung zu den Ärzten und Apothekern ist und wie Verbraucher/Patienten informiert werden müssen.

Ziel dieser Abhandlung ist zum einen, sicherzustellen, dass Aromaexperten/Aromaexpertinnen nicht auf angebotene Fertigaromamischungen

verwiesen werden müssen, sondern entsprechend dem Versorgungsbedarf Mischlösungen selbst zusammenstellen dürfen, ohne Angst haben zu müssen, sich damit rechtswidrig zu verhalten, zum anderen aber auch die Nachhaltigkeit der Aromapflege und der Aromatherapie im Gesundheitswesen zu fördern und zu verbessern.<sup>1</sup>

## Alternative Heil- und Pflegemethoden

Die Aromapflege gehört zum weiten Feld der alternativen Heil- und Pflegemethoden und ist kein Teil der Schulmedizin, auch wenn zwischenzeitlich viele Ärzte sich mit alternativen Heil- und Pflegemethoden beschäftigen und in der Heilbehandlung anwenden.<sup>2</sup> Der Autor beschäftigt sich seit 1996 mit den Regeln der Heilkunst und mit den rechtlichen Aspekten einer Therapie jenseits der Schulmedizin.<sup>3</sup> Ätherische Öle sind frei verkäuflich und von jedem anwendbar.

Für alternative Heil- und Pflegemethoden werden vielfach andere Begriffe verwandt. Rechtsprechung und Teile der Literatur sprechen von Außenseitermethoden<sup>4</sup>, es wird aber auch von umstrittenen bzw. unkonventionellen Heilverfahren<sup>5</sup>, paramedizinischen Heilverfahren<sup>6</sup>, ja sogar Kurpfuschertum<sup>7</sup> und Scharlatanerie<sup>8</sup> gesprochen. Damit wird allerdings eine negative Bewertung alternativer Methoden vorgenommen<sup>9</sup>, weshalb richtigerweise vom wertungsneutralen Begriff der alternativen Heil- und Pflegemethoden ausgegangen werden sollte.<sup>10</sup>

Dabei geht es um

- berufsrechtliche,
- kompetenzrechtliche,
- haftungsrechtliche,
- ordnungsrechtliche, insbesondere arzneimittelrechtliche und medizinproduktrechtliche sowie schließlich um
- finanzierungsrechtliche und insbesondere sozialversicherungsrechtliche Aspekte.<sup>11</sup>

## Zu den Begrifflichkeiten

Aromatherapie bezeichnet die Anwendung unverfälschter ätherischer Öle als Duftstoffe zur Linderung von Krankheiten oder zur Steigerung des Wohlbefindens.<sup>12</sup> Die ätherischen Öle wer-

<sup>1</sup> basiert auf einem Rechtsgutachten vom 07.02.2018 im Auftrag der Firma Primavera Life GmbH, Oy-Mittelberg, die mit der Namensnennung und Verwertung dankenswerterweise ausdrücklich einverstanden ist.

<sup>2</sup> Ausführlich dazu Böhme, Die Regeln der Heilkunst – Rechtliche Aspekte einer Therapie jenseits der Wissenschaft, in: PKR 2/1999, 33–37.

<sup>3</sup> Aufgrund von Vorträgen auf den Veranstaltungen: a) Symposium „Alternative Heil- und Pflegemethoden“ am 16.04.1996 in Stuttgart, b) „Pflege auf dem Hessestag 1997“ am 26.06.1997 in Korbach, c) 1. Südtiroler Pflegekongress „Alternative Heil- und Pflegemethoden“, Kongress, am 15.05.1998 in Brixen/Italien.

<sup>4</sup> z. B. RGSt 64, 263, 267; 67, 12, 16, 22, 27; BGH, NJW 1962, 1780 (Leitsatz); BGH, VersR 1991, 469 (Heilpraktiker); OLG Köln, VersR 1967, 80 f.; OLG Celle, NJW 1987, 2304 f.; OLG Düsseldorf, VersR 1991, 1176; Schmid, NJW 1986, 2339; Siebert, Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit, Berlin u. a., 1983, 1 ff.; Laufs, Arztrecht, RZ 41, 339; Münchner Kommentar/Mertens, § 823 BGB, RZ 392, 394.

## In aller Kürze

In Teil 1 dieses Beitrags werden die rechtliche Einordnung und die Rechtsgrundlagen der Aromatherapie behandelt. Schwerpunkt ist die Abgrenzung von Duftstoffen als Kosmetika von Arzneimitteln, nachdem in Fachveranstaltungen fälschlicherweise häufig behauptet wird, es käme auf den Einsatz an.



den meist verdünnt und direkt am Körper (oral, perkutan) oder mithilfe eines Verdampfers als Dufttherapie angewendet.<sup>13</sup> Damit fällt Aromatherapie unter den großen Bereich der Wellness und nur ausnahmsweise in die heiltherapeutische Anwendung. Auf die Bezeichnung kommt es nicht an. Ob von Aromapflege, Aromatherapie oder Aromaexperten gesprochen wird, ist unerheblich. Es kommt auf den Inhalt der Tätigkeit an.

Eine gesetzliche Definition gibt es nicht. Für die Aromatherapie kommen verschiedene Rechtsvorschriften zur Anwendung. Ätherische Öle sind kosmetische Stoffe im Sinne von § 2 Abs. 1 Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches (LFGB). § 2 Abs. 5 LFGB definiert kosmetische Stoffe wie folgt:

*„Kosmetische Mittel sind Stoffe oder Gemische aus Stoffen, die ausschließlich oder überwiegend dazu bestimmt sind, äußerlich am Körper des Menschen oder in seiner Mundhöhle zur Reinigung, zum Schutz, zur Erhaltung eines guten Zustandes, zur Parfümierung, zur Veränderung des Aussehens oder dazu angewendet zu werden, den Körpergeruch zu beeinflussen. Als kosmetische Mittel gelten nicht Stoffe oder Gemische aus Stoffen, die zur Beeinflussung der Körperformen bestimmt sind.“*

Als Bestandteil von kosmetischen Präparaten unterliegen ätherische Öle der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über kosmetische Mittel und der nationalen Kosmetikverordnung. Kosmetische Mittel sind gemäß Art. 2 Abs. 1 a der EU-Kosmetikverordnung *„Stoffe oder Gemische, die dazu bestimmt sind, äußerlich mit den Teilen des menschlichen Körpers (Haut, Behaarungssystem, Nägel, Lippen und äußere intime Regionen) oder mit den Zähnen und den Schleimhäuten der Mundhöhle in Berührung zu kommen, und zwar zu dem ausschließlichen oder überwiegenden Zweck, diese zu reinigen, zu parfümieren, ihr Aussehen zu verändern, sie zu schützen, sie in gutem Zustand zu halten oder den Körpergeruch zu beeinflussen.“* Diese europäische Legaldefinition ist mit § 2 Abs. 5 LFGB im Wesentlichen inhaltsgleich.

Hierzu schreibt Rechtsanwalt Keller, München:<sup>14</sup>

*„Die Feststellung, ob ein Erzeugnis ein kosmetisches Mittel ist, muss auf Grundlage einer Einzelfallbewertung unter Berücksichtigung aller Merkmale des Erzeugnisses getroffen werden. Kosmetische Mittel können unter anderem Cremes, Emulsionen, Lotionen, Gele und Öle für die Hautpflege, Gesichtsmasken, Schminkgrundlagen (Flüssigkeiten, Pasten, Puder), Gesichtspuder, Körperpuder, Fußpuder, Toilettenseifen, desodorierende Seifen, Parfums, Toilettengewässer*

*und Kölnisch Wasser, Bade- und Duschzusätze (Salz, Schaum, Öl, Gel), Haarentfernungsmittel, Desodorantien und schweißhemmende Mittel, Haarfärbungsmittel, Haarwell-, -glättungs- und -frisiermittel, Haarfestigungsmittel, Haarreinigungsmittel (Lotionen, Puder, Shampoos), Haarpflegemittel (Lotionen, Cremes, Öle), Frasierhilfsmittel (Lotionen, Lack, Brillantine), Rasiermittel (einschließlich Vor- und Nachbehandlungsmittel), Schmink- und Abschminkmittel, Lippenpflegemittel und -kosmetika, Zahn- und Mundpflegemittel, Nagelpflegemittel und -kosmetika, Mittel für die äußerliche Intimpflege, Sonnenschutzmittel, Selbstbräunungsmittel, Hautbleichmittel, Antifaltenmittel sein.“*

### Abgrenzung zu Arzneimitteln

Dem Arzneimittelrecht unterliegen ätherische Öle nur, sofern sie in Arzneimitteln enthalten sind. Sie sind im Deutschen Arzneibuch (DAB) sowie im Europäischen Arzneibuch (Ph. Eur.) beschrieben und in über 2.000 Medikamenten enthalten.<sup>15</sup>

Wenn jetzt FORUM ESSENZIA e. V.<sup>16</sup> behauptet, dass ätherische Öle Arzneimittel seien, wenn die medizinische Nutzung ausgelobt wird, weshalb darauf das Arzneimittelgesetz Anwendung finde und gleichzeitig die Regelungen der europäischen Kosmetikrichtlinie und die nationale Kosmetikverordnung sowie das Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch zur Anwendung kämen, wird dabei völlig verkannt, dass sich die Ordnungsregelungsbereiche Kosmetika und Arzneimittel nicht ergänzen, sondern ausschließen.

Hierzu schreibt Rechtsanwalt Keller, München:<sup>17</sup>

*„In § 2 Abs. 3 AMG ist klargestellt, dass kosmetische Mittel keine Arzneimittel sind. Ein Erzeugnis kann daher nicht Arzneimittel und zugleich kosmetisches Mittel sein. Nur, wann ist ein Mittel als Arzneimittel und wann als kosmetisches Mittel einzustufen? Ausgangspunkt ist die Definition eines kosmetischen Mittels einerseits und die Definition des Arzneimittels gemäß § 2 Abs. 1 des Arzneimittelgesetzes (AMG) andererseits. Die Zweifelsfallregelung des § 2 Abs. 3 a AMG (bzw. des in Artikel 2 Abs. 2 der Humanarzneimittelrichtlinie begründeten Vorrang des Arzneimittels) ordnet ein Produkt, das unter beide Begriffsbestimmungen fällt, dem Arzneimittelbereich zu.“*

Bei der Abgrenzung kosmetischer Mittel von (Präsentations-)Arzneimitteln kommt es maßgeblich darauf an, wie sich die Zweckbestimmung nach der Verkehrsauffassung unter Anlegung eines objektiveren Maßstabs darstellt.<sup>18</sup>

<sup>5</sup> Grabe, *Arztrechtliche Argumente zur Propagierung und Anwendung umstrittener medizinischer Verfahren*, München u. a. 1985, 3 ff.

<sup>6</sup> Oepen, in: Oepen (Hrsg.), *An den Grenzen der Schulmedizin. Eine Analyse umstrittener Methoden*, Köln 1985, 25.

<sup>7</sup> Laufs, NJW 1984, 1383, 1385; auch RGSt 50, 37, 40.

<sup>8</sup> Laufs, NJW 1984, 1383, 1385.

<sup>9</sup> Oepen, in: Forster (Hrsg.), *Praxis der Rechtsmedizin für Mediziner und Juristen*, Stuttgart u. a. 1986, 664 ff.

<sup>10</sup> Jung, *Alternative Behandlungsmethoden*, 2. Recht, in: Eser u. a. (Hrsg.), *Lexikon Medizin Ethik Recht*, Freiburg u. a. 1989, Spalte 57.

<sup>11</sup> Vgl. dazu Böhme, *Alternative Methoden: Was dürfen ambulante Pflegekräfte?*, in: *Heilberufe Ambulant* 12/1997, 16–17.

<sup>12</sup> wikipedia, *aromatherapie*, Abruf: 08.12.2017.

<sup>13</sup> FORUM ESSENZIA e. V., *Gutachterliche Darstellung der gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Aromatherapie in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, 2006, 2.

<sup>14</sup> [it-recht-kanzlei.de/Thema/eu-kosmetikverordnung-1223-2009](http://it-recht-kanzlei.de/Thema/eu-kosmetikverordnung-1223-2009), Abruf: 14.12.2017.

<sup>15</sup> wikipedia, *aromatherapie unter Rechtliches*, Abruf: 08.12.2017.

<sup>16</sup> FORUM ESSENZIA e. V., *Gutachterliche Darstellung der gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Aromatherapie in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, 2006, 3.

<sup>17</sup> [it-recht-kanzlei.de/Thema/eu-kosmetikverordnung-1223-2009](http://it-recht-kanzlei.de/Thema/eu-kosmetikverordnung-1223-2009), Abruf: 14.12.2017.

<sup>18</sup> Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, *Beschl. v. 16.02.2012 – 9 CS 11.2908*.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland ist hier eindeutig. Als Grundregelungsbereich gilt das Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch in Verbindung mit den speziellen Vorschriften für kosmetische Stoffe. Nur wenn die heilende Wirkung des Stoffes im Vordergrund steht, liegt ein Arzneimittel im Sinne des Arzneimittelgesetzes vor.<sup>19</sup>

Die unsinnige Behauptung etlicher Nichtjuristen und Verwaltungsbehörden, dass das Kosmetikum sich beim Einsatz in der Pflege und in der Heilkunde zum Arzneimittel verändert, teilt die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland nicht.

Das Arzneimittelgesetz regelt das Herstellen und die Abgabe von Arzneimitteln, nur ausnahmsweise deren Einsatz. Substanzen, die unter die Arzneimittelherstellung fallen, müssen abgrenzbar sein zum Medizinproduktegesetz sowie zum Lebensmittel- und Futtermittelgesetz. Die Abgrenzung/Zuordnung erfolgt nach der sog. „Eindruckstheorie“, d. h. nach dem Eindruck, den der Verbraucher von der Verwendbarkeit der betreffenden Substanz hat. Somit ist z. B. Quark, Honig oder Kohl eindeutig in erster Linie ein Lebensmittel und fällt nicht unter die Regelungen des Arzneimittelgesetzes.<sup>20</sup> Gleiches gilt für Duftstoffe, die der Verbraucher in erster Linie als Wellnessprodukte identifiziert.

Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung:

- Eine Mundspüllösung mit einer Chlorhexidin-Konzentration von 0,2 Prozent ist ein Arzneimittel und kein kosmetisches Mittel.<sup>21</sup>
- Die Behauptung, dass eine Lotion hautstrafend wirke, die Busenformung beeinflusse und eine busenhebende Wirkung habe, zielt auf die Beeinflussung physiologischer Funktionen ab. Damit wird nicht mehr für ein kosmetisches Mittel geworben, sondern für ein Arzneimittel.<sup>22</sup>
- Begriffe wie „Selbstmedikation“, „pharmakologische Wirkung“, „(schneller) Wirkungseintritt“, „Nebenwirkungen“ bringt der Verbraucher typischerweise mit Arzneimitteln in Verbindung. Werden Kosmetika mit derlei Begriffen beworben, wird der irreführende Eindruck eines Arzneimittels nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a Arzneimittelgesetz (AMG) erweckt. Dasselbe gilt, wenn ein Kosmetikum unerläutert mit bekannten Arzneimitteln gleichgestellt wird.<sup>23</sup>
- Die Produktion einer Hautcreme durch eine Apothekerin in einer Apotheke führt nicht zwangsläufig zu einer Einstufung als Arzneimittel.<sup>24</sup>
- Erzeugnisse können auch dann als Kosmetika eingestuft werden, wenn sie einen medizinischen Nebenzweck oder einen der pflegen-

den Wirkung untergeordneten vorbeugenden Verwendungszweck haben, solange die Hauptwirkung für den Verbraucher kosmetischer Natur ist.<sup>25</sup>

- Tiger Balm Medizinisches Pflaster hat das Verwaltungsgericht Köln als Arzneimittel eingestuft, weil die Kälte-/Wärmewirkung auf pharmakologischer und nicht auf physikalischer Wirkungsweise beruht.<sup>26</sup>

Es gibt lediglich einen gesetzlich geregelten Fall, dass der Einsatz des Produkts zum Medizinprodukt wird – und das ist § 2 Abs. 2 Medizinproduktegesetz (MPG): „Dieses Gesetz gilt auch für das Anwenden, Betreiben und Instandhalten von Produkten, die nicht als Medizinprodukte in Verkehr gebracht wurden, aber mit der Zweckbestimmung eines Medizinproduktes im Sinne der Anlagen 1 und 2 der Medizinprodukte-Betreiberverordnung eingesetzt werden. Sie gelten als Medizinprodukte im Sinne dieses Gesetzes.“

Weder in der Kosmetikverordnung noch im AMG ist eine entsprechende Vorschrift enthalten, sodass der Umkehrschluss erlaubt ist, dass weder im Kosmetikrecht noch im Arzneimittelrecht auf den Einsatz der Mittel abgestellt wird, auch nicht etwa auf die Zweckbestimmung des Herstellers, sondern auf die wesentlichen Eigenschaften des Stoffes.

In § 2 Abs. 3 MPG steht: „Dieses Gesetz gilt auch für Produkte, die dazu bestimmt sind, Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 des Arzneimittelgesetzes zu verabreichen. Werden die Medizinprodukte nach Satz 1 so in den Verkehr gebracht, dass Medizinprodukt und Arzneimittel ein einheitliches, miteinander verbundenes Produkt bilden, das ausschließlich zur Anwendung in dieser Verbindung bestimmt und nicht wiederverwendbar ist, gilt dieses Gesetz nur insoweit, als das Medizinprodukt die Grundlegenden Anforderungen nach § 7 erfüllen muss, die sicherheits- und leistungsbezogene Produktfunktionen betreffen. Im Übrigen gelten die Vorschriften des Arzneimittelgesetzes.“ Demnach kommt für die Kanüle oder die Spritze oder die Spritzenpumpe das MPG zur Anwendung, für den Inhalt, das Medikament, hingegen das AMG.

Im Übrigen ist in § 2 Abs. 5 MPG ausdrücklich geregelt, dass das MPG nicht gilt für

1. Arzneimittel im Sinne des § 2 AMG; die Entscheidung darüber, ob ein Produkt ein Arzneimittel oder ein Medizinprodukt ist, erfolgt insbesondere unter Berücksichtigung der hauptsächlichen Wirkungsweise des Produkts, es sei denn, es handelt sich um ein Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b AMG.

<sup>19</sup> Brixius/Paus, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Hrsg.), *Gesamtes Medizinrecht*, 3. Aufl., 2018, Nomos Verlag, Baden-Baden, § 2 AMG, Rn.18, 99.

<sup>20</sup> z. B. BVerwG, Urt. v. 18.12.1997, Az.: 3 C 46/96, ständige Rechtsprechung seit fast 50 Jahren!

<sup>21</sup> OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 20.06.2013 – 6 U 109/07.

<sup>22</sup> LG Dortmund, Urt. v. 24.08.2012 – 25 O 178/12.

<sup>23</sup> LG Hamburg, Urt. v. 08.03.2012 – 327 O 587/11.

<sup>24</sup> Bay. VGH, Beschl. v. 16.02.2012 – 9 CS 11.2908.

<sup>25</sup> VG Ansbach, Urt. v. 20.11.2013 – AN 1 K 11.02035.

<sup>26</sup> VG Köln, Urt. v. 25.8.06 – 18 K 1232/06.



2. kosmetische Mittel im Sinne des § 2 Abs, 5 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuchs.

In § 2 Abs, 1 Nr. 2 b AMG ist bestimmt, dass Arzneimittel Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen sind, die im oder am menschlichen oder tierischen Körper angewendet oder einem Menschen oder einem Tier verabreicht werden können, um eine medizinische Diagnose zu erstellen. *Somit ist die Therapie ausdrücklich nicht erwähnt, also ausgenommen.*

Infrage käme höchstens § 2 Abs. 1 Nr. 2 a AMG, der regelt, dass Arzneimittel Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen sind, die im oder am menschlichen oder tierischen Körper angewendet oder einem Menschen oder einem Tier verabreicht werden können, um die physiologischen Funktionen durch eine pharmakologische, immunologische oder metabolische Wirkung wiederherzustellen, zu korrigieren oder zu beeinflussen.

Insoweit hat kürzlich das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) entschieden, dass lebende Blutegel, die zum Zweck der Arzneimittelherstellung nach Deutschland importiert werden, im Zeitpunkt der Einfuhr noch nicht als Arzneimittel eingestuft werden können, wenn wesentliche Bearbeitungsschritte zum anwendungsfertigen medizinischen Blutegel erst im Inland erfolgen.<sup>27</sup>

Schon früher hat der 1. Strafsenat des BGH entschieden:<sup>28</sup>

*„Das Landgericht ist bei seiner rechtlichen Bewertung davon ausgegangen, dass GBL (Gamma-Butyrolacton, der Gutachter) zwar nach der Verkehrsanschauung wegen seiner hauptsächlich Verwendung in der chemischen Industrie kein Arzneimittel darstelle. Im vorliegenden Fall sei aber ausnahmsweise auf die subjektive Zweckbestimmung durch die Angeklagten abzustellen, weil das Mittel für mehrere Verwendungszwecke geeignet sei und die Angeklagten es zu Konsumzwecken abgegeben hätten, so dass GBL vorliegend dennoch ein Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 AMG in der bis 22. Juli 2009 geltenden Fassung sei.*

*Der 1. Strafsenat hat diese Auffassung nur insoweit bestätigt, als es sich bei GBL um ein Arzneimittel im Sinne des AMG handelt. Der Auffassung des Landgerichts, wonach sich lediglich aus der subjektiven Zweckbestimmung durch die Angeklagten die Arzneimitteleigenschaft des Mittels ergebe, ist der 1. Strafsenat dagegen nicht gefolgt. Ausschlaggebend hierfür war, dass aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Arzneimittelbegriff die subjektive Zweckbestimmung eines Mittels nur zur Beschränkung, aber nicht zur Begründung einer Strafbarkeit herangezogen werden darf. In den Fällen, in denen nach der Verkehrsanschauung objektiv kein Arzneimittel vorliegt, kann die Arzneimit-*

*teleigenschaft daher auch nicht durch einen Rückgriff auf eine subjektive Zweckbestimmung durch den Hersteller oder denjenigen, der das Mittel in Verkehr gebracht hat, begründet werden“ [Hervorhebung durch den Autor].*

Weiterhin hat der 5. Strafsenat des BGH entschieden:<sup>29</sup>

*„Synthetische Cannabinoide ohne therapeutischen oder prophylaktischen Nutzen können im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht als Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 AMG angesehen werden, weil bzw. soweit sie in ihren Wirkungen der menschlichen Gesundheit nicht zuträglich, sondern im Gegenteil gesundheitsschädlich sind. Der Senat ist im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung des Arzneimittelbegriffs nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AMG an die im Vorabentscheidungsverfahren durch den Gerichtshof der Europäischen Union vorgenommene Auslegung der Humanarzneimittel-Richtlinie gebunden.“*

*„Die vom Angeklagten vertriebenen Kräutermischungen können im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union<sup>30</sup> nicht als Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 AMG angesehen werden, weil sie in ihren Wirkungen der menschlichen Gesundheit nicht zuträglich, sondern im Gegenteil gesundheitsschädlich sind. Der Senat ist im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung des Arzneimittelbegriffs nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AMG an die im Vorabentscheidungsverfahren durch den Gerichtshof der Europäischen Union vorgenommene Auslegung der Humanarzneimittel-Richtlinie gebunden.“*

Aus dieser höchstrichterlicher Rechtsprechung ergibt sich, dass es nicht auf den Einsatz der Stoffe ankommt, auch nicht, ob diese ein Arzt oder ein Apotheker oder eine Pflegefachkraft anwendet, sondern auf dessen Eigenschaften, ob also z. B.

<sup>27</sup> BVerwG, Urt. v. 17.08.2017 – BVerwG 3 C 18.15.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 8.12.2009 – 1 StR 277/09.

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 25.05.2016 – 5 StR 107/14.

<sup>30</sup> Urt. v. 10. Juli 2014 – C-358/13; C-181/14, in: Neue Strafrechtszeitschrift (NSStZ) 2014, 461.



**DIPLOMA**  
DIPLOMA HOCHSCHULE  
Private Fachhochschule Nordhessen  
University of Applied Sciences

**Studieren neben dem Beruf ... flexibel von überall!**

**Bachelor of Arts oder Master Medizinallfachberufe**  
mit folgenden berufsbezogenen Schwerpunkten:

- Pflgeherapie
- Pflegewissenschaft
- Gesundheitsmanagement
- Gesundheitspädagogik
- Handrehabilitation

Besuchen Sie unsere **BERATUNGSTERMINNE!**

**diploma.de**  
+49 (0)5722 28 69 97 32

wesentliche Bearbeitungsschritte zum anwendungsfertigen medizinischen Produkt erfolgt sind. Auf die subjektive Zweckbestimmung durch den Hersteller oder denjenigen, der das Mittel in Verkehr gebracht hat, z. B. der Apotheker, kommt es nicht an. Auch die Gefährlichkeit eines Stoffes kann eine Arzneimitteleigenschaft nicht begründen, im Gegenteil: Gesundheitsschädliche Stoffe sind keine Arzneimittel.

Schließlich ist auch in § 2 Abs. 3 AMG ausdrücklich geregelt:

„Arzneimittel sind nicht

1. Lebensmittel im Sinne des § 2 Abs. 2 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches,
2. kosmetische Mittel im Sinne des § 2 Abs. 5 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches(...).“

<sup>31</sup> <https://www.umweltbundesamt.de/themen/gesundheit/umwelteinfluesse-auf-den-menschen/chemische-stoffe/duftstoffe>

Ätherische Öle als chemische Stoffgemische werden in kleinen Fläschchen angeboten und sind von jedem anwendbar. Hierbei gelten die Regelungen des Chemikaliengesetzes und der Gefahrstoffverordnung, wobei neuerdings die Gefährlichkeit von Duftstoffen vom Bundesumweltamt problematisiert wird.<sup>31</sup>

Teil 2 dieses Beitrags lesen Sie in PKR-Ausgabe 5/2018.

### Prof. Hans Böhme

Jurist und Soziologe

Honorarprofessor an der Ernst Abbé Hochschule Jena, Georg-Streiter-Institut für Pflegewissenschaft  
Wissenschaftlicher Berater  
Institut für Gesundheitsrecht und -politik  
Am alten Fliegerhorst 27, 26419 Schortens-Upjever  
E-Mail: info@boehme-igrp.de

## Buchbesprechung

# Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar

besprochen von Prof. Hans Böhme, Jurist in Jena/Schortens-Upjever



Franz Josef Düwell (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 5. Auflage, 2018, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2.168 Seiten, gebunden, 98 Euro, ISBN: 978-3-8487-3902-8

Dieser Handkommentar von Düwell – bis 2011 Vorsitzender Richter des Neunten Senats beim Bundesarbeitsgericht – wird in der Rechtsprechung aller Instanzen zu Rate gezogen und zitiert.

20 Autorinnen und Autoren einschließlich der Herausgeber bringen ihre Erfahrungen aus der langjährigen Berufspraxis und auf der Grundlage höchstrichterlicher Rechtsprechung ein und behandeln alle wichtigen anstehenden Rechtsfragen.

Die 5. Auflage beschäftigt sich mit neuen gesetzlichen Vorgaben: Welche Auswirkungen haben das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), das Werkvertrags-, das Datenschutz- und Mindestlohnrecht sowie das Bundesteilhabegesetz (BTHG) für die betriebliche Mitbestimmung? Welche Folgen haben Verstöße, welche neuen Befugnisse haben Betriebsräte und Schwerbehindertenvertretungen, welche neuen Rechtsprobleme kommen auf die Praxis zu?

Wichtige Fragen der Praxis werden beantwortet:

- Wie wirken sich das neue AÜG und das Werkvertragsrecht auf die Rechte der Leiharbeit-

nehmer, des Entleiherbetriebsrats und der Selbstständigen aus?

- Wie kann der Betriebsrat die Einhaltung des Mindestlohns durchsetzen?
- Welche neuen Aufgaben und Rechte zur Inklusion von Menschen mit Behinderung hat der Betriebsrat im Zuge des BTHG?
- Wie verändert die EU-Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO) den Datenschutz im Betrieb? Wie wirken sich die Verordnung und das Bundesdatenschutzgesetz auf Betriebsvereinbarungen aus?
- Welche Herausforderungen stellen sich für den Betriebsrat durch Crowdfunding und digital vernetzte Produktion?
- Welche Auswirkungen hat das Tarifeinheitsgesetz auf die Betriebsverfassung?

Der Kommentar ist praxisnah und aktuell. Für alle, die mit Betriebsverfassungsrechtsfragen befasst sind, ist dieses handliche und inhaltsreiche Buch als Hilfsmittel unentbehrlich.



# Novelle des KHGG NRW

von Dr. Frank Stollmann, Ltd. Ministerialrat in Düsseldorf

## Problemstellung

Der nordrhein-westfälische Landesgesetzgeber hat akuten gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Bereich des Krankenhausrechts gesehen, dem er direkt zu Beginn der neuen Legislaturperiode begegnen wollte.<sup>1</sup> Damit sollen die Weichen für eine stärker zukunftsorientierte Ausgestaltung der Krankenhauslandschaft gelegt werden. Die zentralen Regelungsinhalte konzentrieren sich auf die folgenden Punkte:

- **Schärfung materieller Planungsvorgaben:** Planerische Vorgaben im Gesetz sind differenzierter ausgestaltet. Das Land als Plangeber erhält konkretere Zielvorgaben, um auf der nächsten Handlungsebene – dem Krankenhaus(rahmen)plan – weitere Konkretisierungen vornehmen zu können. Abwägungsprozesse und Auswahlentscheidungen der zuständigen Planungsbehörden sollen auf diese Weise erleichtert werden.
- **Planungsverfahren:** Da das Tempo der Krankenhausplanung in der Vergangenheit insgesamt nicht zufriedenstellend war, soll die Letztverantwortung des Landes für die stationäre Versorgung zielführender wahrgenommen werden. In der Konsequenz sind in der jetzigen Novelle die Handlungsmöglichkeiten des Landes durch Verfahrenserleichterungen und die Stärkung der behördlichen Kompetenzen erweitert.
- **Krankenhausförderung:** Das System der pauschalen Krankenhausförderung ist um die Möglichkeit der Ausweisung entsprechender Förderschwerpunkte ergänzt, um die landesseitigen Möglichkeiten des Umgangs mit Fördermitteln zu optimieren. So soll der verbesserte Ansatz der Krankenhausplanung durch den zielgerichteten Umgang mit Fördermitteln, insbesondere bei der Umsetzung gesundheitspolitischer Zielsetzungen, die über Grundanfordernisse der stationären Versorgung hinausgehen, flankiert werden.

## Materielle Planvorgaben

§ 12 Abs. 2 S.1 Krankenhausgestaltungsgesetz Nordrhein-Westfalen (KHGG NRW) ist dahingehend geändert, dass der Kanon der Anforderungen an die stationären Leistungserbringer um „qualitativ hochwertige“ Leistungen ergänzt

wird. Die Einfügung ist eine Anpassung an die aktuellen Bundesvorgaben. Das Krankenhausstrukturgesetz<sup>2</sup> hatte den Gesetzeszweck in § 1 Abs. 1 Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) bereits 2015 um das Ziel der qualitativ hochwertigen Versorgung ergänzt. Mit der Verankerung des *neuen Zielkriteriums* der qualitativ hochwertigen Versorgung werden die Planungsinhalte erweitert und die Anforderungen an leistungsfähige Krankenhäuser erhöht. All dies muss aber durch weitergehende Konkretisierungen im Gesetz, in G-BA-Richtlinien und im Landeskrankenhausplan ausgefüllt werden.

Zentrale Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Neuregelung in § 6 KHG zu. Diese sieht vor, dass die Aufstellung der Krankenhauspläne unter Verwirklichung des in § 1 Abs. 1 KHG neu aufgenommenen *Zielkriteriums* an einer *qualitätsgesicherten Krankenhausversorgung* auszurichten ist. Die Novellierung beinhaltet zudem einen gesetzlichen Auftrag an den G-BA (vgl. § 136 c Abs. 1 SGB V), bis zum 31. Dezember 2016 erste Qualitätsindikatoren zur Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität zu entwickeln, die geeignet sind als rechtssichere Kriterien und Grundlagen für Planungsentscheidungen der Länder (planungsrelevante Indikatoren). Mit der Einbeziehung der Empfehlungen des G-BA in die Krankenhauspläne sollen die Länder in der Zielausrichtung hin zu qualitätsorientierten Entscheidungen in der Krankenhausplanung unterstützt werden. Die Empfehlungen des G-BA zu den *planungsrelevanten Qualitätsindikatoren* gemäß § 136 c Abs. 1 SGB V sind Bestandteil des Krankenhausplans (§ 6 Abs. 1 a S. 1 KHG). Die Länder bleiben jedoch befugt, alternativ oder ergänzend auch eigene Indikatoren

<sup>1</sup> Art. 14 des Gesetzes zum Abbau unnötiger und belastender Vorschriften im Land Nordrhein-Westfalen – Entfesselungspaket I vom 22.03.2018, GV. NRW. S. 171; vgl. auch LT-Drs. 17/1046 vom 26.10.2017.

<sup>2</sup> Gesetz zur Reform der Strukturen der Krankenhausversorgung (Krankenhausstrukturgesetz – KHS) vom 10.12.2015 (BGBl. I S. 2229); dazu etwa Bohle, GesR 2016, S. 605; Gaß, VSSR 2016, S. 319; Makoski, GuP 2016, S. 30; Rau, KH 2015, S. 1121; Stollmann, NZS 2016, S. 201; Szabados, ZMGR 2016, S. 154.

## In aller Kürze

Mit dem 30. März 2018 sind in Nordrhein-Westfalen neue Regelungen im Landeskrankenhausgesetz in Kraft getreten. Die zentralen Inhalte der aktuellen Novellierung des KHGG NRW (Krankenhausgestaltungsgesetz Nordrhein-Westfalen) werden in dem Beitrag näher dargestellt.

zu erarbeiten und zu verwenden; durch Landesrecht kann die Geltung der planungsrelevanten Qualitätsindikatoren ganz oder teilweise ausgeschlossen oder eingeschränkt werden und können weitere Qualitätsanforderungen zum Gegenstand der Krankenhausplanung gemacht werden (§ 6 Abs. 1 a S. 2 KHG).

Mit der Ergänzung des § 13 KHGG NRW (Rahmenvorgaben) um einen neuen Absatz 2, der Bezug auf die beschlossenen Qualitätsindikatoren und die einschlägigen Vorschriften des KHG und § 136 c SGB V nimmt, hatte der Landesgesetzgeber in NRW noch im Jahr 2016 ausdrücklich bestimmt, dass die Geltung von Qualitätsindikatoren im Landeskrankenhausplan selbst enthalten sein muss. Der vom Bundesgesetzgeber vorgesehene Automatismus ist damit landesgesetzlich durchbrochen worden. Dies mit der Folge, dass die Anhörung des zuständigen Landtagsausschusses (§ 13 Abs. 3 KHGG NRW) und gleichzeitig auch die Beteiligung des Landesausschusses nach § 15 Abs. 1 KHGG NRW, der bei den Rahmenvorgaben (§ 15 Abs. 3 KHGG NRW) im Wege von Empfehlungen beteiligt ist, notwendig sind. So ist die Planungshoheit des Landes gewahrt und sind die Akteure des Gesundheitswesens auf Landesebene einbezogen. In fachlicher Hinsicht kommt hinzu, dass die Verwirklichung planungsspezifischer Gesichtspunkte durch die Bundesebene eher insuffizient ist. Denn die ersten Indikatoren des Gemeinsamen Bundeausschusses (G-BA)<sup>3</sup> fokussieren auf die Behebung einzelner Versorgungsmängel und bilden nur isolierte Leistungen ab, stellen jedoch kein Abbild einer relevanten Planungsebene (z. B. einer Abteilung) dar.<sup>4</sup>

### Planungskriterien

Vor dem soeben skizzierten Hintergrund hat sich der nordrhein-westfälische Landesgesetzgeber in der jetzigen Novelle zur *Einführung strukturqualitativer Einzelvorgaben* entschieden. Diese inhaltlichen Kriterien im Gesetz sollen zu einer Schärfung des planungsrechtlichen Instrumentariums führen und die Abwägungsprozesse der zuständigen Behörden erleichtern. Bei der Anfügung eines neuen Absatzes 4 in § 12 KHGG NRW handelt es sich um einen zentralen Bestandteil der Novellierung, vermittelt dessen die Gestaltungsmöglichkeiten des Landes als Plangeber gestärkt werden sollen. Der Gesetzgeber gibt damit *materiellrechtliche Planungsziele* vor und verschafft den darin enthaltenen Zielvorgaben stärkeres Gewicht im Rahmen der planerischen Abwägung. Zusammengenommen sollen damit

die Auswahlentscheidungen der Planungsbehörden erleichtert werden. So haben nach § 12 Abs. 4 S. 1 KHGG NRW bei der Aufstellung des Krankenhausplans und seiner Einzelfestlegungen Krankenhäuser Vorrang, die eine zeitlich und inhaltlich umfassende Vorhaltung von Leistungen der Notfallversorgung sicherstellen. Zudem soll die – auch kommunale Gebietsgrenzen überschreitende – Zusammenarbeit der Krankenhäuser mit dem Ziel der Bildung von Behandlungsschwerpunkten im Einzugsbereich gemäß § 12 Abs. 4 S. 2 KHGG NRW zu einer bevorzugten Berücksichtigung führen. Dies gilt im Übrigen gemäß § 12 Abs. 4 S. 3 KHGG NRW auch für die Kooperation der Krankenhäuser mit der niedergelassenen Ärzteschaft, mit den Rehabilitations- und Pflegeeinrichtungen sowie den übrigen an der Patientenversorgung beteiligten ambulanten und stationären Einrichtungen.

Die in dem neuen § 12 Abs. 4 KHGG NRW verankerten Zielvorgaben bedürfen auf der nächsten Handlungsebene, dem Krankenhaus (rahmen)plan, der weiteren Konkretisierung und Ausgestaltung. So könnte etwa – um ein Beispiel zu nennen – der in § 12 Abs. 4 S. 3 KHGG NRW enthaltene Kooperationsaspekt im Krankenhausplan dahingehend konkretisiert werden, dass (Plan-)Krankenhäuser ein funktionierendes Entlassmanagement nachweisen müssen. Auch andere Elemente sektorenübergreifender Versorgung könnten in diesem Zusammenhang herangezogen werden. Desgleichen könnten die Anforderungen an Behandlungsschwerpunkte im Krankenhausplan näher ausgestaltet werden, um ein entsprechendes Bündel von Kriterien im Planvollzug bei notwendigen Auswahlentscheidungen nutzen zu können.

### Mindestmengen, Mindestfallzahlen

In § 13 Abs. 1 KHGG NRW ist eine *Mindestmengenregelung* nunmehr auch in das Landeskrankenhausrecht eingefügt worden. Demnach wird das zuständige Ministerium – soweit es um die Erbringung *besonderer* Leistungen und damit nicht um Leistungen der stationären Grund- und Regelversorgung geht – ermächtigt, im Krankenhausplan auf der Basis der evidenzbasierten Medizin Mindestfallzahlen festzulegen (§ 13 Abs. 1 S. 3 KHGG NRW). Allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechend sollen die landesplanerischen Festlegungen Ausnahmebestände und Übergangsregelungen vorsehen, um unbillige Härten insbesondere bei nachgewiesener, hoher Qualität unterhalb der festgelegten Mindestfallzahl zu vermeiden (vgl.

<sup>3</sup> Vgl. BAnz AT vom 02.01.2017, B 1.

<sup>4</sup> Dazu umfassend Stollmann, in: FS Dahm, 2017, S. 485, 488 f.

§ 13 Abs. 1 S. 4 KHGG NRW). Die Neuregelungen schaffen die nötige Flexibilität, um im Krankenhausplan z. B. für Zentren, Behandlungsschwerpunkte oder Ähnliches evidenzbasiert Mindestfallzahlen vorzugeben.

### Planungsparameter

Auch wenn das „Bett“ in Planungspraxis und -recht weniger eine reale Bezugsgröße als vielmehr ein weithin verlässlicher Planungsrichtwert ist, konnte bislang trotz mannigfaltiger Bemühungen keine handhabbare Alternative zur *Planungsgröße* „Bett“ gefunden werden. Um aber gesetzliche Handlungsspielräume überhaupt zu eröffnen, sind in § 14 Abs. 1 S. 1 KHGG NRW die Wörter „und Gesamtbehandlungsplatzkapazitäten“ durch die Wörter „oder vergleichbare Behandlungskapazitäten“ ersetzt. Dies eröffnet die notwendigen Freiräume, um im Krankenhaus(rahmen)plan etwa eine vollständige oder teilweise Abkehr vom „Bett“ als Planungsparameter zu ermöglichen. An dessen Stelle können andere alternative mess- und objektivierbare Kriterien gesetzt werden. Im Rahmen der Weiterentwicklung der Krankenhausplanung wird z. B. diskutiert, eine stärker morbiditätsorientierte Krankenhausplanung zu betreiben. Bei alledem sind rechtliche Grenzen aus dem Verfassungs- oder Bundesrecht zu beachten, zumal die Abkehr von der bisherigen Kapazitätsplanung hin zu einer Leistungsplanung teilweise für (bundes)rechtswidrig erachtet wird.

### Einschränkung des Versorgungsauftrags

Eine Ausweitung der behördlichen Handlungsspielräume bringt insbesondere eine Ergänzung in § 16 KHGG NRW mit sich. Demnach kann der Versorgungsauftrag eines Krankenhauses (vgl. § 8 Abs. 1 S. 4 Nummer 1 Krankenhausentgeltgesetz, KHEntG) hinsichtlich einzelner Schwerpunkte der Gebiete oder einzelner Leistungsbereiche eingeschränkt werden, soweit dies zur Erreichung der Ziele der Krankenhausplanung (§ 8 Abs. 2 KHG) geboten ist. Es handelt sich dabei zugleich um eine Ermächtigungsgrundlage zur Aufnahme entsprechender rechtlich wirksamer Beschränkungen in den ansonsten begünstigenden planungsrechtlichen Feststellungsbescheid. Diese Ergänzung trägt dem Umstand Rechnung, dass derzeit vielfach keine ausreichende rechtliche Möglichkeit besteht, beim Nichterreichen von durch das Land gesetzten Strukturvorgaben die Leistungserbringung erfolgreich zu verhindern. Krankenhausträger, die nach Überzeugung des Landes z. B. Qualitätsvorgaben in Teilgebieten nicht erbringen, können die Leistungen gleich-

wohl mit den Kostenträgern vereinbaren und abrechnen, soweit eine entsprechende Gebietsausweisung gegeben ist.<sup>5</sup> Durch die verbindliche Verankerung *partieller Leistungsausschlüsse* im Feststellungsbescheid soll dem begegnet werden.

### Planungsverfahren

Durch die seinerzeitige Einführung der regionalen Planungskonzepte in § 16 KHG NRW 1998 hatte der nordrhein-westfälische Gesetzgeber einen wesentlichen Schritt in Richtung einer selbstverwalteten Krankenhausplanung gemacht. Die grundlegende Novellierung im Jahre 2007<sup>6</sup> hat die Regelung in § 14 KHGG NRW übernommen und im Wesentlichen redaktionell fortentwickelt. Das *regionale Planungskonzept* als qualifiziertes Beteiligungsverfahren im Sinne eines Interessenausgleiches vor Ort bzw. auf der regionalen Ebene zwischen verschiedenen Krankenhausträgern und den Verbänden der Krankenkassen bietet den von der Krankenhausplanung unmittelbar Betroffenen Spielräume, die Planung zu beeinflussen. Die Letztentscheidung freilich obliegt auch bei Nutzung partizipativer Elemente, wie eines regionalen Planungskonzepts, dem Land. Es wird allerdings die Möglichkeit eröffnet, die Versorgungssituation vor Ort abzustimmen und entsprechende Vorschläge für die Fortschreibung des Krankenhausplans zu unterbreiten. Diese Vorschläge werden – nach gebotener Prüfung durch das Land – Bestandteil des Krankenhausplans (vgl. §§ 12 Abs. 2 S. 2, 14 Abs. 5 KHGG NRW). So stellt das regionale Planungskonzept einen wesentlichen Beitrag zu einer transparenten Entscheidungsfindung und der Einflussnahme auf die Inhalte der Krankenhausplanung dar.

In der bislang geltenden Fassung hatte die Vorschrift vorgesehen, dass die Verhandlungen spätestens nach drei Monaten abgeschlossen werden *sollen* (§ 14 Abs. 2 S. 4 KHGG NRW a. F.). In der *Umsetzungspraxis* waren diese Fristvorgaben allerdings in den seltensten Fällen eingehalten worden, Sanktionen hatte das Gesetz nicht vorgesehen. Der Zeithorizont für die Umsetzung des Krankenhausplans NRW 2015 etwa war aufgrund zögerlicher Verhandlungen in den Regionen nicht erreicht worden und dieses Ziel konnte selbst im Jahr 2017 nicht realisiert werden. Ursächlich dafür war vor allem, dass sich die Beteiligten vor Ort wechselseitig blockiert haben und dem Land die gesetzlichen Möglichkeiten fehlten, derartigen Konstellationen adäquat zu begegnen.

Die Novellierung sieht nunmehr vor, dass die Verhandlungen spätestens sechs Monate nach

<sup>5</sup> Vgl. etwa OVG Münster, Beschl. v. 11.03.2011 – 13 A 1745/10 –; Beschl. v. 08.01.2008 – 13 A 1571/07.

<sup>6</sup> Dazu umfassend Kaltenborn/Stollmann, NWWBl. 2008, S. 449 ff.; zur Zielsetzung der regionalen Planungskonzepte vgl. Lafontaine/Stollmann in: Becker/Bertram/Heitzig/Klöck/Lafontaine/Stollmann, KHGG NRW, 2016, § 14 Erl. 1.



ihrer Aufnahme abzuschließen *sind* (§ 14 Abs. 2 S. 4 KHGG NRW neue Fassung, n. F.). Soweit dies nicht der Fall ist, geht die Verfahrensleitung nach § 14 Abs. 2 S. 5 KHGG NRW n. F. unverzüglich und unmittelbar auf die zuständige Bezirksregierung über. Die Änderungen beinhalten das aus Sicht des Landes zwingend erforderliche *Beschleunigungselement*, um in den Regionen zügiger zu sachgerechten Ergebnissen zu kommen. Die Gesetzesänderung trägt in diesem Punkt auch der Judikatur Rechnung, wonach die Planungsbehörde sich für den Zeitraum, in dem ein regionales Planungskonzept verhandelt wird, ihr Initiativrecht zur Vornahme von Planungen nicht ausüben kann. Auch entsprechende Anträge, die parallel zu dem Planungskonzept vorgelegt werden, dürfen nicht beschieden werden, solange ein entsprechendes Planungskonzept verhandelt wird. Es besteht insoweit während des laufenden Verfahrens eine Zurückhaltungspflicht der Behörde.<sup>7</sup> Dem wird durch die Neuregelung begegnet.

### Krankenhausförderung

Mit § 21 a KHGG NRW wird eine Regelung betreffend die Förderung konkreter Investitionsmaßnahmen neu eingefügt. Dabei soll nach dem Willen des Gesetzgebers allerdings nicht die im Zuge der Gesetzesnovelle 2007 abgeschaffte Einzelförderung wieder eingeführt werden. Die Vorschrift schafft vielmehr die notwendige Rechtsgrundlage für eine *Schwerpunktförderung* „neben“ der pauschalen Förderung. Damit kann der in Teilen neue Ansatz der Krankenhausplanung durch einen optimierten Umgang mit Fördermitteln unterstützt werden. Mit den Mitteln sollen Maßnahmen gefördert werden, an denen ein übergeordnetes Versorgungsinteresse besteht und mit denen die Landesregierung Strukturveränderungen in der Krankenhauslandschaft zielgerichtet unterstützen oder Anreize hierfür bei den Krankenhäusern setzen kann.

So können über die Pauschalförderung hinaus Investitionskosten nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 KHGG NRW<sup>8</sup> – also nicht nach Nr. 2 der Vorschrift – einzeln gefördert werden, wenn und soweit das Investitionsprogramm entsprechende *Förderschwerpunkte* ausweist und das Vorhaben die dort aufgeführten Voraussetzungen erfüllt (§ 21 a Abs. 1 S. 1 KHGG NRW). Da nach der Gesamtkonzeption der Novelle strukturelle Planungsentscheidungen eng mit der Krankenhausfinanzierung verzahnt werden sollen, können hierzu sowohl die bauliche Umsetzung von planerischen Entscheidungen (z. B. effizienzsteigernde Ver-

lagerung von Kapazitäten bei Kooperationen, Fusionen, Aufgaben von Standorten) als auch Investitionen in sensible Bereiche (Hygiene, Intensivstationen oder Ähnliches) gehören. In diesem Punkt bedarf es also – ähnlich wie beim Krankenhaus(rahmen)plan – zunächst noch der weitergehenden Konkretisierung durch das Land in Gestalt eines (Sonder-)Investitionsprogramms. Letztlich könnte also mit diesem Förderinstrumentarium etwa auch ein „Landes“-Strukturfonds aufgelegt werden – ähnlich dem Strukturfonds nach KHG.<sup>9</sup> Bei alledem bleiben freilich die bundesrechtlichen Vorgaben und damit auch die Differenzierung nach dem Dualen System der Krankenhausfinanzierung unberührt.

Eine Förderung setzt eine entsprechende *Antragstellung* voraus (§ 21 a Abs. 2 S. 1 KHGG NRW), die sich denklogischerweise an den vorab vom Land vorgegebenen Förderschwerpunkten orientieren und mit diesen übereinstimmen muss.

Bestimmte *Fördergrundsätze* sind vom Gesetzgeber vorgegeben: So sind förderungsfähig nur die entstehenden und nachzuweisenden Kosten der bewilligten Investition, die bei Anwendung der Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit gerechtfertigt und für eine medizinisch zweckmäßige und ausreichende Versorgung des Patienten im Krankenhaus notwendig sind (§ 21 a Abs. 1 S. 3 KHGG NRW). Die Förderung von Investitionen kann nur im Rahmen der hierfür bereitstehenden Haushaltsmittel bewilligt werden (§ 21 a Abs. 2 S. 3 KHGG NRW). Eine Förderung kann zudem nur erfolgen, wenn die Gesamtfinanzierung der Maßnahme gesichert ist (§ 21 a Abs. 1 S. 2 KHGG NRW). Und entsprechend den Gepflogenheiten des Zuwendungsrechts ist eine Förderung ausgeschlossen, wenn vor Bewilligung der Förderung bereits mit der Maßnahme begonnen worden ist (Verbot des vorzeitigen Maßnahmebeginns); allerdings können im Einzelfall Ausnahmen zugelassen werden (§ 21 a Abs. 2 S. 5, 6 KHGG NRW).

Die Investitionsmaßnahme muss sodann in ein Investitionsprogramm des Landes aufgenommen sein (§ 21 a Abs. 2 S. 2 KHGG NRW). § 19 Abs. 2 KHGG NRW, wonach ein Rechtsanspruch auf Förderung erst mit der schriftlichen Bewilligung der Fördermittel entsteht und die Bewilligung mit Nebenbestimmungen versehen werden kann, die zur Verwirklichung des Gesetzeszwecks und zur Erreichung der Ziele des Krankenhausplans erforderlich sind, findet gemäß § 21 a Abs. 2 S. 4 KHGG NRW ebenfalls Anwendung.

Im Rahmen der vom Landesgesetzgeber gewollten Fokussierung auf ein konkretes Vorhaben

<sup>7</sup> OVG Münster, Ur. v. 19.08.2015 – 13 A 1725/14.

<sup>8</sup> Förderfähig sind damit „die Errichtung von Krankenhäusern (Neubau, Umbau, Erweiterungsbau) einschließlich der Erstausrüstung mit den für den Krankenhausbetrieb notwendigen Anlagegütern sowie die Wiederbeschaffung von Anlagegütern mit einer durchschnittlichen Nutzungsdauer von mehr als 15 Jahren (Baupauschale)“.

<sup>9</sup> Mit den durch das Gesetz zur Reform der Strukturen der Krankenhausversorgung (Krankenhausstrukturgesetz – KHSG vom 10.12.2015, BGBl. I S. 2229.) neu eingeführten §§ 12 bis 15 KHG sollen strukturverbessernde Maßnahmen der Länder mit dem Ziel einer bedarfsgerechten Krankenhausversorgung gefördert werden (dazu Sichert, KrV 2017, 186 ff.; Stollmann, PKR 2016, 34).



sollen den Krankenhasträgern Spielräume eingeräumt werden. So erfolgt die Förderung durch *Festbetrag* (§ 21 a Abs. 3 S. 1 KHGG NRW), der aufgrund *pauschaler Kostenwerte* festgelegt werden kann und Anreize setzen soll, die Investition sparsam zu verwirklichen (§ 21 a Abs. 3 S. 2 KHGG NRW). Unterschreiten die Kosten der Maßnahme den Förderbetrag, sind die Einsparungen zweckgebunden für förderungsfähige Maßnahmen nach § 18 Abs. 1 KHGG NRW zu verwenden, während Kostenerhöhungen vom Krankenhaus zu tragen

sind (§ 21 a Abs. 3 S. 3, 4 KHGG NRW). Das Nähere ist in der Bewilligung festzulegen. Eine in das Einzelne gehende Prüfung erfolgt im Rahmen der Bewilligung und der Schlussabrechnung nur, soweit hierfür besondere Gründe vorliegen (§ 21 a Abs. 3 S. 5 KHGG NRW).

**Dr. Frank Stollmann, Ltd. Ministerialrat**  
c/o Ministerium für Arbeit, Gesundheit und  
Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen  
Fürstenwall 25, 40219 Düsseldorf  
E-Mail: frank.stollmann@mags.nrw.de

## Buchbesprechung

# Der Abschluss des Arztvertrages durch einen minderjährigen Patienten

besprochen von Prof. Hans Böhme, Jurist in Jena/Schortens-Upjever

„Was wir sind, das sind wir durch Verträge“, so singt der Riese Fasolt in Wagners Rheingold. Medizinische Leistungen gründen auf einen Behandlungsvertrag, bei Inanspruchnahme eines Arztes auf den Arztvertrag. Minderjährige sind nicht voll geschäftsfähig, sodass hier in der Praxis die ersten Probleme auftreten, wenn die Erziehungsberechtigten nicht anwesend sind. Wenn man die Systematik der Geschäftsfähigkeitsregeln untersucht, kommt es auch auf die Stellung als Privat- oder Kassenpatient an, weshalb der Autor gerade auch dieses Thema untersucht.

Die Einwilligung in den medizinischen Eingriff hingegen verlangt nach verbreiteter Meinung lediglich die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Patienten und nicht etwa die Geschäftsfähigkeit. Hier kommt es nicht nur zu Konflikten mit dem Datenschutz, der Verschwiegenheitspflicht und dem Recht der/des Erziehungsberechtigten, sondern auch zu Fragen des Vertragsabschlusses.

Was tun, wenn z. B. die 17-jährige Patientin nicht will, dass die Eltern von ihrer Eileiterschwangerschaft erfahren?

Erstaunlicherweise hat sich bisher die Rechtswissenschaft mit diesem Konglomerat an Problemen nicht ausführlich beschäftigt. Die Rechtsprechung entscheidet nur einzelfallbezogen, wenn „das Kind in den Brunnen gefallen ist“. Erfreulicherweise hat sich der Autor in seiner Dissertation dieses Themas angenommen. Diese

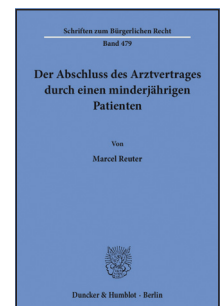
Promotionsarbeit wurde dankenswerterweise vom Verlag Duncker & Humblot veröffentlicht.

Nach dem Kapitel über den Behandlungsvertrag mit dem Privat- und dem Kassenpatienten behandelt der Autor ausführlich den Arztvertragsschluss sowohl mit dem nicht gesetzlich versicherten Minderjährigen als auch mit dem gesetzlich versicherten Minderjährigen anhand der Geschäftsfähigkeitssystematik.

Das Ergebnis ist für viele überraschend: Kann der minderjährige Kassenpatient in der Regel selbst den Arztvertrag abschließen, so ist das beim Privatpatienten nicht der Fall. Diese Diskrepanz nimmt der Autor zum Anlass, einen Vergleich zwischen den bisherigen Erkenntnissen und der Einwilligungsfähigkeit ausführlich herauszuarbeiten, um dann schließlich Lösungsversuche nach dem geltenden Recht – und nach einem Vergleich mit ausländischen Rechtsordnungen – künftige Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen.

Diese Arbeit ist eine Fundgrube für alle Fachjuristen und mit juristischen Fragen betrauten Entscheidern und Beratern, die sich mit Vertragsrecht beschäftigen.

Es ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber den Lösungsvorschlag des Autors aufgreift, § 630 d BGB um einen Abs. 4 zu ergänzen, dass der einwilligungsfähige, minderjährige Patient einen Arztvertrag selbstständig abschließen darf.



Marcel Reuter, *Der Abschluss des Arztvertrages durch einen minderjährigen Patienten*, 2018, Duncker & Humblot, Berlin, 378 Seiten, kartoniert, 99,90 Euro, ISBN: 978-3-428-15284-1

# Einwilligungserfordernis bei wahlärztlichen Eingriffen

von Ass. jur. Christoph Heppekausen und Ass. jur. Stefan Heuberger, beide in München

## Problemstellung

Der Bundesgerichtshof (BGH) wie auch die Instanzgerichte hatten sich mehrfach mit den rechtlichen Folgen einer vereinbarten wahlärztlichen Behandlung zu beschäftigen. In seiner vielbeachteten Entscheidung vom 19. Juli 2016 formulierte der BGH die Grundsätze und Grenzen der Einwilligung im Rahmen wahlärztlicher Leistungserbringung.<sup>1</sup> In dem Fall ging es darum, dass anstelle der gewünschten (und im Vorgespräch zur streitgegenständlichen Operation auch zugesagten) Behandlung durch den Chefarzt die stationär durchgeführte Operation ein nicht-liquidationsberechtigter Oberarzt durchgeführt hat.

Zwar bestätigte in dem vom BGH entschiedenen Fall der gerichtlich bestellte Sachverständige, dass der anstelle des Wahlarztes tätig gewordene nicht-liquidationsberechtigte Oberarzt lege artis vorgegangen war. Jedoch wertete der BGH, u. a. durch Verweis auf eine Entscheidung vom 11. Mai 2010,<sup>2</sup> die nicht vorliegende Einwilligung des Patienten in eine Durchführung der Operation durch einen nicht mittels Wahlarztvereinbarung gewählten Oberarzt als Verstoß gegen die Verhaltenspflichten. Diese Verhaltenspflichten verpflichten den Arzt nicht nur zur Sorgfalt bei der Behandlung des Patienten, sondern auch dazu, sich dessen Einwilligung in die Maßnahme zu versichern. Erklärt der Patient in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts, er wolle sich nur von einem bestimmten Arzt operieren lassen, darf ein anderer Arzt den Eingriff nicht vornehmen. Ist ein Eingriff durch einen bestimmten

Arzt, regelmäßig den Chefarzt, vereinbart oder konkret zugesagt, muss der Patient rechtzeitig aufgeklärt werden, wenn ein anderer Arzt an seine Stelle treten soll.<sup>3</sup>

Im Urteil vom 11. Mai 2010 geht der BGH insbesondere auf einige Grundsätze des totalen Krankenhausaufnahmevertrags ein. In diesem Kontext führt der BGH aus, dass, sofern die Einwilligung aber nicht eindeutig auf die Behandlung durch einen bestimmten Arzt beschränkt ist, sie sich grundsätzlich auch auf die Behandlung durch einen anderen Arzt erstreckt. Denn ein gesetzlich versicherter Patient erklärt sich beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag im Regelfall mit der Behandlung durch alle diejenigen Ärzte einverstanden, die nach dem internen Dienstplan zuständig sind. Bei dieser Regelform der stationären Krankenhausbetreuung hat der Patient damit grundsätzlich keinen Anspruch darauf, von einem bestimmten Arzt behandelt und operiert zu werden. Zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Behandlungsvertrag kann sich der Krankenträger vielmehr grundsätzlich seines gesamten Personals bedienen. Auch beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag bleibt es dem Patienten allerdings unbenommen, zu erklären, er wolle sich nur von einem bestimmten Arzt operieren lassen. Auch in diesem Fall darf ein anderer Arzt den Eingriff nicht vornehmen. Einen Anspruch darauf, dass der gewünschte Operateur tätig wird, hat der Patient jedoch nicht; er muss sich, wenn er nicht doch noch darin einwilligt, dass ein anderer Arzt den Eingriff vornimmt, gegebenenfalls damit abfinden, unbehandelt entlassen zu werden.<sup>4</sup>

Für die Rechtsprechung stand damit die konkrete Verhaltenspflicht des Behandelnden fest, sich genau an die Grenzen einer ausgesprochenen (bzw. schriftlich erklärten) Einwilligung zu halten. Wenn also die Einwilligung nur in Bezug auf einen bestimmten Operateur und behandelnden Arzt (Wahlarzt) erteilt ist, liegt hierin gleichzeitig die Vorgabe, dass andere Ärzte als dieser Benannte dann nicht hauptverantwortlich im Sinne der sogenannten Kernleistungen tätig werden dürfen.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 19.07.2016 – VI ZR 75/15.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 11.05.2010 – VI ZR 252/08.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 11.05.2010 – VI ZR 252/08 und Urt. v. 19.07.2016 – VI ZR 75/15.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 11.05.2010 – VI ZR 252/08.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu Walter/Heppekausen, PKR 3/2016, 76 ff.

## In aller Kürze

Verstöße gegen die Verhaltenspflichten aus Wahlleistungsvereinbarungen zwischen liquidationsberechtigtem Arzt und Patienten können insbesondere im Hinblick auf das Tätigwerden anderer Ärzte zu rechtlich erheblichen Konsequenzen führen, was im vorliegenden Beitrag anhand eines aktuellen Urteils des OLG Hamm dargestellt wird.

Auf diesem Ansatz beruhend kann von einer weitergehenden Verhaltenspflicht ausgegangen werden: Sollte sich herausstellen, dass der gewünschte und als solcher konkret benannte Wahlarzt nicht persönlich tätig werden kann, ist der Patient hierüber rechtzeitig aufzuklären und, sollten hier eventuell ersatzweise Vertreter in Betracht kommen, so ist die diesbezügliche Einwilligung des Patienten noch rechtzeitig vorher einzuholen.<sup>6</sup>

### Der Fall des OLG Hamm

Infolge dieser Rechtsprechung des BGH ist ein aktuelles Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Hamm vom 15. Dezember 2017 interessant, da es auf eben diesem Ansatz des BGH beruht. Weiter ist in diesem Fall interessant, dass die Klägerin nicht der Erbe der Patientin, sondern der gesetzliche Krankenversicherer war, der auf Ersatz der Aufwendungen für die Behandlung der Patientin geklagt hatte. Dies zeigt, wie sich eigentlich zivilrechtliche Problematiken auch auf den GKV-Bereich auswirken können.

### Der Sachverhalt

Die Klägerin ist gesetzlicher Krankenversicherer der am 1918 geboren und 2012 verstorbenen Patientin gewesen. Sie hat in der Hauptsache den Ersatz von Aufwendungen in Höhe von 30.000 Euro begehrt.

Die Patientin befand sich vom 1. Dezember 2011 an in stationärer Behandlung im Krankenhaus der Beklagten zu 1) (Träger des Krankenhauses). Insoweit bestand neben dem totalen Krankenhausaufnahmevertrag eine Wahlleistungsvereinbarung vom 12. Dezember 2011, die die Patientin, die bei der J AG zusatzversichert war, abgeschlossen hatte. Nach dieser Wahlleistungsvereinbarung war eine Chefarztbehandlung durch den Beklagten zu 2) vereinbart, der im Verhinderungsfall u. a. von der Beklagten zu 3) vertreten werden durfte.

Am 21. Dezember 2011 führte die Beklagte zu 3) eine Koloskopie durch, bei der es zu einem Einriss im Bereich der Rektumschleimhaut kam, der auf Scherkräfte im Rahmen der Koloskopie zurückzuführen war. Der Beklagte zu 2) war bei der Operation anwesend. Er hatte dabei allerdings die Funktion des Anästhesisten. Postoperativ wurde durch den Eingriff eine intensivmedizinische Behandlung mit Beatmung bis zum 30. Dezember 2011 erforderlich. Während der intensivmedizinischen Behandlung trat eine Sepsis auf. Am 30. Dezember 2011 wurde die Patientin auf die internistische Intensivstation verlegt, wo sie 2012 verstarb.

### Zum Prozessverlauf

Erstinstanzlich haben die Parteien insbesondere darüber gestritten, ob die Koloskopie indiziert gewesen ist, ob die Patientin zuvor hinreichend aufgeklärt worden ist, und ob der Eingriff schon mangels persönlicher Durchführung durch den Beklagten zu 2) rechtswidrig gewesen ist. Ferner haben die Beklagten die von der Klägerin erbrachten und berechneten Aufwendungen teilweise bestritten.

Das Landgericht Siegen hatte der Klage in vollem Umfang stattgegeben.<sup>7</sup> Die Durchführung der Koloskopie sei rechtswidrig gewesen, weil sie nicht von der Einwilligung der Patientin abgedeckt gewesen sei. Nach der abgeschlossenen Wahlleistungsvereinbarung hätte die Koloskopie von dem liquidationsberechtigten Beklagten zu 2) durchgeführt werden müssen. Ein Verhinderungsfall habe nicht vorgelegen, weil der Beklagte bei dem Eingriff anwesend gewesen sei. Wegen des Vorliegens eines nicht durch eine wirksame Einwilligung gedeckten Eingriffs seien die Beklagten verpflichtet, sämtliche darauf zurückführenden Aufwendungen als Schaden zu ersetzen. Das Bestreiten der Schadenspositionen sei angesichts der detaillierten Auflistungen der Klägerin unsubstantiiert. Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten, die das erstinstanzliche Begehren auf Klageabweisung weiter verfolgen.

Die Beklagten sind der Auffassung, dass die Aufgabenverteilung bei der Koloskopie den Anforderungen der Wahlleistungsvereinbarung entsprochen habe. Sie verweisen darauf, dass der Beklagte zu 2) persönlich anwesend gewesen sei. Er habe den gesamten Untersuchungsvorgang auf großen Videomonitoren simultan überwacht und ständig beobachtet. Seine Fähigkeiten, Erfahrungen und erweiterten Kenntnisse hätten deshalb zur Verfügung gestanden.

Überdies greife die Rechtsprechung zur Erbringung von Wahlleistungen deshalb nicht, weil es sich bei der Koloskopie nicht um eine Kernleistung gehandelt habe. Hinzu komme, dass nach den aktuellen Leitlinien die Koloskopie mit Untersuchung und Sedierung zwingend von zwei Ärzten durchgeführt werden müsse. Die Unterzeichnung der Wahlleistungsvereinbarung enthalte deshalb zwingend auch die Einwilligung, dass anderes Personal an der Operation mitwirkt. Überdies zeige die Unterzeichnung der Wahlleistungsvereinbarung, dass es der Patientin nicht darum gegangen sei, dass ausschließlich der Beklagte zu 2) die Operation durchführt.

<sup>6</sup> Vgl. Walter/Heppe-kausen, a. a. O.

<sup>7</sup> LG Siegen, Urt. v. 28.04.2017 – Az. 2 O 329/14.



Die Klägerin verteidigt die angefochtene Entscheidung. Der Beklagte zu 2) hätte den Eingriff persönlich vornehmen müssen. Ein Vertretungsfall habe nicht vorgelegen. Die Patientin sei auch nicht über eine Verhinderung des Beklagten zu 2) informiert worden. Die getroffene Vereinbarung sei ohnehin unwirksam gewesen. Es habe sich bei der Koloskopie auch um eine unter die Vereinbarung fallende Kernleistung gehandelt. Der Beklagte zu 2) habe deshalb den Eingriff nicht delegieren dürfen. Zur Durchführung der Anästhesie hätte er gegebenenfalls den liquidationsberechtigten Anästhesisten hinzu holen müssen.

### Aus den Entscheidungsgründen

Das OLG Hamm stellte in seinem Urteil der Linie des BGH folgend klar, dass die Beklagten für sämtliche Folgen der Behandlung schon deshalb haften, weil die Behandlung mangels wirksamer Einwilligung der Patientin insgesamt rechtswidrig gewesen ist. Das OLG Hamm stellt in dem Urteil grundsätzlich eine rechtswidrige Behandlung wegen Nichteinhaltung der Voraussetzungen der Wahlleistungsvereinbarung fest.

Den Wertungen aus dem Urteil des BGH vom 19. Juli 2016<sup>8</sup> folgend, urteilte das OLG Hamm, dass sich der Behandelnde der Einwilligung des Patienten in die Maßnahmen zu versichern habe. Erklärt der Patient in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts dabei, dass er sich nur von einem bestimmten Arzt operieren lassen wolle, darf ein anderer Arzt den Eingriff nicht vornehmen.

Ist ein Eingriff durch einen bestimmten Arzt vereinbart oder konkret zugesagt, muss der Patient nach dem Urteil des OLG Hamm unter Bezugnahme auf das Urteil des BGH vom 19. Juli 2016 hierüber rechtzeitig aufgeklärt werden, und er muss zustimmen, wenn ein anderer Arzt an die Stelle des vorher bestimmten Wahlarztes treten soll. Sofern die Einwilligung nicht eindeutig auf die Behandlung durch einen bestimmten Arzt beschränkt ist, erstreckt sie sich grundsätzlich auch auf die Behandlung durch einen anderen Arzt.<sup>9</sup>

Dabei verweist das OLG Hamm in dem Urteil darauf, dass eine Übernahme durch einen anderen Arzt als den Wahlarzt nach der Vereinbarung nur im Falle einer unvorhergesehenen Verhinderung zulässig ist, wenn es eindeutig ist, dass ein bestimmter Arzt (der Wahlarzt) tätig werden soll. Dies ist seit Langem Stand der Rechtsprechung und wird in den üblichen Formularen so umgesetzt. Fehlt die wirksame Einwilligung in die Vornahme des Eingriffs, ist nach der Recht-

sprechung des OLG Hamm der in der ärztlichen Heilbehandlung liegende Eingriff in die körperliche Integrität rechtswidrig.

Das OLG Hamm bewertet einen Wahlarztvertrag als Vereinbarung im Vertrauen auf die besonderen Erfahrungen und die herausgehobene medizinische Kompetenz des darin vom Patienten ausgewählten Arztes. Aus Sorge um seine Gesundheit schließt der Patient gegen Entrichtung eines zusätzlichen Honorars einen Vertrag, in dem er sich gerade diese sichern will. Dies ist Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts, das sich vorliegend vor allem in der Wahl der Person des Behandelnden ausdrückt.<sup>10</sup> Der (postoperative) Gesundheitszustand ist dann, wie im Fall des BGH aus dem Jahr 2016, irrelevant.

Aus diesem Verständnis heraus, muss der Wahlarzt die vereinbarte Leistung persönlich erbringen, es sei denn, es wurde wirksam eine Stellvertretung vereinbart. Der BGH nimmt hierbei Bezug auf die Verpflichtung aus der Wahlleistungsvereinbarung und § 613 S. 1 BGB.<sup>11</sup>

Was der Leistungsinhalt genau ist, stellt das OLG Hamm unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH zu den sogenannten Kernleistungen heraus. Dabei muss nach OLG Hamm – unter Bezugnahme auf das Urteil des BGH vom 11. Mai 2010 – ein als Wahlarzt verpflichteter Chirurg die geschuldete Operation grundsätzlich selbst durchführen, sofern er mit dem Patienten nicht eine Ausführung seiner Kernleistung durch einen Stellvertreter wirksam vereinbart hat.<sup>12</sup>

Die gebührenrechtliche Entsprechung findet sich in § 4 Abs. 2 S. 1 der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ). Nach der Rechtsprechung des BGH kann der Arzt Gebühren nur für selbstständige ärztliche Leistungen berechnen, die er selbst erbracht hat oder die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden.<sup>13</sup> Zwar sind dabei einfache ärztliche und sonstige medizinische Verrichtungen delegierbar, aber die seine Disziplin prägende Kernleistung muss persönlich und eigenhändig erbracht werden.

Das OLG Hamm prüft und subsummiert in seiner Entscheidung diese Punkte der BGH Rechtsprechung sodann wie folgt:

1.) Bei der Koloskopie handelte es sich um eine solche die Innere Medizin prägende Kernleistung. Es ging um einen operativen Eingriff mit nicht unerheblichen Risiken und möglichen Schwierigkeiten. Es kam maßgeblich auf die Fähigkeiten des Operateurs an. Insoweit ist es unerheblich, ob die Koloskopie die alleinige operative Leistung sein sollte oder ob diese neben anderen Eingriffen

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 19.07.2016 – VI ZR 75/15.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 11.05.2010 – VI ZR 252/08.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 19.07.2016 – VI ZR 75/15.

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2007 – III ZR 144/07.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 11.05.2010 – VI ZR 252/08.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2007 – III ZR 144/07.



erfolgte. In beiden Fällen besteht das erkennbare Interesse des Patienten daran, sich hierfür durch die Wahlleistungsvereinbarung die fachliche Expertise des Wahlleistungsarztes zu verschaffen. Daher war die Koloskopie persönlich zu erbringen. Damit ist in diesem Fall auch keine Delegation einfacher ärztlicher Verrichtungen zu bejahen.

2.) Mangels Vertretervereinbarung (Individualvereinbarung) bzw. mangels einer (formularmäßig) vereinbarten Vertretung bei unvorhersehbarer Verhinderung des Wahlarztes als Operateur bestand somit kein Vertretungsfall und damit keine rechtmäßige Ersetzung des gewünschten Arztes. Grundsätzlich ergibt sich zwar eine Vertretungsmöglichkeit aus dem Umkehrschluss aus § 2 Abs. 3 S. 2, § 4 Abs. 2 S. 3 und § 5 Abs. 5 GOÄ. Dies erfordert aber gerade eine wirksame Vereinbarung oder eine unvorhergesehene Absenz, an denen es hier aber eben mangelt.

3.) In diesem Fall war der Arzt aber als Anästhesist anwesend. Das OLG Hamm prüfte daher nun, ob der Wahlarzt seiner Leistungspflicht durch Anwesenheit und Supervision nachgekommen war, die einer eigenen Leistung nach der Rechtsprechung des BGH gleichzusetzen ist (s. o. „unter Aufsicht nach fachlicher Weisung“).<sup>14</sup>

Dem widersprach das OLG Hamm, denn der eigentlich als Operateur gewählte Arzt war in diesem Fall als Anästhesist für die korrekte Durchführung der Anästhesie verantwortlich und damit insbesondere mit der Überwachung von Puls, Blutdruck und Sauerstoffsättigung beschäftigt.

Er war deshalb organisatorisch für diesen Bereich (Anästhesie) zuständig und nicht für den chirurgischen Bereich der Operation. Er hatte diesen Bereich auch tatsächlich auszufüllen und konnte das chirurgische Geschehen nicht, wie die unstreitig tatsächlich mit der Führung der Instrumente befasste Operateurin, beobachten und beeinflussen. Das gilt insbesondere für das Augenblicksversagen während des Eingriffs bei dem die Schädigung schon passiert sein konnte, wenn sie dem eigentlich gewählten aber die Anästhesie führenden Arzt erkennbar wurde.

Darüber hinaus muss der als Anästhesist tätig werdende Arzt auch anästhesiologische Notfallsituationen beherrschen und ist dann nicht in der Lage, die Koloskopie zu beeinflussen. Nach Ansicht des OLG Hamm war deshalb eine Supervision hier mit der eigenhändigen Erbringung nicht zu vergleichen. Ebenfalls war diese Fallgestaltung auch nicht vergleichbar mit der Operation durch einen Assistenzarzt unter Aufsicht des Oberarztes. Denn in diesem Fall sind beide Mediziner im selben Fachgebiet tätig.

4.) Abschließend prüfte das OLG Hamm den Einwand, dass die Patientin mit der so erbrachten Leistungserbringung einverstanden gewesen wäre. Nach der Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 2016 gibt es zwar dogmatisch grundsätzlich den Einwand, wonach ein eingetretener Schaden auch bei anderer möglicher Verhaltensweise entstanden wäre, weshalb dann die Ersatzpflicht wegen des stattdessen erfolgten Verhaltens entfällt. Allerdings ist dieser Einwand nur dann erheblich, wenn er von dem jeweiligen Schutzzweck der Norm, um die es geht, gedeckt ist. Diese Norm lautet bei ärztlichen Eingriffen: Keine OP ohne wirksame Einwilligung des betroffenen Patienten.<sup>15</sup>

Hinsichtlich der Person des Operateurs, so der Patient ihn ausdrücklich gewählt, also ihm die „Eingriffsbefugnis“ verliehen hat, ist nach dem BGH ein solcher Einwand aber generell unzulässig. Vielmehr gibt es bei einer solchen ausdrücklichen Personenbezogenheit per se keine Alternative.<sup>16</sup> Hieran schließt sich das OLG Hamm an. Dabei kann es nach dem OLG Hamm dahingestellt bleiben, ob es sich um eine Frage des rechtmäßigen Alternativverhaltens oder der hypothetischen Einwilligung handelt.

In beiden Fällen gilt nach OLG Hamm: Den Beklagten ist der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens verwehrt, weil dies dem Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses bei ärztlichen Eingriffen widerspricht. Der Arzt, der ohne eine auf seine Person bezogene Einwilligung des Patienten operiert hat, kann sich nicht darauf berufen, dass der Patient mit der Vornahme des Eingriffs durch einen anderen Operateur einverstanden gewesen sei. Könnte er sich mit diesem Einwand einer Haftung entziehen, bliebe der rechtswidrige Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten sanktionslos. Dasselbe gilt nach OLG Hamm wegen identischer Interessenlage auch bei der Einordnung in den Bereich der hypothetischen Einwilligung.

Damit führte dies zur Zurückweisung der Berufung. Die Revision wurde nicht zugelassen.

## Fazit

Das OLG Hamm setzt (konsequent) die Rechtsprechung des BGH zu Wahlleistungen, persönlicher Leistungspflicht und zum sog. rechtmäßigen Alternativverhalten um.

Bemerkenswert dabei ist, dass die Entscheidung eben gerade nicht (nur) aus einer fachlich falschen Behandlung resultierte. Gemäß den Entscheidungsgründen des Urteils des OLG Hamm kann es vielmehr dahingestellt bleiben,

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2007 – III ZR 144/07.

<sup>15</sup> Walter/Heppekausen, a. a. O.

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 19.07.2016 – VI ZR 75/15.

ob Ansprüche wegen Behandlungsfehlern bestehen. Die Entscheidung resultiert aus der Tatsache, dass sich die Einwilligung nur auf den Wahlarzt beschränkte und dieser der vertraglichen Leistungspflicht im Rahmen der Wahlleistungsvereinbarung nicht nachkam.

Damit zeigt sich, wie wichtig es ist, sich bei der Vereinbarung von Wahlleistungen, die rechtlich grundsätzlich nicht infrage stehen, im Bedarfsfall um eine rechtmäßige Vertretervereinbarung zu bemühen und die rechtlichen Vorgaben einzuhalten. Andernfalls drohen rechtliche Konsequenzen.

Aber auch in der Entscheidung des OLG Hamm wurden keine neuen Ansätze der Recht-

sprechung deutlich. Die Instanzgerichte folgen der bekannten BGH-Rechtsprechung in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen ein Wahlarzt rechtmäßig vertreten werden darf (unvorhersehbare Verhinderung des Wahlarztes und entsprechende Aufklärung im Vorfeld bzw. individuelle Stellvertretervereinbarung).<sup>17</sup>

**Ass. jur. Christoph Heppekaufen**

Leiter Stabstelle Recht

**Ass. jur. Stefan Heuberger**

Rechtsreferent

Bayerische Krankenhausgesellschaft e. V.

Radlsteg 1

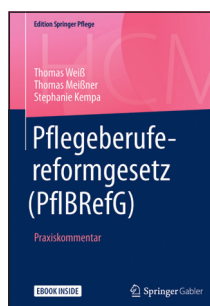
80331 München

<sup>17</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 14.02.1989 – VI ZR 65/88, BGHZ 391, 397 f.; BGH, Urt. v. 20.12.2007 – III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 Rn. 7 ff.

## Buchbesprechung

# Pflegeberufereformgesetz (PflBRefG), Praxiskommentar

besprochen von Prof. Hans Böhme, Jurist in Jena/Schortens-Upjever



Thomas Weiß, Thomas Meißner, Stephanie Kempa, Pflegeberufereformgesetz (PflBRefG), Praxiskommentar, 2018, Verlag Springer Gabler, Wiesbaden, 375 Seiten, gebunden, 39,99 Euro, ISBN: 978-3-658-20944-5

Der vorliegende Praxiskommentar präsentiert Gesetzestexte, gibt Erläuterungen zu Hintergründen und Entstehungsgeschichte und liefert Hinweise für konkrete Umsetzungsmöglichkeiten bei der Ausgestaltung der neuen Ausbildungswege. Die Publikation enthält bereits die gemeinsamen Vorschläge nach § 56 Abs. 4 Pflegeberufegesetz (PflBG) zur Finanzierung der beruflichen Ausbildung in der Pflege, zum Finanzierungsverfahren und zur Datenverarbeitung. Der kompakte und verständlich geschriebene Ratgeber wendet sich an alle, die mit der Ausgestaltung der Pflegeausbildung zu tun haben.

Prof. Dr. jur. Thomas Weiß ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht in Kiel, Lehrbeauftragter für Arbeits- und Sozialrecht an der Fachhochschule in Kiel, Vorsitzender der Schiedsstelle SGB XI in Schleswig-Holstein

und Mitglied im Beirat des Pflegerechtstages in Berlin.

Thomas Meißner ist Mitglied des Deutschen Pflegerates Berlin, Gründungs- und Vorstandsmitglied im Anbieterverband qualitätsorientierter Gesundheitseinrichtungen e. V. (AVG) Berlin, Geschäftsführer und Gesellschafter der Häusliche Krankenpflege Meißner u. Walter GmbH Berlin und Fachkrankenpfleger für Anästhesie und Intensivmedizin.

Stephanie Kempa ist im Landesamt für soziale Dienste, Dezernat Gesundheitsberufe in Schleswig-Holstein tätig.

Der Kommentar ist praxisnah und aktuell. Für alle, die mit Fragen der Pflegeausbildung befasst sind, ist dieses handliche, inhaltsreiche, interdisziplinär verfasste und überdies preiswerte Buch als Hilfsmittel empfehlenswert.

# Der Streik in Gesundheitseinrichtungen

von Thorsten Siefarth, Rechtsanwalt in München

## Problemstellung

Das gab es bis dahin im Gesundheitsbereich so noch nie: An der Charité in Berlin kulminierte Mitte 2015 eine dreijährige Tarifaueinandersetzung in einem elftägigen Vollstreik. Auch im September 2017 gab es dort Arbeitsniederlegungen. Im Saarland versuchte man, es den Berlinern nachzumachen: Verdi hatte die Arbeitgeber von 21 Krankenhäusern aufgefordert, in Tarifgespräche einzutreten. Da die Arbeitgeber jedoch nicht mitzogen, entschloss man sich zu einem Warnstreik.

Sind Krankenhäuser und Pflegeunternehmen bislang von Arbeitskämpfen weitgehend verschont geblieben, so könnte sich das in Zukunft ändern. Der Druck vonseiten der Arbeitnehmervertreter wächst. Anlass genug, den rechtlichen Rahmen für Streiks in Krankenhäusern und Pflegeunternehmen auszuloten, insbesondere die Voraussetzungen und Grenzen dieser Arbeitskämpfmaßnahmen.

## Kein Tabu mehr

In der jungen Bundesrepublik waren Streiks in Krankenhäusern oder Pflegeunternehmen ein Tabu. Vor allem deswegen, weil Kranke und Pflegebedürftige nicht unversorgt bleiben sollten. 1989 gab es dann erstmals flächendeckende Streiks in Krankenhäusern, allerdings nur als sehr vorsichtige und zurückhaltende Warnstreiks. Noch immer war ein Arbeitskampf zu Lasten der Patienten nicht gewollt. Hinzutreten der eine oder andere Delegationsstreik. Nicht Ärzte oder Pflegekräfte streiken, vielmehr wurde der Streik an weniger heikle Bereiche delegiert, z. B. an die Küche oder den Sterilisationsbereich.

Ein Sonderfall war der erst- und einmalige Streik angestellter Ärzte. Am 16. Juni 2006 legten bundesweit ca. 14.000 Ärzte in 41 Unikliniken und Landeskrankenhäusern ihre Arbeit nieder. Für Unikliniken und kommunale Krankenhäuser einigte man sich auf Tarifverträge. Ein erster Erzwingungsstreik für das Personal (außer Ärzten) fand 2005 an den Unikliniken in Baden-Württemberg statt. Seither nahmen Streiks in Krankenhäusern zu. Pflegeeinrichtungen hingegen waren von Streiks bislang nicht betroffen.

Aktuell kommt es in der Gesundheitsbranche zwar immer noch nur sehr zögerlich zu Streiks. Gerade aber die Streiks bei den Fluggesellschaften und bei der Bahn haben gezeigt, dass auch im Bereich der gesundheitlichen Grundversorgung Arbeitskämpfmaßnahmen durchaus möglich sind. Dass es zwar Grenzen gibt, im medizinisch-pflegerischen Bereich durchaus besondere, ist selbstverständlich. Gleichwohl garantiert Art. 9 Abs. 3 GG auch hier das Recht auf Arbeitskampf und damit auf einen Streik.

## Streikrecht ist Richterrecht

Das Streikrecht wurde in Deutschland nicht durch den Gesetzgeber bestimmt. Immerhin erkennt Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG den Arbeitskampf indirekt an, indem er dem Staat untersagt, in Arbeitskämpfmaßnahmen einzugreifen. Auch die Verfassungen der Bundesländer erwähnen den Streik, ebenso die Europäische Sozialcharta (Art. 28) und einzelne Bundesgesetze. Dennoch ist das Arbeitskämpfrecht, insbesondere das Streikrecht, im Arbeitsrecht ein prominentes Beispiel dafür, wie die Rechtsprechung rechtsetzend tätig wird. Rechtsdogmatisch im höchsten Maße bedenklich.

## Streikrecht in kirchlichen Einrichtungen

Ein weiterer Punkt sorgt seit jeher für Streitigkeiten: Gibt es in den Kirchen und den ihnen zugeordneten Einrichtungen ein Streikrecht oder schließen die Schlichtungsregelungen des „Dritten Wegs“ dieses Arbeitskämpfmittel aus? Die Frage ist insbesondere für Krankenhäuser und Pflegeunternehmen bedeutsam, die sich in den Händen von Caritas und Diakonie befinden.

Die Kontrahenten stehen sich fast unversöhnlich gegenüber. Die Vertreter der Kirchen berufen sich auf das verfassungsmäßig gewährleistete

## In aller Kürze

Streiks in Gesundheitseinrichtungen waren früher selten, kommen heute durchaus häufiger vor. Die Rechtsgrundlagen und dabei auftretenden Rechtsprobleme stellt dieser Beitrag anschaulich dar.

Recht der Kirchen auf Selbstbestimmung (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 Weimarer Reichsverfassung, WRV). Danach dürfen sie für ihre Einrichtungen die Löhne und Arbeitsbedingungen in paritätisch besetzten Gremien aushandeln (Arbeitsrechtliche Kommissionen). Die Grundsätze der Glaubens- und Sittenlehre schließen dabei Kampfmittel wie Streik und Aussperrung als unzumutbar aus. Die Gegenmeinung erwidert jedoch, dass das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nur „im Rahmen der für alle geltenden Gesetze“ besteht. Es könne die ebenfalls verfassungsrechtlich garantierte Betätigungsfreiheit der Koalitionen aus Art. 9 Abs. 3 GG und somit das Streikrecht nicht ausschließen.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) versucht in seiner Entscheidung vom 20. November 2012 (Az. 1 AZR 611/11), beide Positionen zu versöhnen. Nach dem Urteil ist das Streikrecht grundsätzlich ausgeschlossen. Aber nur dann, wenn der „Dritte Weg“ praktiziert wird und die Gewerkschaften dabei ausreichend organisatorisch eingebunden sind. Ist das nicht der Fall, dann darf sie kirchliche Mitarbeiter zum Streik aufrufen, um den Abschluss von Tarifverträgen zur Regelung der Mindestarbeitsbedingungen ihrer Mitglieder zu erzwingen. 2012 war die ausreichende Einbindung der Gewerkschaften jedenfalls noch nicht erfolgt. Ob die bisherigen Initiativen der evangelischen und katholischen Kirche ausreichen, ist zumindest zweifelhaft.

Gehen Gewerkschaften und Kirchen hingegen den „Zweiten Weg“ (Aushandeln eines Tarifvertrags), so besteht grundsätzlich die Möglichkeit des Streiks. Nicht allerdings, so hat das BAG für diesen Fall klargestellt, wenn eine Gewerkschaft zuvor eine absolute Friedenspflicht vereinbart und einem Schlichtungsabkommen zugestimmt hat, nach dem im Konfliktfall anstelle von Arbeitskampfmaßnahmen eine Schlichtungsstelle über das Zustandekommen des Tarifvertrags entscheiden soll.

### Der Weg zum Streik

Streiks sind ein Mittel des Arbeitskamps in der Auseinandersetzung um einen Tarifvertrag. Am Anfang dieser Auseinandersetzungen stehen die Tarifverhandlungen. Während der Verhandlungen herrscht Friedenspflicht, ein Streik wäre rechtswidrig. Aber auch wenn die Verhandlungen ins Stocken geraten, darf noch nicht sofort zum Streik aufgerufen werden. Das wäre unverhältnismäßig. Die Tarifvertragsparteien müssen zunächst alle Möglichkeiten ausschöpfen, um einen Arbeitskampf zu vermeiden. Dazu ver-

einbaren die Koalitionen in aller Regel ein Schlichtungsverfahren vor einer paritätisch besetzten Schlichtungsstelle. Haben Arbeitgeber und Arbeitnehmervertreter dies vorher so vereinbart (eher selten der Fall), dann wird der Schlichterspruch automatisch verbindlich. Er hat die Wirkungen eines Tarifvertrags. Ist das nicht geschehen und nehmen die Akteure den Schlichterspruch auch nicht im Nachhinein an, so ist damit das Schlichtungsverfahren gescheitert. Erst jetzt endet die Friedenspflicht und die Tarifvertragsparteien können in den Arbeitskampf ziehen. Dieser wird meistens nach einer Urabstimmung eingeleitet. Verpflichtend ist sie jedoch nicht, schon gar nicht gesetzlich.

### Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die Beschreibung des Wegs zum Streik hat bereits erste Zulässigkeitsvoraussetzungen angedeutet. Über allem steht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der eine gründliche Abwägung der gegenläufigen Interessen verlangt. Aber es gibt noch weitere Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um einen Streik zu rechtfertigen.

### Tariffähige und zuständige Organisationen

Den Arbeitskampf, und damit auch Streiks, dürfen nur die Tarifvertragsparteien führen. Das sind auf der einen Seite vor allem die einzelnen Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände, auf der anderen die Gewerkschaften (§ 1 Abs. 1 Tarifvertragsgesetz, TVG). Träger des Streikrechts ist jedoch nicht eine Gewerkschaft, sondern die Belegschaft. Das bedeutet: Auch Arbeitnehmer, die nicht gewerkschaftlich organisiert sind, dürfen am Streik teilnehmen. Entscheidend ist lediglich, dass eine Gewerkschaft zu dem Streik aufgerufen hat.

Streikt eine Belegschaft, ohne dass eine Gewerkschaft zum Streik aufgerufen hätte, handelt es sich um sogenannte „wilde Streiks“, diese sind rechtswidrig. Der Arbeitgeber hat das Recht, den streikenden Arbeitnehmern zu kündigen.

Unzulässig ist es auch, wenn Betriebsräte zum Führen von Streiks aufrufen. Nach § 74 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) sind Maßnahmen des Arbeitskamps zwischen Arbeitgebern und Betriebsrat unzulässig. So dürfen deren Büros beispielsweise auch nicht als Streikzentralen missbraucht werden. Selbstverständlich dürfen Betriebsratsmitglieder in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer und Gewerkschaftsmitglied am Streik teilnehmen. Außerdem ist es zulässig, wenn bei Haustarifverträgen die Gewerkschaftsvertreter in Kooperation mit den gewerkschaft-



lich organisierten Betriebsratsmitgliedern die Verhandlungen mit der Geschäftsleitung führen.

### **Tarifvertraglich regelbares Ziel**

Streiks müssen tariflich regelbare Ziele verfolgen. Deswegen sind Streiks mit politischen Zielen oder als Solidaritätsaktion rechtswidrig. Das Ziel muss außerdem tarifrechtlich zulässig sein. Der mit dem Streik erstrebte Tarifvertrag muss also rechtlich Bestand haben.

In den Tarifauseinandersetzungen an der Charité im Jahr 2015 ging es um eine „Mindestbesetzung in allen patientennahen Bereichen“ sowie um begleitende Maßnahmen wie eine Gesundheitskommission, die Empfehlungen für „gute und gesunde Arbeit“ erarbeitet, deren verbindliche Umsetzung begleitet und als Ansprechpartner für die Beschäftigten fungiert. Die Arbeitgeberseite wandte im einstweiligen Verfügungsverfahren dagegen ein, es handele sich um keine tariflich regelbaren Ziele, weder als Inhalts- noch als Betriebsnorm. Vielmehr liege ein grob rechtswidriger Eingriff in die durch Art. 2 GG und Art. 12 GG geschützte Unternehmerfreiheit vor.

Diese Einwände wurden zunächst vom Arbeitsgericht Berlin, dann vom Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin-Brandenburg in seinem Urteil vom 24. Juni 2015 (Az. 26 SaGa 1059/15) jedoch abschlägig beschieden. Dazu heißt es in den Leitsätzen der Entscheidung: *„Quantitative Besetzungsregeln sind als tariflich regelbare Ziele durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seit langem anerkannt [...]. Gerade die Einflussnahme des Arbeitgebers auf die Belastung der Belegschaftsmitglieder in einem Personalbemessungssystem kann durch betriebliche Normen geregelt werden. Diese gelten nach § 3 Abs. 2 TVG für alle Betriebe des Arbeitgebers [...]. Die tarifvertragsfreie Unternehmensautonomie geht nicht so weit, dass die Gewerkschaften darauf beschränkt sind, nur soziale Folgewirkungen unternehmerischer Entscheidungen zu regeln.“*

### **Einhaltung der tariflichen Friedenspflicht**

Es wurde bereits eingangs erläutert, dass die Friedenspflicht erst dann endet, wenn die Tarifverhandlungen gescheitert sind. Bleibt noch zu ergänzen, dass die Tarifvertragsparteien darüber hinaus eine Friedenspflicht vereinbaren können, die sogenannte absolute Friedenspflicht: Innerhalb des vereinbarten Zeitraumes sind Arbeitskämpfe verboten, selbst wenn es um Angelegenheiten geht, die der jeweilige Tarifvertrag nicht erfasst. Die relative Friedenspflicht muss nicht eigens vereinbart werden. Sie entspringt jedem Tarifvertrag und verbietet den Arbeitskampf für

dessen Laufzeit und für die tariflich geregelten Gegenstände. Streiks, die während der laufenden Friedenspflicht stattfinden (Warnstreiks) sind umstritten. Die Rechtsprechung hält sie für rechters.

In dem Rechtsstreit um den Streik an der Charité ging es zentral auch darum, ob die Gewerkschaft Verdi mit dem Streikaufruf die Friedenspflicht verletzt hatte. Die Arbeitgeberseite macht geltend, in den Haustarifverträgen aus dem Jahr 2011 das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung austariert zu haben. Wenn die Gewerkschaft nun Mindestpersonalregelungen fordere, würde das den alten Haustarifvertrag berühren, für den aber gerade die (relative) Friedenspflicht gelte. Das LAG Berlin-Brandenburg erkennt zwar grundsätzlich an, dass der Arbeitgeber aus der den Firmentarifverträgen inwohnenden Friedenspflicht gegen einen Streik geschützt sein kann. Bei den angestrebten tariflichen Regelungen ging es Verdi aber um den Überlastungsschutz mit dem Ziel der Anpassung der Arbeitsintensität an die psychischen und physischen Möglichkeiten der Belegschaftsmitglieder an das Leistbare. Es stand mithin nicht eine höhere Vergütung für geleistete Arbeit im Streit. Die Kostensteigerung sei allenfalls ein Reflex. Im Ergebnis dienen die Streikziele dazu, die bereits getroffenen tariflichen Regelungen strukturell zu ergänzen, ohne dass in deren konkrete Inhalte eingegriffen würde.

### **Arbeitskampf als letztes Mittel (Ultima Ratio)**

Der Arbeitskampf muss verhältnismäßig sein, insbesondere müssen zunächst die mildereren Mittel ausgeschöpft werden („Ultima-Ratio-Prinzip“). Regelmäßig ist das erst dann der Fall, wenn die Verhandlungsbemühungen ausgeschöpft und gescheitert sind (oder mit großer Wahrscheinlichkeit zu scheitern drohen).

### **Faire Kampfführung (Übermaßverbot)**

In Krankenhäusern und Pflegeunternehmen darf ein Streik nicht dazu führen, dass die Patienten und Pflegebedürftigen gefährdet werden. Würde das als Druckmittel eingesetzt, dann verstieße das gegen den Grundsatz der fairen Kampfführung in einem Streik. Deswegen muss im medizinisch-pflegerischen Bereich dafür gesorgt werden, dass im Falle eines Streiks die Notfallversorgung über einen entsprechenden Plan sichergestellt ist. Für den gesamten Bereich der Daseinsvorsorge, z. B. auch bei der Versorgung mit Strom, Gas und Wasser, gilt, dass das Gemeinwohl nicht verletzt werden darf.

### Rechtsfolgen eines rechtmäßigen Streiks

Bei einem Streik legen die Arbeitnehmer ihre Arbeit nieder (um vom Arbeitgeber die Zustimmung zum Abschluss eines Tarifvertrags zu erzwingen). Damit wird der Arbeitsvertrag mit den jeweils Streikenden außer Kraft gesetzt, er ist bis auf Weiteres schwebend unwirksam. Das Arbeitsverhältnis ruht. Dass der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung erbringt, stellt keine Vertragsverletzung dar. Auf der anderen Seite braucht der Arbeitgeber keinen Lohn zu zahlen (§ 614, 1 BGB, § 326 I 1 BGB, § 275 I BGB). Da die Niederlegung der Arbeit kein Vertragsbruch ist, darf der Arbeitgeber keine Maßregeln gegen den Arbeitnehmer ergreifen oder ihm gar wegen der Teilnahme am Streik während oder nach dem Streik kündigen.

Für die Arbeitnehmer ergibt sich das Problem, dass sie während des Streiks auf ihren Lohn verzichten müssen. Gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer werden in dieser Zeit jedoch von ihrer Gewerkschaft finanziell unterstützt. Sie erhalten circa 50 bis 70 Prozent des Verdienstausfalls, der aber einkommensteuerfrei ist. Für den Erfolg eines Streiks ist also der Füllstand der Streikkassen mitentscheidend. Nicht-Organisierte dürfen zwar unmittelbare Streikarbeit ablehnen, erhalten aber kein Streikgeld. Wegen der staatlichen Neutralitätspflicht erhalten sie auch kein Arbeitslosengeld (§ 160 SGB III).

Wer nicht am Streik teilnimmt, der muss seiner Arbeit nachgehen. Er darf sie nur dann verweigern, wenn durch den Streik ein Arbeiten nicht mehr möglich ist. Er behält dann seinen vollen Anspruch auf Entlohnung. Denkbar ist dies z. B. in einer Produktionsstätte, in der die Produktion wegen des Streiks stillsteht. In Krankenhäusern und Pflegeunternehmen dürfte dies jedoch kaum je der Fall sein. Hier sind immer Kranke und Pflegebedürftige zu versorgen.

Für Leiharbeitnehmer gilt (§ 11 Abs. 5 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, AÜG): Der Entleiher darf Leiharbeitnehmer nicht tätig werden lassen, wenn sein Betrieb unmittelbar von einem Arbeitskampf betroffen ist. Stellt er allerdings sicher, dass Leiharbeitnehmer keine Tätigkeiten übernehmen, die bisher von Arbeitnehmern erledigt wurden, die sich im Arbeitskampf befinden, dann darf er sie tätig werden lassen. Ebenso darf der Entleiher die Leiharbeitnehmer einsetzen, wenn diese Tätigkeiten von solchen Arbeitnehmern übernommen werden, die diese wiederum von Arbeitnehmern übernommen haben, die sich im Arbeitskampf befinden. Es ist aber zu beachten, dass der Leiharbeitnehmer

nicht verpflichtet ist, bei einem Entleiher tätig zu sein, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist.

Auch Auszubildende bzw. Schüler dürfen streiken. Das „Streikgrundrecht“ steht auch ihnen zu. Deswegen dürfen sie in Tarifauseinandersetzungen, die auch die Ausbildungsbedingungen oder die Übernahme thematisieren, die Arbeit niederlegen – auch an Berufsschultagen.

Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats sind während eines Streiks eingeschränkt. Bei personellen Einzelmaßnahmen wie Einstellungen, Versetzungen oder Entlassungen entfallen sie teilweise sogar gänzlich (soweit sie etwas mit dem Streik zu tun haben). In sozialen Angelegenheiten sind sie während der Zeit des Streiks ebenso beschränkt. Beispiel: Ein Arbeitgeber will den Betrieb trotz eines Streiks aufrechterhalten, also stellt er Ersatzkräfte für die streikenden Mitarbeiter ein. An dieser Entscheidung muss er den Betriebsrat nicht beteiligen. Geht es aber um eine Einstellung, die mit dem Streik nichts zu tun hat, dann bleibt es bei den üblichen Beteiligungsrechten. So hat der Betriebsrat bei Einstellungen, Versetzungen und Entlassungen kein Mitbestimmungsrecht, wohl aber bei der Anordnung von Überstunden durch den Arbeitgeber.

### Rechtsfolgen eines rechtswidrigen Streiks

Ein rechtswidriger Streik kann sowohl für das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als auch für das Verhältnis der Koalitionen untereinander Folgen haben. Im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien kommen Schadensersatzansprüche infrage. Kann der Arbeitnehmer die Rechtswidrigkeit eines Streiks erkennen, dann darf der Arbeitgeber außerordentlich nach § 626 BGB kündigen. Schließlich können noch gegenseitige Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche bestehen.

Die Koalitionen haften immer dann, wenn ein rechtswidriger Arbeitskampf geführt wird. So musste beispielsweise die Gewerkschaft der Flugsicherung der Fraport AG grundsätzlich auf Schadensersatz haften, weil sie die Friedenspflicht verletzt hatte (Urteil des BAG, 26. Juli 2016, Az. 1 AZR 160/14). Neben Schadensersatz kommen auch hier Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche sowie im Extremfall eine außerordentliche Kündigung des Tarifvertrags infrage.

### Reaktionsmöglichkeiten der Arbeitgeber

Die bedeutendste Reaktionsmöglichkeit der Arbeitgeber ist die Aussperrung. Mit ihr weist der

Arbeitgeber die Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers zurück, er stellt ihn vorübergehend frei. Damit begeht auch er zwar einen Vertragsbruch, dieser ist aber ebenso wie das Streikrecht aus Gründen der Waffengleichheit nicht rechtswidrig. Die Regelung zum Annahmeverzugslohn gilt hier nicht, d. h. der Arbeitgeber muss dem ausgesperrten Arbeitnehmer keinen Lohn zahlen. Das Druckmittel besteht nun darin, dass sich dadurch die Kosten für die Gewerkschaften erhöhen, da diese mehr Streikgelder bezahlen müssen.

Da die Aussperrung in den vergangenen Jahren keine Rolle mehr gespielt hat, soll sie hier nicht weiter vertieft werden. Hinzu kommt, dass in Krankenhäusern und Pflegeunternehmen dieses Mittel des Arbeitskampfes auch künftig kaum infrage kommen wird, da ansonsten die Versorgung von Patienten und Pflegebedürftigen womöglich nicht mehr gewährleistet werden kann. So scheidet es auch aus, einen Betrieb ganz oder teilweise stillzulegen. Ein sehr umstrittenes Arbeitskampfmittel der Arbeitgeber ist die Streikbruchprämie. Durch diese Zuwendung soll der Arbeitnehmer zum Streikbruch animiert werden.

### Antrag auf einstweilige Verfügung

Arbeitgeber können sich gegen einen Streik auch prozessual wehren, insbesondere wenn sie ihn

für unrechtmäßig halten. Um einen Streik einzuschränken oder gar völlig zu untersagen, ist neben dem Hauptsacheverfahren unbedingt an einen Antrag im einstweiligen Rechtsschutz zu denken. Denn ansonsten ist der Streik vorbei und eine Einschränkung bzw. Untersagung damit obsolet.

Geht es um die Untersagung eines laufenden oder unmittelbar bevorstehenden Streiks, so legen Gerichte im einstweiligen Verfügungsverfahren strenge Maßstäbe an. Denn die Arbeitsgerichte nehmen mit ihrer Entscheidung die Hauptsache regelmäßig vorweg. Im Grundsatz gilt: Je offensichtlicher die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme ist, umso eher ist die einstweilige Verfügung zu erlassen. Vor Gericht müssen die Arbeitgeber zunächst einen Verfügungsgrund vortragen, also erläutern, warum die Sache eilbedürftig ist. Im zweiten Schritt geht es um den Verfügungsanspruch: Hat der Antragsteller einen Anspruch, hier auf Einschränkung bzw. Untersagung eines Streiks? Insbesondere wird es an dieser Stelle darum gehen, ob der Streik tatsächlich rechtswidrig ist.

**Thorsten Siefarth**

Rechtsanwalt  
Sophienstraße 1, 80333 München  
E-Mail: kanzlei@ara-siefarth.de

## Impressum Pflege- & Krankenhausrecht (PKR)

### Juristische Fachinformationen für Pflege und Krankenhausmanagement

<b>Schriftleitung:</b>	Prof. Hans Böhme Jurist und Soziologe Institut für Gesundheitsrecht und -politik Am alten Fliegerhorst 27 26419 Schortens-Upjever Tel. (044 61) 9170130 E-Mail: info@boehme-igrp.de	Prof. Dr. Bernd Halbe Rechtsanwalt Fachanwalt für Medizinrecht DR. HALBE – RECHTSANWÄLTE Köln – Berlin Im Mediapark 6A 50670 Köln Tel. (02 21) 57779-0 E-Mail: koeln@medizin-recht.com
<b>Redaktion:</b>	Mark Sleziona, E-Mail: mark.sleziona@bibliomed.de	
<b>Verlag:</b>	Bibliomed Medizinische Verlagsges. mbH Postfach 11 50, 34201 Melsungen Tel. (056 61) 73 44-0 Fax (056 61) 83 60 www.bibliomed.de	
<b>Abbonementsservice:</b>	Bibliomed Leserservice 65341 Eltville Tel. (061 23) 92 38-227 Fax (061 23) 92 38-228 E-Mail: bibliomed@vertriebsunion.de	
<b>Geschäftsführung:</b>	Stefan Deges, Dr. Annette Beller	

Der Verlag behält sich das Recht vor, die veröffentlichten Beiträge (inklusive Tabellen und Abbildungen) ins Internet zu übertragen und zu verbreiten. Nachdruck – auch auszugsweise – sowie die Herstellung von fotografischen und elektronischen Vervielfältigungen sind nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Verlages und mit genauer Quellenangabe gestattet. Mit Namen gekennzeichnete Artikel geben die Meinung des Verfassers wieder, die nicht mit der Meinung der Redaktion übereinstimmen muss.

© Bibliomed-Verlag

#### Bezugsbedingungen (2018):

**Pflege- & Krankenhausrecht** erscheint sechsmal jährlich.  
Das Jahresabonnement (6 Ausgaben) kostet 99,00 Euro inklusive Versandkosten. Wird **Pflege- & Krankenhausrecht** in Verbindung mit einer der Fachzeitschriften **Die Schwester Der Pfleger** oder **f&w führen und wirtschaften im Krankenhaus** bezogen, wird das Supplement zum Vorzugspreis von 65,40 Euro (inklusive Versandkosten) geliefert.

Gesamt-Abo-Preis	Inland	Ausland
Die Schwester Der Pfleger inklusive PKR	126,00 Euro	136,80 Euro
f&w führen und wirtschaften im Krankenhaus inklusive PKR	239,40 Euro	239,40 Euro

Einzelheftpreis: 16,99 Euro zzgl. Versandkosten

#### BibliomedManager:

Einzellizenz: 279,00 Euro inkl. f&w und PKR (Print und Online)  
Institutslizenz: 558,00 Euro inkl. f&w und PKR (je 2 Print und Online)

Die Bezugsdauer von Pflege- & Krankenhausrecht beträgt zunächst ein Jahr. Der Bezug des Supplements verlängert sich nur dann um ein weiteres Jahr, wenn es nicht 2 Monate vor Ablauf des Bezugszeitraums schriftlich gekündigt wird. Bei Kündigung des Trägerobjektes erlischt der Anspruch auf den Vorzugspreis. Das Abonnement von PKR kostet dann 99,00 Euro.

#### Anzeigen:

Michael Krämer (Leitung), E-Mail: michael.kraemer@bibliomed.de, Tel. (056 61) 73 44-31  
Waltraud Zemke, E-Mail: waltraud.zemke@bibliomed.de, Tel. (056 61) 73 44-81

Gültige Anzeigenpreisliste: Nr. 18 vom 01.01.2018

Kreissparkasse Schwalm-Eder, Melsungen  
BIC HELADEF1MEG  
IBAN DE89 5205 2154 0010 0495 00

Postbank Frankfurt/Main, Frankfurt/Main  
BIC PBNKDEFF  
IBAN DE97 5001 0060 0007 8306 03

# Der richtige Umgang mit Low Performern (Minderleistern)

von Roman Kirschner, Jurist, Experte für Pflegerecht und Coach in Prien am Chiemsee

## Problemstellung

Jeder Arbeitnehmer muss das tun, was er soll, so gut wie er kann.<sup>1</sup> Es wird im Dienstvertragsrecht typischerweise kein Erfolg geschuldet. Der Arbeitgeber schuldet immer 100 Prozent der vereinbarten Vergütung, auch wenn die Leistung nicht dem Vereinbarten entspricht. Der minderleistende, schlechtleistende Arbeitnehmer (Low Performer) ist einer der häufigsten Konfliktpunkte im Arbeitsalltag. Dem geht dieser Beitrag nach.

## Konfliktpotenzial Schlechtleistung

Die Schlechtleistung macht nicht halt vor irgendwelchen Hierarchieebenen. Denn auch der betriebliche Aufstieg ist nicht unbedingt auf Erfolg begründet. Selbst ein Vorstandsvorsitzender kann ein Minderleister sein, wenn er seinen Aufgaben nicht gerecht wird, Arbeit nur wegdelegiert und nicht wirklich Verantwortung übernimmt.

In der Pflege kann eine Schlechtleistung fatale Folgen für Patienten und Bewohner haben. Ein Pflegefehler kann durch bloße Nacherfüllung in der Regel nicht behoben werden. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) sendet insbesondere für Arbeitnehmer in der Pflege völlig falsche Signale aus.

Die Rechtsprechung hat erst in den vergangenen zehn Jahren die Minderleister entdeckt und grundlegende Urteile gesprochen. Doch die Gerichte können allenfalls im Nachhinein klären, ob es sich bei dem Arbeitnehmer um einen Schlechtleister handelt.

Die Minderleister nehmen in Unternehmen sehr viel Aufmerksamkeit in Anspruch, weil sie Ursache von Fehlern sein können und tatsäch-

lich auch Vermögensschäden verursachen können. Vielfach sind Minderleister aber auch die Quelle innerbetrieblicher Konflikte, wenn Kollegen die Schlechtleistung des Low Performers mit Mehrarbeit ausgleichen oder dessen Fehler korrigieren müssen. Die offene Auseinandersetzung tritt spätestens dann ein, wenn dem Minderleister keine Arbeiten mehr übertragen werden kann, weil es ohne ihn sowieso schneller und fehlerfreier geht.

## Umgang mit Minderleistern

Spätestens dann besteht akuter Handlungsbedarf. Leider ist die naheliegende Minderung der Vergütung rechtsdogmatisch und auch nach der Rechtsprechung des BAG nicht möglich, außer es handelt sich quasi um eine absolute Nichtleistung, was jedoch der Ausnahmefall sein dürfte.

Bevor ein Arbeitgeber allerdings den einzelnen Arbeitnehmer für seine mindere Leistung sanktioniert, nämlich durch Abmahnungen oder Kündigung, sollte er zunächst positiv auf ihn einwirken. Der Arbeitnehmer muss stärker in die betriebliche Verantwortung einbezogen werden und es muss ein Bewusstsein dafür geschaffen werden, dass die Arbeit des Einzelnen wertvoll ist und diese Leistung zu einem gewissen Mehrwert am Gesamtergebnis eines Unternehmens, aber auch zu einer positiven Außenwirkung des Unternehmens beiträgt. Der Arbeitnehmer in der Pflege muss erkennen, dass er Botschafter seines Unternehmens ist, denn seine Leistung wird nach außen sichtbar durch die Qualität der pflegerischen Versorgung gegenüber Patienten und Bewohnern.

## Eigenhaftung auf Schadensersatz

Dem minderleistenden Arbeitnehmer sollte auch bewusst gemacht werden, dass er bei Schlechtleistungen und Fehlern mit seinem eigenen Vermögen haften kann.

## Gegenüber Patienten und Bewohnern

Gegenüber Patienten und Bewohnern kann eine eigene Schadensersatzpflicht bestehen. Der Arbeit-

<sup>1</sup> BAG, Urt. v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02.

## In aller Kürze

Low Performer (Minderleister) sind ein ungenutztes und öffentlich gemachtes, leider aber auch schwierig zu handhabendes Problem. Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die rechtlichen und außerrechtlichen Lösungsansätze.



nehmer kann nur teilweise – wenn überhaupt – auf eine Freistellung durch den Arbeitgeber hoffen. Gegenüber Patienten und Bewohnern haftet ein Arbeitnehmer unmittelbar deliktisch, also aus unerlaubter Handlung gemäß § 823 BGB in Verbindung mit § 831 BGB. Dabei wird in der Pflege abgestellt auf das Verhalten einer durchschnittlich befähigten und gewissenhaften Pflegefachkraft in der konkreten Pflegesituation (ex-ante Perspektive). Konkret festgemacht wird die Qualität der Arbeit, in der Einhaltung der Expertenstandards. Expertenstandards sind die Konkretisierung des allgemein anerkannten Standes der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse.

### **Gegenüber Arbeitgeber**

Der Arbeitgeber kann neben der Erfüllung der Arbeitsleistung Schadensersatz für alle Schäden verlangen, die durch eine Pflichtverletzung entstanden sind, wobei der Umfang des Schadensersatzes abhängt vom Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers. Demnach haftet der Arbeitnehmer in der Regel nicht für leichte Fahrlässigkeit. Eine Haftung wird jedoch bejaht bei mittlerer und grober Fahrlässigkeit.

### **Strafrechtliche Verantwortlichkeit**

Sehr viel weiter als die bloße monetäre Haftung geht die strafrechtliche Verantwortlichkeit, die auch Mitarbeiter in der Pflege treffen kann. Eine Verurteilung wegen Körperverletzung oder Misshandlung von Schutzbefohlenen kann die Folge sein. Eine Verurteilung kann auch berufsrechtliche Folgen bis hin zum Berufsverbot haben.

### **Kündigung**

Eine Kündigung wegen Minderleistung ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer nicht dasjenige tut, was er soll, und zwar so gut, wie er kann.

### **Allgemeine Grundsätze bei Minderleistung**

Die Leistungspflicht ist nicht starr, sondern dynamisch und orientiert sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers; ein objektiver Maßstab ist nicht anzusetzen.<sup>2</sup>

Bei der Kündigung von Low Performern ist die abgestufte Darlegungs- und Beweislast zu beachten. Zunächst ist es Sache des Arbeitgebers zu den Leistungsmängeln vorzutragen. Er muss Tatsachen vortragen, aus denen ersichtlich ist, dass die Leistungen des betreffenden Arbeitnehmers

deutlich hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben, also die Durchschnittsleistung erheblich unterschreiten. Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung muss stark beeinträchtigt sein, wobei hier noch zwischen qualitativer und quantitativer Minderleistung unterschieden wird. Hierauf hat der Arbeitnehmer zu entgegnen und im Einzelnen zu bestreiten und/oder darzulegen, warum er mit seiner deutlich unterdurchschnittlichen Leistung dennoch seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft – etwa aufgrund altersbedingter Leistungsdefizite, Beeinträchtigungen durch Krankheit, aber auch wegen betrieblicher Umstände. Hierbei kann in der Pflege beispielsweise über eine dem Arbeitgeber übermittelte Überlastungsanzeige eine Überforderung des Arbeitnehmers vorgetragen werden. Legt der Arbeitnehmer derartige Umstände plausibel dar, so ist es alsdann Sache des Arbeitgebers, sie zu widerlegen.<sup>3</sup>

### **Verhaltensbedingte Abmahnung**

Im Übrigen gelten die Anforderungen an eine verhaltensbedingte Kündigung, d. h. die Kündigung ist immer letztes Mittel. Der Arbeitnehmer muss den Low Performer zuvor erfolglos abgemahnt haben. Er muss ebenso dessen Einsatz auf einem anderen Arbeitsplatz vorher geprüft haben – und auch dies muss sich als nicht möglich erwiesen haben.

### **Personenbedingte Kündigung**

Eine Abmahnung ist dann entbehrlich, wenn der Minderleister persönlich oder fachlich nicht geeignet ist. Dann kommt eine personenbedingte Kündigung in Betracht, weil der Eignungsmangel des Arbeitnehmers auf einem nicht steuerbaren Umstand beruht.

### **Fazit**

Die Kündigung eines Minderleisters ist zwar rechtlich möglich, doch nur mit sehr viel Aufwand durchzusetzen. Diesen Aufwand sollten die Leitungskräfte in das echte Führen ihrer Arbeitnehmer stecken. Denn jede Führungskraft wird erst durch gute und motivierte Mitarbeiter selbst zum High Performer.

### **Roman Kirschner**

Jurist, Experte für Pflegerecht und Coach  
Neugartenstraße 95 a  
83209 Prien am Chiemsee  
E-Mail: kirschner@kirschnerhaas.de

2 BAG, Urt. v. 21.05.1992  
– 2 AZR 551/91.

3 BAG, Urt. v. 17.01.2008  
– 2 AZR 536/06.

# Neues aus der Rechtsprechung

von Prof. Hans Böhme, Jurist in Jena/Schortens-Upjever

## Arbeitsrecht

### Höchst Arbeitszeit ohne Urlaubs- und gesetzliche Feiertage

Urlaubs- und gesetzliche Feiertage dürfen bei der Berechnung der Höchst arbeitszeit nach dem Arbeitszeitgesetz (ArbZG) nicht als Ausgleichstage berücksichtigt werden. Das gilt auch für Urlaubstage, die über den gesetzlichen Mindesturlaub hinaus gewährt werden, sowie für gesetzliche Feiertage, die auf einen Werktag fallen.<sup>1</sup>

#### Aus dem Sachverhalt:

Das klagende Universitätsklinikum Köln führte für die bei ihm beschäftigten Ärzte sogenannte Arbeitszeitschutzkonten, um die Einhaltung der höchstzulässigen Arbeitszeit im Jahresdurchschnitt sicherzustellen. Dabei wurden die wöchentliche Höchst arbeitszeit als Soll verbucht und die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden als Haben erfasst. Tage des gesetzlichen Mindesturlaubs wurden so verbucht, als sei an ihnen regulär gearbeitet worden. Darüber hinausgehende Urlaubstage und gesetzliche Feiertage, die auf einen Werktag fallen, wertete der Kläger hingegen als Ausgleichstage mit einer geleisteten Arbeitszeit von null Stunden. Damit konnten diese Tage zum Ausgleich für überdurchschnittlich geleistete Arbeit an anderen Tagen herangezogen werden. Die Bezirksregierung Köln untersagte diese Praxis des Klägers, weil sie darin einen Verstoß gegen das ArbZG sah.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Urlaubstage dürfen, auch wenn sie über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehen, bei der Berechnung der durchschnittlichen Höchst arbeitszeit nach dem ArbZG nicht als Ausgleichstage herangezogen werden. Aus dem systematischen Zusammenhang des ArbZG und des Bundesurlaubsgesetzes ergibt sich, dass als Ausgleichstage nur Tage dienen können, an denen

der Arbeitnehmer nicht schon wegen Urlaubsgewährung von der Arbeitspflicht freigestellt ist. Ebenso wenig dürfen gesetzliche Feiertage, die auf einen Werktag fallen, bei der Berechnung der durchschnittlichen Höchst arbeitszeit als Ausgleichstage herangezogen werden. Gesetzliche Feiertage sind keine Werktage und grundsätzlich beschäftigungsfrei. Daher werden sie bei der Berechnung der werktäglichen Höchst arbeitszeit nach dem ArbZG nicht in den Ausgleich einbezogen.

### Eine Arbeitszeitvereinbarung, die 0 bis 48 Wochenstunden erlaubt, ist unzulässig

Eine Vereinbarung zur Arbeitszeit ist unwirksam ist, wenn sie das Betriebsrisiko einseitig auf den Arbeitnehmer verlagert und eine Arbeitszeit von 0 bis 48 Wochenstunden zulässt.<sup>2</sup>

### Betriebsvereinbarung ändert nichts an individualvertraglich vereinbarter Vergütung

Eine individualvertraglich vereinbarte Vergütung nach tariflichen Grundsätzen kann nicht durch eine Betriebsvereinbarung zulasten des Arbeitnehmers abgeändert werden.<sup>3</sup>

#### Aus dem Sachverhalt:

Der Kläger ist seit 1991 bei der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin als Masseur in einem Senioren- und Pflegezentrum beschäftigt. In einer Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag von Dezember 1992 verständigte sich die Rechtsvorgängerin der Beklagten mit dem Kläger auf eine Reduzierung der Arbeitszeit. In der Vereinbarung heißt es, die Vergütung betrage „monatlich in der Gruppe BAT Vc/3 = DM 2.527,80 brutto“. Im Februar 1993 schlossen die Rechtsvorgängerin der Beklagten und der bei ihr gebildete Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung. Danach sollten in ihrem Anwendungsbereich „analog die für die Angestellten des Bundes und der Länder vereinbarten Bestimmungen des Lohn- und Vergütungstarifvertrages – BAT vom 11. Januar 1961“ gelten. Ihre Bestimmungen sollten automatisch Bestandteil von Arbeitsverträgen werden, die vor Februar 1993 geschlossen worden waren. Die betroffenen Arbeitnehmer sollten einen entsprechenden Nachtrag zum Ar-

<sup>1</sup> BVerwG, Urt. v. 09.05.2018 – BVerwG 8 C 13.17.

<sup>2</sup> LAG Düsseldorf, Urt. v. 09.05.2018 – 7 Sa 278/17.

<sup>3</sup> BAG, Urt. v. 11.04.2018 – 4 AZR 119/17.

## In aller Kürze

Aus allen für Gesundheitseinrichtungen bedeutsamen Rechtsgebieten werden wichtige Entscheidungen der Rechtsprechung behandelt.

beitsvertrag erhalten. Einen solchen Nachtrag unterzeichneten die Rechtsvorgängerin der Beklagten und der Kläger im März 1993. Die Beklagte kündigte die Betriebsvereinbarung zum 31. Dezember 2001. Im März 2006 vereinbarten die Parteien im Zusammenhang mit einer Arbeitszeiterhöhung, dass das Gehalt „entsprechend der 0,78 Stelle auf 1.933,90 Euro erhöht“ werde und „alle übrigen Bestandteile des bestehenden Arbeitsvertrages [...] unverändert gültig“ blieben. Der Kläger vertrat die Auffassung, dass ihm aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme eine Vergütung nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst in der für die kommunalen Arbeitgeber geltenden Fassung (TVöD/VKA) bzw. dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) zustehe.

#### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Die Beklagte ist verpflichtet, den Kläger nach der jeweiligen Entgelttabelle des TVöD/VKA zu vergüten. Der Kläger und die Rechtsvorgängerin der Beklagten haben die Vergütung nach den jeweils geltenden Regelungen des BAT und nachfolgend des TVöD/VKA arbeitsvertraglich vereinbart. Die Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 1993 vermochte diese Vereinbarung nicht abzuändern. Ungeachtet der Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung unterlag die arbeitsvertragliche Vergütungsabrede bereits deshalb nicht der Abänderung durch eine kollektivrechtliche Regelung, weil es sich bei der Vereinbarung der Vergütung nicht um eine allgemeine Geschäftsbedingung, sondern um eine individuell vereinbarte, nicht der AGB-Kontrolle unterworfenere Regelung der Hauptleistungspflicht handelte.

#### **Arbeitnehmer ohne Kündigungsanspruch der Direktversicherung wegen Geldbedarf**

Der bloße Geldbedarf eines Arbeitnehmers, für den der Arbeitgeber eine Direktversicherung zur Durchführung der betrieblichen Altersversorgung im Wege der Entgeltumwandlung abgeschlossen hat, begründet für sich genommen keinen Anspruch gegen den Arbeitgeber, den Versicherungsvertrag gegenüber der Versicherungsgesellschaft zu kündigen, damit der Arbeitnehmer den Rückkaufswert erhält.<sup>4</sup>

Die im Betriebsrentengesetz geregelte Entgeltumwandlung dient dazu, den Lebensstandard des Arbeitnehmers im Alter zumindest teilweise abzusichern. Mit dieser Zwecksetzung ist es nicht vereinbar, wenn der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangen könnte, die Direktversicherung lediglich deshalb zu kündigen, um

dem versicherten Arbeitnehmer die Möglichkeit zu verschaffen, das für den Versorgungsfall bereits angesparte Kapital für den Ausgleich von Schulden zu verwenden.

#### **Einigungsstelle darf keine Vorgaben zur personellen Mindestbesetzung beschließen**

Eine Einigungsstelle kann auch aus Gründen der Mitbestimmung beim Gesundheitsschutz gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 7 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) keine Vorgaben an den Arbeitgeber über die personelle Mindestbesetzung beschließen.<sup>5</sup> Das Landesarbeitsgericht korrigiert damit eine Entscheidung des Arbeitsgerichts Kiel.<sup>6</sup>

Die Einigungsstelle überschreitet schon formal ihre Kompetenz, indem sie ihre Entscheidung auf unzulässige Feststellungen zu bestehenden Gefährdungen gründete. Der Betriebsrat hat zwar gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht bei betrieblichen Regelungen über den Gesundheitsschutz. Das bezieht sich auch auf Schutzmaßnahmen des Arbeitgebers zur Verhütung von Gesundheitsschäden. Eine Handlungspflicht des Arbeitgebers, deren Umsetzung der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt, besteht jedoch erst, wenn entweder Gefährdungen feststehen oder im Rahmen einer Gefährdungsbeurteilung konkret festgestellt sind. Die Einigungsstelle selbst darf das Bestehen einer Gefährdung nicht eigenständig feststellen. Die Einigungsstelle und in der Folge das Arbeitsgericht haben die Gefährdung mit einem Gutachten begründet, das die Anforderung an eine Gefährdungsbeurteilung nicht erfüllt.

Bei der Personalplanung des Arbeitgebers hat der Betriebsrat nicht erzwingbar mitzubestimmen. Er kann nach § 92 BetrVG allenfalls Unterrichtung und Beratung verlangen. Wie der Gesetzgeber in § 3 Abs. 2 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) verdeutlicht hat, ist die vom Arbeitgeber festgelegte Zahl der Beschäftigten bei Planung und Durchführung der Maßnahmen nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG zu berücksichtigen. Der Überlastungsschutz muss also durch andere Maßnahmen, etwa auf organisatorischer Ebene, gewährleistet werden.

#### **Erkrankung nach In-vitro-Fertilisation kann Entgeltfortzahlungsanspruch ausschließen**

Unterzieht sich eine Arbeitnehmerin einer In-Vitro-Fertilisation, kann eine dadurch bedingte Erkrankung den Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gemäß § 3 Abs. 1 des Entgeltfortzahlungsgesetzes (EntgFG) ausschließen. Denn wird durch die Maßnahme willentlich und

<sup>4</sup> BAG, Urt. v. 26.04.2018 – 3 AZR 586/16.

<sup>5</sup> LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 25.04.2018 – 6 TaBV 21/17,

<sup>6</sup> Beschl. v. 26.07.2017 – 7 Bv 67c/16, in: Böhme, PKR 3/2017, 91.

vorhersehbar die Erkrankung herbeigeführt oder wird die Maßnahme nicht nach anerkannten medizinischen Standards oder ohne ärztliche Anordnung ausgeführt, wird die Arbeitsunfähigkeit schuldhaft herbeigeführt.<sup>7</sup>

### **Kirchenzugehörigkeit bei kirchlichem Arbeitgeber nicht unbedingt erforderlich**

Das Erfordernis, dass Bewerber um eine bei der Kirche zu besetzende Stelle einer bestimmten Religion angehören müssen, muss Gegenstand einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle sein können. Dieses Erfordernis muss notwendig und angesichts des Ethos der Kirche aufgrund der Art der in Rede stehenden beruflichen Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung objektiv geboten sein und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang stehen.<sup>8</sup>

Die Richtlinie 2000/78/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf<sup>9</sup> stellt eine Abwägung dar zwischen dem Recht auf Autonomie der Kirchen (und der anderen Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht) und dem Recht der Arbeitnehmer, insbesondere bei der Einstellung nicht wegen ihrer Religion oder Weltanschauung diskriminiert zu werden. Eine solche Abwägung muss im Fall eines Rechtsstreits von einer unabhängigen Stelle und letztlich von einem innerstaatlichen Gericht überprüft werden können.

Es steht den staatlichen Gerichten zwar im Regelfall nicht zu, über das der angeführten beruflichen Anforderung zugrunde liegende Ethos als solches zu befinden. Gleichwohl haben sie festzustellen, ob die drei Kriterien „wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt“ in Anbetracht dieses Ethos im Einzelfall erfüllt sind.

Demnach haben die staatlichen Gerichte zu prüfen, ob die Anforderung notwendig und angesichts des Ethos der betreffenden Kirche (bzw. Organisation) aufgrund der Art der in Rede stehenden beruflichen Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung objektiv geboten ist. Zudem muss die Anforderung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang stehen, d. h., sie muss angemessen sein und darf nicht über das zur Erreichung des angestrebten Ziels Erforderliche hinausgehen.

### **Nicht immer außerordentliche Kündigung wegen außerdienstlichen Fehlverhaltens**

Ein außerdienstliches strafrechtlich relevantes

Fehlverhalten rechtfertigt nicht immer eine fristlose Kündigung.<sup>10</sup> Auch bei außerdienstlichem Verhalten kann eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht kommen, wenn diese die Eignung bzw. Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers entfallen lässt. Dabei sind folgende Aspekte zu berücksichtigen: die Art und Schwere des Delikts, die konkret nach dem Arbeitsvertrag geschuldete Tätigkeit sowie die Stellung im Betrieb.

In Anwendung dieser Grundsätze erwies sich die fristlose Kündigung als unwirksam. Zwar hatte der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber Zugang zu gefährlichen Chemikalien. Diese wurden bei seiner eigentlichen Arbeitsaufgabe in der Qualitätsanalyse aber nicht verwendet. Hinzu kam, dass das Arbeitsverhältnis seit 1991 bestanden hatte. Auch wenn sich das Unternehmen in einem Chemiepark befindet, der generell von der Beklagten als sicherheitsrelevant eingestuft wird, rechtfertigen die außerdienstlichen Vorwürfe gegenüber dem Kläger in Ansehung seiner konkreten Arbeitsaufgabe, der Stellung im Betrieb und der langen Betriebszugehörigkeit keine fristlose Kündigung.

### **Weitergabe von Patientendaten an unbefugte Dritte rechtfertigt fristlose Kündigung**

Gibt eine Arzthelferin Patientendaten an unbefugte Dritte weiter, so verstößt sie schwerwiegend gegen die arbeitsvertragliche Verschwiegenheitspflicht. Dies rechtfertigt eine fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung.<sup>11</sup>

### **Arbeitnehmer kann sich drei Wochen nach Kündigung auf Schwerbehinderung berufen**

Das Recht eines Arbeitnehmers, sich als Schwerbehinderter auf den Sonderkündigungsschutz des § 168 SGB IX zu berufen, unterliegt der Verwirkung. Das Recht wird grundsätzlich nicht verwirkt, wenn der Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung die Schwerbehinderung geltend macht. Die Drei-Wochen-Frist ergibt sich aus § 4 S. 2 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG).<sup>12</sup>

### **Teilzeitantrag in der Elternzeit kann nicht immer abgelehnt werden**

Der Arbeitgeber kann nicht ohne Weiteres einen Teilzeitantrag in der Elternzeit unter Berufung auf die Einstellung einer Vertretungskraft für die Dauer der Elternzeit ablehnen.<sup>13</sup>

### **Umkleidezeiten sind bei Umzieh-Pflicht vergütungspflichtige Arbeitszeiten**

Umkleidezeiten stellen grundsätzlich vergütungs-

<sup>7</sup> BAG, Urt. v. 26.10.2016 – 5 AZR 167/16.

<sup>8</sup> EuGH, Urt. v. 17.04.2018 – C-414/16.

<sup>9</sup> ABl. 2000, L 303, 16.

<sup>10</sup> LAG Düsseldorf, Urt. v. 12.04.2018 – 11 Sa 319/17.

<sup>11</sup> LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 11.11.2016 – 12 Sa 22/16.

<sup>12</sup> BAG, Urt. v. 22.09.2016 – 2 AZR 700/15.

<sup>13</sup> AG Köln, Urt. v. 15.03.2018 – 11 Ca 7300/175.



pflichtige Arbeitszeiten dar, wenn der Arbeitgeber das Tragen von Arbeitskleidung und das Umziehen an einer bestimmten Stelle im Betrieb vorschreibt.<sup>14</sup>

#### **Aus dem Sachverhalt:**

Ein Unternehmen verlangte von seinen Arbeitnehmern das Tragen einer speziellen Arbeitskleidung. Diese musste von den Arbeitnehmern nach Betreten des Betriebsgeländes an einer Ausgabestelle abgeholt werden. Anschließend mussten sich die Arbeitnehmer in einem Umkleideraum umziehen, um danach zum Arbeitsplatz zu gehen. Für die mit dem Abholen und dem Umziehen verbundene Zeit zahlte das Unternehmen keine Vergütung. Dagegen klagte ein Arbeitnehmer. Das Arbeitsgericht Paderborn und das Landesarbeitsgericht Hamm gaben der Klage statt. Dagegen richtete sich die Revision der Arbeitgeberin.

#### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Zur Arbeit gehört auch das Umkleiden und Zurücklegen der damit verbundenen innerbetrieblichen Wege, wenn der Arbeitgeber das Tragen einer bestimmten Kleidung vorschreibt, die im Betrieb an- und abgelegt werden muss, das Umkleiden aber nicht am Arbeitsplatz ermöglicht, sondern dafür eine vom Arbeitsplatz getrennte Umkleidestelle einrichtet. Somit sind das Umkleiden und das Zurücklegen der damit verbundenen innerbetrieblichen Wege Teil der vom Arbeitgeber geschuldeten Arbeitsleistung.

#### **Verdachtskündigung bei zu kurzer Anhörungsfrist rechtsunwirksam**

Wer einem Arbeitnehmer gegenüber eine Kündigung aussprechen will, die nicht auf Tatsachen, sondern auf einem Verdacht beruht, kann dies bei unter anderem hinreichend schwerem Verdacht rechtlich wirksam tun, muss aber den betroffenen Mitarbeiter vorher zu den Vorwürfen anhören. Dabei ist ihm angemessen Zeit für die Antwort einzuräumen. Setzt der Arbeitgeber dagegen eine zu kurze Frist und kündigt dem Arbeitnehmer nach deren Ablauf, ohne dass die Stellungnahme des Betroffenen vorliegt, so ist die Kündigung als Verdachtskündigung rechtsunwirksam.<sup>15</sup>

#### **Kostenerstattungsanspruch bei unwirksamer Versetzung**

Ein Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Arbeitnehmer nach einer unwirksamen Versetzung die Kosten für eine Zweitwohnung und eines Teils

der Heimfahrten zu erstatten sowie ein Tagegeld zu zahlen.<sup>16</sup>

Der Höhe nach ist der Schaden nach dem Leitbild der öffentlich-rechtlichen Reisekostenregelungen, konkret der Trennungsgeldverordnung (TGV), zu berechnen. Dies führt zu einer vollständigen Erstattung der Mietkosten, da diese angemessen waren. Die Fahrkosten sind nur nach dem Wert einer Zugfahrt an jedem zweiten Wochenende auszugleichen, ohne Vergütung der Fahrzeit. Daneben steht dem Arbeitnehmer für den höheren Aufwand aber ein monatlicher Ausgleich von 236 Euro zu, ermittelt nach den Vorschriften für ein Trennungstagegeld.

#### **Haftungsrecht**

##### **Haftung des Krankenhausträgers für Fehler eines alkoholkranken Belegarztes**

Ein Krankenhausträger haftet für eine fehlerhafte Operation eines alkoholkranken Belegarztes, wenn dem Träger die Alkoholkrankheit seit Langem bekannt war und er den Arzt dennoch hat operieren lassen. Die mit einer Rückenmarksverletzung entstehenden erheblichen Folgen können ein Schmerzensgeld von 250.000 Euro rechtfertigen.<sup>17</sup>

##### **Bei Missachtung ärztlicher Empfehlungen keine Beweislastumkehr**

Die mit einem groben ärztlichen Behandlungsfehler verbundene Beweislastumkehr kann entfallen, wenn ein Patient in vorwerfbarer Weise ärztliche Anordnungen oder Empfehlungen missachtet, so eine mögliche Mitursache für den erlittenen Gesundheitsschaden setzt und dazu beiträgt, dass der Verlauf des Behandlungsgeschehens nicht mehr aufgeklärt werden kann.<sup>18</sup>

Der Patient hat sich nach dem ersten Krankenhausaufenthalt – entgegen dem Rat seines Hausarztes, der ihn auf die Risiken hingewiesen hat – nicht erneut in stationäre Behandlung begeben, sondern lediglich einen Termin zur kardiologischen Abklärung in einem Krankenhaus vereinbart. Da er bis zur weiteren Untersuchung verstorben ist, hat er in erheblichem Maße durch seine stetige Weigerung, sich entsprechend dem ärztlichen Rat zu verhalten, dazu beigetragen, dass sein Herzleiden nicht weiter abgeklärt und behandelt werden konnte.

##### **Liegt keine Eigen- und Fremdgefährdung vor, ist Ingewahrsamnahme aufzuheben**

Die polizeiliche Ingewahrsamnahme ist ab dem Zeitpunkt rechtswidrig, zu dem die psychiatrische Gutachterin im Krankenhaus Eigen- und Fremdgefährdung ausschließt.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> BAG, Urt. v. 26.10.2016 – 5 AZR 168/16.

<sup>15</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 21.03.2018 – 3 Sa 398/17.

<sup>16</sup> Hess. LAG, Urt. v. 10.11.2017 – 10 Sa 964/17.

<sup>17</sup> LG Münster, Urt. v. 01.03.2018 – 111 O 25/14.

<sup>18</sup> OLG Hamm, Urt. v. 02.02.2018 – 26 U 72/17.

<sup>19</sup> OLG Koblenz, Beschl.v. 07.03.2018 – 1 U 1025/17.

### **Patient muss fehlerhafte therapeutische Aufklärung beweisen**

Die therapeutische Aufklärung soll den Heilerfolg gewährleisten und einen Schaden abwenden, der dem Patienten durch falsches Verhalten nach der Behandlung entstehen kann. Eine fehlerhafte therapeutische Aufklärung muss der Patient beweisen.<sup>20</sup>

Im Unterschied zur therapeutischen Aufklärung dient eine Risiko- oder Selbstbestimmungsaufklärung dazu, dem Patienten die Entscheidung zu ermöglichen, ob er einer ärztlichen Behandlung unterzieht und welcher. Insoweit trifft den behandelnden Arzt die Beweislast. Die therapeutische Aufklärung hingegen setzt regelmäßig erst nach der ärztlichen Behandlung ein. Ihre Unzulänglichkeit hat der Patient zu beweisen, wenn der Arzt eine vollständige und richtige therapeutische Aufklärung darlegt.

### **Heimrecht**

#### **Auslösen der Brandmeldeanlage durch angebranntes Essen kein Fehlalarm**

Die Feuerwehr darf einer Senioreneinrichtung keine Kostenpauschale für Feuerwehreinsätze nach Auslösen der Brandmeldeanlage durch angebranntes Essen in Rechnung stellen. Ein Auslösen der Anlage bei Rauchentwicklung ist als bestimmungsgemäßer Gebrauch der Geräte anzusehen und kann nicht als Fehlalarm gewertet werden.<sup>21</sup>

Nach den rechtlichen Grundlagen können Kosten erhoben werden, wenn eine Brandmeldeanlage einen Falschalarm auslöst. Dies ist aber bei den vorliegenden Feuerwehreinsätzen nicht der Fall gewesen. Unbeaufsichtigtes Kochgut auf einer eingeschalteten Herdplatte oder Backwaren in einem Toaster, die sich verfangen hatten, können ohne Eingriff in den Geschehensablauf zu einer erheblichen Rauchentwicklung führen. Hierdurch können ältere oder gebrechliche Menschen in ihrer Gesundheit erheblich beeinträchtigt werden. Zudem ist es nicht ausgeschlossen, dass es bei solchen Vorfällen auch zu einem Brandereignis in einem Zimmer kommen kann. Dass in einer solchen Situation die Brandmeldeanlage auslöst, ist gerade deren bestimmungsgemäße Funktion.

### **Sozialrecht**

#### **Krankengeldes auch während Auslandsurlaub bei ärztlicher Bescheinigung**

Die Krankenkasse darf die Zahlung von Krankengeld während eines Urlaubs im Ausland nicht verweigern, wenn die Arbeitsunfähigkeit

durchgehend bescheinigt wurde und der behandelnde Arzt keine Bedenken gegen den Auslandsurlaub hat.<sup>22</sup> Die Krankenkasse hat ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt, weil sie die möglichen Vorteile eines Erholungsurlaubs für den Versicherten nicht genügend berücksichtigt hat.

#### **Medikamentenregress gegen Arzt bei Ausstellung von Voltaren-Rezepten**

Ein Arzt, der das Präparat Voltaren Emulgel mehrfach zulasten der gesetzlichen Krankenkasse verordnet hatte, muss der Krankenkasse zu Recht Schadensersatz leisten. Das Medikament fällt grundsätzlich unter den Verordnungsausschluss und Gründe für eine ausnahmsweise Verordnung des Medikaments zulasten der Krankenkasse wurden nicht ausreichend dokumentiert.<sup>23</sup>

#### **Mehrbedarf für Behandlungsfahrten ist vorrangig Krankenversicherung zuzuordnen**

Ein Bezieher von SGB II-Leistungen hat keinen Anspruch auf Mehrbedarf nach dem SGB II für Kosten anlässlich von Fahrten zu einer ambulanten psychotherapeutischen und psychiatrischen Behandlung, weil dieser Bedarf vorrangig dem Leistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung zuzuordnen ist.<sup>24</sup>

Die Gewährung eines Mehrbedarfs nach § 21 Abs. 6 SGB II scheidet aus, weil keine atypische Bedarfslage vorliegt. Es liegt auch keine Unabweisbarkeit i. S. d. § 21 Abs. 6 SGB II vor, weil dieses Tatbestandsmerkmal zumindest erfordert, dass der gesetzlich Krankenversicherte die begehrten gesundheitsspezifischen Bedarfe zunächst bei der gesetzlichen Krankenversicherung geltend macht und ggf. mit Rechtsbehelfen durchsetzt, soweit diese nicht offensichtlich aussichtslos sind.

#### **Sturz eines Reha-Patienten im Wirtshaus kein Arbeitsunfall**

Ein abendlicher Gaststättenbesuch einer Gruppe von Rehabilitanden außerhalb der Reha-Einrichtung ist dem privaten (Freizeit-)Bereich zuzuordnen, weil nicht die Förderung des Kurerfolgs, sondern private Geselligkeit, Entspannung und das Genusserleben durch Essen und Trinken im Vordergrund stehen. Ein dabei erlittener Unfall (Sturz auf dem nächtlichen Heimweg) unterfällt nicht dem Schutzbereich der gesetzlichen Unfallversicherung. Allein die Empfehlung der Klinik, an solchen eigeninitiierten Aktivitäten teilzunehmen, ersetzt nicht die ärztliche Anordnung, Betreuung oder Überwachung.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> OLG Hamm, Urt. v. 23.03.2018 – 26 U 125/17.

<sup>21</sup> VG Koblenz, Urt. v. 09.01.2018 – 3 K 376/17.KO.

<sup>22</sup> SG Karlsruhe, Urt. v. 20.02.2018 – S 4 KR 2398/17.

<sup>23</sup> SG Düsseldorf, Urt. v. 10.05.2017 – S 2 KA 37/16.

<sup>24</sup> SG Karlsruhe, Urt. v. 14.02.2018 – S 11 AS 3439/16.

<sup>25</sup> LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 23.03.2018 – L 8 U 3286/17.

### **Krankenkasse muss nicht Kosten einer operativen Penisverlängerung tragen**

Die Größe eines funktionell nicht eingeschränkten Penis stellt krankensicherungsrechtlich keine Krankheit dar, soweit kein Mikropenis vorliegt. Die gesetzliche Krankenversicherung ist daher nicht verpflichtet, für die Kosten einer auf eine Penisverlängerung zielenden Operation aufzukommen.<sup>26</sup>

### **Krankenkasse muss Kosten einer Sterilisation nicht übernehmen**

Die Krankenkasse ist nicht so ohne Weiteres verpflichtet, die Kosten für eine Sterilisation zu übernehmen.<sup>27</sup>

Es ist sicherlich medizinisch sinnvoll, weitere Schwangerschaften zu verhindern. Hierzu ist aber keine Sterilisation erforderlich. Zum einen hat die Krankenbehandlung grundsätzlich unmittelbar an der Krankheit anzusetzen. Die Sterilisation dient aber der Vermeidung drohender Krankheiten und greift in ein gesundes Organ, nämlich den Eileiter, ein. In solchen Fällen sind strenge Anforderungen zu stellen und eine Abwägung zwischen dem medizinischen Nutzen und anderen Aspekten, wie Schwere der Erkrankung, Dringlichkeit des Eingriffs, möglichen Risiken sowie etwaiger Folgekosten für die Krankenversicherung vorzunehmen. Zum anderen kommen aber, wie ein medizinisches Gutachten zeigt, auch weniger invasive und endgültige Empfängnismethoden in Betracht wie z. B. spezielle Spiralen.

### **Steuerrecht**

#### **Vergütung nebenberuflichen Fahrers einer gemeinnützigen Einrichtung steuerfrei**

Vergütungen für nebenberuflich tätige Fahrer einer gemeinnützigen Einrichtung im Bereich der Altenhilfe können gemäß § 3 Nr. 26 Einkommenssteuergesetz (EStG) steuerfrei sein.<sup>28</sup>

#### **Aus dem Sachverhalt:**

Ein Seniorenzentrum bietet unter anderem teilstationäre Tagespflege an. Die Tagespflege wird grundsätzlich an einem oder mehreren Tagen pro Woche von älteren Menschen besucht, die in der Regel über 75 Jahre alt sind. Mehr als die Hälfte von ihnen waren bei Abschluss der Nutzungsverträge in Pflegestufen eingestuft. Teil der im Rahmen der Tagespflege von der Klägerin zu erbringenden Leistungen ist die notwendige Beförderung der Nutzer von der Wohnung zur Einrichtung und zurück. Die Fahrten führt sie mit Kleinbussen mit Hebebühne mit maximal acht Nutzern durch. Jeweils ein Fahrer fährt eine

Tour. Dieser hilft den Nutzern von der Wohnung zum Bus und zurück. Die Fahrer werden hierzu von der Klägerin oder externen Anbietern geschult. Sie erhielten in den Streitjahren für ihre Tätigkeit eine Aufwandsentschädigung von maximal 2.100 Euro bzw. 2.400 Euro jährlich. Die acht Fahrer machten Stundenaufzeichnungen.

#### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Die Vergütungen sind steuerfrei nach § 3 Nr. 26 EStG. Die Norm ist aus gesellschaftspolitischen Gründen zur Anerkennung der für das Gemeinwesen wichtigen Tätigkeit der Pflege und zur Motivation bürgerschaftlichen Engagements eingeführt worden. Das Seniorenzentrum ist eine Einrichtung zur Förderung mildtätiger Zwecke. Die Nutzer der Tagespflege sind aufgrund ihres Alters und ihres geistigen oder körperlichen Zustands hilfebedürftige Personen. Die Tätigkeit der Fahrer erschöpft sich nicht in der reinen Beförderung. Sie enthält die Pflege alter Menschen. Pflege umfasst sämtliche persönlich zu erbringende Hilfeleistungen bei den Verrichtungen des täglichen Lebens. Dazu gehören die Hilfe zur Mobilität pflegebedürftiger Personen. Hilft ein Fahrer beim Verlassen und Aufsuchen der Wohnung sowie beim Ein- und Ausstieg, besteht auch ein unmittelbarer und persönlicher Kontakt. Die Fahrer sind nebenberuflich, im Durchschnitt weniger als zwölf Stunden wöchentlich, tätig gewesen.

### **Verwaltungsrecht**

#### **Ruhen der Approbation wegen Sexualdelikten rechtmäßig**

Läuft gegen einen Arzt ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren wegen verübter Sexualdelikte gegenüber Auszubildenden, so rechtfertigt dies die sofortige Anordnung des Ruhens der Approbation gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 der Bundesärzterordnung (BÄO). Denn ein Arzt ist damit zur Ausübung des ärztlichen Berufs unwürdig und unzuverlässig.<sup>29</sup>

### **Wettbewerbsrecht**

#### **Zahnarztpraxis darf sich nicht als „Praxisklinik“ bezeichnen**

Eine auf ambulante Behandlungen ausgerichtete Zahnarztpraxis, die ihren Patienten keine Möglichkeit zu einer auch nur vorübergehenden stationären Aufnahme anbietet, kann nicht als „Praxisklinik“ beworben werden.<sup>30</sup> Das Oberlandesgericht Hamm änderte damit das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Essen vom 8. November 2017 – 44 O 21/17<sup>31</sup> ab.

<sup>26</sup> LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 21.03.2018 – L 5 KR 3247/16.

<sup>27</sup> SG Mainz, Urt. v. 04.05.2018 – S 16 KR 113/16.

<sup>28</sup> FG Baden-Württemberg, Urt. v. 08.03.2018 – 3 K 888/16.

<sup>29</sup> VG Ansbach, Beschl. v. 27.03.2018 – AN 4 S 18.00492.

<sup>30</sup> OLG Hamm, Urt. v. 27.02.2018 – 4 U 161/17.

<sup>31</sup> vgl. Böhme, PKR 3/2018, 110.



Die in Rede stehende Werbung richtet sich an jeden potenziellen Patienten, sodass für das Begriffsverständnis die Auffassung des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers maßgeblich ist. Ein Verbraucher erwartet, dass die vorgehaltene medizinische Versorgung einer „Praxisklinik“ über das Angebot einer reinen Praxis hinausgehe. Denn nur so wäre der Bezeichnung „Klinik“ überhaupt gerechtfertigt. Mit der Begrifflichkeit „Klinik“ wird der Eindruck erweckt, der Beklagte betreibe eine solche. Nach dem Sprachverständnis eines Verbrauchers ist das zweite Glied der Begrifflichkeit bestimmend, die „Praxisklinik“ daher eben auch eine „Klinik“. Dabei steht der Begriff der „Klinik“ als Synonym für „Krankenhaus“ und assoziiert neben operativen Eingriffen auch eine stationäre Behandlung. Somit ist diese Werbung irreführend und wettbewerbswidrig

### Zivilrecht

#### Online-Apotheken können Widerrufsrecht nicht ausschließen

Versandapotheken dürfen das Widerrufsrecht bei der Bestellung verschreibungs- und apothekenpflichtiger Medikamente nicht generell ausschließen und außerdem keine gebührenpflichtige Telefonnummer für die Kundenberatung anzugeben.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.02.2018 – 4 U 87/17.

<sup>33</sup> OLG Köln, Beschl. v. 02.12.2016 – 2 Wx 550/16.

#### Anspruch auf Erbschein aufgrund Kopie eines Testaments möglich

Die Kopie eines Testaments kann für einen Anspruch auf Erteilung eines Erbscheins ausreichen. Denn die Unauffindbarkeit des Original-Testaments spricht nicht für dessen Vernichtung. Es ist aber zu klären, ob das Original-Testament formwirksam errichtet wurde.<sup>33</sup>

Es ist zu beachten, dass Testamente unbeabsichtigt verlegt oder entsorgt werden können. Es ist auch nicht lebensfremd, dass Testamente oder Kopien von Testamenten auch bei sorgfältiger Suche nach dem Tod einer Person zunächst nicht, später aber zufällig an einem Ort aufgefunden werden, wo mit einem Testament oder einer Kopie eines Testaments nicht unbedingt zu rechnen gewesen ist. Allerdings muss mittels eines grafologischen Gutachtens geklärt werden, ob das Testament im Original von der Erblasserin und ihrem Ehemann unterschrieben worden ist.

#### Prof. Hans Böhme

Jurist und Soziologe  
Honorarprofessor an der Ernst Abbe Hochschule Jena  
Georg-Streiter-Institut für Pflegewissenschaft  
Wissenschaftlicher Berater  
Institut für Gesundheitsrecht und -politik  
Am alten Fliegerhorst 27  
26419 Schortens-Upjever  
E-Mail: info@boehme-igrp.de

SAVE  
THE  
DATE

18. Nationales DRG-Forum  
3. Nationales Reha-Forum  
21. & 22. März 2019 in Berlin

# SGB XI, Soziale Pflegeversicherung, Kommentar

besprochen von Prof. Dr. Thomas Weiß, Rechtsanwalt und Vorsitzender der Schiedsstelle SGB XI Schleswig-Holstein in Kiel

Das bekannte Standardwerk wurde in allen Bereichen der aktuellen Rechtslage angepasst und berücksichtigt insbesondere die Pflegestärkungsgesetze sowie den neuen Pflegebedürftigkeitsbegriff mit den umfangreichen Überleitungs- und Übergangsvorschriften, die noch für einen langen Zeitraum zu beachten sein werden. Die dadurch notwendigen umfassenden Überarbeitungen und Neuerungen in der Kommentierung haben es erforderlich gemacht, neben Prof. Dr. Peter Udsching, Vorsitzender Richter am Bundessozialgericht a. D., mit Dr. Bernd Schütze, Richter am Bundessozialgericht, einen weiteren Herausgeber sowie zahlreiche renommierte Fachautorinnen und Fachautoren, die in der Praxis tätig sind, mit einzubinden. Durch die Ausweitung des Autorenkreises wurde trotzdem oder gerade deshalb der praktische Nutzen nicht etwa verringert, sondern noch erhöht, weil nunmehr viele Sachkenner sich mit den Detailfragen befassen und den Kreis der Kommentatoren insoweit vervollständigen.

Das Ziel des Kommentars, bei der Auslegung von Rechtsfragen in der Pflegeversicherung eine Hilfestellung für die Praxis zu bieten, wurde auch und gerade mit dieser Neuauflage exzellent erfüllt. Die Kombination von fundierten rechtlichen Erläuterungen mit der Darstellung von rechtlichen und systematischen Zusammenhängen und den für die Anwendung der Rechtsvorschriften notwendigen Hinweisen an die Praktiker zeichnen diesen Kommentar ebenso aus, wie seine klaren Formulierungen und die Verständlichkeit nicht nur für Fachjuristen, sondern für alle, die bei der Anwendung des SGB XI eine zuverlässige Hilfestellung erwarten.

Insbesondere die Kommentierungen der §§ 14 (Begriff der Pflegebedürftigkeit) und 15 (Ermittlung des Grades der Pflegebedürftigkeit, Begutachtungs-

instrument) durch den Begründer des Kommentars und Herausgeber Udsching, sind durch die einerseits knapp und präzise gehaltenen Ausführungen und die andererseits wichtigen Hinweise zu Einzelheiten der Regelungen ein offenkundiges Beispiel dafür, wie trotz einer umfangreichen und nicht immer einfach nachzuvollziehenden gesetzlichen Differenzierung gleichwohl eine auch für die pflegefachlichen Anwender gelungene Darstellung aussehen muss, ohne die notwendige Übersichtlichkeit zu verlieren. Letzterer dienen unter anderem auch die eingearbeiteten Übersichten, insbesondere in der Kommentierung des § 15, sodass der hohe schon bisher vorhandene Gebrauchswert – zumal durch Beschränkung auf wesentliche Aussagen –, trotz der Ausweitung der gesetzlichen Regelungen weiterhin gewährleistet ist.

Der vorliegende Kommentar ist in der Praxis bereits seit vielen Jahren bewährt, eine zuverlässige Hilfe nicht nur für Juristen, sondern eben auch für Pflegepraktiker. Und durch die zwar immerhin um 176 Seiten erweiterte Neuauflage nach wie vor nicht nur im Vergleich mit anderen Kommentaren eine außerordentlich nützliche Anschaffung, sondern eine solche, wie es Dr. Christian Zieglmeier bereits in seiner Besprechung der 4. Auflage 2015 in NZA 19/2015 formuliert hat, die Anwälte und Rechtsberater auf dem Gebiet des SGB XI immer griffbereit haben sollten, um auf den neuesten Stand zu sein. Ergänzend ist hinzuzufügen, dass diese Neuauflage sehr gut auch für Anwender bei Behörden, Pflegekassen, Verbänden und Leistungserbringern durch die kompakte und praxisnahe Darstellung eine hervorragende Unterstützung zum Verständnis dieses Rechtsgebiets und bei der Klärung von Rechtsfragen geeignet ist.



Peter Udsching/Bernd Schütze (Hrsg.), SGB XI, Soziale Pflegeversicherung, Kommentar, 5. Auflage 2018, C.H. Beck Verlag, München, 899 Seiten, Hardcover (in Leinen), 89,00 Euro, ISBN: 978-3-406-70247-1

### Frage 152:

## Was darf das Pflegepersonal auf Basis der Kosmetikverordnung selbst mischen?

**Frage** \_\_\_\_\_ In der Kundenbetreuung werde ich laufend mit der Rechtsfrage konfrontiert, was Pflegepersonal einer Account-Managerin eines Herstellers auf Basis der Kosmetikverordnung selbst mischen darf.

**Antwort** \_\_\_\_\_ Das Mischen von Aromaölen ist kein Inverkehrbringen im Sinne der EU-Kosmetikverordnung, denn dort ist es oberstes Ziel, dass beim Inverkehrbringen von kosmetischen Mitteln ein hohes Maß an Schutz der menschlichen Gesundheit zu gewährleisten ist. Dementsprechend bestimmt die EU-Kosmetikverordnung bereits am Anfang, in Art. 3, dass die auf dem Markt bereitgestellten kosmetischen Mittel bei normaler oder vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung für die menschliche Gesundheit sicher sein müssen. Solange der Hersteller kein Vermischungsverbot vorsieht oder vor Mischen warnt, kann das Mischen nicht zum Inverkehrbringen im Sinne der EU-Kosmetikverordnung führen.

Zum Mischen und zur Herstellung im Arzneimittelrecht schreibt Geparth aus Wien:<sup>1</sup>

*„Das ‚Mischen von Aromaölen zu medizinischen und pflegerischen Zwecken‘ stellt nur dann einen Herstellungsschritt nach arzneimittelrechtlichen Vorschriften dar, wenn dadurch das anzuwendende Aromaöl als Produkt erzeugt bzw. hergestellt wird und dieses Produkt auch als Arzneimittel angepriesen wird bzw. als Arzneimittel Verwendung finden soll.“*

*Wenn allerdings ein Pflegeöl durch Mischung von ätherischen Ölen mit fetten Pflanzenölen (z. B. Mandelöl) hergestellt werden soll, liegt nicht ‚Herstellung von Arzneimitteln‘ vor, sondern wohl die Erzeugung eines Pflegeproduktes, bei dem die Regelungen über die Erzeugung von Kosmetika zur Anwendung gelangen werden, insbesondere auch die Vorgaben der EU-Kosmetikverordnung einzuhalten sind.“*

Allerdings muss unterschieden werden zwischen Herstellung durch Inverkehrbringen und Vorbereitung zur Anwendung im Rahmen der Anwendung. Wer anwendet, stellt nicht her, weil keine Abgabe an Dritte erfolgt. Überdies stellt die Vorbereitung zur Applikation durch den Anwender auch dann kein Herstellen dar, wenn Stoffe miteinander vermischt werden. Daraus folgt:

Wenn mehrere Fertigprodukte (Aromaöle) bei der Anwendung „gemischt“ werden im Sinne von „zusammenführen“ oder „kombinieren“, handelt es sich hierbei nicht um einen Herstellungsschritt im Sinne der arzneimittelrechtlichen Vorschriften, sondern ist dies unter die Anwendung des Produkts zu subsumieren und darf von Angehörigen der Heilberufe bzw. Gesundheitsfachberufe nach Maßgabe ihrer fachlichen Fort- und Weiterbildung im Rahmen ihres Berufsbilds durchgeführt werden. Dies wird etwa dann gegeben sein, wenn Aromaöle in einer Duftlampe oder als Badezusätze im Rahmen der pflegerischen Kompetenz zur Anwendung kommen.

Wenn aber Aromaprodukte hergestellt werden sollen, um in weiterer Folge insbesondere in Krankenhäusern allenfalls auch zu medizinischen Zwecken nach ärztlicher Anordnung eingesetzt zu werden, oder über die Eigenschaft verfügen, als Mittel zur Heilung oder zur Linderung oder zur Verhütung menschlicher Krankheiten oder krankhafter Beschwerden bestimmungsgemäß eingesetzt zu werden, so handelt es sich bei derartigen Produkten nicht mehr ausschließlich um „kosmetische Mittel“, sondern (zumindest auch) um Produkte im Sinne arzneimittelrechtlicher Vorschriften.

Es ist demzufolge unerheblich, ob Aromastoffe einzeln oder als Fertigprodukte angeboten werden, weil zunächst einmal kosmetische Stoffe keine Arzneimittel sind und zum anderen Aromastoffe solange vermischt werden können, soweit nicht vom Hersteller Warnhinweise und Dosierungsgrenzen usw. erfolgen.

*Prof. Hans Böhme*

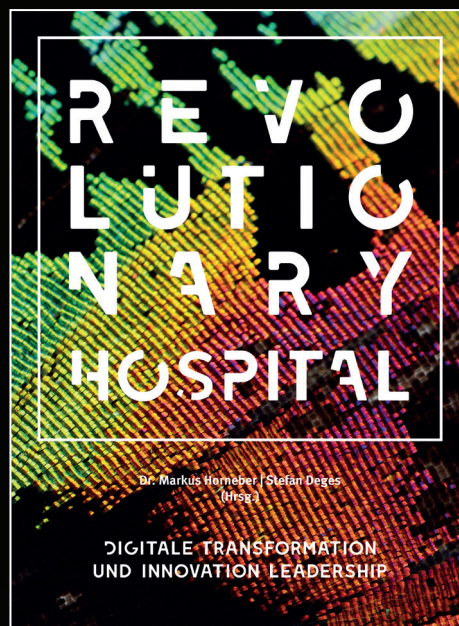
<sup>1</sup> dazu Geparth, Aromapflege im Spannungsfeld zwischen Pflegerecht und Gewerberecht. In: Hand in Hand mit der Natur. Das Magazin für Aromapflege und Aromatherapie, 2. Ausgabe, 2015, S. 14–15.



# DER WEGWEISER ZUM ERFOLGREICHEN KRANKENHAUS 2025

**Revolutionary Hospital –**  
das Vordenker-Buch 2018:  
Digitale Transformation und Innovation  
Leadership. Eine Patienten-Journey  
im Jahr 2025.

Die Digitalisierung ist nur der Auftakt. Editive Biologie, künstliche Intelligenz und Robotik werden die Versorgung gravierender umkrempeln, als heute schon sichtbar. Wie bereiten sich Krankenhäuser auf diesen radikalen Wandel vor? Wie sichern sie ihre Existenz? Diesen Fragen gehen die Herausgeber des ersten Vordenker-Buchs für die Gesundheitswirtschaft gemeinsam mit 13 Gastautoren aus der Digital- und Sozialwirtschaft nach. Revolutionary Hospital ist Ideensammlung und Wegbeschreibung gleichermaßen, ein kollektiver Findungsprozess für den digitalen Wandel.



#### **The Big Picture**

Essayistisch-futuristische Beschreibung einer Patientenkarriere in der digitalen Versorgungswirklichkeit des Jahres 2025.



#### **Erfolgreiche Lösungen**

Wie haben sich die fortschrittlichsten Einrichtungen der Welt neu aufgestellt?



#### **Erprobte Konzepte**

Konkrete Best Practice-Beispiele aus den innovativsten Kliniken der Welt. Wie Experten neue Ansätze konsequent umsetzen.

**JETZT BESTELLEN!**  
[vordenker.bibliomed.de/revolutionary-hospital](http://vordenker.bibliomed.de/revolutionary-hospital)



Sie möchten  
Pflege- &  
Krankenhausrecht  
näher kennenlernen?

Abonnieren  
Sie jetzt!



#### Kennenlern-Abo:

Um *Pflege- & Krankenhausrecht* noch genauer prüfen zu können, wählen Sie unser Kennenlern-Abo. Die Kosten für zwei Ausgaben betragen nur 21,00 Euro inklusive der Versandkosten.

Wenn das Kennenlern-Abo nach Lieferung des zweiten Heftes nicht schriftlich gekündigt wird, erfolgt die weitere Lieferung zum regulären Jahresabo-Preis.

#### Abonnement:

Bestellen Sie *Pflege- & Krankenhausrecht* zum Vorzugspreis von 65,40 Euro, sofern Sie schon *Die Schwester Der Pfleger oder f&w – führen und wirtschaften im Krankenhaus* abonniert haben. Oder teilen Sie uns mit, in Verbindung mit welcher unserer Zeitschriften Sie *Pflege- & Krankenhausrecht* zum Abo-Preis von 99,00 Euro beziehen.

Alle Abo-Preise inklusive Versandkosten (Preise 2018).

Das Einzelheft von *Pflege- & Krankenhausrecht* kostet 16,99 Euro zzgl. Versandkosten.



[www.bibliomed.de/pkr-abo](http://www.bibliomed.de/pkr-abo)