

ETL Gesundheitsbrief

Steuerberatung | Rechtsberatung | Wirtschaftsprüfung | Unternehmensberatung

News und aktuelles Wissen aus dem Gesundheitswesen

2/2017

Inhalt



Ärzte/Zahnärzte

BFH: Gesamter Praxiskaufpreis kann abgeschrieben werden, wenn höher oder gleich Verkehrswert	S. 2
Keine freie Mitarbeit bei Prophylaxe	S. 2



Pflege

Keine Kürzung von Sozialleistungen wegen Pflegebetrugs	S. 4
--	------



Apotheken

Rechtliche Brennpunkte der Heimversorgung	S. 5
---	------



Therapeuten

Keine Leistungsbegrenzung auf GOÄ oder beihilfefähige Höchstsätze	S. 7
---	------




Krankenhäuser

Wirtschaftliche Tätigkeit bei gemeinnützigen Vereinen	S. 8
Honorar-Notärzte im Rettungsdienst	S. 8



Arbeitsrecht

Kündigung im Kleinbetrieb – richtig begründet ist schon (fast) gewonnen	S. 11
---	-------

 Besuchen Sie uns auch auf Facebook

BFH: Gesamter Praxiskaufpreis kann abgeschrieben werden, wenn höher oder gleich Verkehrswert

Mit zwei neuen Urteilen ergänzt und konkretisiert der BFH seine Rechtsprechung, dass die vertragsärztliche Zulassung grundsätzlich kein wertbildender Faktor des Praxiswertes ist, sodass der Kaufpreis für die Praxis vollständig auf abnutzungs-fähige materielle und immaterielle Wirtschaftsgüter entfällt. In der Konsequenz ist dann der gesamte Kaufpreis für die Praxis abschreibungs-fähig.

Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass die Zulassung ein höchstpersönliches, öffentlich-rechtliches Statusrecht vermittelt, das vom Inhaber nicht direkt an einen Erwerber veräußert werden kann. Wird daher eine Vertragsarztpraxis samt der zugehörigen materiellen und immateriellen Wirtschaftsgüter der Praxis als Funktionseinheit (Chancenpaket) mit Patientenstamm erworben, ist der wirtschaftliche Vorteil aus der Zulassung untrennbar im Praxiswert enthalten und nicht eigenständig bewertungsfähig.

Maßgebliches Indiz für den Erwerb der Praxis als Funktionseinheit

(Chancenpaket) mit Patientenstamm ist, dass der Kaufpreis in Höhe des Verkehrswertes der Praxis oder sogar darüber vereinbart wurde. Dies gilt auch, wenn der Kauf unter der Bedingung steht, dass der Erwerber den Zuschlag im Nachbesetzungsverfahren erhält. Die Sitzverlegung im Anschluss an den Praxiserwerb ist ebenfalls unschädlich, BFH vom 21. 02.2017, VIII R 7/14.

Anders ist die steuerliche Bewertung, wenn der Erwerber nicht an der Praxis als Funktionseinheit (Chancenpaket) mit Patientenstamm interessiert ist, sondern allein an der Zulassung. Es besteht dann keine AfA-Berechtigung des Erwerbers. Die Vertragsarztzulassung ist in diesem Fall zwar als Wirtschaftsgut verselbstständigt, aber sie unterliegt keiner Abnutzung, BFH vom 21.02.2017, VIII R 56/14.

Bewertung: Die beiden Urteile bringen einen deutlichen Zugewinn an Rechtssicherheit. Soweit sich nicht aus anderen Indizien der Schluss ergibt, dass ein Kaufinteresse nur auf die Zulassung gerichtet ist (z. B.

keine Vereinbarung zur Übernahme materieller Wirtschaftsgüter, zur Patientenkartei oder zum Eintritt in Praxisverträge), ist der Erwerber auf der sicheren Seite, wenn der Preis dem Verkehrswert entspricht oder diesen übersteigt. Mögliche „Gegenindizien“ wie die Bedingung, dass der Erwerber den Zuschlag im Nachbesetzungsverfahren erhält oder die Sitzverlegung im Anschluss an den Praxiserwerb erfolgt treten hinter das Hauptindiz „Kaufpreis“ zurück. Wichtig ist auch die Klarstellung, dass ein den Verkehrswert übersteigender Preis unschädlich ist. Die Vorinstanz hatte noch angenommen, aus dem Überpreis müsse auf ein primäres Interesse an der Zulassung geschlossen werden.



Dr. Jens-Peter Damas, RA
FA für Steuerrecht
ETL ADVISION
Berlin
Tel.: (030) 22 64 12 48
jens.damas@etl.de

Keine freie Mitarbeit bei Prophylaxe

Grundsätzlich ist der Zahnarzt zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet und persönlich gegenüber dem Patienten für die gesamte Behandlung verantwortlich, egal ob dieser gesetzlich oder privat versichert ist. Diese Vorgabe des ZHG (Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde) dient der Patientensicherheit und dem Verbraucherschutz.

Auch das Einfärben von Zähnen (Zahnbleaching) sowie die Zahnreinigung mit einem Wasserpulverstrahlgerät sind als Ausübung der Zahnheilkunde grundsätzlich approbierten Zahnärzten vorbehalten, OLG Frankfurt a. M. vom 01. 03.2012, 6 U 264/10.

Approbierte Zahnärzte können aber folgende Tätigkeiten an dafür qua-

lifiziertes Prophylaxe-Personal mit abgeschlossener Ausbildung (wie z. B. zahnmedizinische Fachhelferin, weitergebildete Zahnarzhelferin, Prophylaxehelferin oder Dental-Hygienikerin) delegieren: Herstellung von Röntgenaufnahmen, Entfernung von weichen und harten sowie klinisch erreichbaren subgingivalen Belägen, Füllungsputuren, Legen und Entfernen provi-

sorischer Verschlüsse, Herstellung provisorischer Kronen und Brücken, Herstellung von Situationsabdrücken, Trockenlegen des Arbeitsfeldes relativ und absolut, Erklärung der Ursache von Karies und Parodontopathien, Hinweise zu zahngesunder Ernährung, Hinweise zu häuslichen Fluoridierungsmaßnahmen, Motivation zu zweckmäßiger Mundhygiene, Demonstration und praktische Übungen zur Mundhygiene, Remotivation, Einfärben der Zähne, Erstellen von Plaque-Indizes, Erstellung von Blutungs-Indizes, Kariesrisikobestimmung, lokale Fluoridierung z. B. mit Lack oder Gel, Versiegelung von kariesfreien Fissuren.

In der Kieferorthopädie können insbesondere folgende Tätigkeiten an zahnmedizinische Fachhelferinnen, weitergebildete Zahnarzhelferinnen oder Dental-Hygienikerinnen delegiert werden: Ausligieren von Bögen, Einligieren von Bögen im ausgeformten Zahnbogen, Auswahl und Anprobe von Bändern an Patienten, Entfernen von Kunststoffresten und Zahnpolitur auch mit rotierenden Instrumenten nach Bracketentfernung durch den Zahnarzt.

Chirurgische Maßnahmen gehören nicht zu delegationsfähigen Aufgaben. Grundsätzlich spricht das ZHG von der Delegation an „Personal“. Eine selbst-

ständige Tätigkeit jener Personen, an die Aufgaben delegiert werden, lässt das ZHG nach seinem Wortlaut daher nicht zu. Auch die Gesetzesbegründung und der Delegationsrahmen der Bundeszahnärztekammer für Zahnmedizinische Fachangestellte gehen von abhängig beschäftigtem Personal aus, welches vom Zahnarzt kontrolliert wird. Im Übrigen schuldet der Zahnarzt im Behandlungsverhältnis gegenüber dem Patienten eine „zahnärztliche“ Behandlung. Dies schließt ebenfalls die Erbringung von Leistungen an Patienten durch Selbstständige, die keine Zahnärzte sind, aus. Die freie Mitarbeit ist also keinesfalls möglich.

Allerdings bedeutet das nicht, dass zugleich Zahnkosmetik-Studios ohne approbierte Zahnärzte unerlaubt sind. Ausreichend wie erforderlich ist, dass der Patient zeitnah vor der Behandlung in einem Zahnkosmetik-Studio eine zahnärztliche Unbedenklichkeitsbescheinigung einholt. Wenn diese vorliegt, ist die Tätigkeit weder zahnheilkunde- noch wettbewerbsrechtlich zu beanstanden. Eine (zusätzliche) anschließende Überprüfung durch den Zahnarzt, wie sie auch in Zahnarztpraxen nach solchen Tätigkeiten des angestellten Fachpersonals üblicherweise nicht erfolgt, wird grundsätzlich nicht zu fordern sein, sofern sie nicht ausdrücklich

Auflage der zahnärztlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung ist.

Auch sozialversicherungsrechtlich wird die Tätigkeit einer Dental-Hygienikerin regelmäßig nicht als freie Mitarbeit anerkannt, LSG Bayern vom 14.12.2010, L 5 R 886/08. Anders kann die Bewertung nur sein, wenn eine Dental-Hygienikerin ihre Leistungen im Rahmen ihres eigenen Unternehmens erbringt, die erforderlichen Geräte selbst angeschafft hat, nur marginal in den Betrieb eines Zahnarztes eingegliedert ist und kein Weisungsrecht besteht, SG Lüneburg vom 17.08.2015, S 1 R 529/11.



Dr. Jens-Peter Damas, RA
FA für Steuerrecht
ETL ADVISION
Berlin
Tel.: (030)22 64 12 48
jens.damas@etl.de

Keine Kürzung von Sozialleistungen wegen Pflegebetrugs

Das LSG Berlin-Brandenburg hat entschieden, dass das Sozialamt die Sozialhilfe von Pflegebedürftigen nicht rückwirkend um Geldbeträge kürzen darf, die diese von einem kriminellen Pflegedienst als Belohnung für ihr Mitwirken beim Abrechnungsbetrug erhalten haben.

Seit einigen Jahren laufen in Deutschland umfangreiche strafrechtliche Ermittlungen gegen betrügerische Pflegedienste. Deren Geschäftsmodell besteht darin, zu Lasten der Sozialleistungsträger Pflegeleistungen abzurechnen, die tatsächlich gar nicht erbracht wurden. Als Komplizen der Pflegedienste wirken neben Ärzten vor allem auch Patienten mit, indem sie den Erhalt gar nicht erbrachter Pflegeleistungen quittieren und so deren Abrechnung ermöglichen. Zur Belohnung erhalten sie monatlich einen Anteil am Betrugserlös, der im Milieu als Kick-back-Zahlung bezeichnet wird.

Zahlreiche der Pflegebedürftigen erhielten nicht nur Sozialleistungen für die Pflege, sondern auch Sozialhilfe für den täglichen Lebensunterhalt. Sozialhilfe wird aber grundsätzlich nur bei Bedürftigkeit gewährt, also wenn kein ausreichendes Einkommen oder Vermögen vorhanden ist. Wenn Pflegebedürftige in den Kassenbüchern des Pflegedienstes genannt waren, wurde die Bewilligung der Sozialhilfe in vielen Fällen aufgehoben. Begründung: Die sogenannten Kick-back-Zahlungen sind Einkommen (§ 82 SGB XII) und verringern den Anspruch auf Sozialhilfe. Außerdem wurden Erstattungsfordernungen gegen die pflegebedürftigen Sozialhilfeempfänger festgesetzt, oft im fünfstelligen Bereich. Die hierge-

gen seitens der betroffenen Sozialleistungsempfänger angestrebten sozialgerichtlichen Eilverfahren hatten in erster Instanz überwiegend keinen Erfolg (vgl. z. B. SG Berlin, Urt. v. 02.11.2016 – S 145 SO 1411/16 ER). Mehrere Kammern des Sozialgerichts hielten den Erhalt von Kick-back-Zahlungen für erwiesen und sahen in diesen Zahlungen ein Einkommen, das die Hilfebedürftigkeit der Sozialleistungsempfänger reduzierte.

Die von den Sozialleistungsempfängern gegen diese Beschlüsse gerichteten Beschwerden hatten beim LSG Berlin-Potsdam aber durchweg Erfolg. Nach Auffassung des Landesozialgerichts hätten die Sozialämter die „sofortige Vollziehung“ ihrer Bescheide nicht anordnen dürfen. Der 23. Senat des LSG Berlin-Potsdam hat offengelassen, ob der Erhalt von Kick-back-Zahlungen erwiesen sei und entschieden, dass Kick-back-Zahlungen als Gewinne aus begangenen Straftaten kein „Einkommen“ im Sinne des Sozialhilferechts darstellten (z. B. Beschl. v. 09.01.2017 – L 23 SO 327/16 B ER, rechtskräftig). Ein solcher Zufluss an Geld stamme aus einem gemeinschaftlich begangenen Betrug und sei von vornherein mit einer Rückzahlungspflicht belastet. Eine Behörde könne nicht verlangen, Einkünfte aus strafbaren Handlungen zum Bestreiten des Lebensunterhalts einzusetzen, um so den Anspruch auf staatliche Sozialleistungen zu mindern.

Der 15. Senat des LSG Berlin-Potsdam hat die Rechtsfrage, ob Kick-back-Zahlungen Einkommen im Rechtssinne seien, ausdrücklich offengelassen (Beschl. v. 21.12.2016 – L 15 SO 301/16 B ER,

rechtskräftig). Allerdings sei der Erhalt von Kick-back-Zahlungen nicht hinreichend belegt, denn hierfür spreche einzig ein Eintrag in einem Kassenbuch des Pflegedienstes. Umgekehrt sei z. B. nicht erwiesen, dass die Antragstellerin Pflegeleistungen in einem geringeren als mit der Pflegekasse abgerechneten Umfang erhalten habe.

Damit ist der Versuch der Sozialämter zunächst gescheitert, auf den angenommenen Pflegebetrug sofort mit der Rückabwicklung von Sozialhilfeleistungen zu reagieren. Weil es sich bei der dargestellten Rechtsprechung um Entscheidungen im Eilrechtsschutz handelt, ist eine abschließende Klärung der aufgeworfenen Rechtsfragen erst in den Hauptsacheverfahren zu erwarten. Beleuchtet ist damit nur ein Aspekt des mutmaßlichen Pflegebetrugs. Anhängig sind bei der Berliner Staatsanwaltschaft strafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen die Verantwortlichen des Pflegeunternehmens sowie etwaige Empfänger von Kick-back-Zahlungen. Abzuwarten wird auch sein, ob die Pflegekassen gezahlte Vergütungen für nicht erbrachte Pflegeleistungen mit Erfolg werden zurückfordern können.

Quelle: Pressemitteilung des LSG Berlin-Potsdam v. 02.02.2017



Dr. Jens-Peter Damas, RA
FA für Steuerrecht
ETL ADVISION
Berlin
Tel.: (030) 22 64 12 48
jens.damas@etl.de

Rechtliche Brennpunkte der Heimversorgung

Der Heimversorgungsvertrag, den der Apotheker mit dem Heimträger nach § 12a Abs. 1 ApoG schließt, ist seiner Rechtsnatur nach ein der behördlichen Genehmigung unterliegender, privatrechtlicher, zugunsten der Heimbewohner wirkender Rahmenvertrag, der eine zentrale Versorgung der Heimbewohner durch die in dem Vertrag bestimmte Apotheke öffentlich-rechtlich legalisiert. Die gesetzliche Regelung in § 12a ApoG verfolgt eine doppelte Zielrichtung. Einerseits will der Gesetzgeber den Heimen im Sinne des § 1 HeimG einen sachkundigen Apotheker zur Seite stellen, der die „Heimapotheke“ kostenlos führt. Andererseits soll der Apotheker für den nicht abgegoltenen Aufwand einen (potenziellen) finanziellen Ausgleich dergestalt erhalten, dass er die Heimbewohner im Rahmen eines auf längere Dauer angelegten Vertragsverhältnisses mit Arzneimitteln beliefert.

Bei Kündigung gelten die vereinbarten Fristen

Eine Vertragspartei, die das Vertragsverhältnis unter Nichtbeachtung einer vereinbarten Kündigungsfrist kündigt, verletzt ihre Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB und begeht eine Pflichtverletzung im Sinne von § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Das bedeutet insbesondere, dass das Heim einen Versorgungsvertrag nicht außerordentlich unter Bezugnahme auf § 12a Abs. 1 S. 3 Nr. 4 1. HS. ApoG (keine Ausschließlichkeitsbindung zugunsten einer Apotheke) kündigen darf, BGH Urteil vom 14.07.2016 (Az: III ZR 446/15). Eine Mustervertragsklausel, die eine Kündigungsfrist einseitig nur für den Heimträger vorsehen würde, verstieße als unzulässige AGB-Klausel gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.

Rezeptübermittlung ist zulässig – keine Korruption

Besondere Unsicherheiten haben sich seit der Geltung des Anti-Korruptionsgesetzes für das Gesundheitswesen mit Blick auf die Frage der Zulässigkeit einer Rezeptübermittlung vom Arzt an die heimversorgende Apotheke ergeben.

Viele Rechtsanwender denken hier zunächst an das allgemeine Kooperationsverbot zwischen Apotheken und Ärzten. Nach § 11 Abs. 1 Apothekengesetz (ApoG) dürfen Apotheker mit Ärzten oder anderen Personen, die sich mit der Behandlung von Krankheiten befassen, keine Rechtsgeschäfte vornehmen oder Absprachen treffen, die unter anderem die Zuweisung von Verschreibungen oder die Verschreibung von Arzneimitteln zum Gegenstand haben. Für die Seite der Ärzte ist das ebenfalls normiert – und zwar in § 32 der Musterberufsordnung.

Der die Heimversorgung regelnde § 12a ApoG ist aber als Ausnahme vom allgemeinen Kooperationsverbot zu verstehen. Denn diese Regelung sieht im Rahmen von behördlich genehmigten Heimversorgungsverträgen vor, dass die Bewohner eines Heimes zentral von einer öffentlichen Apotheke mit Arzneimitteln und apothekenpflichtigen Medizinprodukten versorgt werden dürfen. Die Zulässigkeit der Heimversorgung beinhaltet auch die Zulässigkeit des Sammelns und Zuleitens der entsprechenden Verschreibungen durch den Heimträger an die mit der Versorgung der Heimbewohner betraute Apotheke. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Heimträger die Rezepte durch das Heimpersonal sammeln lässt und an die Apotheke weiterleitet oder ob die Rezepte auf Weisung des Heimträgers direkt vom

Arzt an die heimversorgende Apotheke übermittelt werden.

Kostenloses Verblistern ist nicht erlaubt

Patientenindividuelles Verblistern ist die auf Einzelanforderung vorgenommene und patientenbezogene manuelle oder maschinelle Neuverpackung von Fertigarzneimitteln für bestimmte Einnahmezeitpunkte des Patienten in einem nicht wieder verwendbaren Behältnis (§ 1a Abs. 5 ApBetrO). Nach § 7 Abs. 1 S. 1 Heilmittelwerbegesetz (HWG) ist es unzulässig, im Zusammenhang mit der Lieferung von Arzneimitteln Zuwendungen und sonstige Werbegaben anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen. Das kostenlose Verblistern stellt insoweit einen Verstoß gegen § 7 Abs. 1 S. 1 HWG dar, welcher zugleich eine wettbewerbswidrige Handlung gem. § 3 Abs. 1 i. V. m. § 4 Nr. 11 UWG begründet. Zudem ist das kostenlose Verblistern ein Verstoß gegen die Berufsordnung der Apotheker und – schlimmer noch – es handelt sich dabei um eine Straftat nach § 299 StGB (Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr) bzw. § 299a bzw. b StGB (Korruption im Gesundheitswesen).

Nutzung externer Lagerräume für heimversorgende Tätigkeiten ist möglich

Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 ApBetrO sind die Betriebsräume einer Apotheke so anzuordnen, dass jeder Raum ohne Verlassen der Apotheke erreichbar ist (Raumeinheit). Hiervon sieht § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ApBetrO eine Ausnahme für Lagerräume vor, die ausschließlich der Arzneimittelversorgung von Krankenhäusern oder zur Versorgung von Bewohnern von zu versorgenden Einrichtungen im Sinne des § 12a des Apothekengesetzes dienen. Diese

Räume müssen jedoch in angemessener Nähe zu den übrigen Betriebsräumen liegen (§ 4 Abs. 4 Satz 2 ApBetrO). Die Ausnahmeregelung ist dahingehend auszulegen, dass externe Lagerräume nicht nur zur Warenaufbewahrung und den damit verbundenen lagertypischen Tätigkeiten genutzt werden dürfen. Dort können auch andere heimversorgende Tätigkeiten ausgeübt werden, die die Lagernutzung nicht stören und die das Apothekengesetz und die Apothekenbetriebsordnung keinen anderen Betriebsräumen der Apotheke zuordnen, BVerwG Urteil vom 25.05.2016 (Az: 3 C 8/15). Die Erweiterung einer Apotheke um externe Betriebsräume muss aber von der Apothekenbetriebserlaubnis gedeckt sein. Werden die neuen Räumlichkeiten von der bestehenden Betriebserlaubnis nicht umfasst, bedarf der Apotheker einer entsprechenden Erweiterung seiner Erlaubnis. Die nachträgliche Inbetrieb-

nahme eines externen Lagerraumes als Apothekenbetriebsraum setzt keine Abnahme im Sinne des § 6 ApoG voraus.

Ein Notfallkoffer mit Arzneimitteln im Heim ist nicht gestattet

Manchmal wünschen sich Heime einen kleinen Medikamentenvorrat (einen sog. Notfallkoffer), damit im Rahmen einer ärztlichen Behandlung außerhalb der Apothekenöffnungszeiten typischerweise benötigte Medikamente nicht erst bei der u. U. weit entfernten Notfallapotheke beschafft werden müssen. Der Arzt soll dann die benötigten Arzneimittel im Tausch gegen ein Rezept entnehmen dürfen.

Auch wenn dieser Gedanke nachvollziehbar ist, so ist die Gestaltung rechtlich jedoch unzulässig. Es handelt sich nämlich um ein nicht erlaubtes Arzneimitteldepot, das gegen die

Apothekenpflicht nach § 43 Abs. 1 AMG verstößt. Zudem liegt ein Verstoß gegen die Pflicht zur bewohnerbezogenen Aufbewahrung der für die einzelnen Patienten verordneten Arzneimittel vor. Dies folgt für den Apotheker aus § 12a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ApoG und für das Heim aus dem jeweiligen Landesheimgesetz. Eine Ausnahme gilt nach § 5c Betäubungsmittel-Verschreibungsverordnung unter strengen Bedingungen lediglich für Hospize und Einrichtungen der spezialisierten ambulanten Palliativversorgung.



Dr. Jens-Peter Damas, RA
FA für Steuerrecht
ETL ADVISION
Berlin
Tel.: (030) 22 64 12 48
jens.damas@etl.de

Keine Leistungsbegrenzung auf GOÄ oder beihilfefähige Höchstsätze

Privat Versicherte bekommen immer wieder zu hören, dass es eine Leistungsbegrenzung auf die beihilfefähigen Höchstsätze oder die Sätze nach der GOÄ gebe.

Die übliche Vergütung physiotherapeutischer Behandlungen richtet sich aber in der Rechtsprechung nicht nach den beihilfefähigen Höchstsätzen, da diese sich nicht an der durchschnittlich für physiotherapeutische Leistungen in Rechnung gestellten Vergütung orientieren, sondern vielmehr die Tarife der gesetzlichen Krankenkassen den Ausgangspunkt für die Bemessung der beihilfefähigen Höchstsätze bilden, LG Köln vom 14.10.2009, 23 O 424/08; AG Frankfurt a. M. vom 30.03.2009, 29 C 2041/07.

Das Landgericht Frankfurt a. M. stellte mit Urteil vom 17.11.2016, 2-23 O 71/16 auch klar, dass die Gebührenordnung für Ärzte nicht auch für Physiotherapeuten gelte. Dabei ließ es das Gericht offen, ob man eine entsprechende Anwendung in den vertraglichen Bestimmungen hätte vereinbaren können. Für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer ergebe sich aus den Versicherungsbedingungen jedenfalls, dass die Begrenzung der Erstattung auf die Gebührenordnung nur für solche Leistungserbringer gelte, die auch nach der Gebührenordnung abrechnen müssen.

Darüber hinaus hielt es das Gericht auch für unzulässig, dass der Versicherer die Höhe der Erstattung auf die „ortsüblichen“ Behandlungssätze

der Physiotherapeuten begrenzt. Es begründete dies mit der gesetzlichen Regelung des § 192 Abs. 2 VVG. Danach ist der Versicherer nur dann und nur insoweit von einer Erstattung befreit, als die Gebühren in einem auffälligen Missverhältnis zur Leistung stehen



Dr. Jens-Peter Damas, RA
FA für Steuerrecht
ETL ADVISION
Berlin
Tel.: (030) 22 64 12 48
jens.damas@etl.de

Wirtschaftliche Tätigkeit bei gemeinnützigen Vereinen

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit Beschluss vom 16.05.2017 – II ZB 7/16 – die Anordnung der Löschung eines mehrere Kindertagesstätten betreibenden Vereins im Vereinsregister aufgehoben. Diese Entscheidung ist auch relevant für Vereine, die Krankenhäuser oder Pflegeheime betreiben.

In der Vorinstanz hatte das Kammergericht (KG) Berlin mit Beschluss vom 16.02.2016, 22 W 71/15 angenommen, dass ein mehrere Kindertagesstätten betreibender Verein kein Idealverein ist, wenn er Kinderbetreuungsplätze überhaupt nur oder im Wesentlichen am freien Markt in Konkurrenz zu Dritt-Anbietern anbietet. Für die Unterscheidung zwischen den beiden Vereinsklassen „ideeller“ oder „wirtschaftlicher Verein“ kommt es darauf an, ob der Zweck des Vereins auf einen „wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“ gerichtet ist. Ist dies nicht der Fall, erlangt der Verein gemäß § 21 BGB Rechtsfähigkeit durch die Eintragung im Vereinsregister. Ist der Vereinszweck hingegen auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, kann er gemäß § 22 BGB nur durch staatliche Verleihung Rechtsfähigkeit

erlangen. Ist ein eingetragener Verein (nunmehr) als wirtschaftlicher Verein anzusehen, ist dieser im Vereinsregister zu löschen und verliert so seine Rechtsfähigkeit.

Nach der Begründung des BGH handelt es sich bei dem Betrieb mehrerer Kindertagesstätten zwar um einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Dieser Geschäftsbetrieb ist aber dem ideellen Hauptzweck des Vereins zugeordnet und fällt deshalb unter das sogenannte **Nebenzweckprivileg**. Dabei kommt der Anerkennung eines Vereins als gemeinnützig im Sinne des Steuerrechts (§§ 51 ff. AO) entscheidende Bedeutung zu. Diese Anerkennung indiziert, dass ein Verein nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb als Hauptzweck ausgerichtet ist. Auch der Umfang der vom beteiligten Verein betriebenen Kindertagesstätten steht dem Nebenzweckprivileg nicht entgegen, weil ihm keine Aussagekraft zukommt, ob der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb einem ideellen Zweck zu- bzw. untergeordnet ist. Da ein Verein nach dem Willen des historischen Gesetzgebers berechtigt sein sollte, die erforderlichen Mittel zur Verwirklichung des Vereinszwecks zu

erwirtschaften, kann ihm nicht verwehrt werden, seinen ideellen Zweck unmittelbar mit seinen wirtschaftlichen Aktivitäten zu verwirklichen.

Der Beschluss des BGH ist auch anwendbar auf Vereine, die Krankenhäuser oder Pflegeheime betreiben. Wenn ein caritativer Verein z. B. ein Krankenhaus oder ein Pflegeheim betreibt, das Leistungen für jedermann anbietet, wird er unternehmerisch an einem äußeren Markt tätig und wäre dementsprechend nach der Ansicht des Kammergerichts als wirtschaftlicher Verein einzustufen. Nach der zutreffenden Ansicht des BGH kann sich der caritative Verein aber auf das Nebenzweckprivileg berufen und so einer Löschung im Vereinsregister entgegentreten.



Andrea Gatzmaga
WRG Group
Gütersloh
Tel.: (05241) 870 50
bielitz@wrg-audit.de

Honorar-Notärzte im Rettungsdienst

Überraschend hat der Bundestag am 16. Februar 2017 mit dem Gesetz zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung (Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz – HHVG) für Honorar-Notärzte im Rettungsdienst die Beitragsfreiheit in der gesetzlichen Sozialversicherung beschlossen. Beitragsfreiheit besteht dann, wenn die Honorar-Notärzte entweder in eigener Praxis niedergelas-

sen oder anderweitig mit mindestens 15 Wochenstunden beschäftigt sind (BT-Drs. 18/11205). Dies ist angesichts der strikten Rechtsprechung der Sozialgerichte zu Honorarärzten eine kleine Sensation. Der Gesetzgeber führt maßgebliche praktische Erwägungen an und hebt die Sicherstellung der notärztlichen Versorgung, insbesondere in ländlichen Regionen hervor.

Honorärärzte im Rettungsdienst inzwischen Realität

Der Einsatz von Honorarärzten entspricht schon länger der Versorgungsrealität in Deutschland. Rund zwei Drittel aller deutschen Krankenhäuser setzen Honorarärzte ein. Insbesondere im ländlichen Raum werden seit vielen Jahren zu einem erheblichen Anteil Notärzte auf Honorarbasis beschäftigt.

Zuletzt ließ in diesem Zusammenhang ein Urteil des Landessozialgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 17.04.2015 (L 7 R 60/12) aufhorchen. In einem konkreten Fall wurde die Tätigkeit von Notärzten, die auf Honorarbasis tätig sind, als sozialversicherungspflichtige Beschäftigung eingestuft. Die daraufhin ergangene Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 01.08.2016 (B 12 R 19/15 B), die entsprechende Nichtzulassungsbeschwerde zurückzuweisen, ist vielfach als Entscheidung in der Sache fehlinterpretiert worden. Geblieben ist die Verunsicherung, ob der Einsatz von Honorarnotärzten im Rettungsdienst regelmäßig als sozialversicherungspflichtig eingestuft werden könnte. Die gesetzliche Neuregelung will diese Unsicherheit beheben. Die Regelungen zur Beitragsbefreiung treten am Tag nach der Verkündung des Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetzes (HHVG) im Bundesgesetzblatt in Kraft.

Beitragsfreiheit nur unter bestimmten Voraussetzungen, § 23c Abs. 2 SGB IV

Die Beitragsfreiheit gilt nicht für alle Notärzte im Rettungsdienst, die auf Honorarbasis tätig werden. Zentrales Element ist die Regelung in § 23c Abs. 2 SGB IV n. F. Danach sind Einnahmen aus Tätigkeiten als Notarzt im Rettungsdienst nur dann nicht beitragspflichtig, wenn diese Tätigkeiten neben einer

1. Beschäftigung mit einem Umfang von regelmäßig mindestens 15 Stunden wöchentlich außerhalb des Rettungsdienstes oder
2. Tätigkeit als niedergelassener Vertragsarzt oder als Arzt in privater Niederlassung ausgeübt werden.

Für Tätigkeiten, bei denen die Einnahmen nach Satz 1 nicht beitragspflichtig sind, bestehen zudem keine Meldepflichten nach dem SGB IV.

Der Gesetzgeber hat erkannt, dass die Notarztversorgung in Deutsch-

land weit überwiegend durch Ärzte erfolgt, die diese zusätzlich zu einer anderen Tätigkeit übernehmen. Durch die gesetzliche Neuregelung sind aber „echte Honorar-Notärzte, also ohne anderweitiges (sozialversicherungspflichtiges) Beschäftigungsverhältnis oder Niederlassung, von der Befreiung ausgeschlossen. Dies gilt auch für anderweitig angestellte Ärzte, deren Beschäftigungsumfang regelmäßig weniger als 15 Stunden wöchentlich beträgt.

Die Anforderungen an das anderweitige Beschäftigungsverhältnis sind gering; erforderlich ist nur, dass die anderweitige Tätigkeit außerhalb des Rettungsdienstes stattfindet. Ferner trifft der Gesetzgeber keine Unterscheidung nach der Art der vertragsärztlichen Niederlassung (Voll- oder Teilzulassung), bezieht aber Privatpraxen ausdrücklich mit ein.

Keine Auswirkungen auf bestehende Vertragsverhältnisse, § 118 SGB IV

Die Neuregelung soll allerdings nicht für bestehende Vertragsverhältnisse gelten. § 118 SGB IV sieht eine Übergangsregelung vor, wonach § 23c SGB IV n. F. nicht für (Honorar-)Einnahmen aus einer vor Inkrafttreten des Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetzes vereinbarten Tätigkeit als Notarzt im Rettungsdienst gelten soll. Für diesen Zeitraum bleibt es in Bezug auf die Beitragspflicht zur Sozialversicherung beim bislang geltenden Recht und den damit verbundenen Risiken einer etwaigen Scheinselbstständigkeit.

Trotzdem Versicherungsschutz in der gesetzlichen Unfallversicherung, § 2 SGB VII

Notärzte bleiben allerdings in der gesetzlichen Unfallversicherung versichert, wenn die Voraussetzungen für die Beitragsfreiheit (§ 23c SGB IV n. F.) erfüllt sind. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 13 lit. d) sind Personen, die Tätigkeiten als

Notarzt im Rettungsdienst ausüben, kraft Gesetzes (unfall-)versichert, wenn diese Tätigkeiten (1.) neben einer Beschäftigung mit einem Umfang von regelmäßig mindestens 15 Stunden wöchentlich außerhalb des Rettungsdienstes oder (2.) als niedergelassener Vertragsarzt oder als Arzt in privater Niederlassung ausgeübt werden.

Damit wird der gesetzliche Unfallversicherungsschutz für Personen, die eine Tätigkeit als Notarzt zusätzlich zu einer weiteren Tätigkeit ausüben, in einem Versicherungstatbestand zusammengefasst und der Versicherungsschutz für diese Personengruppe sichergestellt. Diese Versicherung ist vorrangig gegenüber der Versicherung nach den allgemeinen Regelungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 9 (Versicherungspflicht außerhalb der Privilegierung), § 135 Abs. 4 SGB VII n. F.

Zuständigkeit und Beitragserhebung richten sich nach den allgemeinen Vorschriften. Zuständig ist der Unfallversicherungsträger des jeweiligen Unternehmens, für das der Notarzt tätig wird. Diese Unternehmen sind nach § 150 Abs. 1 S. 1 SGB VII auch für alle nach der neuen Vorschrift Versicherten beitragspflichtig (BT-Drs. 18/11205, S. 79).

Auswirkungen auf Honorarärzte in Krankenhäusern

Die Neuregelung weckt natürlich Begehrlichkeiten, nun auch Honorarärzte in der ambulanten, insbesondere aber in der stationären Versorgung von der Beitragspflicht auszunehmen. Gerade hier war die Rechtsprechung der Landessozialgerichte besonders restriktiv und nahm regelmäßig eine abhängige Beschäftigung an (zuletzt LSG Schleswig-Holstein vom 22.11.2016, L 5 KR 176/16 B ER; LSG Baden-Württemberg vom 27.04.2016, L 5 R 852/14; LSG Nordrhein-Westfalen vom 26.04.2016, L 8 R 744/15 B ER.

Schon im Gesetzgebungsverfahren haben die Sozialversicherungsträger die Sorge geäußert, dass künftig weitere Berufsgruppen eine entsprechende Ausnahmeregelung fordern (und ggf. auch bekommen) könnten. Allerdings ist die Regelung nach Auffassung der Bundesregierung auf die besondere Situation der Notärzte beschränkt. Ferner sei die Sicherstellung der ärztlichen Akutversorgung im Notfall von herausragender gesellschaftlicher Bedeutung; dies gelte jedoch nicht

in dem Maße für weitere Berufsgruppen. Die Sicherstellung der ärztlichen (Akut-)Versorgung dürfte jedoch auch dort dieselbe (herausragende) gesellschaftliche Bedeutung haben, wo der Versorgungsauftrag nur noch mit Honorarärzten erfüllt werden kann.

Der sich nur langsam konsolidierende Ärztemangel und die demografische Entwicklung werden das Problem wohl eher verschärfen, auch wenn der Einsatz von Honorarärzten – aus rechtli-

chen Gründen – in letzter Zeit häufiger als Auslaufmodell bezeichnet wird.



Andrea Gatzmaga
WRG Group
Gütersloh
Tel.: (05241) 870 50
bielitz@wrg-audit.de

Kündigung im Kleinbetrieb – richtig begründet ist schon (fast) gewonnen

Wie bereits an anderer Stelle berichtet (Gesundheitsbrief Nr. 3/2016, S. 20 f.), kann auch die Kündigung eines Arbeitnehmers im Kleinbetrieb, in dem das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, mit Schwierigkeiten verbunden sein. Obwohl dort erleichterte Kündigungsbedingungen gelten, sind immer noch die Grundsätze von Treu und Glauben gem. § 242 BGB (Willkürverbot) zu beachten, die ein Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme verlangen.

Dass es in diesem Zusammenhang aus Arbeitgebersicht im Streitfall auf die richtige Begründung der Kündigung ankommen kann, zeigt auch die hier besprochene Entscheidung des LAG Rheinland-Pfalz (Urteil vom 26.08.2016 – 1 Sa 89/16).

Der Fall

Die Parteien stritten über die Wirksamkeit einer arbeitgeberseitigen ordentlichen Kündigung im Kleinbetrieb. Die Klägerin war seit einem Jahr bei der beklagten Ärztin, die weniger als zehn Arbeitnehmer beschäftigte, als medizinische Fachangestellte tätig. Im Jahr 2015 war die Klägerin wiederholt arbeitsunfähig erkrankt. Daraufhin hat die beklagte Ärztin das Arbeitsverhältnis ordentlich „aus betriebsbedingten Gründen“ gekündigt. Die Arbeitnehmerin erhob Kündigungsschutzklage.

Das Arbeitsgericht in der ersten Instanz hat der Arbeitnehmerin recht gegeben und die Kündigung wegen Verstoßes gegen das Willkürverbot für unwirksam erklärt. Die Kündigung sei offensichtlich nicht aus betriebsbedingten Gründen geboten gewesen, da die Beklagte schließlich im Juni 2015 noch zwei Neueinstellungen vorge-

nommen hatte. Die Beklagte habe sich auch nicht auf krankheitsbedingte Fehlzeiten der Klägerin berufen können. Das Ausmaß der vorliegenden Fehlzeiten sei selbst im Kleinbetrieb nicht ausreichend, um darauf eine Kündigung stützen zu können. Der Gesetzgeber habe in § 3 EFZG eine Wertung dahingehend vorgenommen, dass Fehlzeiten bis zu 42 Tagen im Jahr dem Arbeitgeber grundsätzlich zumutbar seien. Diese Regelung gelte auch für Kleinstbetriebe, sodass die darin steckende gesetzgeberische Wertung im Rahmen der Prüfung des § 242 BGB nachhaltig und maßgeblich zu berücksichtigen sei.

Die Entscheidung des LAG

In der Berufungsinstanz hat die beklagte Ärztin die Gründe für die Kündigung näher ausgeführt und nachvollziehbar darauf hingewiesen, dass die zusätzlichen Einstellungen dem Ersatz von anderen, durch Eigenkündigung ausgeschiedenen Mitarbeitern dienten. Infolge der nicht nur unerheblichen krankheitsbedingten Fehlzeiten der Klägerin im Jahre 2015 hätten sich betriebliche Schwierigkeiten ergeben. Die an die Klägerin übertragenen Tätigkeiten mussten während deren krankheitsbedingter Abwesenheit unter Vornahme einer weiteren Einstellung auf andere Mitarbeiterinnen verteilt werden, was auf Dauer nicht hinnehmbar sei.

Das LAG hat sodann das Urteil des Arbeitsgerichts aufgehoben und die Kündigung für wirksam erachtet. Das Arbeitsgericht habe die Anforderungen an eine Kündigung im Kleinbetrieb überspannt. Es gehe lediglich darum, Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen, zum Beispiel

vor Diskriminierungen. Die Beklagte habe ihre Kündigung jedoch in nachvollziehbarer Weise auf rein krankheits- bzw. betriebsbedingte Gründe gestützt, was eine der Willkür unterstellte Kündigungsentscheidung nicht erkennen lasse. Angesichts der Dauer der krankheitsbedingten Ausfallzeiten der Klägerin und des damit verbundenen betrieblichen Kompensationsaufwands habe ein einleuchtender Grund für die Kündigung vorgelegen. Auf den Gesichtspunkt der Enttäuschung eines langjährig erdienten Vertrauens in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, welches die Anforderungen an die Begründung der Kündigung im Einzelfall nochmals gesteigert hätte, könne sich die Klägerin angesichts ihrer nur kurzen Beschäftigungsdauer nicht berufen.

Das LAG folgte damit ausdrücklich nicht der Ansicht des Arbeitsgerichts, wonach sich eine Treuwidrigkeit der Kündigung daraus ergebe, dass einem Arbeitgeber generell pro Jahr eine wirtschaftliche Belastung durch Entgeltfortzahlungskosten im Umfang von sechs Wochen zugemutet werden könne und dass dies durch die vorliegende Kündigung konterkariert würde. Der Gesetzgeber habe der vom Arbeitsgericht aufgeworfenen Problematik durch § 8 EFZG Rechnung getragen, wonach der Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle nicht dadurch berührt wird, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit kündigt. Diese gesetzliche Bestimmung wäre überflüssig und daher nicht bedeutsam, wenn eine Kündigung, die aus Anlass einer Arbeitsunfähigkeit ausgesprochen wird, gemäß § 242 BGB rechtsunwirksam wäre.

Praxishinweise

Dass an die soziale Rechtfertigung einer Kündigung in einem Kleinbetrieb geringere Anforderungen als üblich gestellt werden ist allgemein bekannt. Arbeitgeber sollten sich dennoch davor hüten, von einem Hire-and-Fire-Prinzip auszugehen. Auch eine Kündigung im Kleinbetrieb muss gewissen Regeln folgen. Dazu gehört es, im Streitfall einen zumindest ansatzweise einleuchtenden Grund für die Kündigungsentscheidung nennen zu können. Zur Wahl stehen hierbei die drei anerkannten Kategorien betriebsbedingt, verhaltensbedingt oder

personenbedingt. Es muss dabei zwar nicht dieselbe Begründungstiefe wie bei einer Kündigung im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes erreicht werden – die Bagatellgrenze sollte aber schon überschritten sein. Liegt ein prinzipiell einleuchtender Kündigungsgrund aus einer der drei genannten Kategorien vor, kann vermutet werden, dass keine Willkür im Spiel ist. Dann ist es (nur) noch eine Frage der bisherigen Dauer des Arbeitsverhältnisses, ob nicht diese im Einzelfall trotz des vorliegenden Sachverhalts einer Beendigungskündigung entgegensteht. Hier kommt es

auf die Umstände im Einzelfall an. Um die Erfolgsaussichten im Falle eines Kündigungsschutzprozesses bereits im Voraus abschätzen zu können, sollte daher auch im Kleinbetrieb vor Ausspruch einer Kündigung vorsorglich anwaltlicher Rat eingeholt werden.



Dr. Till Thomas, RA
Fachanwalt für
Arbeitsrecht
ETL Rechtsanwälte
Berlin
Tel.: (030) 22 64 12 20
till.thomas@etl.de