

# ETL Gesundheitsbrief

Steuerberatung | Rechtsberatung | Wirtschaftsprüfung | Unternehmensberatung

News und aktuelles Wissen aus dem Gesundheitswesen

---

4/2016

## Inhalt



### Im Brennpunkt

Frauen in der Medizin – Teil I..... S. 2



### Ärzte/Zahnärzte

Bayern moniert Defizite in der Umsatzbesteuerung von Zahnärzten..... S. 4

MVZ-Mischmodell: Verbindliche Auskunft beim Finanzamt beantragen!..... S. 5

Keine Stornogebühr nach Absage eines OP-Termins..... S. 6



### Apotheken

Aktuelle Gerichtsverfahren: Skonti, Rx-Boni und Defaktur..... S. 7

Multichannel-Marketing im Apothekenmarkt..... S. 8

Der Apothekenbote im Fokus des Arbeitsrechts..... S. 10



### Pflege

§ 45b SGB XI-Anspruch entsteht auch ohne Antragstellung..... S. 11

Preiserhöhung in Pflegeheimen nur mit Zustimmung der Bewohner..... S. 12

BSG: Zur Berücksichtigung von Tariflohnsteigerungen bei der Vergütung ..... S. 13



### Therapeuten

Bundesverfassungsgericht bestätigt Rentenversicherungspflicht von selbständigen Therapeuten ohne versicherungspflichtige Beschäftigte..... S. 14



### Krankenhaus

Sozialversicherungsrechtliche Unsicherheiten bei Honorarärzten..... S. 15

 Besuchen Sie uns auch auf Facebook

# Frauen in der Medizin – Teil I

Die Zukunft der Medizin ist weiblich. Das hatten die ärztlichen Standesvertreter noch zu verhindern versucht, als sie im Rahmen des 26. Deutschen Ärztetages im Juni 1898 in Wiesbaden darüber debattierten, ob Frauen zum Medizinstudium zugelassen werden sollen. Diesem Thema hatten die Herren seinerzeit einen eigenen Tagesordnungspunkt gewidmet. Sieht man sich gut 100 Jahre später die Statistiken der Studierenden an, so zeigt sich am Beispiel Humanmedizin, dass die Mehrzahl der Studierenden weiblich ist. Während 1994 40.342 Frauen und 47.015 Männer im Studienfach Medizin (Allgemein-Medizin) eingeschrieben waren, so steht 2014 34.511 Männern die enorme Zahl von 53.352 Frauen gegenüber. Der vorliegende Beitrag ist der Auftakt einer mehrteiligen Aufsatzreihe, die sich zum Ziel gesetzt hat, den fortlaufenden Wandel und die daraus resultierenden beruflichen Möglichkeiten der Frauen in der Medizin u. a. unter arbeits- und medizinrechtlichen Aspekten zu beleuchten.

Vermutlich liegen die Gründe für die Feminisierung der Medizin auch im allgemeinen Generationenwechsel. Die Prioritäten der jüngeren Generationen verschieben sich. Zudem hat die Attraktivität des Arztberufs aufgrund schlechter Rahmenbedingungen bei bestehendem Ärztemangel allgemein gelitten. Junge Ärzte und Ärztinnen legen großen Wert auf ein ausgewogenes Verhältnis von Beruf, Familie und Freizeit. Es zeigt sich, dass die gesellschaftliche Rolle der Frau eben nicht bereits vorgegeben ist, sondern sie die Wahl hat zwischen Karriere und Kind – oder sogar auch beides möglich ist. Vielleicht auch motiviert durch den bestehenden Ärztemangel hat der Gesetzgeber An-

derungen u. a. des Vertragsarztrechts vorgenommen, welche es Frauen in der Medizin erleichtern oder ermöglichen sollen, ihre Karriereplanung in diesem Bereich ganz individuell zu gestalten – und die somit die Medizin unter dem Aspekt geänderter Rahmenbedingungen natürlich auch attraktiver erscheinen lassen sollen. Interessant ist dies sicherlich auch vor dem Hintergrund, dass Umfragen zufolge ca. 23 Prozent der derzeit niedergelassenen Ärzte planen ihre Praxis bis zum Jahr 2020 aufzugeben. Die Niederlassung in eigener Praxis stellt aktuell auch für viele Ärztinnen eine echte Alternative zum Anstellungsverhältnis in der ambulanten oder stationären Versorgung dar. Bei der Betrachtung des derzeit bestehenden Ärztemangels darf dabei der personelle Mehrbedarf, der aus neuen Behandlungsmöglichkeiten zum einen aber auch insbesondere aus dem demografischen Wandel zum anderen resultiert nicht vernachlässigt werden. Die Gesellschaft altert – und mit ihr steigen die Behandlungsintensität und damit auch zwangsläufig die Nachfrage nach Ärzten, sodass der Gesetzgeber auch weiterhin zum Handeln aufgefordert sein wird.

## Befreiung vom ärztlichen Notdienst

Grundsätzlich besteht die Pflicht zur Teilnahme am ärztlichen Notdienst für alle Vertragsärzte. Diese grundsätzliche Verpflichtung resultiert aus dem Zulassungsstatus der Ärzte als Vertragsärzte im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung und umfasst auch Ärzte mit hälftigem Versorgungsauftrag. Allerdings besteht die Möglichkeit, sich von der Verpflichtung zum ärztlichen Notdienst befreien zu lassen. Eine Befreiung ist grundsätzlich nur bei Vorliegen von schwerwiegenden Grün-

den möglich. Wann dies im Einzelfall zu bejahen ist, war Gegenstand einiger gerichtlicher Entscheidungen. Für Ärztinnen gilt, dass eine Befreiung von der Teilnahme am ärztlichen Notdienst ab dem Zeitpunkt der Bekanntgabe der Schwangerschaft und bis zu acht Wochen nach der Entbindung erfolgen kann. Darüber hinaus kann auch eine Befreiung eines Elternteils bis zu einem Jahr nach der Entbindung in Betracht kommen. In beiden Fällen ist ein entsprechender Antrag an die zuständige Kassenärztliche Vereinigung zu stellen.

## Vertretung

Die Vertretungsmöglichkeiten in der vertragsärztlichen Versorgung sind grundsätzlich beschränkt. Der Gesetzgeber hat insofern abschließend festgelegt, wann eine Vertretung zulässig ist. Für Vertragsärztinnen besteht gem. § 32 Abs. 1 Ärzte-ZV die Möglichkeit, sich im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang einer Entbindung in der eigenen Praxis vertreten zu lassen. Der zeitlich zulässige Rahmen einer solchen Vertretung hat der Gesetzgeber von sechs auf insgesamt bis zu 12 Monate verlängert, ohne dass die Vertragsärztin hierfür einer Genehmigung bedarf. Die Vertretung ist der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung gem. § 32 Abs. 1 Ärzte-ZV lediglich dann mitzuteilen, wenn diese länger als eine Woche andauert. Während Zeiten der Erziehung von Kindern hat die Vertragsärztin darüber hinaus die Möglichkeit, sich gem. § 32 Abs. 2 Nr. 2 Ärzte-ZV bis zu einer Dauer von 36 Monaten vertreten zu lassen, wobei der Zeitraum von 36 Monaten nicht zusammenhängend in Anspruch genommen werden muss. Zu beachten ist jedoch stets, dass die Vertragsärztin berufs- und vertragsarztrechtlich für die ordnungsgemäße

Durchführung des Notdienstes verantwortlich bleibt und sich zu vergewissern hat, dass der sie vertretende Vertragsarzt die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten besitzt. Ferner ist zu beachten, dass die Vertragsärztin nicht neben einer Vertretung ihrer vertragsärztlichen Tätigkeit nachgehen kann. Das heißt, die Vertretung ist dann eine

Möglichkeit, wenn sie eine Zeit lang gar nicht ihrer vertragsärztlichen Tätigkeit nachgehen kann oder möchte.

Im zweiten Teil werden Sie erfahren, was die Vertragsärztin tun kann, wenn sie ihrer gewohnten Tätigkeit weiterhin nachgehen möchte, nur nicht in dem bisherigen Umfang.



**Katrin-C. Beyer, LL.M.**  
ETL Rechtsanwälte GmbH  
Köln  
Tel.: (0221) 880 40 60  
katrin.beyer@etl.de

---

# Bayern moniert Defizite in der Umsatzbesteuerung

Bei Zahnärzten wird die umsatzsteuerliche Unterscheidung zwischen steuerpflichtigen Leistungen und steuerfreier Heilbehandlung von den Finanzämtern nicht ausreichend geprüft. Das ist der Befund des Bayrischen Obersten Rechnungshofs im Jahresbericht 2016. Der Rechnungshof hat 2015 in sechs Finanzämtern die Besteuerung von Ärzten geprüft. Dabei hat er auch die Umsatzbesteuerung bei 265 Zahnärzten untersucht.

## Fehlende Erklärungen und Steuerfestsetzungen

Nur 129 der 265 Zahnärzte wurden zur Umsatzsteuer veranlagt. Die Abgabe einer Umsatzsteuererklärung wurde vom Finanzamt von den restlichen 136 nicht zur Umsatzsteuer veranlagten Zahnärzten nicht angefordert bzw. nicht überwacht. Soweit keine Erklärungen vorlagen, griff auch kein Risikomanagement. 104 der 265 Zahnärzte hatten kein eigenes Zahnlabor; in 64 Fällen war dem Finanzamt nicht bekannt, ob ein Zahnlabor betrieben wurde. In 97 Fällen (36,6%) wusste das Finanzamt, dass der Zahnarzt ein Eigenlabor betrieb und dadurch steuerpflichtige Umsätze erzielte. Allerdings wurden nur 83 dieser Zahnärzte auch umsatzsteuerlich veranlagt. In 14 Fällen (jedem siebenten) erfolgte keine Umsatzsteueranmeldung. Auch die Höhe der umsatzsteuerpflichtigen Umsätze wurde selten auf Plausibilität geprüft, wie folgendes Beispiel zeigt: Ein Zahnarzt (selbst Zahntechnikmeister) betrieb ein eigenes Zahnlabor mit zwei angestellten Zahntechnikerinnen. Erklärt wurden jährlich 6.000

bis 8.000 Euro umsatzsteuerpflichtige Einnahmen. Die Gründe für die geringen Umsätze wurden nicht hinterfragt.

## Vorsteueraufteilung

Von den 83 zur Umsatzsteuer veranlagten Zahnärzten mit Eigenlabor war bei zwei Drittel dieser Fälle nicht erkennbar, wie die beantragte und erstattete Vorsteuer ermittelt wurde.

**Beispiel:** Ein Zahnarzt setzte im Zusammenhang mit seinen Laborleistungen Betriebsausgaben von 45.000 Euro ab. Er erklärte lediglich 3.000 Euro umsatzsteuerpflichtige Einnahmen aus Laborleistungen. Eine Erklärung zur Aufteilung in abzugsfähige und nicht abzugsfähige Vorsteuern fehlte. Rückfragen waren nicht dokumentiert.

## Kein Prüfungsschwerpunkt

Bei Betriebsprüfungen von Zahnärzten wurde die Abgrenzung zwischen steuerpflichtigen und steuerfreien Umsätzen regelmäßig nicht geprüft; auch die Überprüfung der abzugsfähigen Vorsteuern fand nicht statt. Bei der Auswertung von 130 Betriebsprüfungsfällen im Gesundheitsbereich wurde in 75 Fällen (57%) die Umsatzsteuer nicht in die Prüfungsanordnung aufgenommen. Nur in 18 Fällen (13,8%) erfolgten überhaupt Feststellungen zur Umsatzsteuer. Meist handelte es sich um Folgewirkungen aus Feststellungen zur Ertragsteuer. Eine (ausreichende) Dokumentation zur Vollständigkeit der Umsätze konnte meist nicht gefunden werden. Selbst Meldungen der Veranlagungsstellen zum Goldkauf mit der Bitte um Prüfung wurden im Rahmen

der Betriebsprüfung nicht aufgegriffen. In den Unterlagen der Betriebsprüfung waren Vermerke wie „Arzt = keine USt.“ erkennbar. Offensichtlich umsatzsteuerpflichtige Angebote im Internet führten mangels Prüfung der Umsatzsteuer nicht zu Steuerfestsetzungen. Internetrecherchen wurden nicht routinemäßig durchgeführt und als Informationsquelle genutzt. Umsatzsteuerpflichtige Leistungen blieben deshalb unversteuert.

## Fazit

Es ist zu erwarten, dass sich die Finanzverwaltung die Kritik zu Herzen nimmt. Deshalb werden vermutlich in der Zukunft verstärkt Aufforderungen zur Abgabe der Umsatzsteuererklärung erfolgen. Außerdem wird die Internetrecherche im Vorfeld der Prüfung verstärkt und systematischer eingesetzt werden. Insoweit sollte jeder Zahnarzt darauf achten, dass die auf der Webseite stehenden Leistungen umsatzsteuerlich gewürdigt und ggf. erklärt wurden. Die Finanzverwaltung wird sich speziell die Abgrenzung der umsatzsteuerbefreiten zu den umsatzsteuerpflichtigen Umsätzen sowie die Vorsteueraufteilung ansehen.



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

# MVZ-Mischmodell: Verbindliche Auskunft beim Finanzamt beantragen!

Das medizinische Versorgungszentrum (MVZ) ist in verschiedenen Strukturen gestaltbar. Typisch sind folgende Modelle:

## 1. Anstellungsmodell

Im Anstellungsmodell verzichten die Vertragsärzte auf ihre eigene Zulassung zugunsten einer Anstellung im dann zu gründenden MVZ in der Rechtsform der GmbH. Der vormals durch die Zulassung ausgedrückte Versorgungsauftrag des Arztes geht in der MVZ-Zulassung insgesamt auf. Daher ist der auf einer Arztstelle tätige Arzt nicht mehr in eigener Zulassung tätig; beim Ausscheiden müsste er sich wieder um eine Zulassung bemühen.

## 2. Vertragsarztmodell

Im Gegensatz zum Anstellungsmodell liegt dem „freiberuflichen“ MVZ-Vertragsarztmodell kein Statuswechsel zugrunde. Hier schließen sich freiberufliche aufgrund eigener Zulassung – z. B. in Einzelpraxis – tätige Ärzte zu einem MVZ in der Rechtsform der GbR zusammen. Dogmatisch hat das MVZ als Einrichtung eine Zulassung. Die Zulassungen der Vertragsärzte ruhen jeweils für die Zeit im MVZ. Beim Ausscheiden des Arztes aus dem MVZ lebt die einzelne Zulassung – im Gegensatz zum Anstellungsmodell – aber wieder auf. Hier muss sich der ausscheidende Arzt nicht wieder um eine Zulassung bemühen. Ein solches MVZ ist im Rahmen der Zulassungsdogmatik auch quasi wie eine Berufsausübungsgemeinschaft anzusehen.

## 3. MVZ-Mischmodell

Im Gegensatz zum Anstellungsmodell liegt auch dem MVZ-Mischmodell kein Statuswechsel zugrunde, sondern – man beachte den nun folgenden Wort-

laut – der Arzt wird „aufgrund eigener Zulassung im Rahmen der MVZ-GmbH“ tätig. Die Zulassungen der Vertragsärzte werden in das MVZ mitgenommen und ruhen jeweils für die Zeit im MVZ (siehe Vertragsarzt-Modell). Es ergeben sich die dort genannten Vorteile. Fraglich war, ob es den „aufgrund eigener Zulassung im Rahmen einer MVZ-GmbH“ tätigen Arzt überhaupt geben kann. Literatur und Rechtsprechung kamen zu unterschiedlichen Ergebnissen, ob es sich noch um einen Arzt „in freier Praxis“ handelt. Die Rechtsprechung jedoch bejahte die Vereinbarkeit des Mischmodells mit dem Wortlaut von § 95 SGB V (SG Stuttgart S 5 KA 7468/07, LSG Baden-Württemberg L 5 KA 1590/10).

Die Mitnahme der Zulassung statt Zulassungsverzicht erfolgt in vielen Fällen aus Honorar- und Abrechnungsgründen. Der Statuswechsel kann zur greifbaren Gefahr einer erheblichen Honorarminderung werden, wenn das Honorar dadurch neu berechnet wird. Dagegen ist meist mit der Zulassungsmitnahme ein unverändertes Honorarvolumen möglich. Zusammen mit der grundsätzlichen Konzeptionierung einer MVZ-GmbH sind stets auch die Honorar- und Abrechnungsfolgen mit den entsprechenden Fachabteilungen vorab abzustimmen; sie sollten zwingend in die Vorabbeurteilung zur „wirtschaftlichen Standfestigkeit“ des Projektes einfließen.

### Steuerliche Herausforderung

Im steuerlichen Kontext ist die Frage aufgetaucht, inwieweit es bedeutsam ist, dass der (Zahn-)Arzt bei der Gründung des MVZ-Mischmodells gerade nicht auf seine Zulassung verzichtet,

sondern diese weiterhin innehat. Möglicherweise würde damit eine sog. wesentliche Betriebsgrundlage der Arztpraxis nicht mitübertragen mit der Folge, dass der Übertragungsvorgang nicht steuerneutral erfolgt, ggf. stille Reserven aufzudecken sind und hohe Steuernachzahlungsbeträge drohen. Aktuell wird also diskutiert, ob es sich bei der Arztpraxis in der Konstellation des Mischmodells über einen Betrieb im Sinne des § 20 Umwandlungssteuergesetz (UmwStG) handeln kann. § 20 UmwStG selbst enthält keine Definition des Begriffes des Betriebes. Die Rechtsprechung bejaht aber die Einbringung eines solchen, wenn sämtliche funktional wesentlichen Wirtschaftsgüter auf die GmbH übertragen werden. Ein solches Wirtschaftsgut liegt nach Ansicht des BFH vor, wenn das Wirtschaftsgut „zur Erreichung des Betriebszwecks erforderlich ist und besonderes Gewicht für die Betriebsführung besitzt“ (BFH vom 16.12.2004, Az. IV R 3/03).

Im MVZ-Anstellungsmodell würden die beteiligten Ärzte zur MVZ-GmbH-Gründung jeweils ihre gesamte Praxis mit allen materiellen und immateriellen Wirtschaftsgütern einbringen. Die o. g. steuerliche Diskussion stellt sich in Bezug auf § 20 UmwStG nicht. Die Besonderheit des Mischmodells besteht aber darin, dass die „Gründer-Ärzte“ in der MVZ-GmbH vertragsärztlich ausschließlich auf der Grundlage der (eigenen) Vertragsarztzulassung der GmbH tätig werden. Ihre persönliche Vertragsarztzulassung besteht fort, wird aber nicht benötigt und „ruht“. Selbstverständlich wollen sich in diesem Modell die „Gründer-Ärzte“, sollte die Zusammenarbeit doch nicht wie gewünscht verlaufen, die Möglichkeit

offenhalten, wieder in der Einzelpraxis tätig zu werden. In der Konsequenz stellt sich die Frage, ob nicht ein funktional wesentliches Wirtschaftsgut, mithin die Vertragsarztzulassung zurückbehalten wird. Ob die Vertragsarztzulassung als funktional wesentliche Betriebsgrundlage einzuordnen ist, ist bisher nicht geklärt. Nach der hier vertretenen Auffassung kann die Vertragsarztzulassung jedoch keine wesentliche Betriebsgrundlage darstellen, da ihr der BFH selbst in seinem Urteil vom 09.08.2011, Az. VIII R 13/08

die Qualifikation als selbstständiges immaterielles Wirtschaftsgut versagt hat. Es soll aber nicht unerwähnt bleiben, dass der BFH auch sonstige immaterielle Werte zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen zählt.

**Praxishinweis:**

Da die Qualifikation als Betrieb maßgeblich ist für die steuerneutrale Einbringung der Praxis im Sinne des § 20 UmwStG dürfen diesbezüglich keine Zweifel bestehen. Solange es keine Klarstellung vonseiten der Recht-

sprechung oder der Finanzverwaltung gibt, sollte hier vorab eine Klärung mit der Finanzverwaltung, ggf. im Wege der verbindlichen Auskunft gesucht werden.



**Dr. Lars Lindenau, RA**  
**ETL Rechtsanwälte**  
**Erlangen**  
 Tel.: (09131) 977 07 37  
 lars.lindenau@etl.de

# Keine Stornogebühr nach Absage eines OP-Termins

Amtsgericht München vom 28.01.2016, Az. 213 C 27099/15

Das Amtsgericht München hatte über die Frage zu entscheiden, ob ein Patient, der kurzfristig einen OP-Termin absagt, eine Stornogebühr schuldet. Der verklagte Patient schloss im Juni 2015 mit einer Schönheitsklinik eine sogenannte Wahlleistungsvereinbarung über eine Magenballonbehandlung. Es wurde ein Operationstermin zur Einsetzung des Ballons für den 31. Juli 2015 vereinbart. Dem Ganzen lagen Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) zugrunde. In den AGB war u. a. geregelt, dass bei Absage oder Verschiebung eines durch den Patienten zugesagten Eingriffstermins die Klinik in jedem Falle eine Verwaltungsgebühr von 60 Euro brutto erheben dürfe. Darüber hinaus enthielten die AGB Regelungen zu einer Stornogebühr. Die Stornogebühren waren gestaffelt und der Höhe nach davon abhängig, wie viele Tage vor dem Eingriff der Patient den OP-Termin absagt. Im konkret entschiedenen Fall hatte der Patient zwei Tage vor Durchführung der angedachten Operation die Behandlung abge-

sagt. Infolgedessen begehrte die Klinik insgesamt 1.494,00 Euro.

Das Amtsgericht München hat die Klage vollen Umfanges abgewiesen. Das Gericht hält die Regelungen über die Verwaltungsgebühr und die Stornogebühr in den AGB für unwirksam. Nach den AGB hätte der Patient – je nach Fall – aus der Kombination von Verwaltungsgebühr und Stornogebühr mehr bezahlen müssen, als er bei Durchführung des Eingriffs der Klinik an sich geschuldet hätte. Weiterhin verweist das Amtsgericht darauf, dass die AGB nicht berücksichtigten, dass sich die Klinik bei Absage eines Operationstermins Aufwendungen wie Medikamente und Verbrauchsmaterialien usw. erspare, die zugunsten des Patienten abzuziehen seien. Auch im Übrigen benachteiligten die AGB den Patienten unangemessen (§ 307 BGB). Die Inanspruchnahme einer Heilbehandlung bzw. der dem zugrunde liegende Behandlungsvertrag sei nach Gesetz grundsätzlich jederzeit ohne

Einhaltung einer Frist kündbar (siehe vor allem § 627 BGB). Dafür bedürfe es keines sachlichen, erst recht nicht eines wichtigen Grundes i. S. v. § 626 BGB. Der Patient müsse jederzeit die Möglichkeit haben, frei darüber zu entscheiden, ob er den operativen Eingriff (noch) wünsche oder nicht. Demgegenüber müsse das wirtschaftliche Interesse der Klinik zurückstehen. Das Urteil ist rechtskräftig.



**Katrin-C. Beyer, LL.M.**  
**ETL Rechtsanwälte GmbH**  
**Köln**  
 Tel.: (0221) 880 40 60  
 katrin.beyer@etl.de



**Marc Nörig**  
**ETL Rechtsanwälte GmbH**  
**Köln**  
 Tel.: (0221) 880 40 60  
 marc.noerig@etl.de

# Aktuelle Gerichtsverfahren: Skonti, Rx-Boni und Defektur

## **OLG Bamberg: Rabatt und Skonto dürften zusammen nie mehr als 3,15 Prozent betragen**

Der Großhandel AEP gewährt Apotheken 3 Prozent Rabatt und 2,5 Prozent Skonto. Im Streit mit der Wettbewerbszentrale hatte das Landgericht Aschaffenburg im Oktober 2015 noch zugunsten von AEP entschieden. Das Oberlandesgerichts Bamberg sieht die Rechtslage aber völlig anders. Aus Sicht des OLG ist „jegliche Preisgestaltung des Großhändlers unzulässig, die zur Folge hat, dass der Abgabepreis die Summe von Herstellerpreis, Festzuschlag von 0,70 Euro und Umsatzsteuer unterschreitet“.

§ 2 Arzneimittelpreisverordnung (AM-PreisV) regelt, dass der Großhändler auf den Abgabepreis des Herstellers „höchstens einen Zuschlag von 3,15 Prozent, höchstens jedoch 37,80 Euro, zuzüglich eines Festzuschlags von 70 Cent sowie die Umsatzsteuer“ erheben darf. Das OLG ist der Ansicht, dass Skonto und Rabatt gleich zu behandeln sind. Die Apotheker hätten keinen gesetzlichen Anspruch auf Skonto; es handele sich nur um eine vertragliche Vereinbarung mit ihrem Großhändler. Entscheidend ist für das OLG außerdem das Ziel der flächendeckenden Arzneimittelversorgung. Dieses sei mit dem Festzuschlag nur zu erreichen, wenn dieser nicht angetastet werde. Die Gewährung von

Skonti könnte den Wettbewerb unter den Großhändlern im Bereich des Festzuschlags eröffnen mit der Folge, dass sich die Belieferung von Apotheken punktuell als nicht mehr lukrativ erweisen und nur noch eingeschränkt erfolgen würde. Die Konkurrenzfähigkeit kleinerer Apotheken und damit die Sicherstellung der Versorgung würden beeinträchtigt.

## **EU-Generalanwalt: Rx-Boni sind ausländischen Versandapotheken erlaubt**

Ausländische Versandapotheken dürfen nicht an die deutschen Preisvorschriften gebunden werden. Wie der Generalanwalt Maciej Szpunar in seinen Schlussanträgen dargelegt hat, verstößt § 78 des Arzneimittelgesetzes (AMG) in Verbindung mit der Arzneimittelpreisverordnung (AMP-PreisV) gegen die Artikel 34 und 36 der EU-Verträge. Das Festpreissystem für verschreibungspflichtige Arzneimittel wäre damit unzulässig, insoweit auch ausländische Apotheken betroffen sind. Die deutsche Regierung – so der Generalanwalt – habe Sinn und Verhältnismäßigkeit der deutschen Arzneimittelpreisvorschriften nicht eindeutig und überzeugend belegt. Im Vergleich zur gegenwärtigen Preisbindung wäre z. B. ein Höchstpreissystem möglich und weniger eingriffsintensiv. Das Festpreissystem sei deshalb ein unverhältnismäßiger Eingriff in den Markt.

## **EU-Generalanwalt: Defekturen unterliegen nicht der Zulassungspflicht**

Der Bundesgerichtshof hatte dem EuGH einen Fall zur Vorabentscheidung vorgelegt. Hecht Pharma hatte gegen eine Apotheke geklagt, die als Defekturen hergestellte Weihrauch-Kapseln beworben hat. In Deutschland ist nach dem Arzneimittelgesetz eine Zulassung für Defekturen nicht erforderlich. Die Richter vom Bundesgerichtshof wollen mit dem Vorabentscheidungsverfahren vom EuGH wissen, ob diese Regelung mit den EU-Vorschriften vereinbar sei. EuGH-Generalanwalt Maciej Szpunar argumentiert, dass die Richtlinie, die eine Zulassung von Arzneimitteln vorschreibt, nur für Medikamente gelte, die gewerblich zubereitet werden oder bei deren Zubereitung ein industrielles Verfahren zur Anwendung kommt. Diese Bedingungen treffen auf Defekturen aber nicht zu, da die Präparate in „handwerklicher Herstellung“ erzeugt werden und auf 100 Packungen pro Tag begrenzt seien. Daher greift bei Defekturen nicht das Werbeverbot aus der EU-Vorschrift zu Humanarzneimitteln.



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

# Multichannel-Marketing im Apothekenmarkt

In den vergangenen Jahren hat sich das Kaufverhalten der Endverbraucher auch im Gesundheitsmarkt stark gewandelt bzw. auch um die Nutzung der sogenannten neuen Medien – wie z. B. Internet, Apotheken Apps und Social Media Plattformen – erweitert. Es handelt sich um einen Trend, dem sich unserer Meinung nach immer noch zu wenige der niedergelassenen Apotheken in ihrer Präsenz in Richtung Endverbraucher stellen.

Der Bitkom e.V. in Berlin veröffentlicht regelmäßig die Entwicklungen und Trends in Online-Markt. So wurden auch vor Kurzem noch einmal die Ergebnisse der Analysen über Einkäufe

von Privatpersonen im Bereich E-Commerce veröffentlicht.

Nach weiteren Untersuchungen der Bitkom aus dem Jahr 2013 befinden sich die Medikamente, wie man an der nachfolgenden Auswertung gut erkennen kann, bereits auf dem 11. Platz von den insgesamt ausgewerteten 26 genannten Bereichen.

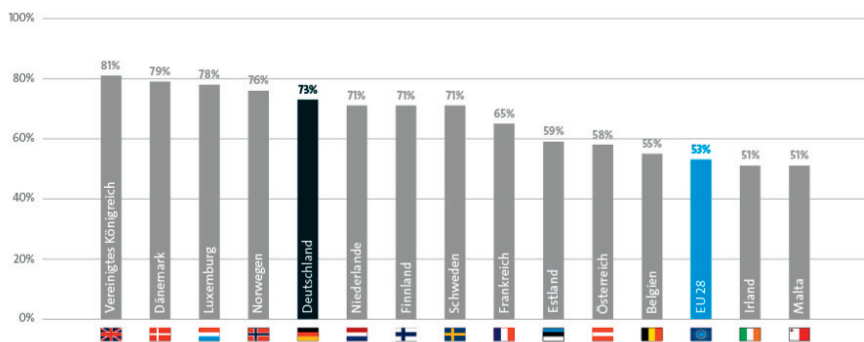
Die Altersstruktur der Internetuser stellt sich wie folgt dar:

- 14 bis 29 Jahre: 21%
- 30 bis 49 Jahre: 32%
- 50 bis 64 Jahre: 32%
- 65 Jahre und älter: 40%

Wie man diesen Ergebnissen entnehmen kann, kauften die sogenannten „Silver Agers“ – die mit 70 Prozent Marktanteil größte Zielgruppe der klassischen Apotheke – bereits sehr stark über das Internet ein. Wenn man heute zugleich die Entwicklung und den immer stärker werdenden Umgang der Gesamtbevölkerung mit den Multichannel-Medien ansieht, so wird sich der Anteil der User in den nächsten Jahren fortlaufend signifikant vergrößern. Es folgt ein Beispiel aus einer weiteren Analyse und Veröffentlichung der Bitkom über Kinder und Jugendliche im Umgang mit den neuen Medien, denn sie sind ja – auch für die Apotheken – die Kunden von morgen.

## E-Commerce – Privatpersonen (Einkäufe)

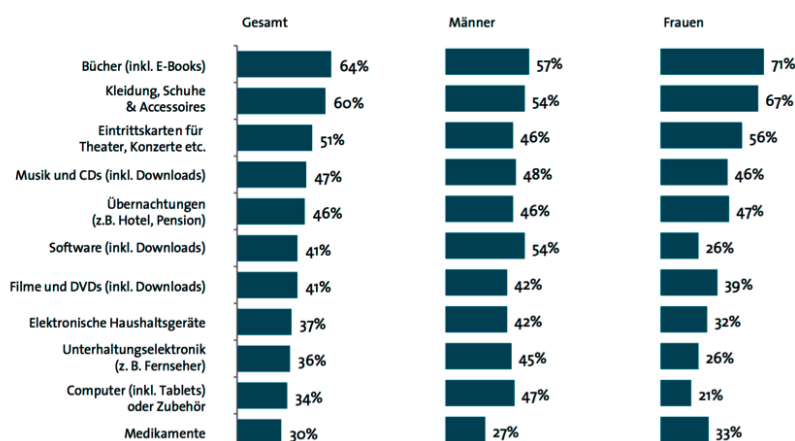
Anteil der Privatpersonen mit Einkäufen über das Internet (in %), 2015



Quelle: Bitkom; Basis: Eurostat (Stand 03/2016)



## Im Internet gekaufte bzw. gebuchte Waren und Dienstleistungen – Gesamt und nach Geschlecht



Quelle: Bitkom; Studie Trend im E-Commerce, veröffentlicht 2013

Wir als langjährige Unternehmensberatung im Apothekenmarkt empfehlen daher allen Apotheken und vor allem unseren Mandanten, sich kurzfristig und schnell mit einem Multichannel-Marketing auseinanderzusetzen und die bisher eingesetzten Medien und Marketingmaßnahmen in ihrer Apotheke um diese wichtigen Felder zu erweitern. Heutzutage gehören neben regelmäßigen Angeboten, Flyern und Aktionen immer mehr auch ein zeitgemäßer Internetauftritt und alternative Bestellmöglichkeiten zum professionellen Werbeauftritt einer Apotheke. Wichtig hierbei ist, dass die Webseite der Apotheke so konfiguriert ist, dass sie der Endverbraucher einfach und schnell auch über ein Handy oder Tablet öffnen und einsehen kann, denn das ist leider bei den meisten Seiten heute immer noch nicht der Fall. Wenn es für ihn zu kompliziert ist, alle Bereiche und Informationen einer Homepage zu erfassen, wird der Verbraucher diese Seite vermutlich nicht noch einmal aufsuchen. Die ununterbrochene Kommunikation zum Kunden sollte im Zuge der neuen Medien gewährleistet



sein – beginnend mit einem schnellen Seitenaufbau über wichtige Informationen zu aktuellen Gesundheitsthemen, der Präsenz von aktuellen Angeboten, einer ordentlichen Verkaufsabwicklungsmöglichkeit bis hin zu dem professionellen After Sales Service.

Immer mehr Apotheken setzen sich auch mit ihrer Präsenz bei Facebook, Google und Twitter sowie über Apotheken App-Varianten auseinander. Diverse Anbieter, wie u. a. die Apotheken App von Wort und Bild, aber auch solche Systeme, wie callMy Apo bieten hierfür dem Apotheker professionelle Lösun-

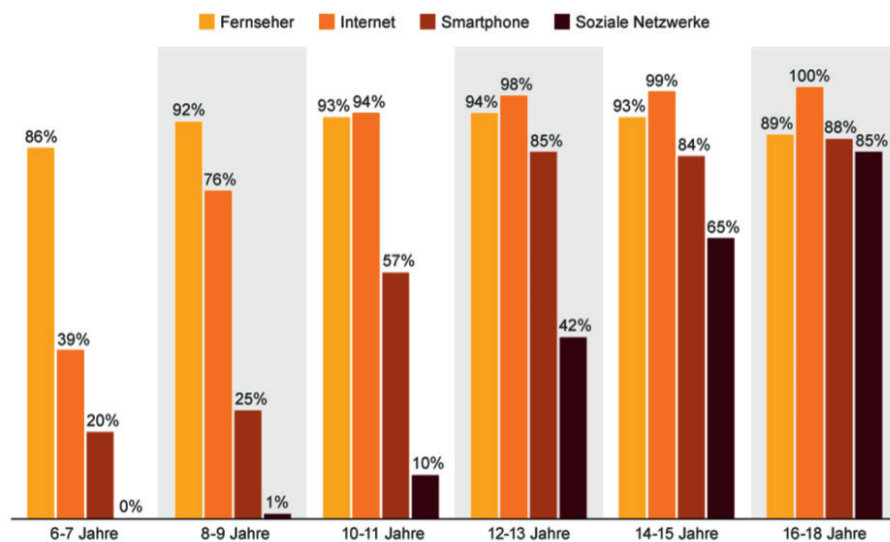
gen an. ABDA und Apothekerkammern warnen aber auch vor dem Einsatz moderner Medien wegen der u. U. auf den verschiedenen Plattformen nicht eingehaltenen gesetzlichen Datenschutzbestimmungen. Auch die Landesdatenschutzbeauftragte in Schleswig-Holstein, Frau Margit Hansen, sieht große Lücken in den jeweiligen Bestimmungen der Anbieter solcher Plattformen beim Umgang mit den sensiblen Daten zu Krankheiten und bez. der Verordnungen, die teilweise als Rezeptscans verschickt werden. In dem DAZ-Interview vom 10. Juni 2016 hat Frau Hansen daher noch

einmal ausführlich die wesentlichen Bestimmungen dargelegt und fordert hier auch die Apotheker und deren Ständesvertretungen zur Einhaltung der Kriterien der neuen Datenschutzgrundverordnung der EU auf, die ab Mai 2018 in Kraft treten wird.

Wenn von den Anbietern alle Bestimmungen umgesetzt werden, sehen wir jene Apotheken, die sich bereits frühzeitig den geänderten Kaufwünschen der Endverbraucher gestellt haben, als die Gewinner im Markt. Ein Nutzer von Internet und neuen Medien wird unserer Meinung nach immer weitgehender seine Dienstleister und Lieferanten nach den Kriterien der schnellen und unkomplizierten Erreichbarkeit auswählen. Die Apotheken sollten sich auf diesen Trend einstellen – denn letztlich zählt nicht, wie ein Kunde zukünftig seine Apotheke besucht, sondern dass er der Apotheke erhalten bleibt.

**Kinder mit 8 Jahren schon mehrheitlich online**

Anteil der Kinder, die diese Dinge zumindest „gelegentlich“ oder „ab und zu“ nutzen



Quelle: Bitkom

Handelsblatt 



**Gastbeitrag**

**Heike Riepe**  
 AMM Apotheken Management und Marketing GmbH  
 Dortmund  
 Tel.: (0231) 725 66 00  
 h.riepe@amm-beratung.de

# Der Apothekenbote im Fokus des Arbeitsrechts

Ein gut organisierter Bringdienst ist in einer dienstleistungsorientierten Wirtschaft für den Betrieb einer Apotheke häufig nicht wegzudenken. Der Bote ist dabei im Verhältnis zum Inhaber der Apotheke Arbeitnehmer. Auch wenn das Arbeitsverhältnis zwischen Bote und Apotheker häufig nur als Minijob ausgestaltet ist, findet dennoch grundsätzlich das gesamte Arbeitsrecht auf das Beschäftigungsverhältnis mit einem Boten Anwendung. Nicht zuletzt das Mindestlohngesetz (MiLoG) führt uns diesen Umstand noch einmal eindrucksvoll vor Augen. Nachfolgend sind einige für die Praxis besonders bedeutsame arbeitsrechtliche Aspekte genannt, die im Zusammenhang mit der Beschäftigung eines Boten durch Apothekeninhaber dringend beachtet werden sollten.

## Grundsätzliches zum Minijob

Bei einer Vergütung von bis zu 450 Euro im Monat spricht man regelmäßig von einem sogenannten Minijob. Dieser ist insbesondere durch steuer- und abgabenrechtliche Besonderheiten geprägt. Ansonsten aber ist der Minijobber ein ganz „normaler“ Arbeitnehmer und daher grundsätzlich genauso zu behandeln wie ein Arbeitnehmer, der sich in einem regulären, sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnis befindet. Das hat etwa zur Folge, dass dem Boten als Minijobber ein gesetzlich garantierter Urlaubsanspruch von wenigstens vier Wochen im Jahr zusteht. Arbeitet der Bote beispielsweise immer nur an Samstagen, so hat er Anspruch auf eine vergütete Freistellung im Umfang von zumindest vier Samstagen. Auch steht dem Minijobber seit jeher ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall unter Beachtung der maßgeblichen Bestimmungen im Entgeltfortzahlungsgesetz zu.

## Mindestlohngesetz

Als Arbeitnehmer unterfällt der Bote dem Mindestlohngesetz (MiLoG). Das bedeutet, dass der Bote aktuell wenigstens 8,50 Euro je Zeitstunde Vergütung beanspruchen kann. Dabei spielt es keine Rolle, dass diese Vergütung in aller Regel brutto gleich netto erfolgt. Zwar spricht das MiLoG von einer Bruttovergütung, es besteht jedoch weitgehend Einigkeit, dass auch der Minijobber mit 8,50 Euro je Stunde zu bezahlen ist, unabhängig davon, inwieweit von diesem Betrag Abzüge für Steuern und Abgaben vorzunehmen sind.

Zu beachten ist, dass der Mindestlohn ab dem 1. Januar 2017 auf 8,84 Euro pro Stunde steigen wird. Hierzu bedarf es nicht zwingend einer Anpassung des Arbeitsvertrages mit dem Minijobber. Die Anhebung der Vergütung ab Januar 2017 vollzieht sich gewissermaßen automatisch kraft Gesetzes.

## Arbeit auf Abruf/Bereitschaftszeiten

In vielen Fällen ist es so, dass der Bote nicht kontinuierlich durcharbeitet, sondern vielmehr auf Abruf bzw. Anforderung durch den Apotheker tätig wird. In diesem Zusammenhang gilt es zu berücksichtigen, dass nicht nur die reine Arbeitsleistung des Boten zu vergüten ist. Zu bezahlen sind auch sogenannte Bereitschaftszeiten und zwar grundsätzlich ebenfalls mit aktuell wenigstens 8,50 Euro je Stunde. Bereitschaftszeiten sind Zeiten, während derer sich der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort – innerhalb oder außerhalb des Betriebes – bereithalten muss, um bei Bedarf die Arbeit aufzunehmen.

Bereitschaftszeiten dürfen nicht mit sogenannter Rufbereitschaft verwechselt werden.

Letztere zählt nicht zur Arbeitszeit und unterfällt dann auch nicht dem gesetzlichen Mindestlohn. Der Arbeitnehmer leistet Rufbereitschaft (bisweilen auch Hintergrundarbeit genannt), wenn er verpflichtet ist, außerhalb der regulären Arbeitszeit seine Arbeit „auf Abruf“ aufzunehmen. Während der Zeiten der Rufbereitschaft kann sich der Arbeitnehmer grundsätzlich an einem Ort seiner Wahl aufhalten. Den Arbeitnehmer trifft lediglich die Pflicht, für eine ununterbrochene Erreichbarkeit zu sorgen; er muss dem Arbeitgeber daher seinen jeweiligen Aufenthaltsort anzeigen, was durch Erreichbarkeit mittels Handy ersetzt werden kann.

## MiLoG und Pflicht zur Aufzeichnung der Arbeitszeiten

Nach dem Mindestlohngesetz besteht in bestimmten Branchen und hinsichtlich näher bestimmter Arbeitnehmer eine Pflicht des Arbeitgebers zur Aufzeichnung der Arbeitszeiten der durch den Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer. Apotheken unterfallen als solche nicht den gesetzlich geltenden Aufzeichnungspflichten. Allerdings sind die Arbeitszeiten sämtlicher Minijobber – von bestimmten näheren Angehörigen abgesehen – aufzuzeichnen. Das Gesetz sieht vor, dass Beginn, Ende und Dauer der Arbeitszeit am jeweiligen Tag aufzuzeichnen sind. Pausenzeiten und deren genaue Lage sind nicht durch die Aufzeichnungspflicht umfasst.



Dr. Uwe Schlegel, RA  
ETL Rechtsanwälte  
Köln

Tel.: (0221) 880 40 60  
uwe.schlegel@etl.de

## § 45b SGB XI-Anspruch entsteht auch ohne Antragstellung

Mit den Kostenträgern hat es diverse Kontroversen um die Auslegung des Antragserfordernisses bei §-45b-SGB-XI-Leistungen gegeben. Im Referentenentwurf zum PSG nimmt der Gesetzgeber deshalb klärend Stellung. § 45b SGB soll um folgende Formulierung ergänzt werden: „Der Anspruch auf den Entlastungsbetrag entsteht mit dem Vorliegen der in Absatz 1 Satz 1 genannten Voraussetzungen.“ Mit der Ergänzung werden Auslegungsfragen zu der bestehenden Vorschrift des § 45b geklärt, die nach der Ausdehnung des Anspruchs auf zusätzliche Betreuungs- und Entlastungsleistungen auch auf Pflegebedürftige, die in ihrer Alltagskompetenz nicht erheblich eingeschränkt sind, aufgetreten sind. Der Gesetzentwurf hebt hervor, dass die Ergänzung lediglich deklaratorisch ist, d. h. dass diese Rechtslage bereits jetzt schon gilt.

Es wird klargestellt, dass der Anspruch auf den Entlastungsbetrag mit der Feststellung der Pflegebedürftigkeit entsteht. Ab diesem Zeitpunkt steht der Entlastungsbetrag den Anspruchsberechtigten monatlich jeweils ohne

Weiteres zur Verfügung. Das bedeutet, dass die grundsätzlich monatlich entstehenden Ansprüche, soweit sie in dem jeweiligen Monat nicht genutzt werden, nicht verfallen, sondern die nicht ausgenutzten Beträge auch noch im weiteren Verlauf des Kalenderjahres genutzt werden können (sog. „Ansparen“). Am Ende des Kalenderjahres nicht verbrauchte Beträge können zudem noch bis in das darauffolgende Kalenderhalbjahr übertragen werden. Dies ermöglicht eine besonders flexible und bedarfsgerechte Handhabung des Anspruchs, ohne das grundsätzliche Ziel aus den Augen zu verlieren, den Betroffenen eine möglichst kontinuierliche Entlastung zu ermöglichen und Anreize zu setzen, diese auch tatsächlich wahrzunehmen.

Einer gesonderten Antragstellung vor Beginn des Bezugs der Leistungen bedarf es nicht, um den Anspruch auf den Entlastungsbetrag entstehen zu lassen. Es ist vielmehr ausreichend, wenn der Antrag auf die Erstattung der Kosten für die entstandenen Eigenbelastungen nachträglich eingereicht wird. Mit dem Antrag wird seitens des

Anspruchsberechtigten konkretisiert, für welche der durch ihn bezogenen Betreuungs- oder Entlastungsleistungen eine Kostenerstattung gewünscht ist und in welcher Höhe die Erstattung hierfür erfolgen soll. Diese Antragstellung kann – so wie bisher bereits in der Verwaltungspraxis gehandhabt – auch konkludent erfolgen, indem der Anspruchsberechtigte entsprechende Belege einreicht. Die Erstattung der Kosten für die Aufwendungen – also die Auszahlung der finanziellen Mittel – kann in aller Regel erst erfolgen, wenn eine entsprechende Konkretisierung vorgenommen worden ist und die Entstehung der Aufwendungen für die Inanspruchnahme der Leistungen belegt werden kann.



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

# Preiserhöhung in Pflegeheimen nur mit Zustimmung der Bewohner

Bundesgerichtshof vom 12.05.2016, Az. III ZR 279/15

Eine Entgelterhöhung des Heimträgers bei Änderung der Berechnungsgrundlage nach § 9 WBG (Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz) bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Heimbewohners. Dies gilt auch gegenüber Heimbewohnern, die Leistungen nach dem SGB XI oder SGB XII in Anspruch nehmen. Eine davon abweichende Vereinbarung, die ein einseitiges Entgelterhöhungsrecht des Heimträgers vorsieht, ist gemäß § 16 WBG unwirksam.

Die formularmäßige Vereinbarung eines einseitigen Entgelterhöhungsrechts des Heimträgers in Wohn- und Betreuungsverträgen benachteiligt den Verbraucher unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB, da sie wesentlichen vertragsrechtlichen Grundsätzen widerspricht und dem Gesetzeszweck, den Heimbewohner als gleichberechtigten Verhandlungs- und Vertragspartner zu stärken, zuwiderläuft.

Zur Begründung führt der BGH aus: Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 WBG kann der Unternehmer, wenn sich die bisherige Berechnungsgrundlage verändert, eine Erhöhung des Entgelts „verlangen“, nicht aber (unmittelbar) das erhöhte Entgelt. Der Wortlaut der Vorschrift („Der Unternehmer kann eine Erhöhung des Entgelts verlangen, wenn sich die bisherige Berechnungsgrundlage verändert.“) bringt bereits zum Ausdruck, dass dem Unternehmer kein einseitiges Gestaltungsrecht, sondern lediglich ein Anspruch zusteht, den er gegenüber dem Heimbewohner geltend machen muss.

Dabei war der Verzicht auf eine einseitige Erhöhungsmöglichkeit durch den Unternehmer im Gesetzgebungsverfahren heftiger Kritik ausgesetzt. So hat insbesondere der Bundesverband privater Anbieter sozialer Dienste e. V. (bpa) geltend gemacht, es sei hochproblematisch, dass die Vereinbarung eines einseitigen Erhöhungsrechts des Heimträgers – anders als nach § 7 Abs. 2 HeimG – nun nicht mehr zulässig sein sollte. Werde die erforderliche Zustimmung des Verbrauchers trotz Vorliegens aller Erhöhungsvoraussetzungen des § 9 WBG nicht erteilt, bedeute dies, dass der Unternehmer auf Abgabe der entsprechenden Willenserklärung klagen müsse. Es sei absehbar, dass dies zahlreiche unnötige Klageverfahren zur Konsequenz haben werde. Auch bei Vereinbarung eines einseitigen Erhöhungsrechts bei Veränderung der Berechnungsgrundlage sei der Verbraucher durch die Kündigungsrechte nach § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 WBG umfassend geschützt. Trotz dieser Einwände hat der Gesetzgeber aber davon abgesehen, den im Entwurf vorgesehenen Wortlaut des § 9 WBG zu ändern oder eine Klarstellung in den Gesetzesmaterialien dahingehend vorzunehmen, dass dem Unternehmer weiterhin ein einseitiges Erhöhungsrecht vertraglich zugestanden werden könne. Die Abkehr des Gesetzgebers von der in § 7 Abs. 2 Satz 2 HeimG vorgesehenen Möglichkeit der Vereinbarung eines einseitigen Erhöhungsrechts ist somit bewusst erfolgt.

Gegen ein Zustimmungserfordernis sprechen – so der BGH – auch nicht Praktikabilitätsgesichtspunkte. Es

ist bereits nicht ersichtlich, dass das Zustimmungserfordernis den Verwaltungsaufwand signifikant erhöht und zu einer Vielzahl von Klagen auf Ersetzung der Zustimmung geführt hat, zumal die Zustimmung auch konkludent zum Beispiel durch Zahlung des erhöhten Entgelts oder durch Verstreichenlassen der Kündigungsfrist nach § 11 Abs. 1 Satz 2 WBG möglich ist. Innerhalb der Bedenkzeit von mindestens vier Wochen (§ 9 Abs. 2 Satz 4 WBG) soll der Verbraucher frei entscheiden können, ob er mit der vom Unternehmer beabsichtigten Entgelterhöhung einverstanden ist, ob er es zum Beispiel auf den Ausgang eines noch nicht abgeschlossenen Pflegesatzverfahrens ankommen lassen möchte oder ob er sich von dem Vertrag durch Ausübung seines Sonderkündigungsrechts nach § 11 Abs. 1 Satz 2 WBG lösen will. Damit der Verbraucher eine „fundierte Entscheidung treffen kann“, muss er genügend Zeit haben, um die Angaben des Unternehmers überprüfen zu können. § 9 Abs. 2 Satz 5 WBG verschafft ihm hierfür zusätzlich das Recht auf Einsichtnahme in die Kalkulationsgrundlagen des Unternehmers. Dies gilt uneingeschränkt für sämtliche Verbraucher als Vertragspartner von Wohn- und Betreuungsverträgen, nicht nur für Selbstzahler.



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

# BSG: Zur Berücksichtigung von Tariflohnsteigerungen bei der Vergütung

Bundessozialgericht vom 23.06.2016, Az. B 3 KR 26/15 R, B 3 KR 25/15 R

Das Bundessozialgericht hat zwei Schiedssprüche für die Vergütung der häuslichen Krankenpflege in Hessen aufgehoben.

## Kein Anspruch privater Dienste auf Vergütungserhöhungen wie bei der LIGA

Die klagenden Landesverbände der privatgewerblichen Pflegedienste in Hessen konnten sich für das Jahr 2010 mit den beklagten Krankenkassen nicht auf eine Vergütungserhöhung auf der Grundlage des Rahmenvertrags 2006 über häusliche Krankenpflege einigen. Die von den Beteiligten bestimmte Schiedsperson setzte daraufhin die Vergütungserhöhung entsprechend der Grundlohnsummensteigerung für das Jahr 2010 auf 1,54 Prozent nach § 71 Abs. 3 SGB V fest. Das Klage- und Berufungsverfahren, mit welchem die Kläger eine Vergütungsanhebung auf das Niveau der den Wohlfahrtsverbänden angehörigen Pflegedienste zuzüglich 3 Prozent forderten, blieb ohne Erfolg. Das Landessozialgericht hat den Schiedsspruch nicht als unbillig erachtet. Die Steigerung der Grundlohnsumme sei ein plausibler, nachvollziehbarer und vertretbarer Beurteilungsmaßstab

zur Bestimmung der Vergütungen für die Leistungen der häuslichen Krankenpflege. Auch bei der Vereinbarung von Kollektivverträgen könne auf den Nachweis tatsächlich gestiegener Gestehungskosten nicht völlig verzichtet werden, wenn eine Vergütung über die Grundlohnsummensteigerung hinaus begehrt werde. Die Kläger können daher nicht verlangen, allein im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG oder aus dem Wettbewerbsrecht dieselbe Vergütung zu erhalten wie die in der LIGA zusammengeschlossenen freigemeinnützigen Verbände. Nicht ausgeschlossen ist, dass in Neuverhandlungen eine repräsentative Anzahl von Einrichtungen mit unterschiedlicher Größe und in unterschiedlichen Regionen mit einer Vergütungsstruktur belegt wird, die derjenigen der LIGA entspricht oder dass zumindest Vergütungen gezahlt werden, die den tariflichen Regelungen entsprechen.

## Tariflohnsteigerungen können unter bestimmten Bedingungen auch über die Grundlohnsummensteigerung hinaus geltend gemacht werden

In einem zweiten Verfahren nimmt das Bundessozialgericht dazu Stellung,

wann und in welchem Umfang über die Grundlohnsummensteigerung hinausgehende Tariflohnsteigerungen bei der Vergütung berücksichtigt werden dürfen. Eine die Grundlohnsummensteigerung überschreitende Vergütungserhöhung kann nach der Ausnahmeregelung des § 71 Abs. 1 Satz 1 SGB V nur dann vereinbart werden, wenn andernfalls die notwendige Versorgung auch nach Ausschöpfung von Wirtschaftlichkeitsreserven nicht gesichert ist. Da Tarifsteigerungen grundsätzlich im Rahmen der Erhöhung der Grundlohnsumme berücksichtigt werden, muss eine Betriebs- und Kostenstruktur vorhanden sein, die eine Erhöhung der Vergütungen weit über die Grundlohnsummensteigerung hinaus erforderlich macht. Unterlagen, die das für repräsentativ ausgewählte Einrichtungen belegen, sind vorzulegen.



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

# Bundesverfassungsgericht bestätigt Rentenversicherungspflicht von selbständigen Therapeuten ohne versicherungspflichtige Beschäftigte

BVerfG vom 25.04.2016, Az. I BvR 1147/12

Die rentenversicherungsrechtliche Lage von selbständigen Therapeuten und freien Mitarbeitern ist seit Jahren ein Streitpunkt mit den Versicherungsträgern.

Zum Fall: Die Deutsche Rentenversicherung Bund stellte bei der seit 1983 selbstständig tätigen Physiotherapeutin eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung rückwirkend ab Aufnahme der Tätigkeit bis zum 31. Dezember 2005 fest und forderte Rentenversicherungsbeiträge nach, soweit diese noch nicht verjährt waren. Die Therapeutin hat dagegen Verfassungsbeschwerde erhoben. Das Bundesverfassungsgericht hat die Beschwerde aber nicht zur Entscheidung angenommen, da die angegriffenen sozialgerichtlichen Entscheidungen sich im Rahmen zulässiger rechtlicher Wertungen hielten.

Die im Streit stehende Rechtsnorm ist § 2 Satz 1 Nr. 2 SGB VI:

„Versicherungspflichtig sind selbstständig tätige, ...

2. Pflegepersonen, die in der Kranken-, Wochen-, Säuglings- oder Kinderpflege tätig sind und im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt, ...“

Die Therapeutin machte geltend, dass man Physiotherapeuten nicht unter den Begriff der „Pflegeperson [...] in der Kranken-, Wochen-, Säuglings- oder Kinderpflege“ subsumieren könne. Das Bundesverfassungsgericht hatte damit aber kein Problem. Es führt zur Begründung aus: Die Annahme einer Versicherungspflicht als

selbstständige Physiotherapeutin beruht auf der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, das unter Rückgriff auf die Systematik, die Geschichte und den Zweck des Gesetzes den Begriff der „Krankenpflege“ dahingehend weit auslegt, dass er über die eigentliche Kranken-, Wochen-, Säuglings- oder Kinderpflege hinaus weitere „als Hilfskräfte in der Gesundheitspflege“ berufsmäßig tätige Personen erfasst. Dem liegt insbesondere der Gedanke zugrunde, dass der Personenkreis der in der Krankenpflege tätigen Masseur, medizinischen Bademeister und Krankengymnasten wegen seiner gleichen sozialen Schutzbedürftigkeit nicht grundsätzlich anders zu behandeln sei, als die übrigen in der Krankenpflege tätigen Personen. Die Therapeutin konnte sich auch mit dem Argument nicht durchsetzen, der Gesetzgeber habe grundsätzlich nur weisungsabhängige (und damit arbeitnehmerähnliche) Tätigkeiten erfassen wollen – Physiotherapeuten seien aber nicht weisungsabhängig. Vielmehr bestätigte das Bundesverfassungsgericht, dass die Abhängigkeit von der ärztlichen Verordnung als eine Weisungsabhängigkeit verstanden werden könne.

## Vermeidung der Rentenversicherungspflicht durch versicherungspflichtige(n) Arbeitnehmer

Da die Rentenversicherungspflicht von selbständigen Therapeuten zur Voraussetzung hat, dass kein versicherungspflichtiger Arbeitnehmer beschäftigt wird, kann die Rentenversicherungspflicht durch Beschäftigung

eines oder mehrerer Angestellter vermieden werden. Die Arbeitsverhältnisse von mehreren geringfügig Beschäftigten werden dabei zusammen gerechnet, BSG Urteil vom 23.11.2005, Az. B 12 RA 15/04 R. Die Rentenversicherungspflicht entfällt also, wenn die Lohnsumme aller Arbeitnehmer zusammengenommen pro Monat den Betrag von 450 Euro übersteigt. Grundsätzlich können natürlich auch Familienangehörige solchermaßen beschäftigt werden. Bei der Anstellung von Familienangehörigen ist aber wichtig, dass das Beschäftigungsverhältnis tatsächlich gelebt wird und nicht nur auf dem Papier erfolgt. Freie Mitarbeiter sind demgegenüber nicht geeignet, die Rentenversicherungspflicht nach § 2 Satz 1 Nr. 2 SGB VI entfallen zu lassen. Sie gelten nicht als „versicherungspflichtige Arbeitnehmer“.



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

# Sozialversicherungsrechtliche Unsicherheiten bei Honorärärzten

Viele Krankenhäuser versuchen Personallücken (z. B. durch Krankheit oder Kündigung) durch Honorarkräfte zu kompensieren. Der Gesetzgeber hat die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit geklärt, indem er in § 2 Abs. 1 Satz 1 KHEntgG festgeschrieben hat, dass die Behandlung im Krankenhaus „auch durch nicht fest angestellte Ärzte“ erfolgen könne. Voraussetzung sei aber, dass die Arbeitsbedingungen und Qualifikationsvoraussetzungen denen der fest angestellten Krankenhausärzte entsprechen (§ 2 Abs. 3 KHEntgG).

Nicht einheitlich wird bei den Gerichten aber die Frage des sozialversicherungsrechtlichen Status behandelt. Die aktuellen Entscheidungen zeigen, dass im Regelfall die Sozialversicherungspflicht schwer zu vermeiden sein wird.

So geht z. B. das Landessozialgericht Baden-Württemberg im Urteil vom 27.04.2016, Az. L 5 R 852/14 davon aus, dass im Krankenhaus tätige Ärzte, Krankenschwestern und -pfleger sowie Diät- und Ernährungsberater dort regelmäßig abhängig beschäftigt sind. Nach dem Urteil vom 19.04.2016, Az. L 11 R 2428/15 desselben Gerichts gilt für den Honorararzt nur dann eine Ausnahme, wenn er selbst bestimmen kann, an welchen Tagen er für die Klinik tätig sein will und er bei der Durchführung des Bereitschaftsdien-

tes keiner Kontrolle der Klinik i. S. v. Einzelanordnungen unterliegt und keinem Chefarzt unterstellt ist. Die im Rahmen des Bereitschaftsdienstes notwendige Zusammenarbeit mit dem Pflegepersonal der Klinik führe noch nicht zu einer Eingliederung des Arztes in die Arbeitsorganisation der Klinik. Auch das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen nimmt im Urteil vom 16.12.2016, Az. L 2 R 515/14 an, dass eine auf der Basis eines Honorararztvertrages tätige Internistin im Krankenhaus, die zu einem festen Stundensatz von 60 Euro engagiert worden ist, sozialversicherungspflichtig sei. Es liege kein Unternehmerrisiko vor; insbesondere spreche im Falle der Vergütung nach Stundensätzen die Überbürdung des Risikos, bei krankheitsbedingten Ausfällen kein Honorar zu erhalten, nicht für ein Unternehmerrisiko. Das Gericht hat außerdem das „Letztentscheidungsrecht“ des jeweils zuständigen Chefarztes in medizinischen Fachfragen als Merkmal der Weisungsgebundenheit gewertet.

Es bleiben für Honorarärzte und Kliniken damit erhebliche rechtliche Unsicherheiten. Mögliche Folgen können Forderungen zur Nachentrichtung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen sein. Der sozialversicherungsrechtliche Nachzahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber ist dabei durch

die Verjährung begrenzt. Diese beträgt vier Jahre bzw. bei vorsätzlich vorenthaltenen Beiträgen 30 Jahre (§ 25 Abs. 1 SGB IV). Der Arbeitgeber hat zwar Anspruch auf den Arbeitnehmeranteil am Sozialversicherungsbeitrag, den er zur Hälfte aufbringen muss. Der Arbeitgeber kann diesen Anspruch aber zum einen nur durch Abzug vom Arbeitsentgelt durchsetzen (§ 28g S. 2 SGB IV) und zum anderen lediglich bei den drei nächsten Lohn- oder Gehaltszahlungen nachholen. Damit begrenzt sich das Risiko für den Honorararzt im Gegensatz zum Arbeitgeber auf drei Monate.

Zur Vermeidung dieser Unsicherheiten und Risiken kann daher nur dazu geraten werden, die rechtliche Bewertung durch die Deutsche Rentenversicherung (Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV) und das Finanzamt (Anrufungsauskunft nach § 42e EStG) prüfen zu lassen.



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