

ETL Gesundheitsbrief

Steuerberatung | Rechtsberatung | Wirtschaftsprüfung | Unternehmensberatung

News und aktuelles Wissen aus dem Gesundheitswesen

5/2016

Inhalt



Im Brennpunkt

- Das Besteuerungsverfahren wird modernisiert S. 2
EuGH: Preisbindung für ausländische Versandapotheken
verstößt gegen EU-Recht..... S. 4



Ärzte/Zahnärzte

- Due Diligence bei Praxisübernahme und Kooperationen S. 5
Applikation eines Medikaments durch einen Arzt in der
Praxis ist keine strafbare Abgabe..... S. 7



Apotheken

- Rohertragentwicklungen in Apotheken bei zunehmendem Hochpreisanteil S. 8
Finger weg vom kostenlosen oder vergünstigten Verblistern
bei der Heimbelieferung..... S. 9



Pflege

- Pflegekosten sind steuerlich absetzbar, auch wenn sie von ungelerten
Kräften erbracht werden S. 11
Neue Abrechnungsprüfung ab 1. Oktober 2016 im Rahmen der
Regelprüfung! S. 12



Therapeuten

- Das bringt das Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz (HHVG)
dem Therapeuten S. 13
Bundessozialgericht: Neue Hoffnung für freie Mitarbeiter von Therapeuten S. 14
EuGH entscheidet zur GEMA-Pflichtigkeit von Reha-Zentren S. 16
Bayern: Übergangslösung für Physiotherapeuten mit
langjähriger Osteopathieausbildung..... S. 16



Psychotherapeuten

- Steuerliche Behandlung von Nachzahlungen der KV S. 17



Arbeitsrecht

- Aktuelle Urteile im Überblick..... S. 18

 Besuchen Sie uns auch auf Facebook

Das Besteuerungsverfahren wird modernisiert

Überblick über die Änderungen ab dem 1. Januar 2017

Der Bundesrat hat am 17. Juni 2016 dem vom Bundestag am 12. Mai 2016 beschlossenen Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens zugestimmt. Das Gesetz wird weitgehend am 1. Januar 2017 in Kraft treten. Wichtige Aspekte des Gesetzes sind die sachgerechte Weiterentwicklung des steuerlichen Untersuchungsgrundsatzes, die Schaffung gesetzlicher Rahmenbedingungen für eine „vollautomatische“ Bearbeitung von Steuererklärungen, Vereinfachungen bei der Steuererklärung, Neuregelungen zu den Steuererklärungsfristen und dem Verspätungszuschlag sowie die elektronische Bekanntgabe von Verwaltungsakten durch Datenabruf und die Schaffung einer Änderungsmöglichkeit von Steuerbescheiden bei Rechen- und Schreibfehlern des Steuerpflichtigen im Rahmen der Erstellung der Steuererklärung.

Neuregelung der Steuererklärungsfristen und des Verspätungszuschlags

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die **Neuregelungen erst ab dem VZ 2018 anzuwenden** sind! Bis einschließlich des VZ 2017 sind weiterhin die bislang geltenden Regelungen anzuwenden (§ 10a Abs. 4 EGAO). Die Steuererklärungsfrist nicht beratener Steuerpflichtiger nach § 149 Abs. 2 AO wird um zwei Monate verlängert (= 31. Juli des Folgejahres statt bisher 31. Mai). Viele Fristverlängerungsanträge sind daher künftig entbehrlich.

In sogenannten **Beraterfällen** wird die Steuererklärungsfrist um weitere zwei Monate verlängert (= 28. Februar des Zweitfolgejahres statt bisher 31. Dezember des Folgejahres, vgl. § 149 Abs. 3 AO). Dies setzt voraus, dass die Berater die Steuererklärungen ihrer

Mandanten auch künftig grundsätzlich kontinuierlich abgeben. Ist dies nicht der Fall, besteht die Möglichkeit einer anlassbezogenen oder zufallsbasierten „Vorabanforderung“ von Steuererklärungen mit 4-monatiger Erklärungsfrist.

Die Finanzverwaltung kann darüberhinaus Steuererklärungen wie bisher zu einem früheren Termin anfordern. Eine weitere Verlängerung der Abgabefrist ist in diesen Fällen ausgeschlossen. Die Anordnung der früheren Abgabe kann z.B. erfolgen, wenn für den betroffenen Steuerpflichtigen

- für den vorangegangenen Besteuerungszeitraum Erklärungen nicht oder verspätet abgegeben wurden,
- die Veranlagung für den vorangegangenen Veranlagungszeitraum zu einer Abschlusszahlung von entweder mindestens 25 Prozent der festgesetzten Steuer oder mehr als 10.000 Euro geführt hat,
- eine Außenprüfung vorgesehen ist,
- zutrifft, dass er im Besteuerungszeitraum einen Betrieb eröffnet oder eingestellt hat oder
- Verluste festzustellen sind für ihn als Beteiligtem an Gesellschaften oder Gemeinschaften.

Für das Befolgen der Anordnung ist eine Frist von vier Monaten nach Bekanntgabe der Anordnung zu setzen. Ferner dürfen die Finanzämter nach dem Ergebnis einer automationsgestützten Zufallsauswahl anordnen, dass Erklärungen vor dem letzten Tag des Monats Februar des zweiten auf den Besteuerungszeitraum folgenden Kalenderjahres mit einer Frist von vier Monaten nach Bekanntgabe der Anordnung abzugeben sind.

Wer seine Steuererklärung künftig verspätet abgibt wird zur Kasse gebeten. Für jeden angefangenen Monat der Fristüberschreitung wird ein Verspätungszuschlag in Höhe von 0,25 Prozent der festgesetzten Steuer, mindestens jedoch ein Zuschlag von 25 Euro pro Monat fällig. Bei Steuerfestsetzungen auf null Euro oder bei Erstattungsansprüchen entfällt der Verspätungszuschlag jedoch. Eine Billigkeitsregelung gibt es für diejenigen, die davon ausgehen können, dass sie keine Steuererklärung abgeben müssen. Verspätungszuschläge fallen bei ihnen nur an, wenn sie nach Ablauf der gesetzlichen Fristen zur Abgabe einer Steuererklärung aufgefordert werden und die ihnen gestellte Frist verstreichen lassen. Aufatmen können damit vor allem Rentner, denen das Finanzamt in der Vergangenheit mitgeteilt hatte, dass sie keine Steuererklärung abgeben müssen. Diese Rentner können jedoch durch Rentnerhöhungen künftig wieder erklärungs- und steuerpflichtig werden.

Vereinfachungen bei den Steuererklärungen

Viele Daten der Steuerpflichtigen (z. B. Lohn und einbehaltene Lohnsteuer, Rentenleistungen, Renten- und Krankenversicherungsbeiträge sowie Lohnersatzleistungen) werden schon heute elektronisch von den zuständigen Stellen an die Finanzverwaltung übermittelt und dann bei Bearbeitung der Steuererklärung mit den Angaben des Steuerpflichtigen abgeglichen. Der mitteilungspflichtige Dritte hat den betroffenen Steuerpflichtigen auch in geeigneter Weise und binnen angemessener Frist darüber zu informieren, welche Daten er an die Finanzverwaltung übermittelt.

Künftig wird es dem Steuerpflichtigen ermöglicht, in der Steuererklärung auf die Angabe derartiger Daten zu verzichten, wenn er die an die Finanzverwaltung übermittelten Daten für vollständig und richtig hält. Diese Daten gelten in diesem Fall als eigene Angaben des Steuerpflichtigen – seine Steuererklärung ist damit „vollständig“. Sind die von einem Dritten an die Finanzverwaltung übermittelten Daten aber zuungunsten des Steuerpflichtigen unrichtig, ist der Steuerbescheid zugunsten des Steuerpflichtigen aufzuheben oder zu ändern. Dies gilt auch dann, wenn der Fehler erst nach Ablauf der Einspruchsfrist bemerkt wird (§ 150 Abs. 7 und § 175b Abs. 2 AO).

Weiterentwicklung des Untersuchungsgrundsatzes

Die Finanzverwaltung muss bei der Überprüfung der Angaben der Steuerpflichtigen und anderer ihr vorliegender Daten auch in Zukunft die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Gleichmäßigkeit der Besteuerung sowie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten. Im neugefassten § 88 AO wird nun aber klargestellt, dass die Finanzbehörden bei der Entscheidung über Art und Umfang der Ermittlungen auch Wirtschaftlichkeits- und Zweckmäßigkeitsaspekte berücksichtigen dürfen. Der Gesetzgeber erlaubt den Finanzämtern beim Umfang der Ermittlungen auf das Verhältnis von erwartetem Arbeitsaufwand zum möglichen steuerlichen Erfolg abzustellen.

Die Beachtung von Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit darf dabei nicht zu einem völligen Verzicht auf die Überprüfung der Einhaltung steuerrechtlicher Vorschriften führen. Zur Gewährleistung der Gleichmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit der Besteuerung muss daher auch immer eine hinreichende Anzahl zufällig ausgewählter Fälle durch Amtsträger der Finanzbehörden vertieft geprüft werden. Zudem

müssen Amtsträger der Finanzbehörden bei hinreichendem Anlass auch ungeachtet der Wirtschaftlichkeit oder Zweckmäßigkeit eine umfassende Prüfung des Einzelfalls vornehmen können.

Zur Standardisierung der Arbeitsschritte bei der Durchführung des Untersuchungsgrundsatzes wird die Einführung von „Fallgruppen“ erlaubt. Durch ein Risikomanagementsystem (RMS) sollen insbesondere bei „einfachen“ Steuerfällen nur noch wenig personelle Kapazitäten gebunden werden. Die frei gewordenen Kräfte sollen dann risikobehaftete Fälle intensiver prüfen. Das Gesetz ermöglicht es für bestimmte Fälle, ein vollautomatisiertes RMS einzurichten, bei dem von der Festsetzung bis zur Bescheiderteilung keine personelle Bearbeitung mehr erforderlich ist (§ 88 Abs. 5, § 155 Abs. 4 AO). Die Einzelheiten des RMS dürfen aber nicht veröffentlicht werden, soweit dies die Gleichmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit der Besteuerung gefährden könnte.

Generell führen allerdings Anfragen des Steuerpflichtigen zur Überprüfung bestimmter Sachverhalte oder Rechtsfragen oder eine erklärte Abweichung des Steuerpflichtigen von der Auffassung der Verwaltung zu einer personellen Prüfung der Steuererklärung (§ 155 Abs. 4 S. 3 AO n. F.). Hierzu müssen dem Steuerpflichtigen durch die Bereitstellung eines frei formulierbaren Datenfeldes in der elektronischen Steuererklärung entsprechende Möglichkeiten eingeräumt werden (§ 150 Abs. 7 AO n. F.).

Elektronische Bekanntgabe von Verwaltungsakten

Der Steuerverwaltung wird bei Einwilligung des Steuerpflichtigen die Möglichkeit zur elektronischen Bekanntgabe von Verwaltungsakten eröffnet. Die elektronische Bekanntgabe an den

Steuerpflichtigen oder an die von ihm bevollmächtigte Person erfolgt, indem der Verwaltungsakt (z.B. ein Steuerbescheid) zum Datenabruf durch Datenfernübertragung bereitgestellt wird. Ein zum Abruf bereitgestellter Verwaltungsakt gilt am dritten Tag nach Absendung der elektronischen Benachrichtigung über die Bereitstellung der Daten an die abrufberechtigte Person (§ 87a Abs. 8 AO) als bekannt gegeben. Im Zweifel hat die Behörde den Zugang der Benachrichtigung nachzuweisen. Kann die Finanzbehörde den von der abrufberechtigten Person bestrittenen Zugang der Benachrichtigung nicht nachweisen, gilt der Verwaltungsakt an dem Tag als bekannt gegeben, an dem die abrufberechtigte Person den Datenabruf durchgeführt hat. Das Gleiche gilt, wenn die abrufberechtigte Person unwiderlegbar vorträgt, die Benachrichtigung nicht innerhalb von drei Tagen nach der Absendung erhalten zu haben (§ 122a Abs. 4 AO).

Belegvorhaltepflicht

Die Pflicht zur Belegvorlage wird in eine Belegvorhaltepflicht umgestaltet. Dies bedeutet z.B., dass steuerlich abzugsfähige Spenden und Mitgliedsbeiträge künftig ohne die Vorlage entsprechender Spendenbescheinigungen beim Finanzamt berücksichtigt werden. Gleichwohl müssen die entsprechenden Bestätigungen aber tatsächlich vorliegen und bis zum Ablauf eines Jahres nach Bekanntgabe des Steuerbescheides aufbewahrt werden. Sie sind dem Finanzamt auf Verlangen vorzulegen, es sei denn, der Steuerpflichtige hat diese Daten bereits elektronisch übermittelt.

Verbindliche Auskünfte sollen beschleunigt werden

Anträge auf Erteilung verbindlicher Auskünfte durch die Finanzverwaltung sollen innerhalb von sechs Monaten ab Eingang des Antrags bei der zuständigen Finanzbehörde entschie-

den werden. Kann die Behörde nicht innerhalb dieser Frist über den Antrag entscheiden besteht die Verpflichtung, dies dem Antragsteller unter Angabe der Gründe mitzuteilen (§ 89 Abs. 2 S. 4 AO). Das Gesetz enthält allerdings keine speziellen Sanktionen, wenn die Frist ohne hinreichende Gründe nicht eingehalten wird. Der Steuerpflichtige ist hier folglich auf den Untätigkeitseinspruch nach § 347 Abs. 1 S. 2 AO angewiesen.

Wird eine verbindliche Auskunft gegenüber mehreren Antragstellern einheitlich erteilt, ist nur noch eine Gebühr zu erheben, § 89 Abs. 3 S. 4 AO.

Vollmacht des steuerlichen Beraters wird künftig vermutet

Ab dem 01. Januar 2017 gilt für Angehörige der steuerberatenden Berufe die gesetzliche Vermutung der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung. Es ist also nicht mehr erforderlich, eine entsprechende Vollmacht bei der Finanzbehörde vorzulegen. Gleichwohl bleibt es der Behörde erlaubt, diese Vollmacht ohne besonderen Anlass anzufordern (§ 80 Abs. 3 AO n.F.). Nach § 80a AO können Daten aus einer Vollmacht zur Vertretung in steuerlichen Verfahren, die nach amtlich bestimmtem Formular erteilt worden sind, den

Landesfinanzbehörden nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz über die amtlich bestimmten Schnittstellen übermittelt werden.



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

EuGH: Preisbindung für ausländische Versandapotheken verstößt gegen EU-Recht

Für Apotheken in Deutschland bleiben die Preisvorschriften für Rx-Medikamente

Mit Urteil vom 19. Oktober 2016, (Az: C-148/15 - Deutsche Parkinson Vereinigung) hat der EuGH entschieden, dass die Preisbindung (Arzneimittelpreisverordnung) für verschreibungspflichtige Rx-Medikamente in Deutschland nicht mit dem EU-Recht vereinbar ist. Sie beschränke den freien Warenverkehr in Europa und sei nicht gerechtfertigt, um eine gleichmäßige und flächendeckende Arzneimittelversorgung der Bevölkerung zu gewährleisten. Das Preisrecht ist damit für ausländische Versandapotheken nicht mehr anwendbar, während sich deutsche Apotheken weiterhin daran halten müssen. Die deutsche Apotheken können sich nämlich nicht auf die Warenverkehrsfreiheit berufen, diese gilt stets nur für die jeweils anderen Mitgliedsstaaten. Es handelt sich um den Fall der sog. „Inländerdiskriminierung“, der grundsätzlich durch den deutschen Gesetzgeber abgeschafft werden müsste. Insoweit ist das Einsetzen einer intensiven Lobbyarbeit zu erwarten.

Zugleich ist die „umgekehrten Diskriminierung“ auch eine Frage nationalen Verfassungsrechts. Das Bundesverfassungsgericht prüft die deutschen Regelungen unter dem Gesichtspunkt einer Verhältnismäßigkeit der Einschränkung der Berufsfreiheit. Verfassungsbeschwerden sind zu erwarten. Dabei werden die deutschen Richter in mancher Hinsicht umdenken müssen, denn erst im Januar 2016 hatte der Bundesgerichtshof festgestellt, dass die Preisbindung im Einklang mit EU-Recht und dem deutschen Grundgesetz steht und sich dabei auf Entscheidungen des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, des Bundesverfassungsgerichts und auch sogar des EuGH selbst gestützt (Urt. v. 27.01.2016, Az. I ZR 67/14).

Für die unmittelbare Zukunft gilt also zunächst, dass ausländische Versandapotheken ohne Einschränkung Rabatte gewähren dürfen, während die deut-

sche Apotheken an das Rabattverbot für Rx-Medikamente gebunden bleiben. Hierdurch entstehen berechtigte Ängste, Marktanteile z.B. in Bezug auf Chroniker zu verlieren. Als Reaktion darauf die deutschen Preisvorgaben mit Blick auf die Ungleichbehandlung zu ignorieren ist verlockend, aber nicht ohne Risiko, denn immerhin handelt es sich um geltendes Recht.



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

Due Diligence bei Praxisübernahme und Kooperationen von Zahnärzten

Der Begriff „Due Diligence“ (DD) ist bei Unternehmensfusionen bekannt als sogenannte „Angebotsprüfung“. Er bedeutet sinngemäß „erforderliche Sorgfalt“. Das vorrangige Ziel einer DD besteht darin, möglichst viele Informationen über das zum Kauf stehende Unternehmen zu sammeln. Für Praxisübernahmen und -kooperationen im weitesten Sinne (Praxisfusionen, Beitritt, Gesellschafterwechsel) gelten diese Grundsätze entsprechend. Denn auch hier sind die Werte, Chancen und Risiken zu identifizieren, zu würdigen und gegeneinander zu stellen. Dies trifft vor allem dann zu, wenn der Praxisübernehmer mit den Praxisdetails und -besonderheiten nicht vertraut ist. So beinhaltet z.B. eine Praxisbewertung stets auch zumindest teilweise Elemente einer DD. Dieser Beitrag gibt einen Überblick über Umfang, Inhalt und Ablauf einer DD und gilt gleichsam als Checkliste, woran alles zu denken ist.

Umfang

Eine DD kann viele Prüfungskriterien haben. Grundsätzlich können bei einer Arztpraxis/Berufsausübungsgemeinschaft/MVZ folgende Bereiche geprüft werden:

Prüfungskriterien
Produkt/die Dienstleistung
Management
Wettbewerb/die Patientengruppe
technische Ausstattung
betriebswirtschaftliche Situation
steuerliche Situation
rechtliche Situation

Die ersten drei Kriterien werden bei einer Arztpraxis eher nachrangig sein, da sie diese in erster Linie Produk-

tions- oder Handelsunternehmen betreffen. Trotzdem ist das Leistungsspektrum z.B. darauf zu überprüfen, ob besondere fachliche Voraussetzungen zur Abrechnung bestimmter Leistungen erforderlich sind, ob weiteres Honorarvolumen im GKV-, PKV- oder Selbstzahlerbereich zu generieren ist und ob sich diesbezüglich eine neue oder andere fachliche Ausrichtung der Praxis perspektivisch lohnt.

Weiterhin kommt eine Management-DD dann in Betracht, wenn Fragen der Unternehmensführung (z.B. spezielle Arbeitsteilung), die Marketingstrategie oder – bei entsprechender Praxisgröße – ein Praxismanager einer besonderen Risikoabschätzung bedürfen. Dies dürfte insbesondere überörtliche Berufsausübungsgemeinschaften, MVZ oder Großpraxen betreffen. Eine Wettbewerbs-DD prüft Standortfragen und beispielsweise die Zukunftsfähigkeit des Leistungsportfolios (Alleinstellungsmerkmale und Spezialisierung). Die Besonderheiten des Patientenstamms ergeben sich meistens aus einem Zusammenspiel von Standort, der Persönlichkeit des Arztes und seiner fachlichen Ausrichtung.

Auf die Prüfung und Wahl des Standortes ist großes Augenmerk zu richten. So können beispielsweise absehbare städtebauliche Entwicklungen und Änderungen in der Versorgungssituation (z.B. keine Nachbesetzung benachbarter Praxen oder Praxisfusionen im Einzugsbereich der Praxis) großen Einfluss auf die Standortqualität und damit (auch) auf die Zusammensetzung des Patientenstamms haben. Im Prüfungsauftrag einer DD kann auch vereinbart

werden, dass Auswege bzw. Lösungen für aufgedeckte Risiken vorgeschlagen werden.

Rechtliche Grundlage für eine DD ist vielfach ein „letter of intent“. Der Übernehmer bekundet sein Interesse an der Arztpraxis bzw. Kooperation und der Abgeber erklärt, dem Übernehmer alle für die DD erforderlichen Unterlagen zugänglich zu machen und ihm alle notwendigen Auskünfte zu erteilen. Damit gehen regelmäßig entsprechende Vertraulichkeits- und Geheimhaltungszusagen einher, die nicht unbedingt im „letter of intent“ selbst enthalten sein müssen, sondern Gegenstand einer gesonderten Geheimhaltungsvereinbarung sein können. Die Grenzen einer solchen Vereinbarung liegen dort, wo die Herausgabe von Informationen seitens des Abgebers unzulässig ist.

Technische DD

Bei techniklastigen Berufsausübungsgemeinschaften, geräteintensiven Großpraxen oder bei abrechnungs-sensiblen Geräteleistungen sollte unbedingt eine technische DD durchgeführt werden. Hier kommt es auf das „Wohl und Wehe“ der Technik an.

Technische DD
Anschaffungs- und Betriebskosten der Geräte
Aktualität der technischen Geräteausstattung
Nachrüstungsmöglichkeiten
Wartungsverträge
Befugnis nach der Medizinprodukte-Betreiberverordnung
abrechnungsrelevante Tätigkeits-erlaubnisse
Bauliche Maßnahmen
Behördengenehmigungen/-auflagen

Die Medizinprodukte-Betreiberverordnung (MedProd-BetrVO) verlangt entsprechende Nachweise des Praxisinhabers sowie, eine Einführung des Personals in die verwendeten Medizin- geräte und sie sieht auch sicherheitstechnische Kontrollen vor, bei denen aufgrund von Verstößen gegen die MedProd-BetrVO Ordnungswidrigkeiten verhängt werden können.

Betriebswirtschaftliche DD

Die betriebswirtschaftliche DD betrachtet die Ertragsquellen und Kostentreiber einer Praxis. Hierzu gehört die umfassende Prüfung der Vermögen-, Finanz- und Ertragslage.

Betriebswirtschaftliche DD
betriebswirtschaftliche Auswertungen (BWA)
Liquiditätsrechnungen
Einnahmenüberschussrechnungen
Jahresabschlüsse
Kostenstrukturanalysen
Forderungsmanagementabläufe
Anlagenspiegel/AfA-Aufzeichnungen.

Besonderes Augenmerk ist auf die Kostenseite zu legen. Bei überdurchschnittlichen Kostentreibern sind Preisabschläge unvermeidlich bzw. es sind entsprechend wirksame Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Die Analyse der Ertragsquellen hängt von der Bewertung des Leistungsportfolios und seiner Optimierungschancen ab (siehe Punkt 1).

Steuerrechtliche DD

Dieser Teil der DD kommt in etwa einer fiktiven steuerlichen Betriebsprüfung gleich. Prüfungsgegenstand ist die gesamte steuerliche Situation einer Praxis, die aktuell zu Nachzahlungen oder zukünftig zu Verbindlichkeiten gegenüber der Finanzverwaltung führen kann.

Steuerrechtliche DD
offene Steuerbescheide
mögliche Betriebsübernehmerhaftung
Einnahmenüberschussrechnungen/ Bilanzen der letzten drei oder fünf Jahre
lohnsteuerrelevante Sachverhalte
umsatzsteuerrelevante Sachverhalte
gewerbesteuerrelevante Sachverhalte
alle privaten Sachverhalte, die in Zusammenhang mit der Praxis Auswirkungen haben
potenziell grunderwerbsteuerliche Sachverhalte

Praxisübernahmen und Gründungen von Berufsausübungsgemeinschaften/ MVZ stehen unter besonderer Beobachtung der Finanzverwaltung, da aus deren Sicht eine potenziell lukrative Besteuerung angesammelter stiller Reserven in Betracht kommt. Eine Betriebsprüfung lässt dann nicht lange auf sich warten. Daneben sind generell zukünftig mehr engmaschige Betriebsprüfungen im Bereich Umsatz- und Gewerbesteuer zu erwarten.

Weiterhin sind bei dem Eintritt in eine Berufsausübungsgemeinschaft etwaige steuerliche Risiken lückenlos aufzuarbeiten. Dies beginnt regelmäßig mit der Prüfung, ob überhaupt eine Mitunternehmerschaft, z.B. in Form einer „Berufsausübungsgemeinschaft“ vorliegt oder ob steuerlich nur eine sog. „Praxisgemeinschaft“ existiert. Auch die Abgrenzung zwischen Betriebsvermögen der Gesellschaft und Sonderbetriebsvermögen des einzelnen Arztes muss überprüft und Vorschläge im Hinblick auf die zukünftige Gesellschafterstruktur müssen erarbeitet werden.

Rechtliche DD

Diese Prüfung umfasst die gesamten rechtlichen Beziehungen einer Arzt-

praxis – sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis.

Rechtliche DD
Gesellschaftsverträge (Satzung)
Hins. arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Belange:
Anstellungsverträge
Übergang der Arbeitsverhältnisse
sozialversicherungsrechtliche Behandlung der Arbeitsverhältnisse
Wartungs- und Lieferverträge
Leasing- und Finanzierungsverträge
Kooperationsverträge
Belegarztverträge
Beraterverträge (insbesondere mit nahe stehenden Personen)
Referenten- und Autorenverträge
Verträge über die Berufshaftpflichtversicherung
Hins. vertragsarztrechtlicher Belange:
Aufarbeitung der vertragsärztlichen Praxishistorie
Bescheide/Genehmigungen der Zulassungs- und Prüfungsgremien
Risiko der Zulassungseinziehung sowie bei Einnahmenpoolings/ Scheinpartnerschaften
Einnahmenpooling / Scheinpartnerschaften

Prüfungsschwerpunkt ist regelmäßig die arbeits-, sozialversicherungs- sowie vertragsarztrechtliche DD. Jeder rechtliche Mangel hat meistens auch steuerlich nachteilige Folgen. Sog. „Einnahmenpoolings“ oder „Scheinpartnerschaften“ führen regelmäßig zu Regressansprüchen der Honorarprüfungsgremien bzw. sogar zu staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren wegen möglichen Abrechnungsbetrugs. Dasselbe gilt in sich wohl verschärfender Weise auf Basis des aktuell neuen Antikorruptionsrechts für Ärzte und Zahnärzte bei entsprechenden Sachverhalten. Schließlich werden bei der Vertragsgestaltung oftmals auch gewerbesteuerliche oder umsatzsteuerliche Sachverhalte (mit-)geregelt

oder vereinbart ohne Kenntnis der drohenden steuerlichen Folgen. Die DD hat dann nicht nur die Aufgabe diese möglichen Mängel aufzuzeigen, sondern diese für die Zukunft zu beheben.

Durch das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz 2015 ist vorgesehen, dass der Zulassungsausschuss im überversorgten Gebiet die Praxisnachfolge

ablehnen kann oder soll. Dies muss zukünftig auch Gegenstand der vertragsärztlichen DD sein wie das aktuelle BSG-Urteil zur möglichen Dreijahresfrist bei Verzicht und Anstellung im MVZ (BSG B 6 KA 21/15R).

Fazit

Um die „erforderlichen Sorgfalt“ ist es bei vielen Übernahmen von Arztpraxen oder Kooperationen nicht sonderlich

gut bestellt. Die eingehende DD ist dagegen eine Prüfung auf „Herz und Nieren“.



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

Applikation eines Medikaments durch einen Arzt in der Praxis ist keine strafbare Abgabe

LG Essen vom 02.06.2015 – 52 Qs II/15

Es ist mitunter erstaunlich, wie weit sich gestandene Juristen immer wieder im Normenwald des Arzneimittelrechtes verirren. So haben vermehrt in den letzten Jahren Ermittlungsbehörden (insbesondere ausgewählte Staatsanwaltschaften und Zollfahndungsämter) hunderte von Ermittlungsverfahren gegen Ärzte – und da besonders gegen gynäkologische Praxisinhaber – eingeleitet, weil diese über das Internet bestellte Arzneimittel wie Intrauterin-pessare, Hormonspiralen, Hormonapplikationen oder ärztlich zu verabreichende Hormonspritzen bezogen haben.

Es ist durch die Rechtsprechung klar-gestellt, dass eine Strafbarkeit nach § 95Abs. 1 Nr. 4 AMG (unberechtigtes Handeltreiben oder unberechtigte Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel) nicht besteht, wenn der Arzt Mittel anlässlich seiner Behand-lung am Patienten anwendet.

Bezieht der Arzt derartige Arzneimittel jedoch außerhalb des Vertriebsweges über deutsche Apotheken, z.B. über Internetbestellungen bei ausländischen Apotheken oder Händlern, bleibt ihm

das Risiko, dass es sich ggf. um nicht in Deutschland zugelassene Arznei-mittel handelt. Die diesbezüglichen Regelungen des Arzneimittelrechts sind höchst kompliziert und undurchsichtig. Wird ein Patient vor Anwendung eines solchen anzuwendenden Arzneimittels nicht darüber aufgeklärt, dass eine deutsche Arzneimittelzulassung nicht vorliegt, kann dies selbst dann zu einer Strafbarkeit wegen Körperverletzung führen, wenn sowohl die Behandlung an sich als auch die Qualität des einge-setzten Arzneimittels einwandfrei war.

Führt der Einsatz eines in Deutschland nicht ordnungsgemäß und nach-weisbar zugelassenen Arzneimittels zu einer Abrechnung der ärztlichen Leistung über die Krankenversicherung oder zu einem Erstattungsanspruch des Patienten gegen seine private Krankenversicherung oder Beihilfe-stelle, kann nach den Grundsätzen des normativen Schadensbegriffes selbst dann ein Betrug vorliegen, wenn das Arzneimittel zum Selbstkostenpreis oder darunter abgerechnet wird.

Wenn das Urteil des LG Essen zur Nichtanwendbarkeit der Strafvorschrift

des § 95 Abs. 1 Nr. 4 AMG bei verbrauchernder Anwendung auch von nicht in Deutschland zugelassenen verschrei-bungspflichtigen Arzneimitteln durch Ärzte an Patienten grundsätzlich zu begrüßen ist, so stellt das Urteil jedoch gleichzeitig die verbleibenden straf-rechtlichen Risiken der Verwendung nicht in Deutschland zugelassener Arz-neimittel (bei mangelnder Einwilligung des Patienten) klar. Zudem kann nicht ausgeschlossen werden, dass Ermitt-lungsbehörden die benannten neueren Urteile als Anregung auffassen, außer-halb der (zu) häufig bemühten Strafnor-men des AMG nach anderen Wegen der Darstellung vorwerfbareren Verhaltens von Ärzten im Zusammenhang mit dem Direktbezug von Arzneimitteln zu suchen.



Jörg Brochnow, RA
FA für Medizinrecht
ETL Rechtsanwälte GmbH
Dresden
 Tel.: (0351) 465 2160
 joerg.brochnow@etl.de

Rohertragsentwicklungen in Apotheken bei zunehmendem Hochpreisanteil

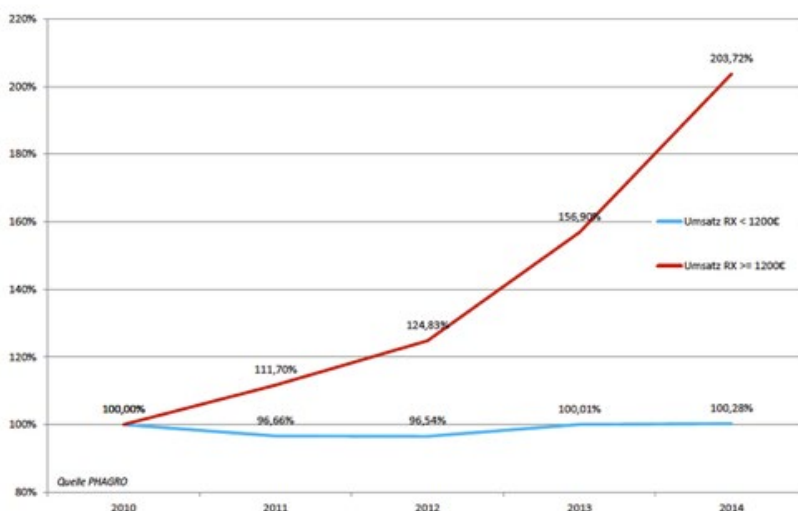
In den vergangenen Jahren haben sich die Roherträge der Apotheken stark verändert und sind – betrachtet man den Apothekenmarkt im Ganzen – massiv gesunken. Dieses Absinken der Roherträge beruht aber nicht allein auf der im Jahr 2012 umgestellten Großhandelsvergütung (weg von der prozentualen Vergütung hin zu einem Honorar pro abgegebener Packungen mit max. Aufschlag von drei Prozent auf den EK), sondern auch auf den in den vergangenen Jahren signifikant steigenden Umsätzen im sogenannten Hochpreissegment (ab einem EK von 1.238,49 Euro pro Stück).

Der Phagro (Bundesverband des pharmazeutischen Großhandels) hat dazu seine Statistik veröffentlicht. Diese zeigen die rasante Entwicklung im Hochpreissegment.

Die Beispiel-Apotheke ist im Betrachtungszeitraum zwar im Umsatz um 200.000 Euro gewachsen. Der Umsatzzuwachs besteht aber aus Hochpreiseren, sodass der Rohertrag nur geringfügig angestiegen ist. Bei der Umsatzrendite zeigt sich folglich ein negativer Effekt: diese hat sich um über 2,5 Prozentpunkte verschlechtert.

Ein belastbare Vergleichbarkeit der Apothekenzahlen wäre letztlich nur möglich, wenn die Hochpreisartikel separat in einem Profitcenter gebucht würden. Gerade wenn es um anstehende Finanzierungen bei einem hohen Hochpreisanteil geht, ist die Ausgliederung auf ein Profitcenter also empfehlenswert.

Umsatzentwicklung RX </> 1.200 Euro 2010 bis 2014



Quelle: apotheke adhoc vom 18.12.2015, Grafik vom Phagro

Gerade die Medikamente mit einem APU von über 4.000 Euro sind im Umsatz um 45 Prozent und im Absatz um 22 Prozent zum Vorjahr gestiegen. Allein in den vergangenen Monaten sind von 45 Neueinführungen acht Medikamente mit einem Packungspreis von mehr als 10.000 Euro auf den Markt gekommen. Eines der sicher bekanntesten aus dem Jahr 2015 war *Sovaldi 400mg*, welches zur Behandlung von Hepatitis-C-Erkrankungen eingesetzt wird und einen Packungspreis von 16.808,56 Euro hat. Ein Patient der von dieser Krankheit betroffen ist, erhält in der Regel fünf dieser Packungen zu Behandlung.

Umsatz und Rohertragsveränderung an einer Beispiel-Apotheke:

Betriebswirtschaftliche DD	2015	2016
Umsatz	1.700.000,00 €	1.900.000,00 €
Rohertrag in €	459.000,00 €	465.000,00 €
Rohertrag in %	27,00 %	24,47 %



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

Finger weg vom kostenlosen oder vergünstigten Verblistern bei der Heimbeflieferung

Ein kostenloses bzw. vergünstigtes Verblistern ist schon bisher mit § 7 Heilmittelwerbegesetz (HWG) unvereinbar. Obwohl es nur als Ordnungswidrigkeit mit einer maximalen Geldbuße von 50.000 Euro bedroht ist und ein Verstoß gegen die Berufsordnung einer Apothekerkammer und damit gegen § 3a UWG nur den Apotheker betrifft – nicht aber den Heimleiter, der selbst Krankenpfleger ist –, sind aufgrund des Antikorruptionsgesetzes nach §§ 299a und 299b StGB beide strafbar – Apotheker und Heimleiter.

Unvereinbarkeit des kostenlosen/vergünstigten Verblisterns mit § 7 HWG

Nach § 7 Abs. 1 HWG ist es unzulässig, Zuwendungen oder sonstige Werbegaben anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen. Bei dem kostenlosen bzw. vergünstigten Verblistern fehlt die Gegenleistung bzw. diese ist reduziert, sodass es sich um Zuwendungen im Sinne des § 7 HWG handelt. So hat auch das Landgericht Leipzig entschieden, dass ein kostenloses Verblistern eine verbotene Zugabe im Sinne des § 7 HWG ist.

Nach § 15 HWG ist in diesem Fall eine Ordnungswidrigkeit gegeben, die mit einer Geldbuße bis zu 50.000 Euro geahndet werden kann.

Unvereinbarkeit des kostenlosen Verblisterns mit Berufsordnungen von Apothekerkammern

Das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen hat bereits mit Schreiben vom 02. Juli 2010 festgestellt, dass das kostenlose Stellen und Verblistern mit den Berufsordnungen der beiden Apothekerkammern in Nordrhein-West-

falen (§§ 18, 19 Berufsordnung) unvereinbar ist. Nach diesen Berufsordnungen ist es nicht erlaubt, Verträge zu schließen, die bezwecken oder zur Folge haben können, andere Apotheken von der Beflieferung oder der Abgabe von Arzneimitteln ganz oder teilweise auszuschließen. Soweit die Apotheker, die mit den Heimen Versorgungsverträge abschließen, über ihre gesetzlichen Pflichten und deren Konkretisierung im Versorgungsvertrag hinaus weitere Dienstleistungen kostenlos erbringen, stellt dies einen besonderen Vorteil für die Heime dar. Das „kostenlose Angebot“ führt zum Ausschluss solcher Apotheken, die keine Möglichkeit haben, kostenlose Zusatzleistungen anzubieten oder zu gewähren. Daher regelt § 18 der Berufsordnung der Apothekerkammer Nordrhein, dass das Abweichen von den geltenden wettbewerbsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Entgeltspflichtigkeit bei der Erbringung von Dienstleistungen nicht erlaubt ist.

§ 19 der Berufsordnung der Landesapothekerkammer Baden-Württemberg regelt sogar expressis verbis, dass das kostenlose Verblistern oder Stellen von Arzneimitteln unzulässig ist, ebenso wie § 17 der Berufsordnung der Apothekerkammer des Saarlandes regelt, dass kostenloses oder im Verhältnis zum marktgerechten Preis gegen sehr geringfügiges Entgelt gewährtes Verblistern oder Stellen von Arzneimitteln nicht erlaubt ist. Die Apothekerkammern können also gegen Apotheken, die kostenlos stellen oder verblistern, berufsrechtlich vorgehen.

Unvereinbarkeit des kostenlosen Verblisterns mit § 3a UWG

Der Tatbestand des § 3a UWG ist verwirklicht, wenn der Apotheker durch

das kostenlose Stellen oder Verblistern einer gesetzlichen Vorschrift zuwider handelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Unter dem Begriff der gesetzlichen Vorschrift fallen auch Berufsordnungen von Kammern. Das kostenlose Stellen und Verblistern ist dazu geeignet, die Entscheidungsfreiheit der Heime zu beeinflussen. Werden den Heimen Zusatzleistungen wie Stellen und Verblistern von Arzneimitteln kostenlos angeboten, so verleitet dies die Heime eher zum Vertragsabschluss mit jenen Apotheken, die im Rahmen der Heimversorgungsverträge zusätzlich kostenlose Leistungen anbieten, als mit anderen Apotheken, die nicht in der Lage sind, die Leistungen kostenlos zu erbringen. Bei einem Verstoß gegen § 3a UWG besteht bei entsprechenden Berufsordnungen der Apothekerkammern daher die Gefahr von Abmahnungen und einstweiligen Verfügungen.

Strafbarkeit des kostenlosen bzw. vergünstigten Verblisterns

Das Antikorruptionsgesetz hat in das Strafgesetzbuch die neuen §§ 299a und 299b eingefügt, deren Normadressaten nicht nur die akademischen Heilberufe sind, sondern auch die Gesundheitsfachberufe wie z. B. Gesundheits- und Krankenpfleger. Unter Strafe gestellt ist im inländischen oder ausländischen Wettbewerb die Bevorzugung anderer in unlauterer Weise bei der Verordnung oder dem Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberuf Angehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind oder bei der Zuführung von Patienten.

Der Patient beauftragt das Heim damit die Arzneimittelversorgung zu übernehmen. In den Gesetzesgründen wird ausgeführt, dass in den Fällen, in denen sich der Patient nicht selbst um die Arzneimittel kümmert verhindert werden muss, dass es zu unsachgemäßen Absprachen kommt. Es muss sichergestellt werden, dass die Auswahl der Apotheke aufgrund der Qualität und nicht aufgrund finanzieller Vorteile erfolgt.

Ist ein Heimleiter beispielsweise selbst Krankenpfleger, so kann der Abschluss eines Vertrages, der ein kostenloses Verblistern von Arzneimitteln oder ein im Verhältnis zum marktgerechten Preis gegen sehr geringfügiges Entgelt gewährtes Verblistern von Arzneimitteln beinhaltet, als strafrechtlich relevantes Verhalten eingestuft werden. Nach § 299a StGB ist nicht ein Vorteil für den Heilberufler dafür gefordert – ein Vorteil für einen Dritten, also das Heim, reicht somit schon. Durch das Angebot der Apotheke an das Heim zum kostenlosen bzw. vergünstigten Verblistern soll diese Apotheke gegenüber anderen Apotheken, mit denen sie im Wettbewerb steht, in unlauterer Weise bevorzugt werden.

Wichtig zu wissen: die Strafverfolgung erfolgt nicht nur auf Antrag, sondern von Amts wegen. Es ist eine Bestrafung mit Geldstrafe oder mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vorgesehen, da hier i. d. R. mehrere Beteiligte zusammenwirken. Das hat zur Folge, dass eine Bande entstanden ist, die sich zur fortgesetzten Begehung verbunden hat und somit ein besonders schwerer Fall vorliegt, bei dem nicht mehr die Möglichkeit einer Geldstrafe besteht, sondern eine Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren zu verhängen ist. Darüber hinaus kann das Gericht die Ausübung des Berufs für die Dauer von ein bis fünf Jahren verbieten.

Widerruf der Genehmigung eines Versorgungsvertrages nach § 12a ApoG

Auch das Verblistern von Arzneimitteln ist im Versorgungsvertrag nach § 12a ApoG aufzuführen. Dazu gehört auch die Vergütungsabrede über das Verblistern von Arzneimitteln. Um einen Gesetzesverstoß gegen die §§ 299a und 299b StGB zu vermeiden, muss eine solche Vergütungsabrede getroffen werden, welche die Kostendeckung gewährleistet. Ein Anspruch auf Genehmigung des Versorgungsvertrages besteht nicht, wenn ein offenkundiger und schwerwiegender Verstoß gegen

elementare bundesgesetzliche Bestimmungen vorliegt. Darüber hinaus sind bereits erteilte Genehmigungen zu widerrufen, wenn bekannt wird, dass die Apotheke kostenlos verblistert bzw. zu einem nicht kostendeckenden Preis verblistert. Während bisher von den AmtsapothekerInnen die Auffassung vertreten wurde, dass ein Verstoß allein gegen wettbewerbsrechtliche Normen in Gestalt des § 3a UWG und/oder gegen berufsrechtliche Vorgaben nicht ausreicht, um die Genehmigung eines Versorgungsvertrages nach § 12a ApoG zu verweigern, so ist die neue Konsequenz aufgrund Inkrafttreten der Strafvorschriften der §§ 299a und 299b StGB, dass die AmtsapothekerInnen die Genehmigung eines Versorgungsvertrages nach § 12a ApoG verweigern bzw. widerrufen müssen.



Dr. Joachim Wüst, RA, StB
FA für Steuerrecht
PNHR, Köln
 Tel.: (0221) 54 67 80
 dr.joachim.wuest@pnhr.de

Pflegekosten sind steuerlich absetzbar, auch wenn sie von ungelernten Kräften erbracht werden

Finanzgericht Baden-Württemberg vom 21.06.2016 (Az.: 5 K 2714/15)

Pflegebedürftige Menschen, die von ungelernten Pflegekräften ambulant betreut werden, können die entstandenen Kosten als außergewöhnliche Belastung steuermindernd geltend machen, hat das Finanzgericht Baden-Württemberg entschieden. Nach einem Bericht der Onlineplattform Juraforum engagierte eine pflegebedürftige Frau einen ambulanten Pflegedienst aus Polen und erhielt dafür Pflegegeld in Höhe von 440 Euro monatlich. Der Pflegedienst bot vorwiegend eine hauswirtschaftliche Versorgung, Alltagsunterstützungen wie Einkaufen oder Kochen und in geringerem Umfang auch eine Grundpflege an, für die das Pflegepersonal laut Vertrag keine pflegerische Ausbildung haben musste. Die Pflegekosten des ambulanten Dienstes aus dem Jahr 2014 in Höhe von über 30.000 Euro machte die Klägerin erfolglos beim Finanzamt als außergewöhnliche Belastung steuermindernd geltend. Das Finanzgericht gab der Klägerin recht.

Nach § 33 Abs. 1 EStG wird die Einkommensteuer auf Antrag ermäßigt, wenn einem Steuerpflichtigen zwangsläufig größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstands erwachsen (außergewöhnliche Belastung). In ständiger Rechtsprechung geht der Bundesfinanzhof davon aus, dass Krankheitskosten dem Steuerpflichtigen aus tatsächlichen Gründen zwangsläufig erwachsen. Dies gilt auch

für Aufwendungen für die Pflege eines Steuerpflichtigen infolge einer Krankheit. Zu den Krankheitskosten gehören die Aufwendungen, die unmittelbar zum Zwecke der Heilung der Krankheit mit dem Ziel getätigt werden, die Krankheit erträglicher zu machen, wie insbesondere Kosten für die eigentliche Heilbehandlung und eine krankheitsbedingte Unterbringung. Solche Aufwendungen werden von der Rechtsprechung als außergewöhnliche Belastung berücksichtigt, ohne dass es im Einzelfall der nach § 33 Abs. 2 Satz 1 EStG gebotenen Prüfung der Zwangsläufigkeit dem Grunde und der Höhe nach bedarf. Erforderlich ist lediglich, dass die Aufwendungen mit der Krankheit und der ihrer Heilung oder Linderung notwendigen Behandlung in einem adäquaten Zusammenhang stehen und nicht außerhalb des Üblichen liegen. Erfasst wird nicht nur das medizinisch Notwendige im Sinne einer Mindestversorgung. Dem Grunde und der Höhe nach zwangsläufig sind vielmehr die medizinisch indizierten diagnostischen oder therapeutischen Maßnahmen, die in einem Erkrankungsfall hinreichend gerechtfertigt sind, es sei denn, der erforderliche Aufwand steht zum tatsächlichen in einem offensichtlichen Missverhältnis.

Soweit die Aufwendungen auf die sog. Grundpflege entfallen, handelt es sich bereits begrifflich um solche, die die Krankheit erträglicher machen sollen. Auch bei Leistungen im Bereich der hauswirtschaftlichen Versorgung handelt es sich dem Grunde nach um

abziehbare Krankheitskosten. Der Hilfebedarf in der hauswirtschaftlichen Versorgung ist zwar nur ein unselbständiger Bestandteil der Pflege und führt für sich allein noch nicht zur Anerkennung erheblicher Pflegebedürftigkeit. Dennoch dienen auch Aufwendungen im Bereich der hauswirtschaftlichen Versorgung dazu, die Krankheit erträglicher zu machen und gehören daher als Pflegeaufwendungen zu den dem Grunde nach abziehbaren Krankheitskosten.

Eine Abziehbarkeit der Aufwendungen ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil es sich bei den eingesetzten Betreuungskräften nicht um besonders ausgebildetes Pflegefachpersonal handelt. Eine solche Voraussetzung ergibt sich nämlich nicht aus dem Gesetzeswortlaut. Der Gesetzgeber geht vielmehr selber davon aus, dass die Anerkennung von Pflegeaufwendungen als außergewöhnliche Belastung nicht von der Qualifikation des jeweiligen Pflegepersonals abhängt. Dies steht auch mit dem Sinn und Zweck der Inanspruchnahme des Pflegegeldes gemäß § 37 SGB XI in Einklang.



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

Neue Abrechnungsprüfung ab 1. Oktober 2016 im Rahmen der Regelprüfung!

Bisher prüft der MDK die ambulanten Pflegedienste und die stationären Pflegeeinrichtungen einmal jährlich hinsichtlich der Qualität der Versorgung. Bei den bekannt gewordenen Betrugsfällen in ambulanten Pflegediensten konnte der MDK eine Prüfung dann nicht vornehmen, wenn es sich ausschließlich um Leistungen der häuslichen Krankenpflege aus dem Bereich SGB V handelte. Eine Prüfung konnte also nur dann erfolgen, wenn gleichzeitig SGB XI-Leistungen (gesetzliche Pflegeversicherung) erbracht wurden (Grundlage: Pflegeversicherungsgesetz).

Die neuen Qualitätsprüfungs-Richtlinien (QPR) sowie die neue Pflege-Transparenzvereinbarung (PTVA) sollen einerseits die Kontrolle der Qualität der Versorgung und andererseits aber auch die Kontrolle der Leistungsabrechnung ermöglichen. Die neuen QPR regeln die erforderlichen Änderungen insbesondere zu:

- den Abrechnungsprüfungen im Rahmen der Regelprüfung,
- den Anlassprüfungen ambulant ohne Anmeldung,
- dem Wegfall der Möglichkeit der Beantragung einer Wiederholungsprüfung durch die Pflegeeinrichtung,
- dem Wegfall gleichwertiger Prüfungen sowie
- den Einwilligungserklärungen zur Inaugenscheinnahme.

Das PSG II, § 114 Abs. 2 Satz 6 SGB XI umfasst seit dem 1. Januar 2016 auch die Prüfung der in Rechnung gestellten Leistungen. Bereits in der Vergangenheit waren Abrechnungsprüfungen bei ambulanten Diensten optional möglich. Künftig aber wird die Abrechnungsprüfung verpflichtend

sein! Konkret umfasst diese vertiefte Abrechnungsprüfung die Leistungen nach SGB XI und SGB V. Nicht der Prüfung unterliegen Leistungen nach § 45b SGB XI (Betreuungsleistungen) und § 39 SGB XI (Leistungen der Verhinderungspflege). Die Abrechnungsprüfung erfolgt innerhalb der Regelprüfung. Bei Auffälligkeiten kann die Regelprüfung in eine anlassbezogene Abrechnungsprüfung umgewandelt werden. Die Abrechnungsprüfung erfolgt für einen Zeitraum von mindestens sieben Tagen – nach Möglichkeit unter Einschluss eines ganzen Wochenendes oder zweier Feiertage. Für den Abrechnungsprüfzeitraum ist keine Obergrenze festgelegt. Konkret werden zehn Fragen abgeprüft und dies ausschließlich bei den Kunden, die regulär im Rahmen der Stichprobe (Auswahlverfahren während der Prüfung) besucht werden. Bisher werden fünf Pflegekunden geprüft – im Rahmen der neuen QPR erhöht sich die Anzahl auf acht Pflegekunden.

Gepprüft wird u. a. bei den körperbezogenen Pflegemaßnahmen (SGB XI):

- Liegt ein gültiger Pflegevertrag vor?
- Welche Leistungen wurden vereinbart?
- Welche Leistungen wurden in Rechnung gestellt?
- Kann nachvollzogen werden, dass die in Rechnung gestellten Leistungen erbracht wurden?

Gepprüft wird u. a. bei den behandlungspflegerischen Maßnahmen (SGB V):

- Kann nachvollzogen werden, dass die in Rechnung gestellten Maßnahmen im geprüften Zeitraum auch tatsächlich erbracht wurden?
- Kann nachvollzogen werden, dass die in Rechnung gestellten Maßnahmen im geprüften Zeitraum vertragskon-

form und gemäß HKP-Richtlinien in Rechnung gestellt worden sind und erforderlich waren?

Dies bedeutet für ambulante Pflegedienste die Notwendigkeit einer guten Vorbereitung. Dafür sind vor allem auch die folgenden erforderlichen Unterlagen entsprechend vorzuhalten:

- Pflegeverträge, Kostenvoranschläge, Pflegedokumentationen, Leistungsnachweise, Rechnungen, Handzeichenliste, Qualifikationsnachweise, Dienstpläne, Tourenpläne, Stundenachweise, Arbeitsverträge/Mitarbeiterlisten (mit Stellenanteilen), Berufsurkunden und
- für den Bereich SGB V die erforderlichen Verordnungen für die HKP (§ 37.1, 1a und 2 – Häusliche Krankenpflege) sowie die dazugehörigen Genehmigungen.

Bei Auffälligkeiten werden Kopien der relevanten Unterlagen angefertigt.



Sabine Gundlach
Mediatorin
ETL ADVISION
Berlin

Tel.: (030) 22 64 12 48
sabine.gundlach@etl.de

Das bringt das Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz (HHVG) dem Therapeuten

Erste Einschätzung zum Kabinettsentwurf vom 31.08.2016

Das Bundeskabinett hat am 31. August 2016 den Entwurf des Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetzes (HHVG) beschlossen. Mit Blick auf die Therapeuten hat der Gesetzentwurf zwei Schwerpunkte: die Flexibilisierung des Systems der Preisfindung im Heilmittelbereich und die Erprobung einer stärkeren Einbindung der Heilmittelerbringer in die Versorgungsverantwortung.

Abschaffung der Grundlohnsummenbindung

Bislang gilt für Heilmittelverträge der Grundsatz der Beitragssatzstabilität nach § 71 SGB V. Dies hat zur Folge, dass die durchschnittliche Veränderungsrate der beitragspflichtigen Einnahmen der Krankenkassenmitglieder, welche das Bundesministerium für Gesundheit jährlich bis zum 15. September feststellt, derzeit in den Vertragsverhandlungen die Obergrenze für Vergütungsanpassungen des Folgejahres bildet. Für die Jahre 2017 bis 2019 wird der Grundsatz der Beitragssatzstabilität nun aufgehoben, um den Vertragspartnern eine größere Flexibilität bei der Vereinbarung der Heilmittelpreise zu ermöglichen. In diesem Zeitraum sind also auch Vertragsabschlüsse oberhalb der Veränderungsrate möglich. Die Befristung erfolgt, um Erkenntnisse über die Auswirkungen des Wegfalls der Grundlohnsummenbindung auf den Ablauf der Vergütungsverhandlungen und die Entwicklung der Preise für Heilmittelleistungen zu gewinnen.

Soweit sich die Vertragspartner in den mit Verbänden der Leistungserbringer abgeschlossenen Verträgen nicht auf

die Vertragspreise oder eine Anpassung der Vertragspreise einigen, werden die Preise von einer gemeinsam zu benennenden unabhängigen Schiedsperson festgelegt. Die Benennung der Schiedsperson kann von den Vertragspartnern für das jeweilige Schiedsverfahren oder für einen Zeitraum von bis zu vier Jahren erfolgen. Einigen sich die Vertragspartner nicht auf eine Schiedsperson, wird diese von der für die Vertragsschließende Krankenkasse oder der für den Vertragsschließenden Landesverband zuständigen Aufsichtsbehörde innerhalb eines Monats nach Vorliegen der für die Bestimmung der Schiedsperson notwendigen Informationen bestimmt. Klagen gegen die Bestimmung der Schiedsperson haben keine aufschiebende Wirkung. Klagen gegen die Festlegung des Vertragsinhalts richten sich gegen eine der beiden Vertragsparteien, nicht gegen die Schiedsperson.

Erprobung der „Blankoverordnung“

Nach derzeitigem Recht können Krankenkassen und ihre Verbände gemäß § 63 Abs 3b Satz 2 und 3 SGB V mit zugelassenen Leistungserbringern oder Gruppen von Leistungserbringern Modellvorhaben vereinbaren, bei denen die Physiotherapeuten und die Ergotherapeuten unter bestimmten Bedingungen selbst über die Auswahl und die Dauer der Therapie sowie die Frequenz der Behandlungseinheiten bestimmen. Für die Berufsgruppe der Physiotherapeuten laufen derzeit zwei Modellvorhaben, zu denen es erste Zwischenergebnisse gibt. Dabei zeigt sich neben ersten positiven Feststellungen, dass die Bewertung –

in Abhängigkeit von der jeweiligen Konzeption des Modellvorhabens – im Detail durchaus auch unterschiedlich ausfallen kann. Um für die Entscheidung, ob die im Rahmen eines Modellvorhabens erprobte Versorgungsform für eine Überführung in die Regelversorgung geeignet ist, eine verlässliche, breitere Informationsgrundlage zu schaffen und das Verfahren zu beschleunigen, sind zukünftig in allen Ländern Modellvorhaben durchzuführen, mit denen die Heilmittelerbringer größere Handlungsspielräume erhalten. Dabei soll es auch die Möglichkeit geben, ein Modellvorhaben auf mehrere Länder zu erstrecken. Bei der „Blankoverordnung“ erfolgt die Verordnung eines Heilmittels weiterhin durch einen Arzt; der Heilmittelerbringer kann aber selbst über die Auswahl, die Dauer der Therapie und die Frequenz der Behandlungseinheiten bestimmen. Indem die Modellvorhaben kassenartenübergreifend vereinbart werden sollen, wird ein einheitlicher Rahmen geschaffen, der die Aussagekraft der Ergebnisse erhöht. Die Modellvorhaben sollen auf i. d. R. längstens drei Jahre befristet werden. Damit wird das Verfahren zur Generierung notwendiger Evidenz beschleunigt, um beurteilen zu können, ob das Modell der sogenannten „Blankoverordnung“ in die Regelversorgung überführt werden könnte.

Norbert Metke von der KV BaWü sieht die Blankoverordnungen aber höchst kritisch: Nur Ärzte seien aufgrund ihrer zwölfjährigen Aus- und Fortbildung ausreichend qualifiziert, die Dauer der Heilmitteltherapie zu

bestimmen. Als zweites Argument spricht Metke den Überblick über den Krankheitsverlauf und die verschiedenen Therapien an. Dass dieses Argument stichhaltig ist wird von den Interessenvertretern der Therapeuten aber bestritten, zumal nach dem Arztreport 2010 der Barmer GEK

ein Arztkontakt in Deutschland im Schnitt nur acht Minuten dauert.



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

Bundessozialgericht: Neue Hoffnung für freie Mitarbeiter von Therapeuten

Urteil vom 24.03.2016 (Az: B 12 KR 20/14 R)

Bei der Frage, ob ein Therapeut rentenversicherungspflichtig ist oder nicht, haben sich in der letzten Zeit viele Unsicherheiten durch divergierende Gerichtsurteile ergeben. Das Bundessozialgericht hat jetzt in einem wesentlichen Punkt für Klarheit gesorgt: Die Abrechnung des freien Mitarbeiters über die Zulassung des Praxisinhabers ist kein K.-o.-Kriterium. Die Annahme von Beschäftigung kann nicht ohne Weiteres darauf gestützt werden, dass die rechtliche Ausgestaltung der Beziehung zwischen zugelassenem Praxisinhaber und Mitarbeiter durch „zwingende“ Vorgaben des Leistungserbringerrechts der GKV definiert sei. Der Zulassung als Regelung des Leistungserbringungsrechts in § 124 Abs. 1 SGB V fehlt eine über das Leistungsrecht der GKV hinausgehende „übergeordnete“ Wirkung bezogen auf die sozialversicherungsrechtliche Rechtslage. Unzutreffend sind daher die gegenteiligen Verlautbarungen vom Bayerischen LSG vom 13. Februar 2014 (Az: L 5 R 1180/13 B ER) sowie vom Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen vom 24. November 2014 (Az: L 1 KR 351/12). Damit richtet sich die Frage der Rentenversicherungspflicht von freien Mitarbeitern in der Therapie allein nach den allgemeinen Abgrenzungskriterien.

Allgemeine Kriterien zur Abgrenzung

Nicht-Selbstständigkeit ist das rechtliche Merkmal, das die Arbeit zur rentenversicherungspflichtigen Beschäftigung macht. Dieses Merkmal selbst ist im § 7 SGB IV erläutert. Dort heißt es: Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Eine Beschäftigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann – vornehmlich bei Diensten höherer Art – eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach

dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.

Zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbstständigkeit ist vom Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen. Dabei ist auch die Ernsthaftigkeit der dokumentierten Vereinbarungen zu prüfen und auszuschließen, dass es sich hierbei um einen bloßen „Etikettenschwindel“ handelt, der u.U. als Scheingeschäft i.S. des § 117 BGB zur Nichtigkeit dieser Vereinbarungen und der Notwendigkeit führen kann, ggf. den Inhalt eines hierdurch verdeckten Rechtsgeschäfts festzustellen. Erst auf Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder der selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen.

Typische Indizien bei Therapeuten

Für Selbstständigkeit sprechen folgende Freiheiten bei der Ausübung der Tätigkeit:

- freie Entscheidung, ob vom Praxisinhaber angetragener Patient behandelt wird

- . keine Bindung an bestimmte Arbeitszeiten
- . keine Vertretungsregelung
- . keine Anwesenheitspflicht
- . kein Bindung an Öffnungszeiten
- . Möglichkeit, Terminvereinbarungen und -änderungen selbst mit den Patienten zu treffen
- . Nutzung von eigenem PKW bei Hausbesuchen
- . kein fester Stundensatz bzw. kein monatliches Arbeitsentgelt
- . keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Für Beschäftigung spricht die Eingebundenheit in die betrieblichen Arbeitsabläufe und die Organisationsstruktur:

- . kein bedeutsamer Unterschied der Arbeitsabläufe im Vergleich zu den fest angestellten Mitarbeitern
- . keine Wahrnehmbarkeit für die Patienten, dass es sich um einen selbstständigen Physiotherapeuten handelt
- . Erstkontakt zu den Patienten ausschließlich über den Praxisinhaber
- . nur der Praxisinhaber tritt nach außen als verantwortlicher Therapeut auf
- . Behandlungsangebote erfolgen ausschließlich durch den Praxisinhaber
- . keine eigene Patientenkartei des freien Mitarbeiters
- . keine eigenen Betriebsräume bzw. Betriebsstätten
- . Arbeitsmittel wie Massageliegen, Handtücher, Bestuhlung für die Wartezeit und Ähnliches werden vom Praxisinhaber zur Verfügung gestellt
- . kein eigenes Personal
- . kein eigenes Wagniskapital

- . keine Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg der Praxis unabhängig vom Ausmaß des eigenen persönlichen Arbeitseinsatzes

Allein der Umstand, dass jemand von seinem Vertragspartner keinen für Beschäftigte typischen sozialen Schutz zur Verfügung gestellt erhält, führt noch nicht zur Annahme eines unternehmerischen Risikos. Einem solchen Risiko müssen vielmehr – um sozialversicherungsrechtliche Folgen auslösen zu können – auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft oder größere Verdienstchancen gegenüberstehen. Auch aus dem (allgemeinen) Risiko, außerhalb der Erledigung einzelner Aufträge zeitweise die eigene Arbeitskraft ggf. nicht verwerten zu können, folgt kein Unternehmerrisiko.

Sonderregelung für Therapeuten ohne sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten

Außerdem besteht eine Sonderregelung für den Therapeuten, der allein (bzw. ohne versicherungspflichtigen Arbeitnehmer) tätig ist. Selbstständig tätige Physiotherapeuten/Krankengymnasten, die überwiegend auf ärztliche Verordnung tätig werden, unterliegen nach § 2 S. 1 Nr. 2 SGB VI der Rentenversicherungspflicht, sofern sie im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen. Um aus diesem Rentenversicherungsgrund herauszukommen, ist die Anstellung eines

Arbeitnehmers für mehr als 450 Euro im Monat erforderlich. Werden mehrere Minijobber beschäftigt, dann werden deren Gehälter zusammen gerechnet. Die 450-Euro-Grenze wird also z. B. auch dann überstiegen, wenn zwei Mitarbeiter für jeweils 280 Euro im Monat beschäftigt werden.

Fazit

Das Bundessozialgericht hat das K.-o.-Kriterium (Abrechnung über die Zulassung des Praxisinhabers) beseitigt. Trotzdem bleibt eine erhebliche Rechtsunsicherheit, denn das Für und Wider ist in einer schwierigen Gesamtschau zu würdigen. Sofern der freie Mitarbeiter nicht lediglich „seine“ Patienten mitbringt und nur die Zulassung und Räume des Praxisinhabers nutzt wird er mit Blick auf die Rentenversicherungspflicht keine guten Karten haben. Entscheidend ist stets, ob es einen deutlichen Unterschied zum Festangestellten gibt. Rechtssicherheit kann nach wie vor nur durch ein Statusfeststellungsverfahren nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV erlangt werden. Zumindest bei jedem neuen freien Mitarbeitervertrag ist daher die Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens zu empfehlen.



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

EuGH entscheidet zur GEMA-Pflichtigkeit von Reha-Zentren

Bereits 2012 hatte der EuGH entschieden, dass eine Wiedergabe von Musik in Warteräumen von Arztpraxen keine Gebührenpflicht für die GEMA auslöst. Aus Sicht des EuGH kommt es darauf an, ob durch das Anbieten solcher Programme dem Betreiber ein wirtschaftlicher Vorteil entsteht. Dies wurde für die Warteräume abgelehnt, da es sich hierbei um ein im Hintergrund laufendes Programm handelt, dass die war-

tenden Patienten gar nicht bewusst wahrnehmen. Anders entschied der EuGH aber im aktuellen Urteil vom 31. Mai 2016 (C – 117/15), welches die öffentliche Wiedergabe von Fernsehsendungen in einem Reha-Zentrum betraf. Die in zwei Warte- und Trainingsräumen angebrachten Fernseher seien nicht mehr lediglich „Hintergrundmusik“ sondern – wenn auch nicht Teil der Behandlung – doch eine „zusätzliche Dienstleistung“. Der Fall

liege ähnlich wie die Ausstrahlung in einer Gastwirtschaft, einem Hotel oder einer Kureinrichtung.



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

Bayern: Übergangslösung für Physiotherapeuten mit langjähriger Osteopathieausbildung von Rehazentren

Die Bayerische Landesregierung hält die Schaffung eines Berufsgesetzes für Osteopathen auf Bundesebene für unumgänglich, um Ausbildungsumfang und -inhalt zum Schutz der Patienten einheitlich zu regeln. Bis dahin sollten Physiotherapeuten, die osteopathisch arbeiten möchten, die Heilpraktikererlaubnis erwerben. Da dies wegen der großen Nachfrage bei den Gesundheitsämtern jedoch nicht

immer kurzfristig möglich sei, werde als „Übergangslösung“ geduldet, dass Physiotherapeuten mit einer Osteopathieausbildung von mindestens 1350 Stunden auf ärztliche Anordnung Osteopathie ausüben dürfen, um „ein faktisches Berufsverbot zu vermeiden“. Das teilt der zuständige Ministerialrat des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege in einem dem Verband der

Osteopathen Deutschland (VOD) e.V. vorliegenden Schreiben vom 08. Juni 2016 mit.



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

Steuerliche Behandlung von Nachzahlungen der KV

In letzter Zeit kommt es wieder vermehrt zu Nachzahlungen der Kassenärztlichen Vereinigungen. Bei einem Freiberufler liegen die Voraussetzungen für die Annahme steuerbegünstigter, außerordentlicher Einkünfte im Sinne von § 34 EStG vor, wenn eine Vergütung für eine mehrjährige Tätigkeit zusammengeballt zufließt. Der Bundesfinanzhof (BFH) hatte dazu bereits grundsätzlich mit Urteil vom 14. Dezember 2006, IV R 57/05 entschieden, dass eine Vergütung für eine mehrjährige Tätigkeit i.S. des § 34 Abs. 2 Nr. 4 EStG zwar nicht schon bei einer bloßen Nachzahlung von im Vorjahr verdienten Vergütungen vorliegt, eine Nachzahlung der Kassenärztlichen Vereinigung aufgrund der nicht ausreichenden Stützung der Punktwerte jedoch bereits deshalb „mehrjährig“ sei, weil der Zufluss in einem Jahr insgesamt mehrere Jahre betrifft. Der

Umstand, dass sich die zugeflossene Vergütung aus mehreren Beträgen zusammensetzt, die jeweils einem bestimmten Einzeljahr zugerechnet werden können, steht der Annahme einer Vergütung für eine mehrjährige Tätigkeit nicht entgegen.

Das FG Köln hat aber mit Urteil vom 20. November 2013, 3 K 2762/10, entschieden, dass eine ermäßigte Besteuerung der in zwei Veranlagungszeiträumen zugeflossenen Nachzahlungen der Kassenärztlichen Vereinigung gem. § 34 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 4 EStG selbst dann abzulehnen ist, wenn eine Zahlung in einer Summe vorgesehen war und nur wegen der Höhe und der besonderen Verhältnisse des Zahlungspflichtigen auf zwei Jahre verteilt worden ist. Es bestehe grundsätzlich kein Bedürfnis, in Ausnahmefällen von dem Erfordernis des Zuflusses in

einem Veranlagungszeitraum abzurücken. Zahlungen der KVen, die z.B. über zwei Jahre verteilt sind, sind somit nicht nach § 34 EStG begünstigt. Allerdings ist zu dieser Frage noch eine Revision beim BFH anhängig (AZ: VIII R 37/14). Aufgrund dessen ist zu empfehlen, gegen nachteilige Bescheide des Finanzamtes Einspruch einzulegen und mit Verweis auf das BFH-Revisionsverfahren das Ruhen des Verfahrens bis zu einer Entscheidung zu beantragen.



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

Aktuelle Urteile im Überblick

Dreimalige Gewährung von „freiwilligen“ Sonderzahlungen kann Anspruch des Arbeitnehmers begründen (BAG, Urteil vom 13.05.2015 – 10 AZR 266/14)

Gewährt der Arbeitgeber zusätzlich zum vereinbarten monatlichen Gehalt dreimalig vorbehaltlos eine „Sonderzahlung“, kann ein Arbeitnehmer in verständiger Weise auf ein verbindliches Angebot des Arbeitgebers schließen, auch in Zukunft in jedem Kalenderjahr eine Sonderzahlung zu erhalten. Für die Zukunft begründet dies einen Anspruch des Arbeitneh-

mers auf die Sonderzahlung. Der bloße Hinweis des Arbeitgebers darauf, dass es sich um eine „freiwillige“ Leistung handele, genügt für sich genommen nicht, um einen Rechtsanspruch auf die Leistung auszuschließen.

Es ist daher anzuraten, bei jeder Sonderzahlung den Arbeitnehmer ausdrücklich und nachweisbar darauf

hinzuweisen, dass die Zahlung mit der Maßgabe erfolgt, dass kein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers begründet wird und dass sich der Arbeitgeber vorbehält, jedes Jahr neu zu entscheiden, ob und in welcher Höhe eine Sonderzahlung gewährt wird. Dies sollte zudem durch eine geeignete Regelung im Arbeitsvertrag unterlegt werden.

Exzessive Privatnutzung des dienstlichen Internets kann zur Kündigung führen. Darf der Arbeitgeber zum Nachweis den Browserverlauf auswerten? (LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.01.2016 – 5 Sa 657/15)

Die fortwährend über einen nicht unerheblichen Zeitraum (hier: 30 Arbeitstage) andauernde und während der Arbeitszeit erfolgende private Nutzung des dienstlichen Internetanschlusses im großen Umfang (hier: ca. 40 Stunden) berechtigt den Arbeitgeber wegen der darin liegenden Verletzung der Arbeitspflicht auch dann zur Kündigung, wenn dem Arbeitnehmer die Privatnutzung arbeitsvertraglich in Ausnahmefällen innerhalb der Arbeitspausen erlaubt ist.

Vor dem Hintergrund des Verfassungs- und Datenschutzrechts ist allerdings streitig, ob der Arbeitgeber zum Nachweis der exzessiven Privatnutzung des Internets die Browserdaten des Dienstrechners auswerten und

gerichtlich gegen den Arbeitnehmer verwenden darf.

Das LAG Berlin-Brandenburg hat diese Frage bejaht und die Kündigung für wirksam erachtet. Im Kündigungsschutzprozess könnten zulasten des Arbeitnehmers die vom Arbeitgeber ohne Hinzuziehung des Arbeitnehmers ausgewerteten Einträge der aufgerufenen Internetseiten in der Chronik des auf dem Dienstrechner des Arbeitnehmers installierten Internet-Browsers zum Beweis einer exzessiven Internetnutzung verwertet werden. Obwohl es sich dabei um personenbezogene Daten handelt und auch wenn eine wirksame Einwilligung in die Kontrolle dieser Daten nicht vorliegt, bestehe kein Beweisverwertungsverbot, weil

das Bundesdatenschutzgesetz auch ohne Einwilligung des Arbeitnehmers die Speicherung und Auswertung der Verlaufsdaten in der Chronik eines Internetbrowsers zu Zwecken der Missbrauchskontrolle erlaubt.

Das Urteil ist allerdings noch nicht rechtskräftig; es liegt dem BAG zur Revisionsentscheidung vor.

Unabhängig von der anstehenden Entscheidung ist zu empfehlen, im Arbeitsvertrag klare Regeln zur Frage der privaten Nutzung des Internets zu treffen und sich dabei auch die Einwilligung des Arbeitnehmers in die Kontrolle durch den Arbeitgeber erteilen zu lassen.

Elternzeitverlangen bedarf der Schriftform – Telefax oder E-Mail genügen nicht (BAG, Urteil vom 10.05.2016 – 9 AZR 145/15)

Wer Elternzeit beanspruchen will, muss sie nach § 16 Abs. 1 BEEG spätestens sieben Wochen vor Beginn der Elternzeit schriftlich vom Arbeitgeber verlangen und gleichzeitig erklären, für welche Zeiten innerhalb

von zwei Jahren Elternzeit genommen werden soll. Das Elternzeitverlangen erfordert die strenge Schriftform. Es muss deshalb von der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer eigenhändig durch Namensunterschrift

oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Ein Telefax oder eine E-Mail wahrt die vorgeschriebene Schriftform nicht und führt zur Nichtigkeit der Erklärung.

Die Nichtigkeit hat grundsätzlich die Konsequenz, dass die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer die Elternzeit nicht antreten darf, solange nicht die schriftliche Erklärung nachgeholt wird. Erst dann beginnt die sieben-Wochen-Frist. Zudem

kann sich die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer nicht auf den Sonderkündigungsschutz gem. § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG berufen. Danach darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit verlangt worden ist, nicht kündigen.

Ob es dem Arbeitgeber ausnahmsweise nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verwehrt ist, sich auf die Nichteinhaltung des Schriftformgebots zu berufen, ist eine Frage des konkreten Einzelfalls.

Kürzung des während der Elternzeit erworbenen Urlaubs muss vor Ende des Arbeitsverhältnisses erklärt werden (BAG, Urteil vom 19.05.2015 – 9 AZR 725/13)

Auch einem Arbeitnehmer, der sich in Elternzeit befindet steht für diese Zeit sein Urlaubsanspruch zu. Der Urlaub kann noch nach dem Ende der Elternzeit genommen werden. Endet das Arbeitsverhältnis mit oder nach Ende der Elternzeit, ist der Urlaub abzugelten. Der Arbeitgeber kann jedoch gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG, sofern nicht die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer während der Elternzeit Teilzeitarbeit geleistet hat, den während der Elternzeit erworbenen Urlaub für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen. Nach der Entschei-

dung des BAG ist dies allerdings nur vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses zulässig. Die Kürzung setze voraus, dass der Anspruch auf Erholungsurlaub noch besteht. Daran fehle es, wenn das Arbeitsverhältnis beendet ist und der Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaubsabgeltung hat.

Die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses mit oder kurz nach Ende der Elternzeit ist keine Seltenheit. Die rechtzeitige Kürzung des Urlaubs kann dem Arbeitgeber somit viel Geld sparen. Das Muster einer Kürzungser-

klärung finden Sie auf der Homepage der ETL Rechtsanwälte unter www.etl-rechtsanwaelte.de/formulare-mustervertraege.



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