



# CAUSA CONCILIO

RECHTSANWÄLTE . NOTARE

## Mandanteninformation

### Medizinrecht

1/2016

#### *Inhalt*

<i>Schwerpunktthema Antikorruptionsgesetz.....</i>	<i>2</i>
<i>1. Inkrafttreten steht unmittelbar bevor .....</i>	<i>2</i>
<i>2. Die neuen Tatbestände im Überblick.....</i>	<i>4</i>
<i>3. Das Antikorruptionsgesetz an der Grenze ambulant - stationär .....</i>	<i>6</i>
<i>Ambulanter Sektor .....</i>	<i>9</i>
<i>Praxisveräußerung und Nachbesetzung: Drei Urteile des BSG bergen Sprengkraft ....</i>	<i>9</i>
<i>1. Vertragsarzt, der auf seine Zulassung verzichtet, um in einem MVZ als angestellter Arzt tätig zu werden, muss den Willen haben, mindestens 3 Jahre in MVZ tätig zu werden .....</i>	<i>9</i>
<i>2. Nachbesetzung nach mehrfacher Antragsrücknahme möglicherweise missbräuchlich.....</i>	<i>10</i>
<i>3. Viertelstellen können nicht mehr unbegrenzt nachbesetzt werden.....</i>	<i>11</i>
<i>Ärztewertungsportale – BGH stärkt Persönlichkeitsrechte der Bewerteten.....</i>	<i>12</i>
<i>Stationärer Sektor.....</i>	<i>14</i>
<i>BGH: Rückerstattung zu viel bezahlten Arzthonorars – Liquidationsrecht bei wahlärztlichen Leistungen.....</i>	<i>14</i>
<i>Arbeitsrechtliche Entscheidungen (für das Krankenhaus) – Mindestlohn, Befristung, Überstunden .....</i>	<i>15</i>
<i>1. Mindestlohnwirksamkeit von Zulagen .....</i>	<i>15</i>
<i>2. Überstundenzuschläge für Teilzeitbeschäftigte in Wechselschicht .....</i>	<i>16</i>
<i>3. Neues zu den Anforderungen an die wirksame Befristung von Arbeitsverträgen mit Ärzten in der Weiterbildung .....</i>	<i>17</i>

## **Schwerpunktthema Antikorruptionsgesetz**

### **1. Inkrafttreten steht unmittelbar bevor**

Das Gesetzgebungsverfahren zum Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen erinnerte durchaus an die Tanzschulzeiten – Langsam, schnell, schnell, langsam, schnell, schnell.

Bereits in der letzten Legislaturperiode entstanden Pläne, der Korruption im Gesundheitswesen mit den Mitteln des Strafrechts zu begegnen. Der erste Gesetzesentwurf stammt bereits vom 10.11.2010 (BT-Drs. 17/3685). Dieser Entwurf verschwand jedoch zunächst für 2 Jahre in den Ausschüssen, bis ein Urteil des Großen Senats des Bundesgerichtshofs (v. 29.03.2012, GSSt 2/11) die Korruption im Gesundheitswesen wieder in den Fokus rückte. Der BGH hatte in dieser Entscheidung eine Strafbarkeit wegen Bestechung eines Amtsträgers mit der Feststellung verneint, dass Vertragsärzte weder Amtsträger noch Beauftragte der Krankenkasse seien. Hierdurch wurde eine Strafbarkeitslücke offenbar, die der Gesetzgeber eigentlich so gleich füllen wollte.

Nicht einmal drei Monate nach der Entscheidung des BGH gab sodann der Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages seine Empfehlung ab. (BT-Drs. 17/9587) Trotz einiger parlamentarischer Aktivität fiel jedoch dieser Gesetzesentwurf der Diskontinuität anheim, da das Gesetzgebungsverfahren nicht bis zum Ende der 17. Legislaturperiode am 22.10.2013 abgeschlossen werden konnte.

Die 18. Legislaturperiode begann zunächst, ohne dass das Thema Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen im Mittelpunkt gestanden hätte. Erst Anfang 2015 stieß das Land Bayern die Diskussion mit einem entsprechenden Gesetzesentwurf wieder an. Es



Ihr Ansprechpartner:  
**Stephan Gierthmühlen**  
Fachanwalt für Medizinrecht

Telefon: +49 (431) 6701 - 224  
Telefax: +49 (431) 6701 - 55224  
E-Mail: [gierthmuehlen@cc-recht.de](mailto:gierthmuehlen@cc-recht.de)

Es folgte ein Referentenentwurf bereits im Juni und ein Regierungsentwurf im August 2015 (BR-Drs. 360/15). Es wurde vermutet, dass das Antikorruptionsgesetz noch im Jahr 2015 verabschiedet würde. Die Kritik an einigen Regelungen brach jedoch nicht ab, sodass der Gesetzesentwurf doch noch einmal in die Ausschüsse geschickt wurde. Hier erfolgten mit der Beschlussempfehlung vom 13.04.2016 noch einmal nicht unerhebliche Änderungen, bevor der Deutsche Bundestag einen Tag später, am 14.04.2016, das Antikorruptionsgesetz verabschiedete.

Der Bundesrat hat am 13.05.2016 entschieden, den Vermittlungsausschuss nicht anzurufen, sodass das Antikorruptionsgesetz nun nach Gegenzeichnung durch den Bundespräsidenten und Veröffentlichung im Bundesanzeiger in Kraft treten kann. Durch dieses Gesetz werden in erster Linie die §§ 299a und b sowie die Strafschärfungen in das Strafgesetzbuch aufgenommen. Die Regelungen haben folgenden Wortlaut:

**§ 299a**  
**Bestechlichkeit im Gesundheitswesen**

*Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er*

- 1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,*
- 2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder*
- 3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial*

*einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

**§ 299b**  
**Bestechung im Gesundheitswesen**

*Wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des § 299a im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er*

- 1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,*
- 2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder*
- 3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial*

*ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

Anders als noch im Regierungsentwurf wird die heilberufliche Abgabeentscheidung aus dem Tatbestand herausgenommen, soweit es sich nicht um Arzneimittel oder Medizinprodukte handelt, die zur unmittelbaren Anwendung durch den beziehenden Heilberufsangehörigen bestimmt sind. Auch die vielfach kritisierte Bezugnahme auf das Berufsrecht ist entfallen, auch wenn die meisten berufsrechtlich unzulässigen Praktiken wohl nach wie vor unter den verbleibenden Tatbestand fallen. Allerdings sind die § 299a und b nun nicht mehr nur auf Antrag zu verfolgen, sondern wurden als sog. Officialdelikte ausgestaltet.

Es wird also nun ernst...

## 2. Die neuen Tatbestände im Überblick

§ 299a regelt die Strafbarkeit von Angehörigen eines Heilberufs, welche sich „bestechen“ lassen („Bestechlichkeit im Gesundheitswesen“); spiegelbildlich dazu regelt § 299b die Strafbarkeit des anderen Parts, also desjenigen, der seinerseits



Ihr Ansprechpartner:  
**Prof. Dr. Dr. Thomas Ufer**  
Rechtsanwalt und Arzt  
Fachanwalt für Medizinrecht

Telefon: +49 (40) 355 372 - 235  
Telefax: +49 (40) 355 372 - 55235  
E-Mail: [ufer@cc-recht.de](mailto:ufer@cc-recht.de)

einen Angehörigen eines Heilberufs aktiv besticht („Bestechung im Gesundheitswesen“). Beide Taten können mit Geldstrafen, aber auch mit Haftstrafen von bis zu drei Jahren geahndet werden. Darüber hinaus enthält § 300 eine sog. Strafraumenverschiebung für besonders schwere Fälle. Liegt ein solcher vor (was später im Einzelnen darzustellen ist), so wird die Tat stets mit einer Haftstrafe von mindestens drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

§§ 299a und b sprechen von „**Angehörigen eines Heilberufs**, der für die Berufsausübung oder Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert“. Davon erfasst sind nicht nur die akademischen Heilberufe, sondern auch weitere gesetzlich geregelte Gesundheitsfachberufe (z.B. Gesundheits- und Krankenpfleger, Hebammen, Physiotherapeuten etc.), so dass der Kreis der möglichen Betroffenen weit zu fassen ist.

Kerntatbestandsmerkmal der §§ 299a, b ist die sog. **Unrechtsvereinbarung**, also das Fordern, Sich-Versprechen-Lassen, Annehmen oder Anbieten eines Vorteils als Gegenleistung für eine – zumindest intendierte – unlautere Bevorzugung im Wettbewerb.

Der Begriff des **Vorteils** ist dabei grundsätzlich weit zu verstehen, gleich ob materiell oder immateriell; hierzu zählt alles, was die Lage des Empfängers verbessert und auf das er selbst keinen Einfluss hat. Neben Geld oder kostenlosen Waren kommen also auch Ehrungen, Ehrenämter, Einladungen zu Kongressen oder die Übernahme von Fortbildungskosten etc. als Vorteil in Betracht. Die Grenzen zwischen sozialadäquaten Zuwendungen (beispielsweise geringfügigen und allgemein üblichen Werbegeschenken) und strafrechtlich relevanten Vorteilen sind fließend, gerade weil das Gesetz keine Bagatellgrenze vorsieht. Entscheidend wird es im Einzelfall sein, ob die Annahme eines Vorteils den Eindruck erweckt, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird – ein sehr wertungsabhängiges Kriterium für die Annahme einer Strafbarkeit.

Der Vorteil muss **als Gegenleistung** für eine – zumindest intendierte – künftige unlautere Bevorzugung im inländischen oder ausländischen Wettbewerb erbracht werden. Eine unlautere Bevorzugung liegt dann vor, wenn im Rahmen eines bestehenden Wettbewerbs zwischen mindestens zwei Konkurrenten eine sachfremde Entscheidung zugunsten des einen Mitbewerbers getroffen wird, die geeignet ist, den anderen durch die Umgehung der Regelungen des Wettbewerbs bzw. durch Ausschaltung der Konkurrenz zu schädigen. Geschützt ist hier der in- und ausländische Wettbewerb. In dieser Ausgestaltung sind §§ 299a, 299b wettbewerbsrechtliche Schutznormen. Im Rahmen des Wegfalls der ursprünglich vorgesehenen Tatbestandsalternative der Verletzung der heilberuflichen Unabhängigkeit hat der Gesetzgeber aber klargestellt, dass ein weiter Wettbewerbsbegriff angewendet werden soll, für dessen Verletzung es schon ausreicht, wenn ein zukünftiger Wettbewerb gestört wird, so

dass selbst in monopolistischen Märkten eine Einschlägigkeit der §§ 299a, b gegeben sein soll, da künftigen Marktteilnehmern der Einstieg erschwert wird.

Bei der Beurteilung, ob eine Unrechtsvereinbarung vorliegt oder nicht, bewegt man sich stets auf einem schmalen Grat. Vorteile – ggf. auch solche mit strafrechtlicher Relevanz – werden beispielsweise regelmäßig im Rahmen beruflicher Kooperationen zwischen Angehörigen eines Heilberufs oder auch bei Teilnahme an vergüteten Anwendungsbeobachtungen nach dem AMG ausgetauscht. Zwar ist beides grundsätzlich gesundheitspolitisch gewollt und liegt letztlich auch im Interesse der Patienten; problematisch wird es jedoch dann, wenn die in diesem Zusammenhang gewährten Entgelte wirtschaftlich nicht angemessen bzw. nachvollziehbar gewählt sind, sie also für den Arzt einen unzulässigen Anreiz darstellen, einen Patienten an einen bestimmten Kooperationspartner zu überweisen oder ihm ein bestimmtes Präparat zu verordnen. Entsprechendes gilt auch für die Beteiligung eines Angehörigen eines Heilberufs an Unternehmen im Gesundheitswesen, sofern eine unzulässige Verknüpfung zwischen der Unternehmensbeteiligung und medizinischen Entscheidungen zu befürchten ist. Insoweit kann auf die bereits bisher im Sozialrecht relevanten Abwägungen im Rahmen einer Auslegung der Verbotsnorm des § 128 SGB V (bekannt unter dem Schlagwort des „Depotverbotes“) verwiesen werden.

Die Vorteilsvereinbarung und die Art der Ausübung des jeweiligen Heilberufs müssen in einem **sachlichen Zusammenhang** stehen. Vom Gesetzgeber genannt sind insoweit die „Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten“ (§§ 299a, b Ziff. 1), der „Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt ist“ (§§ 299 a, b Ziff. 2) und die „Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial“ (§§ 299 a, b Ziff. 3) Rein privates Handeln der Angehörigen von Heilberufen soll hingegen nicht von §§ 299a, b erfasst sein, ist aber auch angesichts der konkreten Verbotsausgestaltungen kaum als einschlägig vorstellbar.

§ 300 StGB enthält – wie bereits dargelegt – eine **Strafraahmenverschiebung** für besonders schwere Fälle. Beispielhaft, aber nicht abschließend, werden Taten genannt, die sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes beziehen oder die durch ein gewerbs- oder bandenmäßiges Handeln der Täter gekennzeichnet sind.

Von **Gewerbsmäßigkeit** ist auszugehen, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich durch wiederholte Taten eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle zu sichern, was letztlich bei fortgesetzten Handlungen und deren Entgeltlichkeit immer gegeben sein wird. Für eine Bande im Sinne der Vorschrift genügt bereits das bandenmäßige Zusammenwirken von mindestens drei Personen. Beide Regelbeispiele sind in korruptiven Zusammenhängen zwischen mehreren Parteien schnell verwirklicht, sodass in zahlreichen Fallkonstellationen die Anwendbarkeit des erhöhten Strafrahmens droht. Darüber hinaus kann das Gericht auch in anderen, vergleichbar schweren Fällen den erhöhten Strafrahmen anwenden. Denkbar ist dies beispielsweise in Fällen, in denen aufgrund einer korruptiv bedingten Falschbehandlung ein Patient geschädigt oder seine Gesundheit erheblich gefährdet wird.



Ihr Ansprechpartner:  
**Wiebke Düsberg**  
Rechtsanwältin

Telefon: +49 (40) 355 372 - 236  
Telefax: +49 (40) 355 372 - 55236  
E-Mail: [duesberg@cc-recht.de](mailto:duesberg@cc-recht.de)

Durch die Umgestaltung des Gesetzes weg vom primären Schutz der heilberuflichen Unabhängigkeit hin zu einer wettbewerbsschützenden Vorschrift (mit dem Nebeneffekt des hierdurch eintretenden Patientenschutzes) ist konsequenter Weise auch das Strafantragserfordernis entfallen, so dass auf bloße Anzeige hin die Strafverfolgungsorgane ermitteln müssen und es keines separaten Antrags einer weiteren betroffenen Person bedarf.

Zusammenfassend erstrecken also die neuen Straftatbestände für schon bisher verbotene Handlungsweisen deren Sanktionierung auf das strafrechtliche Gebiet, so dass (wie auch vom BGH in dessen Beschluss vom 29. März 2012 – GSSt 2/11 angeregt) zukünftig härter durchgegriffen werden kann ... oder, um es mit den Worten des Gesetzgebers zu dessen gesetzgeberischer Intention zu sagen: „Wegen der erheblichen sozialen und wirtschaftlichen Bedeutung des Gesundheitswesens ist korruptiven Praktiken in diesem Bereich auch mit den Mitteln des Strafrechts entgegenzutreten.“ (BT-Drucksache 18/6446)

### **3. Das Antikorruptionsgesetz an der Grenze ambulant - stationär**

Besondere Bedeutung wird das Antikorruptionsgesetz neben der echten Beeinflussung der Verordnungsentscheidung durch Heil- oder Hilfsmittelerbringer bzw. Arzneimittelhersteller im Bereich der ambulant-stationären Kooperationen haben.

Seit Inkrafttreten des Vertragsarztrechtsänderungsgesetzes zum 01.01.2007 dürfen Vertragsärzte nach Vertragsarztrecht (§ 20 Abs. 2 Satz 2 Ärzte-ZV) neben ihrer vollen oder hälftigen Zulassung auch ärztliche Hauptleistungen für ein Krankenhaus durchführen. Der Gesetzgeber verfolgte mit seiner Neuregelung in § 20 Abs. 2 Satz 2 Ärzte-ZV insbesondere das Ziel einer besseren ärztlichen Versorgung in ländlichen Gebieten. In der Rechtsprechung wurde die Neuregelung zunächst sehr restriktiv ausgelegt, wohl auch deshalb, weil sie den Vertragsärzten einerseits attraktive Verdienstmöglichkeiten abseits vertragsärztlicher Budgetierungen eröffnet, Vertragsärzte aber gleichzeitig über die Verordnung der Krankenhausbehandlung die Belegungszahlen der Krankenhäuser und ihren wirtschaftlichen Erfolg selbst maßgeblich steuern. Die punktuelle vertragsarztrechtliche Neuregelung musste daher zwangsläufig zu Interessenkollisionen führen. Ihr folgten krankenhausrrechtliche Klarstellungen zur Tätigkeit von Vertragsärzten für Krankenhäuser bei vor- und nachstationären Leistungen (§ 115a SGB V) und ambulanten Operationen (§ 115b SGB V) mit dem GKV-Versorgungsstrukturgesetz zum 01.01.2012 sowie bei allgemeinen Krankenhausleistungen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 KHEntgG) mit dem Psych-Entgeltgesetz zum 01.01.2013.



Ihr Ansprechpartner:  
**Frank Schramm**  
Fachanwalt für Medizinrecht und  
Arbeitsrecht

Telefon: +49 (431) 6701 - 202  
Telefax: +49 (431) 6701 - 55202  
E-Mail: [schramm@cc-recht.de](mailto:schramm@cc-recht.de)

Das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen wird großen Einfluss auf die vorgenannten Kooperationen zwischen Vertragsärzten und Krankenhäusern haben. Es steht jedoch zu befürchten, dass es in seiner aktuellen Ausgestaltung ungeeignet

ist, einen sinnvollen Beitrag zu der sich vollziehenden Neuordnung der Versorgung zu leisten und stattdessen zu einer Kriminalisierung – auch redlicher – Akteure führt. Zwar sind Kooperationen zwischen Vertragsärzten und Krankenhäusern zur Durchführung vor- und nachstationärer Krankenhausleistungen und ambulanter Operationen nach der Gesetzesbegründung grundsätzlich gesundheitspolitisch gewollt, wenn das Entgelt für die erbrachten Leistungen

in angemessener Höhe vereinbart ist; eine besondere Schwierigkeit besteht jedoch in der Festlegung dessen, was als angemessen zu beurteilen ist. Der Gesetzesentwurf enthält hierzu keine Anhaltspunkte.

Der Begriff der Angemessenheit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der einer Präzisierung bedarf. Es empfiehlt sich daher zu prüfen, welche Vergütung üblicherweise für die entsprechende Leistung gezahlt wird. Ein Vergleich der Vergütung nach der Gebührenordnung für Ärzte, dem Einheitlichen Bewertungsmaßstab und der InEK-Kalkulation dient mithin als Orientierung. So wird in der juristischen Fachliteratur bei der Prüfung der Angemessenheit der Vergütung teilweise die Bildung eines Vergütungskorridors mit einer Ober- und Untergrenze anhand der vorgenannten Vergütungssysteme gefordert; eine Vergütung, die sich innerhalb dieses Korridors bewege, unterliege der Vertragsfreiheit der Parteien, heißt es dort (s. *Schneider/Ebermann*, A&R 5/2015, 202, 203, 204). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwieweit bei der Kalkulation der Vergütung nach GOÄ der Gebührenrahmen vom 1 bis 3,5fachen ausgeschöpft werden kann. Davon ausgehend, dass die geplante neue GOÄ einen sog. „robusten Einfachsatz“ vorsieht, die dem 2,3-fachen Faktor entspricht, ist jedenfalls nicht anzunehmen, allein der Einfachsatz könne zwischen Vertragsarzt und Krankenhaus als angemessene Vergütung vereinbart werden.

Denkbar ist auch, dass eine Vergütung, die von den vorgenannten Vergütungssystemen abweicht, gleichwohl nicht als unangemessen zu bewerten ist, weil sie einzelfallbezogen, transparent und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar kalkuliert ist.



Ihr Ansprechpartner:  
**Dr. Sarah Gersch-Souvignet**  
Fachanwältin für Medizinrecht

Telefon: +49 (40) 355 372 - 227  
Telefax: +49 (40) 355 372 - 55227  
E-Mail: [gersch-souvignet@cc-recht.de](mailto:gersch-souvignet@cc-recht.de)

Bei den allgemeinen stationären Krankenhausleistungen, die niedergelassene Vertragsärzte für Krankenhäuser erbringen, kann aufgrund der Regelung in § 2 Abs. 1 KHEntgG davon ausgegangen werden, dass auch diese Form der Koope-

ration als gesundheitspolitisch gewollt anzusehen ist, obwohl sie in der Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen nicht explizit genannt ist.

Offen ist jedoch, wie es sich mit der Durchführung von Wahlleistungen durch Vertragsärzte für Krankenhäuser verhält. Der Bundesgerichtshof hatte mit Urteil vom 16.10.2014 (Az.: III ZR 85/14) festgestellt, dass § 17 Abs. 3 KHEntgG den Kreis der liquidationsberechtigten Ärzte als zwingende preisrechtliche Norm abschließend festlegt und eine hiervon abweichende Vergütungsvereinbarung zwischen dem Honorararzt und dem Patienten gemäß § 134 BGB nichtig sei. Nach dem Wortlaut des § 17 Abs. 3 KHEntgG kommt eine Abrechnung wahlärztlicher Leistungen durch externe Ärzte allein dann in Betracht, wenn diese Leistungen von einem liquidationsberechtigten Krankenhausarzt veranlasst worden sind. Seit dem hierzu ergangenen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 03.03.2015 (Az.: 1 BvR 3226/14) wird jedoch in der Fachliteratur aus der Feststellung des BVerfG: „*eine Aussage über den zulässigen Inhalt einer Wahlleistungsvereinbarung, insbesondere über die Zulässigkeit einer ausdrücklichen Bestimmung eines Honorararztes als Wahlarzt, wird hierdurch nicht getroffen*“, teilweise abgeleitet, dass zwar eine Abrechnung von Wahlleistungen durch den Honorararzt auf der Basis einer Vereinbarung zwischen Honorararzt und Patient durch § 17 Abs. 3 KHEntgG ausgeschlossen wird, nicht jedoch die Abrechnung von honorarärztlichen Wahlleistungen durch den Krankenträger. Aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit zu dieser Rechtsfrage kann unseres Erachtens nicht davon ausgegangen werden, dass Entgelte, die

ein Vertragsarzt aus der Durchführung von Wahlleistungen für ein Krankenhaus generiert, per se als unangemessen zu bewerten sind.

Im Ergebnis kann derzeit jedenfalls festgehalten werden, dass die Gewährung angemessener Entgelte für erbrachte Leistungen im Rahmen von Kooperationen zwischen Vertragsärzten und Krankenhäusern bei vor- und nachstationären Leistungen, ambulanten Operationen und allgemeinen Krankenhausleistungen nicht zu beanstanden ist. Die bestehenden Kooperationen sind hinsichtlich ihres Leistungsaustauschs in jedem Einzelfall darauf zu untersuchen, ob für die jeweiligen Leistungsanteile eine angemessene Gegenleistung gewährt wird.

Strafrechtlich relevante Konstruktionen sind bei ambulant-stationären Kooperationen zwischen Vertragsärzten und Krankenhausträgern im Übrigen auch im Rahmen einer MVZ-Trägergesellschaft denkbar, wenn beispielsweise die Gewinnverteilung in der Gesellschaft mit der Zuweisung von Patienten korreliert.

Im Ergebnis kann derzeit jedenfalls festgehalten werden, dass die Gewährung angemessener Entgelte für erbrachte Leistungen im Rahmen von Kooperationen zwischen Vertragsärzten und Krankenhäusern bei vor- und nachstationären Leistungen, ambulanten Operationen und allgemeinen Krankenhausleistungen nicht zu beanstanden ist. Die bestehenden Kooperationen sind hinsichtlich ihres Leistungsaustauschs in jedem Einzelfall darauf zu untersuchen, ob für die jeweiligen Leistungsanteile eine angemessene Gegenleistung gewährt wird.

---

## **Ambulanter Sektor**

### **Praxisveräußerung und Nachbesetzung: Drei Urteile des BSG bergen Sprengkraft**

#### **1. Vertragsarzt, der auf seine Zulassung verzichtet, um in einem MVZ als angestellter Arzt tätig zu werden, muss den Willen haben, mindestens 3 Jahre in MVZ tätig zu werden**

Vertragsärzten, die ihre vertragsärztliche Tätigkeit beenden wollten, hat der Gesetzgeber durch die Vorschrift des § 103 Abs. 4a SGB V die Möglichkeit eingeräumt, auf ihre Zulassung zu verzichten, um sodann als angestellte Ärzte in einem MVZ tätig zu werden. Gemäß § 103 Abs. 4b SGB V besteht diese Möglichkeit des Zulassungsverzichts auch zu Gunsten der Anstellung bei einem Vertragsarzt. Von dieser Möglichkeit wurde in der Vergangenheit im Zusammenhang mit der Praxisabgabe häufig Gebrauch gemacht. Der Zulassungsausschuss konnte diese Konstellation, in der das MVZ bzw. der anstellende Vertragsarzt mit der Anstellung auch die Praxis des verzichtenden Vertragsarztes durch einen separaten Kaufvertrag erwarb, nur verhindern, wenn Gründe der Versorgung dem entgegenstanden, also wenn die Versorgung am bisherigen Vertragsarztsitz des abgehenden Vertragsarztes sich verschlechterte. Die Durchführung eines Nachbesetzungsverfahrens gemäß § 103 Abs. 4 SGB V mit seinen Risiken der „Einziehung“ von Sitzen gemäß § 103



Ihr Ansprechpartner:  
**Christian Gerdts**  
Fachanwalt für Medizinrecht

Telefon: +49 (40) 355 372 - 222

Telefax: + 49 (40) 355 372 - 19

E-Mail: [gerdts@cc-recht.de](mailto:gerdts@cc-recht.de)

Abs. 3a SGB V und der Auswahl eines nicht vom Abgeber gewollten Bewerbers durch den Zulassungsausschuss konnte auf diese Weise vermieden werden. In der Spruchpraxis der meisten Zulassungsausschüsse musste die Tätigkeit des verzichtenden Vertragsarztes als angestellter Arzt in jenem MVZ einen Zeitraum von 2 Quartalen andauern. Zumindest wenn dann feststand, dass der Arzt die Tätigkeit als angestellter Arzt aufgenommen hatte, konnte dann diese Arztstelle durch das MVZ bzw. durch den anstellenden Vertragsarzt mit einem anderen Arzt des gleichen Fachgebiets als Nachfolger nachbesetzt werden. Diese Nachbesetzung bedarf zwar auch der Genehmigung durch den Zulassungsausschuss. Auf die Erteilung dieser Genehmigung bestand aber auf Grundlage der §§ 103 Abs. 4a und 4b SGB V ein Rechtsanspruch. Das MVZ bzw. der anstellende Vertragsarzt haben auf diese Weise dauerhaft einen Sitz für ihre Praxis sichern können.

Diese gern genutzte Art der Veräußerung einer Vertragsarztpraxis wird zukünftig nicht mehr so einfach umzusetzen sein. Grund hierfür ist das Urteil des BSG vom 04.05.2016, Az. B 6 KA 21/15R. Die Entscheidungsgründe sind noch nicht veröffentlicht. Aus dem Terminsbericht des BSG geht aber hervor, dass das Gericht für die Zukunft festgestellt hat, dass sich die Absicht des auf seine Zulassung verzichtenden Vertragsarztes, in einem MVZ als angestellter Arzt tätig zu werden, auf eine Tätigkeitsdauer von zumindest 3 Jahren beziehen müsse. Die schrittweise Reduzierung des Tätigkeitsumfangs um ¼-Arztstellen in Abständen von einem Jahr sei unschädlich. Bereits bestandskräftig gewordene Anstellungsgenehmigungen seien jedoch von dieser für die Zukunft geltenden Klarstellung ausgenommen.

Wenn also – wie dies zumeist im Fall der altersbedingten Praxisveräußerung der Fall ist – der auf seine Zulassung verzichtende Vertragsarzt von Anfang an die Absicht hat, nur über einen kürzeren Zeitraum als 3 Jahre als angestellter Arzt tätig zu werden, und dies dem Zulassungs-

ausschuss zur Kenntnis gelangt, kann dem Käufer die begehrte Anstellungsgenehmigung versagt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn im Genehmigungsverfahren ein befristeter Anstellungsvertrag vorgelegt wird.

Auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis innerhalb kurzer Zeit nach dessen Beginn beendet, können Zweifel entstehen, ob überhaupt der Wille des Arztes vorhanden war, über einen Zeitraum von zumindest drei Jahren im MVZ tätig zu werden. Es besteht dann das Risiko, dass die ursprünglich erteilte Anstellungsgenehmigung im Nachhinein widerrufen wird und die Arztstelle nicht nachbesetzt werden kann.

Es wird abzuwarten bleiben, ob tatsächlich bei jeder Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach kurzer Dauer einer Anstellung nach zuvor erfolgtem Verzicht eines Vertragsarztes auf seine Zulassung sich diese Risiken zwingend realisieren müssen. Schließlich stellt das BSG in seinem Terminsbericht auf den Willen des verzichtenden Vertragsarztes ab, der sich auch ändern kann.

Erst wenn die Entscheidungsgründe des BSG vorliegen, kann in Erfahrung gebracht werden, ob das BSG auch Ausnahmetatbestände von den o.g. Grundsätzen benennt, in denen auch eine frühere Beendigung der Anstellung in Betracht kommt. Insbesondere wird abzuwarten bleiben, ob das BSG auch Hinweise gibt, wie die Situation zu behandeln ist, wenn der verzichtende Vertragsarzt zwar den Willen hat, für die Dauer von 3 Jahren im MVZ tätig zu werden, jedoch das MVZ dieses Arbeitsverhältnis vorzeitig beendet, z.B. weil sich die Zusammenarbeit als nicht erfolgsversprechend erweist. Wenn jedoch – wie dies zumeist der Fall ist – von dem MVZ bereits vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem auf seine Zulassung verzichtenden Arzt ein Anstellungsvertrag mit einem Nachfolger abgeschlossen wird, deuten bereits die Umstände darauf hin, dass die Anstellung von Anfang an nicht auf die Dauer von 3 Jahren angelegt war und dementsprechend der vom BSG geforderte Anstellungswille nicht vorhanden gewesen sein dürfte.

Jedenfalls steht fest, dass die Praxisveräußerung und die Gründung bzw. Erweiterung eines MVZ durch diese geänderte Rechtsprechung des BSG erheblich erschwert wird. Die hieraus resultierenden Änderungen, die sich aus den Entscheidungsgründen ergeben, und die Auswirkungen auf die Spruchpraxis der einzelnen Zulassungsausschüsse werden wir beobachten und hierüber berichten.

## ***2. Nachbesetzung nach mehrfacher Antragsrücknahme möglicherweise missbräuchlich***

Mit einer weiteren Entscheidung vom 23.03.2016 (Az.: B 6 KA 9/15 R), hat das BSG zumindest Zweifel daran angemeldet, ob nach einer zweimaligen Rücknahme eines Ausschreibungsantrages noch ein (drittes) Nachbesetzungsverfahren durchzuführen ist.

Will ein Vertragsarzt seine Vertragsarztpraxis an einen Nachfolger veräußern, der die Praxis des Vertragsarztes fortführt, hat er gemäß § 103 Abs. 3a und Abs. 4 SGB V einen Antrag auf Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens und auf Ausschreibung seines Vertragsarztsitzes zu stellen. Bekanntermaßen sind diese Nachbesetzungsverfahren mit einigen Unwägbarkeiten verbunden. Einerseits kommt es in Betracht, dass die Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens abgelehnt wird, wenn der Vertragsarztsitz aus Versorgungsgründen nicht mehr erforderlich ist (§ 103 Abs. 3a SGB V). Andererseits hat der Zulassungsausschuss gemäß § 103 Abs. 4 S. 4 und 5 SGB V ein Ermessen bei der Auswahl der Bewerber um jenen Vertragsarztsitz. Dies hat zur Folge, dass zumindest bei Ausschreibung eines Vertragsarztsitzes

aus einer Einzelpraxis nicht der vom abgebenden Vertragsarzt favorisierte Bewerber vom Zulassungsausschuss ausgewählt wird.

Wenn sich im Verlauf des Nachbesetzungsverfahrens herauskristallisiert, dass dieses nicht „zur Zufriedenheit“ des Abgebers abgeschlossen wird – nämlich weil das Risiko besteht, dass einem nicht von ihm gewünschter Bewerber die Zulassung erteilt wird oder weil die „Einziehung“ des Sitzes drohte -, ist der abgebende Vertragsarzt häufig gehalten, vor der Sitzung des Zulassungsausschusses den Ausschreibungsantrag zurückzunehmen, und ein erneutes Nachbesetzungsverfahrens wiederholt in die Wege zu leiten. Diese Möglichkeit bestand bislang grundsätzlich dann, wenn der abgebende Vertragsarzt den erforderlichen Verzicht unter der Bedingung erklärt hat, dass ein Nachfolger bestandskräftig durch den Zulassungsausschuss ausgewählt wurde.

Das BSG hat nun, entschieden, dass die wiederholte – im konkreten Fall zweimalige - Rücknahme eines Ausschreibungsantrags und das darauf folgende wiederholte Stellen eines Antrags auf Ausschreibung des Vertragsarztsitzes rechtsmissbräuchlich und deswegen ausgeschlossen sein könne. Dies gelte zumindest dann, wenn Anhaltspunkte für eine Manipulationsabsicht des Vertragsarztes auf das Bewerberfeld sprechen.

Somit könnte es zukünftig rechtlich schwieriger werden, Ausschreibungsanträge zurückzunehmen, um ein neues Nachbesetzungsverfahren im Anschluss durchzuführen. Es liegt bislang leider nur der Terminsbericht des BSG vor, nicht jedoch die Entscheidungsgründe. Aus der Begründung dürften sich dann Anhaltspunkte ergeben, welche Aspekte für eine Manipulationsabsicht des Bewerberkreises und für eine Rechtsmissbräuchlichkeit der Rücknahme eines Ausschreibungsantrags mit den damit verbundenen Risiken sprechen. Wir werden die Entwicklungen für Sie beobachten und hierüber berichten.

### **3. Viertelstellen können nicht mehr unbegrenzt nachbesetzt werden**

Auch bei der Nachbesetzung von Arztstellen erhöht das BSG die Anforderungen. Bislang mussten Viertelarztstellen nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts nicht innerhalb der ansonsten für die Nachbesetzung von Arztstellen geltenden 6-Monats-Frist nachbesetzt werden. Der 6. Senat des BSG hat seine bisherige Rechtsprechung mit einem – noch nicht



Ihr Ansprechpartner:  
**Stephan Gierthmühlen**  
Fachanwalt für Medizinrecht

Telefon: +49 (431) 6701 - 224  
Telefax: +49 (431) 6701 - 55224  
E-Mail: [gierthmuehlen@cc-recht.de](mailto:gierthmuehlen@cc-recht.de)

schriftlich begründeten – Urteil vom 04.05.2016 (B 6 KA 28/15 R) hierzu aufgeben. In seinem Terminsbericht führt das BSG hierzu aus:

*„Allerdings wird an dem Grundsatz, dass Viertel-Arztstellen in einem*

*MVZ unbegrenzt offen gehalten werden dürfen, für die Zukunft nicht festgehalten. Die bisherige Annahme des Senats, es handele sich bei dem Offenhalten von Viertel-Stellen um ein seltenes und bedarfsplanungsrechtlich eher marginales Phänomen, das über eine Missbrauchsprüfung im Falle der gezielten Kumulation von solchen Beschäftigungsanteilen hinreichend bewältigt werden kann, ist nicht mehr gerechtfertigt. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass durch größere MVZ oder durch die Kumulation von Viertelstellen mehrerer MVZ Beschäftigungskontingente doch in ei-*

*nem für die Entsperrung eines Planungsbereichs relevanten Umfang "gebunkert" werden."*

Es wird wohl auch künftig jedoch nicht auf die 6-Monats-Frist, sondern auf eine Frist von 12 Monaten abgestellt werden. Nur dann, wenn der Vertragsarzt oder das MVZ innerhalb dieser Frist keine ernsthaften und aussichtsreichen Bemühungen zur Nachbesetzung einer Viertel-Stelle unternimmt und nicht belegen kann, dass und weshalb trotz des Ablaufs eines Jahres zeitnah noch mit einer Nachbesetzung mit diesem Beschäftigungsumfang gerechnet werden kann, ist eine Nachbesetzung ausgeschlossen und die Arztstelle verfällt.

---

### **Ärztbewertungsportale – BGH stärkt Persönlichkeitsrechte der Bewerteten**

Mit Urteil vom 01.03.2016 Az.: VI ZR 34/15 hat sich der BGH wiederholt mit der Problematik der (häufig anonymen) Bewertung von Ärzten und Zahnärzten im Internet beschäftigt und deren Persönlichkeitsrechte in diesem Zusammenhang gestärkt.

Gegenstand dieser jüngsten Entscheidung war die Frage der Beweislastverteilung in Fällen, in denen ein bewerteter Arzt behauptet, es habe den der Bewertung zugrundeliegenden Behandlungskontakt nie gegeben.

Der Kläger, ein Zahnarzt, war auf der Bewertungsplattform „jameda.de“ von einem anonymen Nutzer bewertet worden. Die Überschrift der Bewertung lautete: „Ich kann Dr. H. (Nachname des Klägers) nicht empfehlen“; in einem weiteren Textfeld zur freien Eingabe hieß es: „Leider ist es einfach, eine positive Bewertung zu schreiben, eine negative dagegen ist – auch rechtlich – schwierig, weshalb ich für die Bewertung auf die Schulnoten verweise, welche ich mir sorgfältigst überlegt habe“. Die vergebenen Schulnoten ergaben einen Schnitt von 4,8, in zwei Kategorien war die Note 6 vergeben worden.

Der Kläger wandte sich daraufhin an die Beklagte, die Betreiberin der Plattform, und forderte diese auf, die Bewertung, die er als „unbegründet und unsubstantiiert“ rügte, zu entfernen. Die Beklagte kam dieser Aufforderung zunächst nach und kontaktierte den Nutzer mit der Bitte, „die Behandlung in mindestens zwei Sätzen zu umschreiben und den Behandlungszeitraum zu nennen“. Kurze Zeit später stellte die Beklagte die Bewertung wieder online. Dem Kläger gegenüber, der weiterhin die Löschung der Bewertung sowie die Herausgabe der persönlichen Daten des Nutzers von der Beklagten forderte, führte diese lediglich aus, der Nutzer sei kontaktiert worden und habe „die Bewertung sehr ausführlich bestätigt“. Details der Rückäußerung des Nutzers oder dessen persönliche Daten gab die Beklagte jedoch nicht heraus. Der Zahnarzt verklagte daraufhin die Portalbetreiberin auf Unterlassung der Veröffentlichung bzw. Verbreitung der Bewertung.

Der BGH hatte bereits im Jahr 2011 entschieden, dass Hostprovider – wie hier die Beklagte – zwar nicht grundsätzlich dazu verpflichtet seien, sämtliche von den Nutzern onli-



Ihr Ansprechpartner:  
**Wiebke Düsberg**  
Rechtsanwältin

Telefon: +49 (40) 355 372 - 236  
Telefax: +49 (40) 355 372 - 55236  
E-Mail: [duesberg@cc-recht.de](mailto:duesberg@cc-recht.de)

ne gestellten Beiträge zu überprüfen. Weise jedoch ein Betroffener hinreichend konkret auf eine Verletzung seines Persönlichkeitsrechts hin, so könne der Hostprovider dazu verpflichtet sein, den Sachverhalt zu ermitteln und künftige Störungen zu verhindern.

Dem Urteil vom 01.03.2016 ist nunmehr konkret zu entnehmen, wie die sog. Darlegungs- und Beweislast in Fällen, in denen der Arzt behauptet, einen Behandlungskontakt mit dem bewertenden Nutzer habe es nie gegeben, zu verteilen ist. Grundsätzlich trage zwar der Arzt die Beweislast dafür, dass es einen Behandlungskontakt nie gegeben hat. Da er hierbei jedoch regelmäßig in Beweisnot geraten wird, weil ihm die Identität des anonym bewertenden Nutzers nicht bekannt ist, hat der BGH nunmehr klargestellt, dass den Portalbetreiber insoweit eine sekundäre Darlegungslast trifft, er also diejenigen Anknüpfungstatsachen, die für einen erfolgten Behandlungskontakt sprechen, dem Bewerteten gegenüber darlegen muss. Erst auf der Grundlage dieser Informationen könne und müsse sodann der Arzt den Beweis führen, dass es den behaupteten Behandlungskontakt nicht gegeben hat. Legt der Portalbetreiber die nötigen Anknüpfungstatsachen nicht oder nur unzureichend vor, so gilt die Behauptung des Arztes, dass es einen Behandlungskontakt nie gegeben habe, vor Gericht als zugestanden.

Damit wurden die Rechte online bewerteter Ärzte vor Gericht gestärkt. Zwar können sich Ärzte auch weiterhin nicht grundsätzlich dagegen wehren, auf den entsprechenden Plattformen bewertet zu werden. Sie können im Übrigen auch weiterhin zivilgerichtliche keine Herausgabe der persönlichen Daten des Bewertenden erwirken. Die Entscheidung zeigt jedoch einmal mehr, dass es sich unter Umständen lohnen kann, negative Bewertungen auf Plattformen wie „jameda.de“ einer kritischen juristischen Würdigung zu unterziehen.

---

## **Stationärer Sektor**

### **BGH: Rückerstattung zu viel bezahlten Arzthonorars – Liquidationsrecht bei wahlärztlichen Leistungen**

Mit Urteil vom 14.01.2016 (Az.: III ZR 107/15) hatte der BGH darüber zu entscheiden, ob im Falle der überhöhten Rechnungsstellung über Wahlleistungen ein bereicherungsrechtlicher Rückerstattungsanspruch des Patienten gegen den Krankenhausträger oder den – in diesem Fall nicht selbst liquidationsberechtigten – Wahlarzt zu richten ist.

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall hatte eine privat krankenversicherte Patientin im Jahr 2011 in einem bayerischen Klinikum wahlärztliche Leistungen in Anspruch genommen. Grundlage für die Inanspruchnahme dieser Leistungen war eine zwischen der Patientin und der Klinik abgeschlossene Vereinbarung über die „jeweils gesondert berechenbare“ Unterbringung in einem Ein- oder Zweibettzimmer und die Inanspruchnahme wahlärztlicher Leistungen. Die Vereinbarung enthielt einen Haftungsausschluss zugunsten des Klinikums, mit dem die Patientin deutlich darauf hingewiesen wurde, dass die vereinbarten wahlärztlichen Leistungen nicht Gegenstand des Vertrags mit dem Klinikum seien, bei Inanspruchnahme dieser Leistungen ein gesonderter Behandlungsvertrag nur mit den Wahlärzten des Klinikums (§ 17 Abs. 3 KHEntgG) abgeschlossen würde und das Klinikum nicht für Leistungsstörungen und Schäden hafte, die im Zusammenhang mit dem Wahlarztvertrag entstehen (gespaltener Arzt-Krankenhaus-Vertrag).

Der behandelnde Chefarzt war aufgrund seines Dienstvertrages mit dem Klinikum dazu verpflichtet, auch wahlärztliche Leistungen zu erbringen. Zusätzlich zu seiner fixen Jahresvergütung war hierfür eine variable Beteiligungsvergütung vorgesehen. Ein eigenes Liquidationsrecht gegenüber den Privatpatienten wurde ausdrücklich ausgeschlossen.



Ihr Ansprechpartner:  
**Wiebke Düsberg**  
Rechtsanwältin

Telefon: +49 (40) 355 372 - 236  
Telefax: +49 (40) 355 372 - 55236  
E-Mail: [duesberg@cc-recht.de](mailto:duesberg@cc-recht.de)

Das Klinikum liquidierte infolge der Behandlung über einen Abrechnungsservice die von dem Chefarzt erbrachten wahlärztlichen Leistungen gegenüber der Patientin. Die Zahlung sollte auf ein in der Rechnung auch als solches bezeichnetes Konto des Klinikums erfolgen. Die

Patientin beglich zunächst die Forderung in voller Höhe. Die Krankenkasse, die den von der Patientin verauslagten Betrag zunächst vollständig an diese erstattete, rügte sodann die Abrechnung als zu hoch, ließ sich etwaige Rückforderungsansprüche von der Patientin abtreten und verklagte den Chefarzt auf Rückzahlung des ihrer Ansicht nach zu viel gezahlten Betrages in Höhe von 2.373,63 €.

Der BGH hat die Revision der Klägerin gegen die klagabweisenden Urteile des Amtsgerichts München sowie des Landgerichts München I zurückgewiesen. In seinen Entscheidungsgründen führt der 3. Senat aus, dass es sich bei dem beklagten Chefarzt nicht um den richtigen Anspruchsgegner des bereicherungsrechtlichen Anspruchs handele. Es fehle vor dem Hintergrund der Liquidation durch das Klinikum an einem Leistungsverhältnis im Sinne des § 812

Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB zwischen der Patientin und dem beklagten Chefarzt. Richtige Anspruchsgegnerin wäre allein das Klinikum gewesen.

Die Entscheidung lässt zwar ausdrücklich die Grundsatzfrage offen, ob dem Krankenhausträger das originäre Liquidationsrecht für wahlärztliche Leistungen zusteht (Rn. 36). Es lässt sich jedoch erkennen, dass der BGH jedenfalls keine grundsätzlichen Bedenken an einer Ausübung des Liquidationsrechts durch den Krankenhausträger äußert.

---

### ***Arbeitsrechtliche Entscheidungen (für das Krankenhaus) – Mindestlohn, Befristung, Überstunden***

Verfahren mit Interesse für Krankenhausträger beschäftigten die Arbeitsgerichte wieder in deutlichem Maße. Einige jüngere Entscheidungen sollen im Folgenden vorgestellt werden. Sehr aktiv ist dabei das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, das mit gleich zwei Entscheidungen vertreten ist. Auch in der Arbeitsgerichtsbarkeit herrscht aber nicht immer Einigkeit, wie die divergierenden Entscheidungen aus Baden-Württemberg und Bayern zeigen.

#### ***1. Mindestlohnwirksamkeit von Zulagen***

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hatte sich im Urteil vom 29.01.2016 – Az.: 6 Sa 273/15 - mit der Frage zu befassen, ob auf den Mindestlohnanspruch einer Pflegeassistentin nach § 2 Pflege-Arbeitsbedingungenverordnung (PflegeArbbV) eine „Funktionszulage Inkontinenzbeauftragter“ anrechenbar ist. Dies wurde vom Landesarbeitsgericht in dem vorliegenden Sachverhalt bejaht, da die Zulage für die arbeitsvertraglich geschuldete Normaltätigkeit (hier: Verwalten und Bestellen von Inkontinenzmitteln) und nicht für eine überobligatorische Arbeitsleistung gezahlt werde.

Die Klägerin war in der stationären Altenpflege in Vollzeit als Pflegeassistentin beschäftigt. Nach Abschluss eines Lehrgangs zur Inkontinenzbeauftragten erfolgte eine Änderung des Arbeitsvertrages dahingehend, wonach die Klägerin als Pflegeassistentin und Inkontinenzbeauftragte beschäftigt werde. Die monatlich gezahlte Vergütung lag unterhalb des Mindestlohns nach der PflegeArbbV. Unter Hinzurechnung der Funktionszulage als Inkontinenzbeauftragte lag die Vergütung jedoch oberhalb des Mindestlohns.

Das Arbeitsgericht hatte zunächst noch der Klägerin Recht gegeben. Die hiergegen eingelegte Berufung der Arbeitgeberin hatte Erfolg. Die Funktionszulage wurde nach dem Landesarbeitsgericht mindestlohnwirksam gezahlt.

So stellt das Landesarbeitsgericht darauf ab, dass eine vom Arbeitgeber gezahlte Funktionszulage auf den Mindestlohn anrechenbar sei, wenn sie für die einzelvertraglich vereinbarte Normaltätigkeit einer Arbeitnehmerin gezahlt werde. Weder die PflegeArbbV noch das Arbeitnehmerentendengesetz oder später das Mindestlohngesetz enthalten Regelungen zu der Frage, welche Entgeltbestandteile auf den Mindestlohn anzurechnen sind. Es müsse daher – unter Beachtung der unionsrechtlichen Vorgaben – ausgelegt werden, welche Zulagen oder Zuschläge mindestlohnwirksam seien. Insoweit stellt das Landesarbeitsgericht auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und die darauf aufbauende Literatur ab, wonach Leistungen für eine Normalleistung mindestlohnwirksam seien. Lediglich Gegenleistungen für eine „überobligatorische Leistung“ seien nicht anrechenbar. Vorliegend sei es so, dass die

Arbeit als Inkontinenzbeauftragte nach dem Arbeitsvertrag keine über obligatorische Leistung der Klägerin darstelle, sondern vielmehr die Klägerin entgegen der anfänglichen Tätigkeit als „einfache“ Pflegeassistentin - später als „Pflegeassistentin und Inkontinenzbeauftragte“ -beschäftigt wurde.

Die aus Sicht des Gerichts von der Klägerin „gefühlte Ungerechtigkeit“ beruhe auf einem Missverständnis, worauf sich das Gebot der Gewährung angemessener Mindestarbeitsbedingungen beziehe. Zwar verringere bei wirtschaftlicher Betrachtung die Anrechenbarkeit der Funktionszulage die Bezahlung dieser besonderen Aufgaben als Inkontinenzbeauftragte. Dies sei für die Bewertung im Rahmen des Mindestlohns jedoch irrelevant, da es insoweit nicht darauf ankomme, ob die Klägerin insgesamt oder im Hinblick auf eine besondere Qualifikation angemessen vergütet werde, sondern allein darauf, ob sie für ihre arbeitsvertraglich definierten normalen Aufgaben zumindest einen Mindeststandard erhalte.

Nach dieser Entscheidung kann es sich durchaus anbieten, bei Übertragung einer bestimmten Funktion, für die eine Zulage gezahlt wird, dies auch ausdrücklich im Arbeitsvertrag als geschuldete Tätigkeit festzuhalten. Insoweit kann nach dem Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg grundsätzlich eine Anrechnung einer solchen Zulage auf den Mindestlohn erfolgen. Allerdings ist zu beachten, dass das Landesarbeitsgericht die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen hat (anhängig beim Bundesarbeitsgericht zum Aktenzeichen 10 AZR 210/16), da es bisher keine höchstrichterliche Rechtsprechung zur Bestimmung der Normaltätigkeit bei einer nur einzelvertraglichen Regelung gibt. Deswegen besteht bisher keine Rechtssicherheit. Bei einer Vergütung im mindestlohnnahe Bereich sollte daher durchaus derzeit in Erwägung gezogen werden, anstatt eine Zulage zu zahlen oder zu erhöhen, das Grundgehalt zu erhöhen.

## ***2. Überstundenzuschläge für Teilzeitbeschäftigte in Wechselschicht***

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hatte sich in seinem Urteil vom 16.12.2015 – Az.: 23 Sa 1549/15 – mit der Frage zu beschäftigen, wann in Wechselschicht tätige Teilzeitbeschäftigte bei ungeplanter Anordnung von Arbeit über den Dienstplan hinaus im Bereich des TVöD-K Überstundenzuschläge verlangen können.

Der Kläger ist als Gesundheits- und Krankenpflegerin in Wechselschicht in Teilzeit im Umfang von 75 % einer Vollzeitstelle tätig. Aufgrund der Anordnung der Beklagten arbeitete er mehr als im Dienstplan für ihn vorgesehen war. Dies glied die Beklagte durch Freizeit aus, zahlte jedoch keine Überstundenzuschläge. Diese verlangte der Kläger.

In seiner Entscheidung geht das Landesarbeitsgericht davon aus, dass ein Anspruch auf Überstundenzuschläge bei gebotener wöchentlicher Betrachtung für in Wechselschicht tätige Teilzeitbeschäftigte gemäß § 7 Abs. 6 i. V. m. Abs. 8 c TVöD-K bei ungeplanter Anordnung von Arbeitstätigkeit über den Dienstplan hinaus nur entsteht, wenn dadurch die wöchentliche Arbeitszeit für Vollzeitkräfte von 39 Stunden überschritten wird. Überstunden sind danach für Beschäftigte des öffentlichen Dienstes grundsätzlich diejenigen Arbeitsstunden,



Ihr Ansprechpartner:  
**Dr. Kai Stefan Peick**  
Fachanwalt für Medizinrecht

Telefon: +49 (431) 6701 - 230  
Telefax: +49 (431) 6701 - 55230  
E-Mail: [peick@cc-recht.de](mailto:peick@cc-recht.de)

die über die regelmäßige Arbeitszeit eines vollzeittätigen Arbeitnehmers hinausgehen. Dies gelte sowohl für vollzeit- als auch für teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer. Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer können danach Zeitzuschläge grundsätzlich nur dann beanspruchen, wenn diese auch zur Vergütung eines vollbeschäftigten Arbeitnehmers gehören. Auch der EuGH habe im Urteil vom 15.12.1994 (Rs. C-399/92 u. a.) bereits die Frage verneint, ob tarifvertragliche Regelungen, die Mehrarbeitszuschläge nur bei Überstunden der tarifvertraglich für Vollzeitbeschäftigte festgelegten Regelarbeitszeiten vorsehen, in Widerspruch zu Art. 119 Abs. 1 EGV und Art. 1 der Richtlinie 75/117/EWG stehen. Insoweit fehle es an einer Ungleichbehandlung.

Gemäß § 7 Abs. 6 TVöD-K wird die von Teilzeitbeschäftigten über ihre individuell vereinbarte Arbeitszeit hinaus bis zur regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von Vollbeschäftigten zu leistende Arbeitszeit als Mehrarbeit definiert. Dies schließe die gleichzeitige Leistung von Überstunden, die eine Zuschlagspflicht auslösen, nach dem LAG aus. Da es auch für in Wechselschicht tätige Arbeitnehmer hierfür keine Ausnahmeregelung gibt, gelte dies uneingeschränkt. Mehrarbeit stelle sprachlich und logisch eine Vorstufe zur Überarbeit dar. Deswegen, so führt das LAG aus, können Überstunden grundsätzlich erst dann geleistet und entsprechend mit Zuschlägen vergütet werden, wenn über die regelmäßige Vollzeitarbeit hinaus Arbeitsstunden angeordnet und geleistet werden.

Die tariflichen Regelungen gehen nach dem LAG im Grundsatz von Vollzeittätigkeit aus. Diese sei Maßstab für die vereinbarte Teilzeittätigkeit. Bis zu einem „normalen“ Schichtplan eines Vollzeitbeschäftigten (hier: 39 Stunden) könne es keine Überstundenzuschläge geben. Bei Vollzeitkräften werde daher jede täglich darüber hinausgehend geleistete weitere Stunde in der ersten Alternative des § 7 Abs. 8 c TVöD-K als Überstunde definiert.

Die Entscheidung ist bisher nicht rechtskräftig. Sie bietet dem öffentlichen Dienstgeber jedoch die Möglichkeit der Flexibilität beim Einsatz von Teilzeitbeschäftigten, ohne dass ein weiteres Kostenrisiko für zuschlagspflichtige Überstunden entsteht. Auch in anderen Bereichen mag sich daher für den Arbeitgeber anbieten, explizit zwischen Mehrarbeit und Überstunden zu unterscheiden.

### ***3. Neues zu den Anforderungen an die wirksame Befristung von Arbeitsverträgen mit Ärzten in der Weiterbildung***

In der Mandanteninformation Medizinrecht 3/2015 haben wir über das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 11.09.2015, Az.: 1 Sa 5/15 – berichtet. In diesem Urteil hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg entschieden, dass eine wirksame Befristung nach dem Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung (ÄArbVtrG) erfordert, dass der Arbeitgeber bei Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages mit einem Arzt in Weiterbildung eine Weiterbildungsplanung erstellen muss, die zeitlich und inhaltlich auf die konkrete Weiterbildung zugeschnitten ist. Die Weiterbildungsplanung sei zwar nicht notwendig Inhalt der schriftlichen Befristungsabrede. Sie müsse jedoch vorliegen und im Prozess dargelegt werden.

Dieser Entscheidung ist nunmehr das Landesarbeitsgericht Nürnberg im Urteil vom 22.12.2015 – Az.: 7 Sa 298/15 – entgegengetreten. Auch dieses geht noch übereinstimmend mit dem Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg davon aus, dass ein (schriftlicher) Weiterbildungsplan in den Arbeitsvertrag nicht mit aufgenommen werden muss. Allerdings meint das Landesarbeitsgericht Nürnberg auch, dass der Arbeitgeber nicht gehalten sei, bei Abschluss des Vertrages einen Weiterbildungsplan zu erstellen. Insbesondere hänge die Wirksamkeit der Befristung nicht davon ab, ob der Arbeitgeber überhaupt einen förmlichen Wei-

terbildungsplan angefertigt habe. Eine solche Verpflichtung sei dem Ärzte-Arbeitsvertragsgesetz nicht zu entnehmen. Es sei lediglich erforderlich, dass das Arbeitsverhältnis jedenfalls auch den Inhalt haben muss, insbesondere dem Zweck dienen muss, den Arzt in einer zeitlich und inhaltlich strukturierten Form weiterzubilden. Dies sei allein an objektiven Kriterien zu bestimmen. Ein Gericht habe nachträglich die Frage zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Sachgrundes vorgelegen haben, d. h., ob der Arzt tatsächlich in der vom Gesetz vorgegebenen Weise weitergebildet worden ist. Dies entspreche der Rechtslage im Hinblick der Prüfung, ob ein sachlicher Grund im Sinne des § 14 Abs. 1 TzBfG vorliege.

Trotz dieser Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Nürnberg sollten Arbeitgeber bis zu einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts – die Revision gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg ist derzeit beim Bundesarbeitsgericht unter dem Az.: 7 AZR 597/15 anhängig – bei Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages mit Ärzten in Weiterbildung einen Weiterbildungsplan erstellt haben. Es besteht nach wie vor das Risiko, dass ansonsten die Befristung unwirksam ist.

Ob eine solche unwirksame Befristung dann gegebenenfalls gemäß § 14 Abs. 2 Teilzeitbefristungsgesetz als sachgrundlose Befristung gerechtfertigt sein kann, ist ebenfalls nicht sicher. Das Landesarbeitsgericht Nürnberg geht hiervon in seinem Urteil vom 22.12.2015 aus. Die Anwendung des § 14 TzBfG sei nicht durch § 1 ÄArbVtrG ausgeschlossen. Allerdings geht die herrschende Auffassung in der Literatur davon aus, dass aufgrund der in § 1 Abs. 1 S. 5 und 6 ÄArbVtrG geregelten Mindestbefristungszeiten ein Widerspruch im Sinne des § 1 Abs. 5 ÄArbVtrG besteht, der zu einer Sperrwirkung gegenüber § 14 Abs. 2 TzBfG führt. Auch insofern besteht zu hoffen, dass aufgrund der zugelassenen Revision durch das Landesarbeitsgericht Nürnberg das Bundesarbeitsgericht sich sodann hierzu äußern wird. Es kann derzeit jedenfalls nicht empfohlen werden, auf die Rechtmäßigkeit einer sachgrundlosen Befristung gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG zu vertrauen.

---



CausaConcilio Koch & Partner mbB Rechtsanwälte . Notare  
PartR6 – AG Kiel - Ust-IdNr. DE 134833394

vertretungsberechtigte Gesellschafter:

Arne Bruns, Christian Gerdts, Stephan Gierthmühlen, Dr.  
Paul Harneit, Sven Hennings, Dr. Hans-Jürgen Kickler, Dr.  
Steffen Kraus, Andreas Kühnelt, Axel Riefling, Dr. Thomas  
Scharafat, Frank Schramm, Dr. Dirk Unrau

Sitz der Gesellschaft: Deliusstraße 16, 24114 Kiel

Sitz der Notare: Kiel

KIEL

Bei den Gerichten · Deliusstraße 16 · 24114 Kiel

Postfach 28 69 · 24027 Kiel

Telefon 0431/6701-0 · Telefax 0431/6701-599

[kiel@cc-recht.de](mailto:kiel@cc-recht.de)

HAMBURG

Neuer Wall 41 · 20354 Hamburg

Telefon 040/355372-0 · Telefax 040/355372-19

[hamburg@cc-recht.de](mailto:hamburg@cc-recht.de)