

lennmed.de[®]

RECHTSANWÄLTE

Newsletter 04-2016

Ausgabe 04 - 2016

Inhalt

I.	Kostenloser Fahrdienst einer Augenklinik	3
II.	Kündigung einer medizinischen Fachangestellten – Kündigungsschutz auch im Kleinbetrieb?	3
III.	Weihnachtsgeld gehört zum Mindestlohn	5
IV.	Veganer – Zuschuss für Vorsorgeuntersuchung durch Krankenkasse mit ökologischer und nachhaltiger Ausprägung?	6
V.	Vertretung durch Bundeswehrarzt im Nachtdienst – selbständige oder sozialversicherungspflichtige Tätigkeit?	7
VI.	Jameda und kein Ende: „Bestätigung“ des Nutzers reicht nicht	9
VII.	Das Ende der Preisbindung für Medikamente	10
VIII.	Angestellte Ärzte und Zahnärzte – Wann liegt ein unangemessen niedriges Gehalt vor?	11

I. Kostenloser Fahrdienst einer Augenklinik

Der Bundesgerichtshof hat sich aus wettbewerbsrechtlicher Sicht mit der Frage befasst, ob eine Augenklinik einen kostenlosen Fahrdienst für Patienten anbieten darf (Urteil vom 12.02.2015 - I ZR 213/13)

Der Fall

In dem konkreten Fall ging ein stationär und operativ tätiger Augenarzt wettbewerbsrechtlich gegen eine Augenklinik vor, die Patienten zur Diagnostik oder Operation einen kostenlosen Fahrdienst vor und nach der Behandlung anbot. In zweiter Instanz verlor der Augenarzt mit seinem Unterlassungsbegehren vor dem OLG Köln, worauf er in Revision ging.

Die Entscheidung

Der BGH hob das Urteil des OLG Köln auf und verwies die Sache an die Vorinstanz zurück. Bei dem beanstandeten Angebot handele es sich um eine auf konkrete Leistungen bezogene Werbung, die dem in § 7 Abs. 1 Satz 1 des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) geregelten generellen Verbot von Werbegaben unterfalle. Es bestünde die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des Verbrauchers, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich Patienten nicht im Hinblick auf die Qualität der ärztlichen Leistung, sondern wegen des angebotenen Fahrdiensts für eine Behandlung durch die beklagte Augenklinik entscheiden. Der Fahrdienst stelle auch keine nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG zulässige geringwertige Kleinigkeit dar, weil die Abholung und der Rücktransport des Patienten über eine

längere Wegstrecke für ihn eine nicht unerhebliche vermögenswerte Leistung darstelle.

In der wiedereröffneten Berufungsinstanz werde das OLG Köln nunmehr festzustellen haben, ob der beanstandete Fahrdienst eine nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 HWG zulässige handelsübliche Nebenleistung darstelle.

RA Michael Lennartz

lennmed.de Rechtsanwälte

Bonn Berlin Baden-Baden

II. Kündigung einer medizinischen Fachangestellten – Kündigungsschutz auch im Kleinbetrieb?

Das Landesarbeitsgericht Mainz musste sich mit der Frage befassen, ob die Kündigung einer medizinischen Fachangestellten trotz Nichtanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes wegen Sittenwidrigkeit unzulässig war (Urteil vom 26.08.2016, AZ.: 1 Sa 89/16). Die Entscheidung zeigt, dass auch Inhaber kleiner Arzt- und Zahnarztpraxen bei der Formulierung von Kündigungen Obacht geben müssen.

Der Fall

In dem konkreten Fall war eine medizinische Fachangestellte in einer Arztpraxis mit weitau weniger als 10 Arbeitnehmern beschäftigt, womit die Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes (u.a. Erfordernis der Begründung der Kündigung aus persönlichen und/oder betrieblichen Gründen) keine Anwendung fanden.

Die Entscheidung

Vorinstanz

Im Juli 2015 kündigte der Arzt das Arbeitsverhältnis der Mitarbeiterin fristgemäß, wobei er im Kündigungsschreiben angab, dass die Kündigung aus „betriebsbedingten Gründen“ notwendig sei.

In der Vorinstanz entschied das Arbeitsgericht Koblenz am 28.01.2016 (7 Ca 2540/15), dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung des Arztes nicht aufgehoben worden sei. Die Kündigung sei nach § 242 BGB trotz der Nichtanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes rechtsunwirksam. Der Arzt habe die Kündigung selbst als aus betriebsbedingten Gründen notwendig bezeichnet, dem gegenüber aber im Juni 2015 noch zwei Neueinstellungen vorgenommen. Die Auswahlentscheidung des Arztes lasse daher ein Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme vermissen. Der Vorwurf willkürlicher Ausübung des Kündigungsrechts werde auch nicht dadurch ausgeräumt, dass die Beklagte sich auf krankheitsbedingte Fehlzeiten der Klägerin berufen habe.

Treu und Glauben - Fristgemäße Kündigung trotz Kleinbetrieb unwirksam?

Entgegen der Entscheidung des Arbeitsgerichtes Koblenz kam das Landesarbeitsgericht Mainz zu dem Ergebnis, dass die Kündigung des Arztes zulässig war. Die Kündigung verstoße nicht gegen die gemäß § 242 BGB bei jedem Rechtsgeschäft zu beachtenden Grundsätze von

Treu und Glauben. Der in § 242 BGB niedergelegte Grundsatz von Treu und Glauben bilde eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung. Eine gegen diesen Grundsatz verstoßene Rechtsausübung oder Ausnutzung einer Rechtslage sei wegen der darin liegenden Rechtsüberschreitung unzulässig. § 242 BGB sei auf Kündigungen allerdings neben § 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) nur in beschränktem Umfang anwendbar. Das Kündigungsschutzgesetz habe die Voraussetzungen und Wirkungen des Grundsatzes von Treu und Glauben konkretisiert und abschließend geregelt, soweit es um den Bestandsschutz und das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes gehe. Eine Kündigung verstoße deshalb in der Regel nur dann gegen § 242 BGB, wenn sie Treu und Glauben aus Gründen verletze, die von § 1 KSchG nicht erfasst seien. Es gehe vor allem darum, Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen, zum Beispiel vor Diskriminierungen. Der Vorwurf willkürlicher, sachfremder oder diskriminierender Ausübung des Kündigungsrechts scheidet aus, wenn ein irgendwie einleuchtender Grund für die Rechtsausübung vorläge.

Die Entscheidung zeigt, dass es für den Arbeitgeber nicht unproblematisch sein kann, wenn er in einem Kleinbetrieb bei einer ordentlichen (fristgemäßen) Kündigung zusätzlich Kündigungsgründe angibt. Hiermit kann er – wie im vorliegenden Fall - eine Prüfung der Kündigung wegen Treuwidrigkeit initiieren.

RA Michael Lennartz

lennmed.de Rechtsanwälte

Bonn Berlin Baden-Baden

III. Weihnachtsgeld gehört zum Mindestlohn

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte am 25.05.2016 erstmals einen Streit über den gesetzlichen Mindestlohn zu entscheiden (Az.: 5 AZR 135/16). Konkret ging es um die Frage, ob Sonderzuwendungen wie Urlaubs- und Weihnachtsgeld auf den Mindestlohn anrechenbar sind.

Der Fall

Der beklagte Betrieb zahlte der klagenden Arbeitnehmerin 6,90 € pro Stunde zzgl. Überstunden-, Nach-, Sonn- und Feiertagszuschlägen. Außerdem erhielt die Klägerin ein Urlaubs- und ein Weihnachtsgeld in Höhe von jeweils 50 % eines Monatslohns, wenn das Arbeitsverhältnis das ganze Jahr bestand. Der Arbeitsvertrag sah vor, dass insoweit überzahlte Beträge zurückzuzahlen sind. Mit Beginn des Jahres 2015 erklärte der Arbeitgeber letztere Regelung für gegenstandslos, die Sonderzuwendungen wurden auf 12 Monate anteilig umgelegt und mit dem Lohn

zur Auszahlung gebracht. Die Klägerin erhielt so ein insgesamt über dem Mindestlohn liegendes Gehalt, wobei Überstunden mit 8,- € pro Stunde abgerechnet wurden. Die Klägerin meinte, die Jahressonderleistungen seien nicht auf den Mindestlohn anrechenbar, die Überstunden seien mit dem Mindestlohn zu vergüten, und verlangte Nachzahlung.

Die Entscheidung

Zu Unrecht, entschied das BAG.

Grundsätzlich sei zur Einhaltung des MiLoG nur erforderlich, dass dem Arbeitnehmer am Ende eines jeden Monats ein Gehalt zur freien Verfügung stehe, das über dem Ergebnis der Multiplikation der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden mit dem jeweiligen Mindestlohn liege.

Dem entsprechend seien alle Zahlungen anrechenbar, die monatlich

- im Gegenzug für tatsächlich erbrachte Arbeit und
- unwiderruflich geleistet würden.

Von ersterem sei bei den Jahressonderleistungen hier auszugehen. Das folge daraus, dass sie abhängig von der Dauer des Bestands des Arbeitsvertrags im Kalenderjahr seien.

Dass die Zahlungen unwiderruflich erfolgten, folge aus der Erklärung des Arbeitgebers, dass die ursprünglich vorgesehene Rückzahlungsverpflichtung mit Beginn des Jahres 2015 gestrichen wurde.

Das Urteil stellt im Ergebnis klar, dass die Vereinbarung eines Grundstundenlohns unterhalb

des gesetzlichen Mindestlohns nicht per se unzulässig ist, solange der Arbeitnehmer mit Zuschlägen und leistungsbezogenen Sonderleistungen auf einen Stundenlohn in Höhe des Mindestlohns kommt.

Zu beachten bleibt, dass Sonderzuwendungen nach dem Urteil nur unter bestimmten Bedingungen anrechenbar sind. Im Übrigen muss darauf hingewiesen werden, dass der Mindestlohn zum 01.01.2017 auf 8,84 € pro Stunde steigen wird.

RA Anno Haak, LL.M. Medizinrecht
lenmed.de Rechtsanwälte
Bonn Berlin Baden-Baden

IV. Veganer – Zuschuss für Vorsorgeuntersuchung durch Krankenkasse mit ökologischer und nachhaltiger Ausprägung?

Der Unterzeichner durfte sich bei einem Hotelfrühstück unlängst davon überzeugen, dass sich vegane Ernährung immer weiterverbreitet (Ein Körnermüsli wurde mit einem Schild „vegan“ versehen). Ernsteren Hintergrund hat die Entscheidung des Landessozialgerichts Mainz vom 06.06.2016 (L 5 KR 66/15 KL), dass sich mit der Frage zu befassen hatte, ob GKV-versicherte Veganer einen Anspruch auf zusätzliche Vorsorgeuntersuchungen haben.

Der Fall

In dem konkreten Fall stritten sich die Beteiligten über die Genehmigung einer Satzungsregelung, die als Mehrleistung die Beteiligung der klagenden Krankenkasse an den Kosten für ärztliche Beratung, Aufklärung und Durchführung einer Blutuntersuchung für sich weitestgehend bis ausschließlich vegan oder vegetarisch ernährende Versicherte vorsieht.

Die Betriebskrankenkasse mit rund 38.000 Versicherten (Stand: Mai 2015) positionierte sich im Wettbewerb der gesetzlichen Krankenkassen nach ihren Angaben seit 2009 als Krankenkasse mit ökologischer und nachhaltiger Ausprägung. In Weiterentwicklung ihres Leistungsangebotes beschloss der Verwaltungsrat erstmals im Juni 2013 mit dem 13. Nachtrag zur Satzung eine Kostenbeteiligung an Blutuntersuchungen für sich vorwiegend vegetarisch oder vegan ernährende Versicherte im Hinblick auf speziell ernährungsbedingte Mangelercheinungen. Eine Genehmigung dieser Regelung lehnte das Bundesversicherungsamt (BVA), mit Bescheid vom 12.08.2013 ab. Am 17.09.2014 beschloss der Verwaltungsrat der Klägerin mit dem 17. Nachtrag zur Satzung folgende Regelung:

„Artikel I

§ 13 Medizinische Vorsorgeleistungen/ Abs. II

Versicherte, die sich weitestgehend bis ausschließlich vegan oder vegetarisch ernähren, haben Anspruch auf ärztliche Beratung, Aufklärung und Durchführung einer Blutuntersuchung.

Die BKK beteiligt sich jährlich an den Kosten der vertragsärztlichen Beratung, Aufklärung, Blutentnahme und Dokumentation in Höhe von 75 EUR. Die Kostenerstattung erfolgt an den Versicherten gegen Nachweis einer Bestätigung des Vertragsarztes, der Vorlage einer Teilnahmeerklärung und einer entsprechenden Quittung in Original."

Mit Bescheid vom 02.03.2015 lehnte das BVA eine Genehmigung der Satzungsregelung erneut ab. Die von der BKK vorgesehene Regelung sei nicht dem hier in Betracht kommenden Bereich der medizinischen Vorsorge nach § 23 SGB V zuzuordnen. Eine Blutuntersuchung erfülle keine der Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 SGB V. Systematisch sei die vorgesehene Blutuntersuchung den Gesundheitsuntersuchungen nach §§ 25 bis 26 SGB V zuzuordnen, die nicht von § 11 Abs. 6 SGB V erfasst würden.

Die Entscheidung

In seiner Entscheidung in erster Instanz kommt das LSG Rheinland-Pfalz zu dem Ergebnis, dass das BVA die Satzungsneuregelung zu Recht abgelehnt hat. Nach § 195 Abs. 1 SGB V bedürfe die Satzung einer Krankenkasse der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Dies gilt auch für Satzungsänderungen. Vorliegend kämen für die Satzungsänderung ernsthaft nur Satzungs-mehrleistungen im Bereich der medizinischen Vorsorge nach § 23 SGB V in Betracht, wobei die erforderliche Notwendigkeit der Maßnahme Bedingung sei. Die Leistung kraft Satzung sei ferner auf Fälle beschränkt, in denen aus konkreten Gründen des Einzelfalls die Leistung zur Verhütung von Krankheiten erforderlich sei.

Eine solche Notwendigkeit bestünde in Bezug auf Blutuntersuchungen bei Versicherten, die sich weitestgehend vegan oder vegetarisch ernähren, jedenfalls nicht ohne weitere konkrete einzelfallbezogene Anhaltspunkte. Zwar könne, wie die BKK betone, eine vegetarische bzw. vegane Ernährung insbesondere bei bestimmten Risikogruppen zu einer unbefriedigenden Versorgung mit kritischen Nährstoffen führen. Es sei nicht ersichtlich, warum eine allgemein, im jährlichen Abstand gewährte Blutuntersuchung zum jeweiligen Zeitpunkt gegenwärtig erforderlich sein solle, um ein drohendes Krankheitsrisiko abzuwenden. Dass es im Übrigen für gesunde Erwachsene durch Wahl entsprechender Lebensmittel durchaus möglich sei, sich mit einer veganen Ernährung ohne wesentliche gesundheitliche Risiken zu versorgen, gehe auch aus den von der BKK herangezogenen Studien hervor.

RA Michael Lennartz
lennmed.de Rechtsanwälte
Bonn Berlin Baden-Baden

V. Vertretung durch Bundeswehrarzt im Nachtdienst – selbständige oder sozialversicherungspflichtige Tätigkeit?

Das Landessozialgericht Rheinland-Pfalz hat sich in seinem Urteil vom 20.04.2016 (L 4 R 318/14) mit der Frage befasst, ob ein Arzt, der für niedergelassene Ärzte zwei- bis dreimal im Monat den Nachtdienst übernimmt, ein sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer ist, wenn

er nicht in den Arbeitsablauf der Praxis eingliedert ist und keinen Weisungen der Praxisinhaber unterliegt.

Der Fall

In dem konkreten Fall war Streitgegenstand, ob ein Arzt sozialversicherungspflichtig wird, wenn er (als in Vollzeit bei der Bundeswehr tätiger Arzt tätig) gelegentlich einen hausärztlichen Notdienst für eine Gemeinschaftspraxis im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses übernahm.

Die Entscheidung

Entgegen der Vorinstanz kommt das LSG Rheinland-Pfalz zu dem Ergebnis, dass der Vertretungsarzt sich in keinem Beschäftigungsverhältnis zur Gemeinschaftspraxis befand.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setze eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig sei. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb sei dies dann der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt, wobei angesichts veränderter gesellschaftlicher und technischer Rahmenbedingungen, innerhalb derer die Erwerbstätigkeit derzeit ausgeübt wird, das Kriterium der „Weisungsabhängigkeit“ deutlich an Konturen verliere. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hänge von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Merkmale, ließen sich insoweit nicht aufstellen.

Ausgehend von diesen Grundsätzen sei der Arzt durch Übernahme des hausärztlichen Notdienstes für die Gemeinschaftspraxis für bis zu drei Nächten pro Monat werktags nicht abhängig Beschäftigter, sondern für diese selbständig und damit sozialversicherungsfrei tätig. Entgegen der Auffassung des Sozialgerichtes sei der Arzt bei der Gestaltung des Notdienstes nicht weisungsabhängig. Der Arzt habe überzeugend dargelegt, selbständig in eigener ärztlicher Verantwortung zu entscheiden, wie er auf einen telefonisch eingehenden Notfall reagiert, etwa durch telefonische Beratung, einen Hausbesuch oder Verweis auf die regulären Sprechzeiten der am Notdienst beteiligten ärztlichen Praxen.

Eine Einbindung des Arztes in die Arbeitsorganisation sei nicht feststellbar. Eine solche folge insbesondere nicht daraus, dass der Arzt im Falle der Übernahme eines konkreten nächtlichen Notdienstes diesen auch entsprechend der vertraglichen Bindung durchzuführen habe. Die bloße vertragliche Verpflichtung, eine bestimmte Leistung während eines bestimmten Zeitraums zu erbringen, sei nicht Kennzeichen einer abhängigen Beschäftigung.

Entgegen der Auffassung des Sozialgerichtes bestünde für den Kläger auch ein Unternehmerisiko in Form eines persönlichen Haftungsrisikos für Behandlungsfehler. Dass er dieses Risiko durch den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung verringere, spiele für die Betrachtung keine Rolle, da hierdurch die grundsätzliche Verpflichtung zur Haftung nicht entfalle. Nach alledem sei in einer Gesamtschau das Erscheinungsbild einer Selbständigkeit des Klägers gegeben. Eine Versicherungspflicht der Renten-

und Arbeitslosenversicherung sei somit nicht gegeben. Die Revision wurde nicht zugelassen.

RA Michael Lennartz
lennmed.de Rechtsanwälte
Bonn Berlin Baden-Baden

VI. Jameda und kein Ende: „Bestätigung“ des Nutzers reicht nicht

Der Bundesgerichtshof hat die Prüfpflichten der Betreiber von Ärztebewertungsportalen deutlich ausgeweitet (Urt. v. 01.03.2016, Az.: VII ZR 34/15). Inzwischen liegen auch die schriftlichen Gründe dieses wichtigen Urteils vor.

Der Fall

Ein anonymen Nutzer hatte unter „Jameda.de“ geschrieben, er könne den klagenden niedergelassenen Zahnarzt „nicht empfehlen“. Ohne Einzelheiten der vermeintlichen Behandlung zu schildern, verteilte er für Behandlung, Aufklärung und Vertrauensverhältnis jeweils eine „6,0 (=ungenügend)“. Der Zahnarzt bestritt, dass der Nutzer überhaupt bei ihm in Behandlung gewesen sei und verlangte von Jameda die Löschung, die unter Hinweis auf das interne Prüfverfahren verweigert wurde.

Die Entscheidung

Der BGH entschied, dass Jameda damit seinen Prüfpflichten nicht ausreichend nachgekommen sei.

Jameda sei jedenfalls dann zur näheren Prüfung verpflichtet, wenn nach Beanstandung – deren Richtigkeit unterstellt – ein Verstoß gegen die Rechte des bewerteten Zahnarztes unschwer bejaht werden kann. Das sei jedenfalls immer dann gegeben, wenn der Bewertete die angebotene Behandlung konkret in Abrede stellt.

In diesem Fall seien die Portalbetreiber verpflichtet,

- von dem Nutzer eine genaue Beschreibung der angeblichen Behandlung zu verlangen,
- die Schilderung durch geeignete, ggf. anonymisierte Unterlagen belegen zu lassen UND
- Schilderung und Unterlagen dem Bewerteten zugänglich zu machen, soweit sich dies mit dem Recht des Nutzers auf Anonymität (§ 12 Telemediengesetz (TMG)) vereinbaren lässt.

Ein bloßer Verweis auf das interne Prüfverfahren mit dem Bemerkung, der Nutzer habe die Behandlung „bestätigt“, genügt nicht.

Nach der bisherigen Erfahrung bleiben die Portalbetreiber zwar bei der Übermittlung von Darstellungen und Nachweisen ihrer Nutzer weiterhin unter Berufung auf das Recht auf Anonymität zugeknöpft.

Das Urteil ist dennoch uneingeschränkt zu begrüßen. Dem (Zahn)Arzt, der die anonyme Bewertung unter seinem Klarnamen zu dulden, gleichzeitig aber keinen Anspruch auf Herausgabe der Nutzerdaten hat, wird mit der Erweiterung der Prüfpflichten ein Werkzeug an die

Hand gegeben, sich insbesondere gegen frei erfundene Bewertungen halbwegs effizient zur Wehr zu setzen.

RA Anno Haak, LL.M. Medizinrecht
lennmed.de Rechtsanwälte
Bonn Berlin Baden-Baden

VII. Das Ende der Preisbindung für Medikamente

Die Preisbindung für verschreibungspflichtige Arzneimittel ist seit dem 19.10.2016 de jure am Ende. Der EuGH in Luxemburg entschied, dass die zugrundeliegende Arzneimittelpreisverordnung mit europäischem Recht nicht in Einklang zu bringen ist (Urt. v. 19.10.2016, Az.: C-148/15).

Der Fall

Die Deutschen Parkinson Vereinigung e. V. (DPV) hatte ihren Mitgliedern ein Rabattprogramm angeboten. Danach erhielten die Mitglieder der DPV Nachlässe auf verschreibungspflichtige Parkinsonmedikamente, wenn sie diese bei der Versandapotheke Doc Morris bestellen. Die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. (ZBUW) verlangte Unterlassung wegen Verstoßes des Programms gegen die Preisbindung und hatte vor dem Landgericht (LG) Düsseldorf obsiegt. Die DPV legte Berufung zum Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf ein, das dem EuGH die Sache zur Vorabentscheidung vorlegte.

Die Entscheidung

Der EuGH entschied, dass die Preisbindung auf Basis von § 78 Arzneimittelgesetz (AMG) mit EU-Recht nicht zu vereinbaren sei.

In Rede stand die Warenverkehrsfreiheit im EU-Raum. Zu deren Schutz sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen oder Maßnahmen mit gleicher Wirkung für Waren aus anderen EU-Ländern durch nationale Gesetze grundsätzlich verboten (Art. 34 AEUV), können aber durch Gemeinwohlbelange, u. a. zum Schutz der Gesundheit von Menschen gerechtfertigt sein, wenn sie geeignet, erforderlich und angemessen (Art. 36 AEUV) sind.

Der EuGH legte zunächst dar, dass die Preisbindung eine Maßnahme ist, deren Wirkung der mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung gleichkommt. Hierzu genüge, dass die Maßnahme sich eigne, Einfuhren potentiell zu behindern. Das wiederum sei bereits dann der Fall, wenn ausländische Marktteilnehmer von einer Maßnahme stärker betroffen wären als deutsche Apotheken. Da Versandapotheken keine persönliche Beratung anbieten, sondern nur über den Preis konkurrieren könnten, wirke die Preisbindung auf ausländische Anbieter stärker.

Der Schutz der Gesundheit rechtfertige die Preisbindung nicht. Unter dieses Ziel falle zwar auch eine flächendeckende Versorgung mit medizinischen Leistungen. Die Preisbindung sei zur Sicherung der Versorgung aber schon nicht geeignet.

Eine flächendeckende Versorgung auch und gerade im ländlichen Raum durch die Preisbindung

sei nicht nur nicht bewiesen; im Gegenteil – so der EuGH – könne ein Preiswettbewerb den ländlichen Raum für die Apothekenniederlassung attraktiver machen, weil dank geringerer Dichte höhere Preise verlangt werden könnten.

Dass die Herstellung von Rezeptur Arzneimitteln oder die Durchführung von Notdiensten im Preiswettbewerb nicht mehr zu gewährleisten wären, sei ebenfalls nicht ersichtlich. Im Gegenteil seien solche, von Versandhäusern nicht zu leistenden Dienste die von Versandapotheken gelassene Marktlücke, in der traditionelle Apotheken bestehen könnten.

Dem Patienten bringe der Preiswettbewerb ebenfalls eher Vor- als Nachteile, weil er dem vom EuGH deklarierten Ziel diene, Medikamente zu angemessenen Preisen erwerben zu können.

Das wettbewerbsfreundliche Urteil betont zwar, dass andere Regularien wie das Betreiberverbot dadurch nicht berührt werden. Auch soll als Reaktion bereits ein komplettes Verbot der Versandhandelsapotheke im (politischen) Raum stehen. Ein (weiterer) Dammbbruch ist die Entscheidung dennoch. Es bedarf keiner großen Phantasie, die vom EuGH gebrauchten Argumente auch z. B. gegen das Unterschreitungsverbot der GOZ zu wenden.

RA Anno Haak, LL.M. Medizinrecht
lenmed.de Rechtsanwälte
Bonn Berlin Baden-Baden

VIII. Angestellte Ärzte und Zahnärzte – Wann liegt ein unangemessen niedriges Gehalt vor?

In § 8 Abs. 3 der Musterberufsordnung der Bundeszahnärztekammer ist normiert:

„Der Zahnarzt hat angestellten Zahnärzten eine angemessene Vergütung zu gewähren.“

Es stellt sich hier die Frage, was eine „angemessene Vergütung“ und eine „nicht angemessene Vergütung ist“. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) und der Bundesgerichtshof haben hier zwei Entscheidungen getroffen, die für die Einordnung einer angemessenen Vergütung – auch bei Ärzten und Zahnärzten - sehr hilfreich sind.

Die Vereinbarung einer Vorbereitungszeit z.B. als „Praktikum“ und unter Mindestlohn ist selbstverständlich unzulässig und zudem auch hoch problematisch. Arbeitgeber, die sich nicht an das Mindestlohngesetz halten, müssen mit hohen Sanktionen (u.a. Geldbuße bis 500.000 Euro, Nachforderungsansprüche der Sozialversicherungsträger) rechnen. Bei Ärzten und Zahnärzten, die ein langjähriges Studium absolviert haben, wird man aber – auch bei Berufsanfängern wie Vorbereitungsassistenten – nicht ohne weiteres davon ausgehen können, dass ein „Mindestlohn“ angemessen im Sinne der in den Berufsordnungen verankerten „angemessenen Vergütung“ ist. Hilfreich ist es zur Einordnung, sich mit der Rechtsprechung zu befassen, die sich mit der angemessenen Vergütung von Rechtsanwälten befasst hat.

BAG zur angemessenen Vergütung und Lohnuntergrenze

In seinem Urteil vom 17.12.2014 (5 AZR 663/13) hat sich das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit der „Lohnuntergrenze“ angestellter Rechtsanwälte befasst. Ein Rechtsanwalt hatte ein "befriedigendes" und ein "ausreichendes" Staatsexamen abgelegt, wobei über sehr gute Fremdsprachenkenntnisse verfügte. Als Angestellter Rechtsanwaltskanzlei erhielt er für eine Teilzeitbeschäftigung (20 Stunden wöchentlich) 1.200,00 Euro brutto im Monat, wobei er geltend machte, dass er die Vergütung für sittenwidrig erachtete.

Auffälliges Missverhältnis – Zwei-Drittel-Grenze

Nach Auffassung des BAG liegt ein auffälliges Missverhältnis zwischen dem Wert der Arbeitsleistung und der Vergütungshöhe vor, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel der üblicherweise gezahlten Vergütung erreiche. Ein Anlass, von dieser Richtgröße im Sinne einer Heraufsetzung der Zwei-Drittel-Grenze abzuweichen, bestünde weder wegen der Besonderheiten in der Beschäftigung angestellter Rechtsanwälte noch der in § 26 der Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA) enthaltenen Vorgabe, Rechtsanwälte nur zu angemessenen Bedingungen zu beschäftigen.

Verstoße eine Entgeltabrede gegen § 138 BGB, schulde der Arbeitgeber gemäß § 612 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung. Nach § 138 Abs. 2 BGB sei ein Rechtsgeschäft nichtig, durch das sich jemand unter Ausbeutung der Zwangslage,

der Unerfahrenheit oder des Mangels an Urteilsvermögen eines anderen für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen. Ein wucherähnliches Geschäft iSd. § 138 Abs. 1 BGB liege vor, wenn Leistung und Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis zueinander stehen und weitere sittenwidrige Umstände wie z.B. eine verwerfliche Gesinnung des durch den Vertrag objektiv Begünstigten hinzutreten.

Auffälliges Missverhältnis - Arbeit zur Vergütungshöhe

Ob ein auffälliges Missverhältnis zwischen dem Wert der Arbeitsleistung und der Vergütungshöhe vorliege, bestimme sich nach dem objektiven Wert der Leistung des Arbeitnehmers. Das Missverhältnis sei auffällig, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel der in dem betreffenden Wirtschaftszweig üblicherweise gezahlten Vergütung erreiche (BAG 22. April 2009 - 5 AZR 436/08). Ein Anlass, von dieser Richtgröße wegen der Besonderheiten in der Beschäftigung angestellter Rechtsanwälte abzuweichen, bestünde nicht.

Entscheidend für die Bestimmung eines auffälligen Missverhältnisses sei der Vergleich zwischen dem objektiven Wert der Arbeitsleistung und der „faktischen“ Höhe der Vergütung, die sich aus dem Verhältnis von geschuldeter Arbeitszeit und versprochener Vergütung für eine bestimmte Abrechnungsperiode ergebe.

Vergütungshöhe – auch regionale Unterschiede beachtlich

Für die Ermittlung des Wertes der Arbeitsleistung sei nicht nur von Bedeutung, welchem Wirtschaftszweig das Unternehmen des Arbeitgebers zuzuordnen sei, sondern auch in welcher Wirtschaftsregion die Tätigkeit ausgeübt wird. Zudem werde das Entgelt angestellter Rechtsanwälte von personen- und marktbezogenen Determinanten beeinflusst. Zwischen der Höhe des Einkommens angestellter Rechtsanwälte und der Ortsgröße des Standorts der Kanzlei, in der sie tätig sind, bestünde ein Zusammenhang. Dies führe zu einer auf den einzelnen OLG-Bezirk abstellenden Betrachtung, in die weitere örtliche Besonderheiten einzubeziehen sein können, wenn dieser Bezirk größere strukturelle Unterschiede aufweise (vor allem Stadt/Land-Gefälle).

Fakten sind beizubringen

Zu diesen Vergleichsgrößen habe der Rechtsanwalt keinen hinreichend konkreten Sachvortrag geleistet. Seine Idee, das Gericht habe anhand seiner persönlichen Merkmale von Amts wegen das übliche Entgelt ggf. unter Einschaltung eines Sachverständigen zu ermitteln, sei mit dem das arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren beherrschenden Beibringungsgrundsatz nicht zu vereinbaren.

Auch eine Studie des Instituts für Freie Berufe Nürnberg erlaube keine Schlüsse auf die am Beschäftigungsort des Rechtsanwaltes übliche Vergütung. Immerhin gelange diese Studie zu der Feststellung, Rechtsanwälte verdienten - unabhängig von ihrer beruflichen Stellung und dem betrachteten Jahr - mehr, je länger sie beruflich tätig seien. Die Studie ermittelte bezogen

auf das Jahr 2006 als durchschnittliches Einkommen von in Sozietäten angestellten Rechtsanwälten in den alten und neuen Bundesländern bei einer anwaltlichen Tätigkeit von höchstens drei Jahren 38.000,00 Euro brutto, bei einer solchen von vier bis zehn Jahren von 55.000,00 Euro. Besonders wichtig seien die ausgesprochen vagen Aussagen der Studie zur aufgewendeten Wochenarbeitszeit. Sie würden mit „mindestens 40 Stunden“ angegeben. Im Ergebnis konnte der Rechtsanwalt die von ihm angeführte Sittenwidrigkeit der Vergütung nicht belegen.

BGH-Beschluss zur angemessenen Vergütung

In einem Beschluss des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 30.11.2009 (AnwZ (B) 11/08), wird bekräftigt, dass Rechtsanwälte nur zu angemessenen Bedingungen beschäftigt werden dürfen. Kanzleien, die Berufsanfänger eine unangemessen geringe Vergütung gewähren, würden gegen Ihre Berufspflichten verstoßen.

Traineeestelle für einen Anwalt

Im konkreten Fall hatte eine Kanzlei eine "Traineeestelle für junge Anwältinnen/Anwälte" ausgeschrieben. Die Anzeige enthielt u.a. folgenden Text:

„Der Trainee wird in ein auf zwei Jahre befristetes Angestelltenverhältnis inklusive sämtlicher Sozialversicherungen übernommen. Wir übernehmen zusätzlich die Kosten für die Berufshaftpflicht und die Anwaltskammer. Daneben

übernehmen wir noch anfallende Fahrtkosten, die aus dienstlichem Anlass erfolgen. Wir unterstützen den jungen Anwalt auch bei Fortbildungsveranstaltungen durch Übernahme der Seminargebühren. Wir zahlen als Grundvergütung ein Gehalt, welches ein wenig über dem Referendargehalt liegt. Zusätzlich wird eine Umsatzbeteiligung an denjenigen Mandaten gewährt, die der Trainee selbst akquiriert“.

Der BGH schloss sich in dem Beschluss der Auffassung der zuständigen Rechtsanwaltskammer an, wonach ein Gehalt um 1.000 Euro brutto monatlich, unangemessen niedrig sei und gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstoße. Die angebotene Vergütung stünde hier in einem auffälligen Missverhältnis zu der geforderten Gegenleistung.

Sittenwidrigkeit bejaht

Selbst bei Bewertung der zusätzlich in Aussicht gestellten Leistungen (wie der Übernahme der Berufshaftpflichtversicherung, des Beitrags für die Anwaltskammer, der Seminargebühren für Fortbildungsveranstaltungen und möglicherweise des Arbeitnehmeranteils der Sozialversicherungsbeiträge) als Gehaltsbestandteile werde der Leser der Stellenanzeige nicht annehmen, dass der Wert der in Aussicht gestellten Leistungen mehr als 1250 Euro betrage. Die in Aussicht gestellte Umsatzbeteiligung an eigenen Mandaten sei nicht als Gehaltsbestandteil zu berücksichtigen, weil sich einem Berufsanfänger erfahrungsgemäß kaum die Möglichkeit zu erfolgreicher Akquisitionstätigkeit biete, so dass mit einem regelmäßigen über die Grundvergütung hinausgehenden Verdienst aus der Umsatzbeteiligung nicht zu rechnen sei.

Der Gesamtwert der in Aussicht gestellten Leistungen sei zu der verkehrsüblichen Vergütung von Rechtsanwälten in vergleichbaren Angestelltenverhältnissen in Beziehung zu setzen. Sie bestimme sich, wenn – wie hier – ein Tarifvertrag nicht existierte oder der vereinbarte Tariflohn nicht der verkehrsüblichen Vergütung entspreche, nach dem allgemeinen Lohnniveau in dem betreffenden Wirtschaftsgebiet.

Auffälliges Missverhältnis

Der Gesamtwert der in der Stellenanzeige in Aussicht gestellten Leistungen stehe zu dem branchenüblichen Einstiegsgehalt in einem auffälligen Missverhältnis i.S. von § 138 BGB. Nach der neueren Rechtsprechung des BAG (BAG, NZA 2009, 837) sei ein auffälliges Missverhältnis zwischen der erbrachten Arbeitsleistung und der hierfür vereinbarten Vergütung schon dann anzunehmen, wenn diese nicht einmal zwei Drittel eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns oder – wenn ein Tariflohn nicht existiert oder nicht der verkehrsüblichen Vergütung entspricht – des allgemeinen Lohnniveaus in dem betreffenden Wirtschaftsgebiet erreiche.

Vergütung sogar unterhalb der einer Fachangestellten

Eine Vergütung des angestellten Rechtsanwalts, die sogar das durchschnittliche Anfangsgehalt eines Rechtsanwalts- und RENO-Fachangestellten unterschreite, sei nicht mit § 26 BORA vereinbar. Die in der Anzeige angebotene Vergütung liegt aber unter diesem Gehalt. Nach dem Merkblatt des Deutschen Anwaltsvereins be-laufe sich die Vergütung eines ausgebildeten

Rechtsanwalts- und RENO-Fachangestellten auf 1.200 € bis 1.500 € im ersten und auf 1.300 € bis 1.700 € im zweiten bis vierten Berufsjahr. Das in Aussicht gestellte Gehalt bewege sich mithin im untersten Bereich der Vergütung, die ein Rechtsanwalts- und RENO-Fachangestellter erhalte. Auch wenn der angestellte Rechtsanwalt zu Beginn der Tätigkeit zu Ausbildungszwecken teilweise mit Aufgaben betreut werden soll, die sonst von einem Rechtsanwalts- und RENO-Fachangestellten wahrgenommen werden, stehe dies zu der geforderten Gegenleistung, die nach Abschluss der Einarbeitungsphase überwiegend in rechtsanwaltlicher Tätigkeit bestünde, in einem auffälligen Missverhältnis.

RA Michael Lennartz
lennmed.de Rechtsanwälte
Bonn Berlin Baden-Baden

lennmed.de[®]

RECHTSANWÄLTE

Name: lennmed.de Rechtsanwälte
Inhaber: Rechtsanwalt Michael Lennartz
Sitz: Bonn

Anschrift:
lennmed.de Rechtsanwälte
Am Hofgarten 3
53113 Bonn

Tel.: +49 (0)228 / 24 99 44 0
Fax: +49 (0)228 / 24 99 44 10

Email: info@lennmed.de
Web: www.lennmed.de

lennmed.de®
RECHTSANWÄLTE

Michael Lennartz
Rechtsanwalt

Am Hofgarten 3
53113 Bonn

Tel: +49 (0)228 / 24 99 44-0
Fax: +49 (0)228 / 24 99 44-10
E-Mail: lennartz@lennmed.de

lennmed.de®
RECHTSANWÄLTE

Anno Haak
Rechtsanwalt, LL.M.-Medizinrecht

Am Hofgarten 3
53113 Bonn

Tel: +49 (0)228 / 24 99 44-0
Fax: +49 (0)228 / 24 99 44-10
E-Mail: haak@lennmed.de