

**lennmed.de**<sup>®</sup>  
  
RECHTSANWÄLTE

**Newsletter 06-2017**

*Ausgabe 06 - 2017*

## Inhalt

I.	Outsourcing in der Zahnarztpraxis - Handlungsbedarf in Sachen Schweigepflicht .....	3
II.	Erwerb eines ungarischen zahnärztlichen Professorentitels – Betriebsausgabe? .....	4
III.	Vereinbarung erhöhter Steigerungssätze für PKV-Patienten auch mit Formularen möglich .....	7
IV.	Fehlende Fortbildung bei Vertrags(zahn)ärzten – Nachreichen von Unterlagen möglich? .....	8
V.	Das Ende der Facebook-Praxis-Fanseiten? .....	8
VI.	Beweislast und Jameda.....	10
VII.	Honorarkürzungen wegen mangelnder Fortbildung nach § 95d SGB V – wer bekommt sie? .....	12
VIII.	Pflicht zur Löschung der Passbilder zur Erstellung der eGK? .....	14
IX.	Keine „BonusBons“ von Apothekern bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln .....	15
X.	Finanzgericht Münster – Zum Frühstück gehört auch Brotbelag! .....	17
XI.	Betriebsübergang - Wiedereinstellungsanspruch in Apotheke?.....	17
XII.	Mietvertrag über das Führen einer Apotheke – Qualifizierung als Arbeitsverhältnis?.....	18
XIII.	Bevorzugte Zulassung Zweitstudium Zahnmedizin wegen angestrebter Tätigkeit im Zahn-MVZ? .....	19

## I. Outsourcing in der Zahnarztpraxis - Handlungsbedarf in Sachen Schweigepflicht

Mit der am 08.11.2017 in Kraft getretenen Reform des § 203 Strafgesetzbuch (StGB) (s. lennmed.de Newsletter 05/17) ergibt sich für Zahnarztpraxen dringender Handlungsbedarf, wenn externe Dienstleister in die Praxistätigkeit eingebunden sind.

### Folgen und Handlungsbedarf

Mit der Neufassung des Gesetzes bedarf es nun einer ausdrücklichen, vertraglichen Einbindung dieser Externen in die zahnärztliche Schweigepflicht, will der Zahnarzt nicht die eigene Strafbarkeit riskieren. Hierzu braucht es aus Gründen der Rechtssicherheit eine schriftliche Verpflichtung zur Einhaltung der Schweigepflicht.

Es gehört inzwischen zum Alltag der meisten Praxen, dass selbständige externe Dienstleister die Möglichkeit haben, in Patientendaten Einsicht zu nehmen. Das kann der selbständige EDV-Dienstleister sein, der den Server einrichtet, oder der Mitarbeiter eines Kundendienstes, der per Fernwartung die Praxissoftware in Stand setzt. Dies, obwohl die Zugänglichmachung der Patientendaten an Externe streng genommen eine Verletzung der Schweigepflicht darstellte und der Externe selbst auch bei Weitergabe der Daten an Dritte nicht strafbar war. Mit der Reform werden solche Externe nunmehr der Schweigepflicht unterworfen. Indes ist nun zugleich geregelt, dass der Zahnarzt sich wegen

Schweigepflichtverletzung strafbar macht, wenn er seinen Dienstleister auf dessen Schweigepflicht nicht hinweist und der Externe später Patientendaten weitergibt.

### Was es im Übrigen zu beachten gilt

Nach § 203 StGB ist die Einbindung nur zulässig, wenn sie erforderlich ist. Hier ist also vorab genau zu überprüfen, ob etwa die Tätigkeit des IT-Fachmanns es tatsächlich notwendig macht, dass er oder sie in die Patientenakten Einsicht nimmt.

Für das Outsourcing der gesamten Abrechnung etwa an private Abrechnungsstellen oder Factoring-Unternehmen wird wegen der Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) bzw. ab Mai 2018 der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) neben der Einbindung des Dienstleisters u. E. auch weiterhin eine entsprechende Einwilligung der Patienten eingeholt werden müssen.

### Genauer Inhalt der Reform

Mit der Reform wird in § 203 StGB nunmehr normiert, dass

- es ausdrücklich nicht strafbar ist, über Patientendaten mit seinen eigenen Angestellten zu kommunizieren (das war schon bisher unumstritten, aber nicht geregelt),

- dass die geheim zu haltenden Informationen auch an sonstige Personen weitergegeben werden dürfen, sofern sie in der Praxis mitwirken und die Weitergabe für deren Tätigkeit erforderlich ist und
- dass solche sonstigen Personen ihrerseits strafrechtlich zu belangen sind, wenn sie diese Informationen anderen Dritten gegenüber offenbaren.

Fazit

Die Reform ist eine überfällige Anpassung der Gesetzeslage an die tatsächlichen Abläufe einer modernen Praxis und damit grundsätzlich zu begrüßen. Es gilt aber eben auch: ohne die angesprochene Verpflichtung hat man die eigene Strafbarkeit wegen Bruchs der Schweigepflicht nicht mehr in der Hand. Aus diesem Grund sollte rechtzeitig fachmännische Hilfe bei der Formulierung der entsprechenden Vereinbarung mit selbständigen Kooperationspartnern in Anspruch genommen werden. Diese sollte – wenn auch gesetzlich nicht vorgesehen – schon aus Gründen der Rechtssicherheit schriftlich abgefasst werden. Da das Gesetz bereits in Kraft ist, sollte hier auch zeitnah reagiert werden.

RA Anno Haak, LL.M. Medizinrecht

lennmed.de Rechtsanwälte

Bonn Berlin Baden-Baden

## II. Erwerb eines ungarischen zahnärztlichen Professorentitels – Betriebsausgabe?

Das Finanzgericht (FG) Münster hat sich in seinem Urteil vom 13.10.2017 (4 K 1891/14 F) mit der Frage befasst, ob ein Zahnarzt, der einen Gastprofessorentitel an einer ungarischen Universität erwirbt, die Erwerbskosten als Betriebsausgaben abziehen kann.

Im konkreten Fall wurde ein selbständiger und wissenschaftlich aktiver Zahnarzt im Jahr 2009 zum Gastprofessor an der humanmedizinischen Fakultät einer ungarischen Universität ernannt. Dieser Ernennung lag ein „Wissenschaftsvertrag“ zu Grunde, wonach der Zahnarzt ein Honorar in Höhe von insgesamt 47.600 Euro zu zahlen hatte. Für seine Tätigkeit an der Universität wurde keine Vergütung gezahlt.

Der Zahnarzt machte diese Kosten als Betriebsausgaben geltend (werbender Charakter des Professorentitels, Erhöhung Reputation). Das Finanzamt lehnte den Betriebsausgabenabzug ab, da das Honorar der ohne Einkünfteerzielungsabsicht betriebenen Tätigkeit in Ungarn zuzuordnen sei.

### Die Entscheidung

Das FG Münster wies die Klage des Zahnarztes gegen die Entscheidung des Finanzamtes ab. Die Bezeichnung als Professor werde in der Öffentlichkeit und in Fachkreisen auch als Ausdruck herausragender fachlicher Kompetenz verstanden. Allerdings berühre die Erlangung eines Professorentitels in nicht unerheblichem Maße die private Lebenssphäre. Der Kläger

habe nicht in erster Linie Wissen, sondern allein die Titelbezeichnung als solche erwerben wollen, die zudem keine Voraussetzung für die Erzielung zahnärztlicher Einkünfte sei. Dem mit dem Titel einhergehenden gesellschaftlichen Prestige komme daher ein höheres Gewicht zu. Mangels objektiver Kriterien komme eine Aufteilung der Kosten nicht in Betracht.

RA Michael Lennartz

lennmed.de Rechtsanwälte

Bonn Berlin Baden-Baden

### Praxismietverträge – wichtige BGH-Rechtsprechung zu Schriftformheilungsklauseln

Apotheken, Arzt- und Zahnarztpraxen befinden sich zumeist in angemieteten Räumlichkeiten. Für diese gilt dann nicht das Recht der Wohnraummietverhältnisse, sondern das für den Mieter wesentlich härtere Gewerberaummietrecht. Der BGH hat in seiner kürzlich veröffentlichten Entscheidung vom 27.09.2017 (XII ZR 114/16) grundlegende Aussagen zu gegenseitigen Heilungsverpflichtungen bei Formverstößen in Gewerberaummietverhältnissen getroffen. Es können sich hier auch für bestehende Gewerberaummietverträge sehr unangenehme Folgen ergeben, da den sogenannten Schriftformheilungsklauseln eine endgültige Absage erteilt wird.

Um sich in bestimmten Bereichen wie etwa dem Kündigungsschutz besser abzusichern, als das Gesetz dies vorsieht, ist es unbedingt ratsam, einen schriftlichen Mietvertrag mit einer festen

Laufzeit abzuschließen, denn ein solcher ist aufgrund seiner vorherbestimmten Länge nicht ordentlich kündbar.

#### Hohe Anforderungen an Schriftform

Allerdings werden an solche schriftlichen Mietverträge hohe Anforderungen bezüglich der Schriftform gestellt, die sowohl bei Vertragsabschluss als auch während der Laufzeit vereinbarten Vertragsänderungen- und/oder Ergänzungen einzuhalten sind. Kommt es zu einem Formverstoß, so wird zwar nicht der gesamte Vertrag unwirksam, aber seine Laufzeit ändert sich von einer festen in eine unbestimmte. Deswegen ist es für die Betriebsplanung und Sicherheit einer Arzt- und Zahnarztpraxis oder einer Apotheke unbedingt erforderlich, den entsprechenden Mietvertrag bezüglich seiner Form und Laufzeit genau zu überprüfen. Vertraglich können sich zudem Mieter und Vermieter nicht gegenseitig dazu verpflichteten, einen aufgetretenen Formverstoß nachträglich zu heilen. Das hat der BGH in seiner kürzlich veröffentlichten Entscheidung vom 27.09.2017 (XII ZR 114/16) nun abschließend geklärt.

#### Schriftformheilungsklauseln unwirksam?

Im Laufe der Zeit hat es sich bei Gewerberaummietverhältnissen eingebürgert, sog. „Schriftformheilungsklauseln“ in befristete Mietverträge einzubauen, um sich vor den Folgen eines Schriftformverstoßes wie etwa der ordentlichen Kündigung zu schützen. In Literatur und Rechtsprechung war dieser juristische Kniff immer umstritten, allerdings höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärt. Jetzt hat der BGH

mit seiner Entscheidung vom 27.09.2017 die klare Ansage gemacht, dass Schriftformheilungsklauseln mit der nicht abdingbaren Vorschrift des § 550 BGB (gesetzliche Normierung der Schriftform!) unvereinbar und daher stets unwirksam sind. Diese Klauseln können deshalb für sich genommen eine Vertragspartei nicht daran hindern, einen Mietvertrag unter Berufung auf einen Schriftformmangel ordentlich zu kündigen. Darüber hinaus hat der BGH im gleichen Urteil noch entschieden, dass es bei Vorliegen einer Schriftformheilungsklausel gegen Treu und Glauben verstößt, sich von einem Vertrag zu lösen, wenn Grundlage hierfür eine geänderte und für die kündigende Partei vorteilhafte Abrede ist.

Der Hintergrund:

Die gesetzlichen Normen betreffend die Gewerberaummietverhältnisse – wie sie u.a. für Zahnarztpraxen gelten – sehen keinen Mieterschutz vor, der dem der Wohnraummietverhältnisse vergleichbar wäre. Vor allem hinsichtlich der Kündigung eines Gewerberaummietvertrages bedeutet dies, dass ein solcher mit einer gesetzlichen Frist nach § 580 Abs. 2 BGB ohne Grund jederzeit gekündigt werden kann.

Um sich als Mietvertragspartei vor dem Risiko einer solchen ordentlichen Kündigung zu schützen, empfiehlt es sich einen schriftlichen Mietvertrag im Sinne des § 550 BGB mit einer festen Laufzeit abzuschließen. Hierfür sind bei Abschluss und während der gesamten Vertragslaufzeit allerdings strenge Formvorschriften zu beachten und einzuhalten. Der Hintergrund ist der, dass immer aus einem schriftlichen Mietvertrag sofort erkennbar sein soll, was dieser

regelt. Nur so kann ein Erwerber der vermieteten Räumlichkeiten erkennen, in was für ein Mietverhältnis er als neuer Vermieter eintritt. Deswegen sind alle wesentlichen Vertragspunkte wie u.a. Mietobjekt, Mieter, Laufzeit, Mietzins etc. schriftlich in einer Einheit zu fixieren.

Geschieht das nicht, so wird zwar der gesamte Mietvertrag nicht unwirksam, allerdings „wandelt“ er sich durch einen Formverstoß von einem befristeten in ein unbefristetes Mietverhältnis. Und hierdurch realisiert sich die Gefahr, dass das Gewerberaummietverhältnis wieder ordentlich ohne Grund kündbar ist.

Um einem solchen Schriftformverstoß, der z.B. allein schon durch eine zu späte Unterschrift zustande kommen kann, entgegenzuwirken, hat es sich eingebürgert, in Gewerberaummietverträge die sogenannten Schriftformheilungsklauseln einzubauen. Hiernach verpflichten sich die Vertragsparteien bei einem Schriftformverstoß diesen durch einen formgerechten Nachtrag zu heilen.

Dieser Praxis hat der BGH mit seiner aktuellen Entscheidung nun endgültig einen Riegel vorgeschoben. Keine Vertragspartei kann mehr vertraglich verpflichtet werden, einen Schriftformverstoß zu heilen. Allerdings darf sie sich auch nicht von einem unliebsamen Mietvertrag lösen, wenn der Schriftformverstoß eine sie begünstigende Vereinbarung betrifft. Denn das verstößt wiederum gegen Treu und Glauben.

Vor dem Hintergrund der unwirksamen Schriftformheilungsklauseln empfiehlt es sich daher nicht nur bei Abschluss eines befristeten Gewerberaummietvertrages auf die Einhaltung der Schriftform zu pochen, sondern auch während

der Vertragslaufzeit jede etwaige Änderung durch einen formgerechten Nachtrag zu fixieren.

Rechtsanwältin Walburga van Hövell

lennmed.de Rechtsanwälte

Bonn Berlin Baden-Baden

### III. Vereinbarung erhöhter Steigerungssätze für PKV-Patienten auch mit Formularen möglich

In einem nicht veröffentlichten Urteil vom 12.10.2017 hatte sich das Amtsgericht Düsseldorf einmal mehr mit den Voraussetzungen der wirksamen Vereinbarung eines erhöhten Steigerungsfaktors nach § 2 GOZ zu befassen (Urt. v. 12.10.2017, Az.: 39 C 198/16).

Der Fall

Die Klägerin, eine privat versicherte Patientin, verlangte von ihrer Versicherung die (weitere) Erstattung der Gebühren für zahnärztliche Leistungen. Die zahnmedizinische Notwendigkeit war unstrittig, insofern hatte die PKV einen Teil der Rechnungen erstattet. Die Klägerin hatte aber mit ihrem Zahnarzt Vereinbarungen über einen erhöhten Steigerungssatz getroffen, die PKV hatte die Erstattung der über den „Höchstsatz“ hinausgehenden Gebühren mit dem Argument verweigert, dieser sei nicht individuell und damit formell unwirksam vereinbart worden.

Der betreffende Zahnarzt hatte als Zeuge bekundet, dass der vereinbarte Gebührensatz in einem vorgefertigten Formularvertrag von ihm festgelegt, indes der Klägerin ausführlich in einem Gespräch erläutert worden war.

Die Entscheidung

Das Gericht gab der Versicherten Recht und verurteilte die PKV zur Erstattung weiterer rund 2.000,- €.

Zwar sehe § 2 GOZ vor, dass ein über den „Höchstsatz“ von 3,5 hinausgehender Steigerungsfaktor nur individuell, nicht aber in vorgefertigten sog. Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vereinbart werden könne. Allerdings sei die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Thema zu beachten. Danach ist § 2 GOZ verfassungskonform dahin auszulegen, dass eine „individuelle“ Vereinbarung nicht voraussetzt, dass die Höhe des Gebührensatzes zwischen Zahnarzt und Patient wirklich frei ausgehandelt werde. Es genüge vielmehr, dass ein vom Zahnarzt vorgesehener Steigerungsfaktor dem Patienten auf den konkreten Behandlungsfall bezogen erläutert werde. Das sei hier nach den glaubhaften Angaben des Zahnarztes geschehen.

Etwas anderes folge auch nicht daraus, dass solche Vereinbarungen in einer Praxis regelmäßig mit Privatpatienten getroffen würden. Entscheidend sei immer nur, ob im jeweiligen Fall eine individuelle Erörterung erfolge.

Interessant am Rande: das Gericht entschied auch, dass der Wechsel innerhalb derselben Versicherung in einen Tarif mit niedrigerer Erstattungsquote (hier von 75 % auf 50 % für

zahnärztliche Leistungen) nicht zwingend zur Erstattungsberechtigung nur der geringeren Quote führe. Vielmehr gelte weiter die alte Quote, wenn die neuen AVB beim Tarifwechsel nicht ausdrücklich zwischen Versicherung und Versichertem vereinbart werden.

RA Anno Haak, LL.M. Medizinrecht

lennmed.de Rechtsanwälte

Bonn Berlin Baden-Baden

#### IV. Fehlende Fortbildung bei Vertrags(zahn)ärzten – Nachreichen von Unterlagen möglich?

Ein Urteil des Sozialgerichtes München vom 24.05.2017 (S 38 KA 205/16) zeigt überdeutlich, dass die Nichterfüllung der vertrags(zahn)ärztlichen Fortbildungsverpflichtung nach § 95 d SGB V weitreichende Konsequenzen haben kann.

Nach Auffassung der Münchner Richter gehört die Fortbildungspflicht des Vertragsarztes zu den Grundpflichten vertragsärztlicher Tätigkeit. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Fortbildungspflicht so detailliert geregelt habe, spreche für den hohen Stellenwert. Grundsätzlich sei vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes das gesamte Verhalten des

Vertragsarztes außerhalb des Pflichtverstoßes mit zu reflektieren.

Bei den Honorarkürzungen nach § 95 d Abs.3 SGB V handele es sich nicht um Disziplinarmaßnahmen im engeren Sinn. Die Auswirkung ähnele aber der von Geldbußen, die als Disziplinarmaßnahmen vorgesehen sind. Eine Nachreichung von Fortbildungspunkten sei nicht möglich, da es sich bei § 95 d Abs. 3 S.4 SGB V um eine gesetzliche Ausschlussfrist handele.

RA Michael Lennartz

lennmed.de Rechtsanwälte

Bonn Berlin Baden-Baden

#### V. Das Ende der Facebook-Praxis-Fanseiten?

Beim Europäischen Gerichtshof ist derzeit eine Vorlage des Bundesverwaltungsgerichts anhängig, die nach dem Plädoyer des Generalanwaltes bei dem EuGH vom 24.10.2017 das vorläufige Ende der kommerziellen „Fanseiten“ bei Facebook bedeuten könnte (Az.: Rechtssache C-210/16).

#### Der Fall:

Das „Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein“ (ULD) hatte von einer Wirtschaftsakademie schon 2011 verlangt, ihre Facebook-Fanseite zu deaktivieren. Zur Begründung führte das ULD aus, dass über die Fanseite der Akademie personenbezogene Nut-



zungsdaten (u.a. IP-Adresse, Familien- und Vorname, Geburtsname) der Besucher der Seite nach § 15 Abs. 3 Satz 1 Telemediengesetz (TMG) für Zwecke der Werbung von Facebook erhoben würden, ohne dass die Akademie den Nutzer über seine Widerspruchsmöglichkeit nach § 13 Abs. 3 TMG unterrichtete. Die von Facebook zur Verfügung gestellte Infrastruktur erlaube es auch schon technisch nicht, einen Widerspruchsmechanismus einzurichten. Daher sei das Verlangen der Überarbeitung der maßgeblichen Datenverarbeitung als milderer Mittel schon tatsächlich nicht möglich. Für den Fall des Weiterbetriebs wurde ein Zwangsgeld in Höhe von 5.000,- € angedroht.

Die Akademie klagte über zwei Instanzen erfolgreich gegen die Anordnung. Zur Begründung führten Verwaltungsgericht und Oberverwaltungsgericht im Wesentlichen aus, die Akademie sei nicht die nach § 12 Abs. 2 TMG i. V. m. § 3 Abs. 7 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) für die Datenverarbeitung datenschutzrechtlich verantwortliche Stelle. Über das Ob, Wie und Wann der Datenerhebung entscheide allein Facebook, dessen Nutzungsbedingungen für den einzelnen Fanseitenbetreiber auch nicht verhandelbar seien.

#### Die Vorlage

Das vom ULD mit der Revision angerufene Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) ließ zwar erkennen, dass es die Entscheidungen der Vorinstanz für richtig nach deutschem Recht halte, hielt aber die Konformität mit der europäischen Datenschutzrichtlinie für zweifelhaft und legte

dem EuGH demnach im Wesentlichen folgende Fragen zur Beantwortung vor:

- Sind auch Betreiber von Fanseiten bei Facebook „verantwortlich“ für die Einhaltung des Datenschutzes?
- Können deutsche Datenschutzbehörden gegen Tochterfirmen von Facebook in Deutschland vorgehen, obwohl konzernintern offiziell die irische Tochtergesellschaft für den Datenschutz verantwortlich ist?
- Kann die deutsche Behörde ggf. auch gegen die irische Tochtergesellschaft vorgehen, ohne zunächst die nationale Behörde am Standort der verantwortlichen Tochtergesellschaft (im Falle Facebook also die irische Datenschutzbehörde) um Tätigwerden zu ersuchen?

#### Das Votum

Der Generalanwalt beim EuGH bejahte grundsätzlich im Falle Facebook alle diese Fragen. Der Betreiber einer Fanseite sei demnach grundsätzlich neben Facebook und seinen europäischen Tochtergesellschaften im Sinne der Datenschutzrichtlinie RiLi 95/46/EG „verantwortlich“ im Sinne des Datenschutzrechts. Zur Begründung führte der Generalanwalt aus, der Fanseitenbetreiber habe die Möglichkeit der Einstellung von Suchfiltern bei der ihm anonymisiert übermittelten Nutzerstatistiken und wirke damit aktiv an der Datenverarbeitung mit.

Im Übrigen sei zur Wahrung effektiven Datenschutzes die Verantwortlichkeit des Fanseitenbetreibers erforderlich. Anderenfalls könnten sich Unternehmen bei der Gestellung von Webpräsenzen stets auf ggf. bestehende „Knebel“-

AGBs der Hosts berufen, um ihrer Verantwortlichkeit für den Datenschutz zu entgehen. Im Übrigen ist der Generalanwalt der Auffassung, deutsche Datenschutzbeauftragte könnten zugleich sowohl gegen die deutsche als auch die irische Facebooktochter mit sämtlichen Sanktionen des deutschen Rechts vorgehen, um der Durchsetzung deutschen Rechts in Deutschland zur Durchsetzung zu verhelfen.

Im Übrigen müsse die Verantwortung von Facebook und dem jeweiligen Seitenbetreiber nicht zwingend gleichrangig sein, auch eine gestufte Verantwortung erlaube den Datenschutzbehörden aber das Vorgehen gegen beide. Der Generalanwalt führte weiter ausdrücklich aus, dass in seinen Augen die Möglichkeit des Vorgehens gegen Facebook eine Untersagungsverfügung gegen den jeweiligen Fanseitenbetreiber NICHT unverhältnismäßig oder sonst rechtswidrig mache.

EuGH-Entscheidung steht aus

Sollte der EuGH diesem Votum des Generalanwaltes folgen, könnte dies das vorläufige Ende des rechtssicheren Betriebs von kommerziellen Fanseiten bei Facebook in Deutschland bedeuten.

Da die Unterrichtung über den Einwilligungsvorbehalt bzw. die Möglichkeit des Widerrufs einer einmal erteilten Einwilligung jedenfalls bislang im Rahmen von Facebook-Fanseiten schlicht technisch unmöglich sein soll, würden Seiten kommerzieller Anbieter, darunter natürlich auch Arzt- und Zahnarztpraxen zum einen eine Abmahnung durch Konkurrenten, zum anderen eine Untersagungsverfügung der jeweils zuständigen Datenschutzbehörde drohen.

Sollte der EuGH dem Votum seines Generalanwaltes folgen, ist Arzt- und Zahnarztpraxen mindestens bis zur endgültigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zu raten, die Fanseiten zu deaktivieren, es sei denn Facebook ändert die Nutzungsmöglichkeiten einer Fanseite entsprechend den Anforderungen des Generalanwaltes beim EuGH ab. Vorstehendes gilt im Übrigen entsprechend für sog. Plugins zu Facebook auf den Homepages der Praxen. Das Datum der Verkündung der endgültigen Entscheidung des EuGH steht nach dortigen Informationen noch nicht fest.

RA Anno Haak, LL.M. Medizinrecht

lennmed.de Rechtsanwälte

Bonn Berlin Baden-Baden

## VI. Beweislast und Jameda

Nachdem inzwischen die Urteilsgründe des Urteils des LG München I vom 03.03.2017 (Az.: 25 O 1870/15) zum Bewertungsportal Jameda vorliegen, ist die Entscheidung nochmals näher zu betrachten. Sie setzt entgegen der zunächst kursierenden Pressemitteilungen ein differenziertes Signal für Ärzte und Zahnärzte.

### Der Fall

Ein Zahnarzt wurde bei Jameda unter der Überschrift „nicht zu empfehlen“ negativ bewertet. Der Jameda-Nutzer hatte in seinem Text behauptet, ihm sei eine „zu hohe und zu runde“ Krone angefertigt worden. Zudem hatte

er den Zahnarzt in den Teilbereichen „Behandlung“ und „Vertrauensverhältnis“ jeweils mit der Note 5 (mangelhaft) bewertet.

Der Fließtext war auf Beanstandung des Zahnarztes bereits gelöscht worden, veröffentlicht blieben aber die Noten und die Überschrift. Der Bewertete hatte auch deren Löschung verlangt und zur Begründung bestritten, dass der User überhaupt bei ihm in Behandlung war. Jameda hatte daraufhin eine E-Mail des Nutzers an Jameda übermittelt, mit der der Nutzer die Behandlung „bestätigte“, und die Löschung abgelehnt. Die Mail war aber aus „Datenschutzgründen“ fast vollständig geschwärzt bzw. wie es im Urteil kurioser Weise heißt „geweißt“.

## Die Entscheidung

Das LG gab dem Zahnarzt nur teilweise recht und verpflichtete Jameda zur Löschung eines Teils der veröffentlichten Noten und der Überschrift. Dies im Übrigen mit einer Begründung, die es Bewerteten in Zukunft eher schwerer machen wird, den Behandlungskontakt mit dem Bewerber zu bestreiten.

Entgegen ersten Darstellungen im der Presse entschied das Gericht keineswegs, die Beweislast dafür, dass die bewertete Behandlung tatsächlich stattfand, liege bei Jameda. Das Gericht entschied genau das Gegenteil. Die Beweislast dafür, dass der Bewerber gar nicht vom Bewerteten behandelt wurde, treffe den Zahnarzt. Jameda sei allerdings dann zur Darlegung von Details verpflichtet, wenn der Bewertete keine Möglichkeit zu substantiellem Bestreiten des Kontakts habe. Die Intensität dieser Prüf- und Darlegungspflicht sei nach

den Umständen des Einzelfalls zu bemessen. Damit liegt das Gericht auf der Linie der BGH-Entscheidung vom 01.03.2016 (Az.: VI ZR 34/15). Wenig erbaulich sind allerdings die weiteren Erwägungen des Gerichts zum Bestreiten des Behandlungskontaktes und der Prüfung durch Jameda im hiesigen konkreten Fall.

Der Zahnarzt hatte zum Beleg der Falschheit der Behauptungen vorgetragen, er sei in keinem einzigen Fall zur Gewährleistung wegen einer „zu runden und zu hohen“ Krone in Anspruch genommen oder gerichtlich verurteilt worden. Schon deshalb sei die Behauptung des Users falsch. Dem gegenüber meinte das Gericht, das sei kein Beleg für die Nichtbehandlung. Denn selbst, wenn die Krone objektiv fehlerfrei gewesen sei, könne der Patient sie doch als zu hoch empfunden haben.

Mit diesen Ausführungen öffnet das LG indes der nicht belegbaren Behauptung fehlerhafter oder mangelhafter Behandlung Tür und Tor. Ein behandlungsfehlerhaftes Vorgehen ist (ggf. auf Basis sachverständiger Bewertung) entweder gegeben oder nicht, dies ist keine Frage des „Empfindens“ oder Meinens.

Insofern hatte der klagende Zahnarzt vollkommen nachvollziehbar argumentiert, dass es gegen die behauptete Behandlung spreche, dass diese nach allgemeinem Verständnis als fehlerhaft charakterisiert werde, obwohl der Bewertete nie mit einem Fehlervorwurf der beschriebenen Art auch nur konfrontiert worden war. Dass das Gericht dies für eine unzureichende Darlegung einer erfundenen Behandlung hält, nimmt Wunder.

## Prüfungspflicht Jameda

Zum Zweiten hatte das Gericht argumentiert, Jameda habe seine Pflicht, zu prüfen, ob die behauptete Behandlung stattgefunden hatte, ausreichend erfüllt. Dazu muss man wissen, dass der User keinen einzigen Nachweis über die Behandlung bei dem klagenden Zahnarzt vorgelegt, sondern nach den Urteilsgründen „ausführlich“ (Email an Jameda ist nicht zugänglich) die Behandlung geschildert und den Behandlungszeitraum genannt habe. Damit habe Jameda von einer tatsächlich stattgehabten Behandlung ausgehen dürfen.

Zwar ist richtig, dass sich Jameda mit diesem Vorgehen und dieser Antwort, wie vom BGH letztes Jahr gefordert, nicht auf eine rein formale Prüfung zurückzog. Viel mehr allerdings unternahm man nicht. Dass die Schilderung der angeblichen Behandlung blumig oder ausführlich ist, kann kaum der geeignete Maßstab sein.

Jameda hat nach eigenen Angaben in einer Pressemitteilung zum Urteil des LG zwar inzwischen sein Prüfverfahren gegenüber dem entschiedenen Fall infolge des BGH Urteils von 2016 verbessert und erweitert. Umso weniger nachvollziehbar ist, dass das LG nun das längst überwundene System der zu laschen Prüfung bei Jameda gleichsam nachträglich als ausreichend beglaubigt.

Stattgegeben wurde der Klage letztlich nur, weil das Gericht mutmaßte, dass die Noten für Behandlung und Vertrauensverhältnis mit dem gelöschten Fließtext stehen und fallen. Die Löschung des Textes wiederum, deren Gründe auch dem Gericht nicht bekannt waren, könne

nur dadurch erklärt werden, dass der Text falsche Tatsachenbehauptungen enthalten habe. Für Noten, bei denen dieser enge Zusammenhang nicht gegeben sei, wurde der Lösungsanspruch hingegen verneint (Jameda entfernte während des Berufungsverfahrens dann aber freiwillig auch diese Noten).

Auch wenn es sich nur um eine Einzelfallentscheidung handelt, die formal auf der im letzten Jahr vom BGH vorgegebenen Linie bleibt: im Kampf um die Waffengleichheit von Zahnärzten und ihren Bewertern im Zusammenhang mit Jameda ist die Entscheidung ein klarer Rückschritt.

RA Anno Haak, LL.M. Medizinrecht

lennmed.de Rechtsanwälte

Bonn Berlin Baden-Baden

## VII. Honorarkürzungen wegen mangelnder Fortbildung nach § 95d SGB V – wer bekommt sie?

Eine gerichtliche Auseinandersetzung zwischen einer gesetzlichen Krankenkasse und der KZV Westfalen-Lippe trägt sich im nunmehr fünften Jahr zu. In Streit steht der Anspruch auf Auszahlung der KZV auf Auszahlung des Anteils an der zweiten Honorarabschlagszahlung des vierten Quartals 2012 gegen die beklagte Kasse in Höhe von rund 100.000,- €. Das LSG Nordrhein-Westfalen hat den Streit mit nunmehr vorliegendem Urteil vom 08.03.2017 vorläufig entschieden (Az.: L 11 KA 21/15).

## Der Fall:

Die klagende KZV hatte aufgrund Nichterfüllung der Fortbildungsverpflichtung von Vertragszahn-ärzten nach § 95 d SGB V zwischen 2009 und 2011 insgesamt rund 440.000,- € Honorare einbehalten, darunter ca. 100.000,- €, die auf die beklagte Kasse entfielen. Diese Einbehalte hatte die KZV indes nicht an die Kassen ausgekehrt.

Die beklagte Kasse meinte, sie wie alle anderen Kassen hätte einen Anspruch auf Auskehr der den Zahnärzten nicht ausgezahlten Honorare und rechnete daraufhin gegen den Anspruch auf Honorarabschlagszahlung der KZV in 2012 in Höhe von 100.000,- € auf, zahlte also 100.000,- € weniger aus, als der KZV eigentlich an Gesamtvergütung zugestanden hätte.

Die KZV nahm dies nicht hin und klagte auf Auszahlung des Differenzbetrags. Vor dem Sozialgericht Münster unterlag die KZV und verfolgte ihr Begehren mit der Berufung weiter.

## Die Entscheidung

Das Landessozialgericht NRW gab der Berufung statt und verurteilte die Kasse zur Zahlung.

Die Kasse habe keinen aufrechenbaren Anspruch gegen die KZV auf Auskehrung des mangels ausreichender Fortbildungsnachweise einbehaltenen Honorars. Das LSG begründete dies teils formal, teils inhaltlich.

Formal setze der von der Kasse behauptete öffentlich-rechtliche, aufrechenbare Erstattungsanspruch voraus, dass der zurückzufordernde Teil der Gesamtvergütung nach bestimmten vergüteten, indes nicht ordnungsgemäß erbrachten Einzelleistungen spezifiziert werde, da im hier streitigen Bereich nach Einzelleistungen und nicht etwa pauschalen Budgets vergütet werde. Eine solche Spezifizierung habe die Kasse indes versäumt.

Aber auch wenn das anders gewesen wäre, hätte der Kasse der behauptete Erstattungsanspruch nicht zugestanden. Die Vorschrift des § 95d Abs. 3 SGB V, die eine Honorarkürzung wegen unzureichender oder unzureichend nachgewiesener Fortbildung gegenüber dem einzelnen Arzt vorsieht, gebe einen Erstattungsanspruch der Kasse weder dem Wortlaut noch dem Sinn nach her.

Die Kürzung sei, anders als die Kasse meine, auch nicht dem grundsätzlich umfassend zu verstehenden Regime der sachlich-rechnerischen Berichtigung zu unterwerfen. Das nämlich würde bedeuten, dass alle in der Zeit mangelhafter Fortbildung erbrachten Leistungen regressierbar wären, was § 95d SGB V gerade nicht vorsehe.

Andererseits ende die anteilige Kürzung erst mit Ende des Quartals, in dem der Nachweis ausreichender Fortbildung erbracht wird. Zwischen dem Zeitpunkt der Vorlage des Nachweises und dem Quartalsende bestehe aber keinesfalls mehr der Verdacht (eine Rückforderung der Kasse ggf. bedingenden) Schlechtleistung. Die Honorarkürzung sei keine Sanktion wegen mangels Fortbildung zahnärztlicher

Schlechtleistung, sondern zunächst nur eine Strafe für die Verletzung der formalen Pflicht des Nachweises der Fortbildung.

Mangelnde Fortbildung – schlechtere Leistung?

Die Begründung der Kürzung sei im Übrigen zwar eine wegen mangelnder Fortbildung unterstellte „schlechtere Leistung“, keineswegs aber eine formaljuristische Schlechtleistung. Nur letztere wäre aber ein Verstoß gegen vertragsärztliche Vorschriften, der eine Berichtigung rechtfertigen würde.

Im Übrigen finde die Kürzung im Verhältnis KZV und Niedergelassener statt. Hätte der Gesetzgeber eine Erstattung dieser Kürzung an die Kassen gewollt, hätte er dies ausdrücklich regeln müssen, was indes gerade nicht geschah. Nicht zuletzt sei die Honorarkürzung eine disziplinarische Maßnahme eigener Art, weil sie wie die Disziplinarmaßnahmen intendiere, den Vertragszahnarzt zu regelmäßiger Fortbildung anzuhalten. Eine im Disziplinarverfahren verhängte Geldbuße stehe aber der Kasse unstreitig nicht zu, für die Honorarkürzung könne dann nichts anderes gelten.

Die Entscheidung ist in der von der Kasse eingelegten Revision nunmehr beim Bundessozialgericht anhängig, aber noch nicht entschieden.

RA Anno Haak, LL.M. Medizinrecht

lenmed.de Rechtsanwälte

Bonn Berlin Baden-Baden

## VIII. Pflicht zur Löschung der Passbilder zur Erstellung der eGK?

Im Zusammenhang mit der elektronischen Gesundheitskarte (eGK) tun sich auch lange nach Einführung weiterhin datenschutzrechtliche Fragen auf. Das Sozialgericht Berlin hatte im letzten Juni in einer kürzlich im Volltext veröffentlichten Entscheidung die Frage zu beurteilen, ob die zur Erstellung einer eGK eingereichten Lichtbilder von den Kassen digital gespeichert werden dürfen (Urt. v. 27.06.2017, Az.: S 208 KR 2111/16).

### Der Fall

Die Beklagte, eine gesetzliche Krankenversicherung, hatte den Kläger, einen bei ihr Versicherten, mehrfach aufgefordert, ein Passfoto zur Erstellung der eGK zu übermitteln. Der Kläger übermittelte zwar ein Foto, das ihn allerdings nur in Schemen und damit nicht eindeutig identifizierbar zeigte. Außerdem stellte er unter Berufung auf sein informationelles Selbstbestimmungsrecht u. a. die Bedingung, dass jedes eingereichte Foto sofort nach Erstellung der eGK gelöscht werde. Die Beklagte lehnte das unter Berufung auf die Pflicht, im Verlustfall zeitnah eine Ersatzkarte erstellen zu müssen, ab. Der Kläger verlangte mit seiner Klage, die Beklagte zur unwiederbringlichen Löschung eingereichter und künftig einzureichender Bilder zu verpflichten.

Die Entscheidung

Das Sozialgericht Berlin gab dem Versicherten Recht. Die Klage sei zulässig, auch wenn bis zur Erhebung der Klage noch gar kein für die eGK brauchbares Bild bei der Kasse vorgelegen hatte. Es müsse dem Versicherten aber möglich sein, die Pflicht zur Löschung vorbeugend gerichtlich prüfen zu lassen, weil durch die Ablehnung der Versicherung die Besorgnis begründet sei, sie werde diese Pflicht – so sie denn besteht – nicht erfüllen.

Die Klage sei auch begründet. Namentlich stehe dem Versicherten aus § 84 Abs. 2 S. 2 SGB X i. V. m. § 304 Abs. 1 S. 1 SGB V das Recht zu, die Löschung seines Passbildes nach Erstellung der eGK zu verlangen.

Das Lichtbild sei ein Sozialdatum, das gelöscht werden muss, wenn seine Speicherung bei den Kassen zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht mehr erforderlich ist (§ 84 Abs. 2 S. 2 SGB X). Die in Rede stehende Aufgabe sei die Erstellung der eGK mit Lichtbild zur besseren Überprüfbarkeit der Leistungsbe-rechtigung gesetzlich Versicherter. Hierzu sei die Speicherung nur solange erforderlich, bis die eGK erstellt wurde.

Aus der Aufgabe der Kasse, ggf. eine Ersatzkarte zu stellen, ergebe sich nichts anderes. Erforderlich sei die Speicherung von Daten nur, wenn der Bedarf gegenwärtig sei. Dass eine Speicherung für einen hypothetischen künftigen Fall (Verlust oder Diebstahl der Karte) eventuell nützlich sein könne, reiche deshalb nicht. Darin läge eine reine, unverhältnismäßig das informationelle Selbstbestimmungsrecht der gesetzlich Versicherten beschränkenden Speicherung auf Vorrat.

Das Urteil ist rechtskräftig.

RA Anno Haak, LL.M. Medizinrecht

lennmed.de Rechtsanwälte

Bonn Berlin Baden-Baden

## IX. Keine „BonusBons“ von Apothekern bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln

Bei der Ausgabe von verschreibungspflichtigen Rezepten darf der Apotheker keine „BonusBons“ gewähren. Das hat das Oberverwaltungsgericht (OVG) Niedersachsen in einer Entscheidung vom 2. August 2017, Aktenzeichen: 13 ME 122/17 festgestellt.

### Der Fall

Im zu entscheidenden Fall hat der Apotheker bei der Einlösung eines Rezepts über verschreibungspflichtige Arzneimittel im Rahmen eines Kundenbindungsmodells „WertBons“ in Höhe von 0,50 EUR/pro Rezept ausgegeben. Beim nächsten Einkauf konnte dieser „WertBon“ dann mit dem Preis nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel verrechnet werden.

Das OVG Niedersachsen stellte fest, dass diese Vorgehensweise gegen die Arzneimittelpreisbindung verstößt, da die Bons gekoppelt mit der Abgabe eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels Vorteile gewähren. Das Gericht erläuterte, dass der Besuch der Apotheke die Bons gewährt für den Verbraucher wirtschaftlich günstiger erscheint als in einer anderen Apotheke.

Der Apotheker berief sich, auf die grundgesetzlich gewährte Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und führte das europarechtliche Argument eines Verbotes der „Inländerdiskriminierung“ die ihren grundgesetzlichen Niederschlag im Verbot der Ungleichbehandlung gem. Art 3 GG findet, ins Feld.

#### Eingriff in Berufsfreiheit

Das Gericht stellt fest, dass durch die in § 78 AMG geregelte Preisbindung für Arzneimittel in die grundgesetzlich garantierte Berufsfreiheit eingegriffen wird. Liegt ein solcher Eingriff vor, ist dieser nur dann zulässig und damit gerechtfertigt, wenn hinreichende Gründe des Gemeinwohls diesen Eingriff notwendig machen.

Hierzu stellt das Gericht fest, dass der Eingriff gerechtfertigt ist, da die Sicherstellung einer flächendeckenden und gleichmäßigen Arzneimittelversorgung hinreichende Gründe des Gemeinwohls sind, die den Eingriff notwendig machen. Auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (Urteil vom 19.10.2016, Aktenzeichen: C-148/15 -DocMorris), wonach die deutsche Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Medikamenten gegen den europarechtlich gewährleisteten freien Warenverkehr gem. Art 34 A EUV verstößt, ist nicht betroffen,

da die Entscheidung im Rahmen des europäischen Versandhandels von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ergangen sei. Die Wirksamkeit und Anwendbarkeit der Regelungen über die Arzneimittelpreisbindung auf den innerdeutschen Arzneimittelverkauf ist vom Urteil des EuGHs gerade nicht erfasst.

#### Inländerdiskriminierung

Eine „Inländerdiskriminierung“ und damit ein Verstoß gegen Art. 3 des Grundgesetzes liegt vor. Apotheker mit Sitz in Deutschland, die Patienten in Deutschland beliefern unterliegen der Arzneimittelpreisbindung Apothekern mit Sitz im EU-Ausland nicht. Wenn diese Ungleichbehandlung jedoch auf einem sachlichen Grund beruht, ist die unterschiedliche Behandlung zulässig.

Hierzu führt das Gericht aus, dass der nationale Gesetzgeber in seiner Gestaltungsfreiheit beim grenzüberschreitenden Verkauf von Arzneimitteln durch europäisches Recht an den EuGH gebunden ist. Unter Berufung auf höchstrichterliche Rechtsprechung stellt das Gericht jedoch fest, dass das beim Verkauf innerhalb Deutschlands nicht gilt (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 4.2.2010, Aktenzeichen: 1 BvR 2514/09; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 31.8.2011, Aktenzeichen: 8 C 9.10).

RA Manfred Weigt

lennmed.de Rechtsanwälte

Bonn Berlin Baden-Baden



## X. Finanzgericht Münster – Zum Frühstück gehört auch Brotbelag!

Das Finanzgericht Münster hat mit seinem Urteil vom 31.05.2017 (11 K 4108/14) entschieden, dass zu einem Frühstück auch ein Brotbelag oder Aufstrich gehört. Hintergrund der Entscheidung ist, dass ein Unternehmen u.a. seinen Mitarbeitern jeden Tag ca. 150 Brötchen bestehend aus Laugen-, Käse-, Schoko- und Roggenbrötchen, nebst der Möglichkeit sich den ganzen Tag aus einem Heißgetränkeautomat zu bedienen, anbot. Das Finanzamt erkannte in diesem Angebot eine unentgeltliche Zurverfügungstellung einer Mahlzeit an die Arbeitnehmer in Form eines Frühstücks. Diese ist als Sachbezug mit den amtlichen Sachbezugswerten der Lohnsteuer zu unterwerfen.

Der Unternehmer setzte sich gegen diese Feststellungen eines Sachbezugs erfolgreich mit seiner Klage vor dem Finanzgericht Münster zur Wehr. Die Richter stellten in ihrem Urteil fest, dass zum Mindeststandard eines Frühstücks nach dem allgemeinen Sprachgebrauch neben Brötchen und Getränken auch ein entsprechender Brotaufstrich gehört.

Ein Sachbezug in Form eines "Frühstücks" im Sinne von § 8 Abs. 2 Satz 6 Einkommensteuergesetz (EStG) i. V. m. § 2 Abs. 1 Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV), ist ein trockenes Brötchen und ein Heißgetränk demnach nicht, sondern Sachbezug in Form von "Kost" im Sinne von § 8 Abs. 1 Satz 1 EStG

Diese Betrachtung hat zur Folge, dass die Sachbezugswerte keine Anwendung finden. Zusätzlich stellten die Richter fest, dass eine andere Freigrenze Anwendung findet, die aber im zu entscheidenden Fall gerade nicht überschritten wurde.

Die Revision zum Bundesfinanzhof (BFH) ist unter dem Aktenzeichen VI R 36/17 zugelassen. Was es dann aus der Sicht der Münchner Richter für ein Frühstück bedarf, wird dort ggf. entschieden werden. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Rechtsprechung ähnlich wie zum Arbeitszimmer oder zum Fahrtenbuch ausdifferenziert entwickelt.

RA Manfred Weigt

lennmed.de Rechtsanwälte

Bonn Berlin Baden-Baden

## XI. Betriebsübergang - Wiedereinstellungsanspruch in Apotheke?

In seinem Urteil vom 19.10.2017 (8 AZR 845/15) befasst sich das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit der auch für Ärzte, Apotheker und Zahnärzte relevanten Frage, ob ein gekündigter Mitarbeiter einen Wiedereinstellungsanspruch haben kann, wenn er im zeitlichen Kontext mit einem Betriebsübergang gekündigt wurde.

## Der Fall

In dem vom BAG zu entscheidenden Fall war ein Arbeitnehmer seit 1987 als vorexaminierter Apothekenangestellter in einer Apotheke (Kleinbetrieb mit nicht mehr als 10 Angestellten) beschäftigt. Mit Schreiben vom 28.11.2013 kündigte der Apothekeninhaber das Arbeitsverhältnis mit dem Apothekenangestellten sowie mit allen übrigen Beschäftigten zum 30.06.2014, wobei die Kündigung von dem Apothekenangestellten nicht angegriffen wurde. Die Apotheke wurde über den 30.06.2014 hinaus mit verringerter Beschäftigtenzahl weitergeführt und dann am 01.09.2014 von einem anderen Apotheker übernommen.

## Die Entscheidung

Der Apothekenangestellte klagte erfolglos auf Wiedereinstellung vor dem zuständigen Arbeitsgericht und verlor auch vor dem Landesarbeitsgericht. Auch die Revision vor dem BAG hatte keinen Erfolg.

Ein Wiedereinstellungsanspruch kann nach Auffassung des BAG grundsätzlich nur Arbeitnehmern zustehen, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung Kündigungsschutz nach dem KSchG genießen. Ob sich in Kleinbetrieben im Einzelfall ausnahmsweise aus § 242 BGB (Anmerkung „Treu und Glauben“) ein Wiedereinstellungsanspruch ergeben könne, hätte vorliegend keiner Entscheidung bedurft. Der Arbeitnehmer hätte einen solchen Anspruch erfolgreich nur gegenüber dem Apotheker, der den Betrieb nach Ablauf der Kündigungsfrist des Arbeitnehmers zunächst weitergeführt hatte, verfolgen können. Seine Klage sei aber rechtskräftig abgewiesen worden.

RA Michael Lennartz

lennmed.de Rechtsanwälte

Bonn Berlin Baden-Baden

## XII. Mietvertrag über das Führen einer Apotheke – Qualifizierung als Arbeitsverhältnis?

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Nürnberg hatte sich in seinem Urteil vom 09.03.2017 (5 Sa 452/16) mit einem durchaus kuriosen Fall zu befassen. Zu klären galt es u.a. ob ein Mietvertrag über das Führen einer Apotheke als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist.

## Der Fall

Der Kläger war nach seinem Studium in mehreren Apotheken in Deutschland tätig und übernahm ab 04.09.2003 die Leitung einer Apotheke in Bayern. Danach leitete er zudem zwei weitere Apotheken. Für die Räumlichkeiten wurden zwischen ihm und der Beklagten Mietverträge unterzeichnet.

Personal stellte der Kläger selbst ein und unterzeichnete die Arbeitsverträge (im ersten vom Kläger durchgeführten Bewerbungsgespräch war der Geschäftsführer der Beklagten zugegen).

Mit seiner am 17.02.2016 beim Arbeitsgericht Nürnberg eingegangenen Klage verfolgt der Kläger unter anderem seinen Anspruch auf Erteilung von Gehaltsabrechnungen, sowie die Feststellung, dass zwischen den Parteien seit November 2002 ein Arbeitsverhältnis bestand.

Das Arbeitsgericht Nürnberg wies die Klage mit Urteil vom 02.09.2016 ab. Zwar würden aus Sicht des Arbeitsgerichts erhebliche Indizien dafür sprechen, dass Gegenstand der Vereinbarungen zwischen den Parteien eine Dienstleistung des Klägers gewesen sei. Die Klage habe jedoch nur Erfolg haben können, wenn zwischen den Parteien nicht nur ein Dienstverhältnis, sondern gerade ein Arbeitsverhältnis festzustellen gewesen wäre.

## Die Entscheidung

Das LAG Nürnberg wies die Klage des Apothekers zurück. Aus dem Sachvortrag der beiden Parteien habe nicht der Schluss gezogen werden können, der Kläger sei als Arbeitnehmer für die Beklagte tätig geworden.

Voraussetzung für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses sei, dass der Verpflichtete aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Für die Abgrenzung von Bedeutung seien in erster Linie die Umstände, unter denen die Dienstleistung zu erbringen ist. Dabei hänge der Grad der persönlichen Abhängigkeit auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Manche Tätigkeiten könnten sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses (freien Mitarbeiterverhältnisses) erbracht werden.

Verantwortlichkeit zur Einweisung, Kontrolle und Motivierung des Personals seien wesentliche Merkmale einer selbständigen Tätigkeit.

RA Michael Lennartz

lenmed.de Rechtsanwälte

Bonn Berlin Baden-Baden

## XIII. Bevorzugte Zulassung Zweitstudium Zahnmedizin wegen angestrebter Tätigkeit im Zahn-MVZ?

Das Verwaltungsgericht (VG) Gelsenkirchen musste sich in seinem Urteil vom 01.01.2017 (6z K 266/17) mit einem kuriosen Antrag auf eine bevorzugte Berücksichtigung beim Zahnmedizinstudium beschäftigen.

Der Antrag

Ein Bachelor im Studiengang Business und Administration an der Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin begründete seinen Antrag auf Zulassung zum Zweitstudiengang Zahnmedizin u.a. damit, dass er anstrebe als geschäftsführender Zahnarzt in einem Zahnzentrum oder einem medizinischen Versorgungszentrum zu arbeiten.

Für eine Tätigkeit in führender Position seien weiterführende BWL-Kenntnisse unerlässlich. Die Führung eines Zahnzentrums werde in Zukunft immer mehr der eines Unternehmens ähneln. Es seien viele betriebswirtschaftliche Entscheidungen zu treffen. Die hierfür notwendigen Kenntnisse seien ihm sowohl bei seinem Erststudium als auch bei seiner darauffolgenden beruflichen Tätigkeit vermittelt worden.

Der Kläger begründete seinen Antrag weiter damit, dass er den Beruf des Medizincontrollers anstrebe. Bei dieser Tätigkeit werde betriebswirtschaftliches mit medizinischem Know-how verknüpft. Er könne die Tätigkeit daher nur ausüben, wenn er auch ein medizinisches Studium absolviere.

ruf des Medizincontrollers ein zahnmedizinisches Studium und nicht das Studium der Humanmedizin gewählt wurde.

RA Michael Lennartz

lennmed.de Rechtsanwälte

Bonn Berlin Baden-Baden

## Die Entscheidung

Das VG Gelsenkirchen wies die Klage ab.

„Zwingende berufliche Gründe“ für den Erhalt eines Studienplatzes lägen vor, wenn ein Beruf angestrebt wird, der nur aufgrund zweier abgeschlossener Studiengänge ausgeübt werden darf. Dies sei bei der angestrebten Tätigkeit als Medizincontroller nicht der Fall.

Es werde insbesondere nicht der Beweggrund dafür genannt, warum für den angestrebten Be-

---

# lennmed.de®

RECHTSANWÄLTE

Name: lennmed.de Rechtsanwälte

Inhaber: Rechtsanwalt Michael Lennartz

Inhaltlich Verantwortlicher:

Rechtsanwalt Michael Lennartz

**Hauptsitz und Kontaktanschrift:**

lennmed.de Rechtsanwälte

Am Hofgarten 3

53113 Bonn

T: +49 (0)2 28 / 24 99 44 0

F: +49 (0)2 28 / 24 99 44 10

Email: [info@lennmed.de](mailto:info@lennmed.de)

Web: [www.lennmed.de](http://www.lennmed.de)

**Zweigstellen:**

lennmed.de Rechtsanwälte

Hohenzollerndamm 123

14199 Berlin

T: +49 (0)30 / 30 82 00 13 70

F: +49 (0)30 / 30 82 00 13 71

lennmed.de Rechtsanwälte

Sophienstraße 2

76530 Baden-Baden

T: +49 (0)72 21 / 39 75 07 0

F: +49 (0)72 21 / 39 75 07 1

**Michael Lennartz**

Rechtsanwalt

Am Hofgarten 3  
53113 Bonn

Tel: +49 (0)2 28 / 24 99 44-0  
Fax: +49 (0)2 28 / 24 99 44-10  
E-Mail: [lennartz@lennmed.de](mailto:lennartz@lennmed.de)

lennmed.de®  
RECHTSANWÄLTE

**Anno Haak**

Rechtsanwalt, LL.M.-Medizinrecht

Am Hofgarten 3  
53113 Bonn

Tel: +49 (0)2 28 / 24 99 44-0  
Fax: +49 (0)2 28 / 24 99 44-10  
E-Mail: [haak@lennmed.de](mailto:haak@lennmed.de)

lennmed.de®  
RECHTSANWÄLTE

**Manfred Wolfgang Weigt**

Rechtsanwalt

Am Hofgarten 3  
53113 Bonn

Tel: +49 (0)2 28 / 24 99 44-0  
Fax: +49 (0)2 28 / 24 99 44-10  
E-Mail: [weigt@lennmed.de](mailto:weigt@lennmed.de)

lennmed.de®  
RECHTSANWÄLTE

**Walburga Baronin van Hövell  
tot Westerflier**

Rechtsanwältin

Am Hofgarten 3  
53113 Bonn

Tel: +49 (0)2 28 / 24 99 44-0  
Fax: +49 (0)2 28 / 24 99 44-10  
E-Mail: [vanhoevell@lennmed.de](mailto:vanhoevell@lennmed.de)

lennmed.de®  
RECHTSANWÄLTE