



## kwm siegt vor BSG

Neufestsetzung der Jobsharing-Obergrenzen 2009 in Westfalen-Lippe rechtswidrig

## Sehr geehrte Damen und Herren,

nach genau vier Jahren müssen wir unsere geschätzte Kollegin Frau Rechtsanwältin Dr. Bernadette Tuschak leider verabschieden. Sie verlässt unsere Kanzlei zum 31.10.2015 auf eigenen Wunsch und wird zukünftig in der Rechtsabteilung des Universitätsklinikums Münster tätig sein. Wir wünschen ihr alles Gute für die Zukunft und weiterhin viel Erfolg.

Gleichzeitig freuen wir uns, Ihnen unsere neuen Kollegen vorstellen zu dürfen: Herr Dr. Tobias Witte verfügt bereits über einschlägige medizinrechtliche Kenntnisse – sowohl als Rechtsanwalt als auch in wissenschaftlicher Hinsicht. Frau Rechtsanwältin Christine Wilken schreibt derzeit ihre Dissertation zur Strafbarkeit der Manipulation des Organallokationssystems, betreut durch Herrn Prof. Dr. Gutmann (WWU Münster) und ist dissertationsbegleitend bei uns tätig. Beide

heißen wir in unserem Team herzlich willkommen.

Darüber hinaus dürfen wir Sie - wie bereits in den letzten Jahren - auf die Veranstaltung der VuZ – Vereinigung unabhängiger Zahnärzte Grafschaft Bentheim hinweisen: am 25.09.2015 findet das nunmehr 8. Nordhorner Symposium, diese Mal unter dem Motto „Zukunft zeigen“ statt. Unsere Kollegin Frau Dr. Daniela Kasih referiert dieses Jahr zum Thema „Arbeitsrecht in Zahnarztpraxen und Dentallaboren“. Mehr erfahren Sie auf [www.vuz-grafschaft.de](http://www.vuz-grafschaft.de). Wir freuen uns auf Ihre Teilnahme.

Hans Peter Ries · Dr. Karl-Heinz Schnieder · Dr. Ralf Großbölting · Björn Papendorf, LL.M.

## kwm siegt vor BSG

### Neufestsetzung der Jobsharing-Obergrenzen 2009 in Westfalen-Lippe rechtswidrig



Die Neuordnung der vertragsärztlichen Vergütung zum 01.01.2009 erhitze seinerzeit die Gemüter vieler Vertragsärzte und beschäftigt bis heute die Sozialgerichte. Besonders betroffen waren Jobsharing-Praxen, die sich im Jahr 2009 zusätzlich zu den Neuerungen durch die Honorarreform als solche auch mit einer erheblichen Reduzierung ihrer Jobsharing-Obergrenzen konfrontiert sahen. Diese Neufestsetzung der Jobsharing-Obergrenzen im Jahr 2009 in Westfalen-Lippe war jüngst Gegenstand unseres Verfahrens (Az.: B 6 KA 26/14 R) vor dem Bundessozialgericht (BSG). Das BSG urteilte, dass die Neufestsetzung der Jobsharing-Obergrenzen im Jahr 2009 im Bereich der Kassenärztlichen Vereinigung Westfalen-Lippe (KVWL) rechtswidrig war.

#### 1. Der Sachverhalt

Die KVWL beantragte bei den Zulassungsausschüssen eine Neufestsetzung der Jobsharing-Obergrenzen für das Jahr 2009. Die Anträge der KVWL erfolgten zeitversetzt für die jeweiligen Quartale in Form sogenannter Sammelanträge. Diese enthielten als Begründung für den Änderungsantrag lediglich einen allgemeinen Verweis auf die Einführung der neuen vertragsärztlichen Vergütung zu Beginn des Jahres 2009, die zu einer grundlegenden Veränderung der Berechnungssystematik führe und daher eine Neuberechnung der Jobsharing-Obergrenzen erfordere. Den Anträgen waren zudem von der KVWL berechnete Vorschläge zur Neufestsetzung der Obergrenzen für sämtliche Jobsharing-Praxen des Bezirkes der KVWL beigelegt.

Auf der Grundlage dieser Sammelanträge setzten die Zulassungsausschüsse die Jobsharing-Obergrenzen für sämtliche Quartale des Jahres 2009 neu fest. Hiervon betroffen war auch die Klägerin, eine chirurgische Gemeinschaftspraxis, für die jeweils neue, deutlich unterhalb der bisherigen Beträge liegende Jobsharing-Obergrenzen festgesetzt wurden.

#### 2. Die Verfahrensgeschichte

Gegen diese Herabsetzung der Jobsharing-Obergrenzen wendete sich die Klägerin mit Widersprüchen, die größtenteils zurückgewiesen wurden.

Die hiergegen erhobene Klage war erfolgreich. Das Sozialgericht (SG) Münster bestätigte in seinem Urteil vom 15.07.2013 (Az.: S 2 KA 34/11) die Rechtswidrigkeit der Neufestsetzung der Jobsharing-Obergrenzen und hob die diesbezüglichen Beschlüsse des Zulassungsausschusses auf. Zur Begründung verwies das SG Münster auf die höchstrichterliche Rechtsprechung (BSG, Urteil v. 12.12.2012 – B 6 KA 1/12 R) zu den formalen Anforderungen an Anträge zur Neufestsetzung von Jobsharing-Obergrenzen.

Danach ist entscheidend auf die Rechtsgrundlagen für eine Neufestsetzung von Jobsharing-Obergrenzen in der Bedarfsplanungsrichtlinie abzustellen. Der vorliegend einschlägige § 23e S. 3 der Bedarfsplanungsrichtlinie in der für 2009 geltenden Fassung sieht folgende Voraussetzungen für eine Neufestsetzung der Jobsharing-Obergrenzen vor:

1. eine Änderung der Berechnung der für die Obergrenzen maßgeblichen Faktoren,
2. spürbare Auswirkungen dieser Änderung und
3. eine nicht gerechtfertigte Bevorzugung/Benachteiligung einzelner Vertragsärzte/Praxen im Verhältnis zur Fachgruppe im Fall einer Beibehaltung der ursprünglichen Obergrenzen.

Ausgehend hiervon sind auch die formalen Anforderungen an Änderungsanträge der KV zu bestimmen. Diese müssen konkrete Ausführungen zum Vorliegen der o.g. Voraussetzungen enthalten und insbesondere individualisiert darlegen, in welchem Umfang sich für die einzelne Praxis bzw. den einzelnen Vertragsarzt eine nicht gerechtfertigte Bevorzugung oder Benachteiligung im Vergleich zur Fachgruppe ergibt.

Gegen die Entscheidung des SG Münster legte die KVWL Berufung ein und begründete diese u.a. damit, dass durch die Neuordnung der vertragsärztlichen Vergütung zum 01.01.2009 eine Sondersituation eingetreten sei, die eine ausführliche Antragsbegründung entbehrlich

mache. Dieser Auffassung erteilt das LSG NRW mit seinem Urteil vom 26.02.2014 (Az.: L 11 KA 70/13) eine Absage.

### 3. Die Entscheidung des Bundessozialgerichts

Die gegen die Entscheidung des LSG NRW eingelegte Revision der KVWL war Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem BSG am 15.07.2015, in deren Rahmen das Gericht die Entscheidungen der Vorinstanzen vollumfänglich bestätigte. Wenngleich die Entscheidungsgründe noch nicht in Schriftform vorliegen, lässt sich den Ausführungen des Gerichts in der mündlichen Verhandlung sowie im Terminsbericht (Nr. 29/15, Ziff. 2) entnehmen, dass das BSG an seiner bisherigen Rechtsprechung zu den Anforderungen an Neufestsetzungs-Anträge im Zusammenhang mit Jobsharing-Obergrenzen festhält.

Derartige Anträge erfordern nach Auffassung des BSG eine Konkretisierung der Auswirkungen der Veränderung der für die Obergrenzen maßgeblichen Faktoren auf die jeweilige konkrete Praxis. Eine Neuordnung der vertragsärztlichen Vergütung, wie sie zum 01.01.2009 erfolgte, führe auch nicht zwangsläufig zu Veränderungen der Jobsharing-Obergrenzen. Vielmehr verfolgten die vertragsärztliche Honorarverteilung und die Jobsharing-Obergrenzen unterschiedliche Zielsetzungen und entfalteten daher auch verschiedene Wirkungen.

Die vertragsärztliche Honorarverteilung geht von einer begrenzten Morbiditätsbedingten Gesamtvergütung aus, wobei diverse vertragsärztliche Leistungen den Begrenzungen durch Regelleistungsvolumina (RLV) unterliegen und entsprechend nicht in vollem Umfang vergütet werden. Demgegenüber umfassen Jobsharing-Obergrenzen nach den Vorgaben des Gesetzgebers den gesamten Praxisumfang und somit sämtliche ärztlichen Leistungen, unabhängig von ihrer Zuordnung zu RLV oder freien Leistungen. Die KVWL setzt jedoch abweichend von diesen bundesgesetzlichen Vorgaben die Jobsharing-Obergrenzen lediglich in Anlehnung an den Bereich der budgetierten vertragsärztlichen Leistungen fest. Da nach der Vergütungsneuordnung 2009 auch eine neue Zuordnung der vertragsärztlichen Leistungen zu budgetierten und nicht budgetierten Leistungsbereichen erfolgte, sah sich die KVWL faktisch gezwungen, eine Neufestsetzung der Obergrenzen zu beantragen. Hierin sah das BSG einen Verstoß gegen die Vorgaben der Bedarfsplanungsrichtlinie und berücksichtigte diesen Sachverhalt folglich bei seiner Entscheidung nicht.

Im Ergebnis bestätigte das BSG damit letztinstanzlich die Rechtswidrigkeit und daraus folgende Aufhebung der Jobsharing-Obergrenzen der Klägerin für das Jahr 2009.

### 4. Die Folgen

Wie das SG Münster bereits in dem o.g. Urteil entschieden hat, führt die Aufhebung der neu festgesetzten Jobsharing-Obergrenzen für 2009 rechtlich zu einer Fortgeltung der zuvor, das heißt im Jahr 2008, bestehenden Obergrenzen, die somit rückwirkend wieder aufleben. Es bleibt abzuwarten, wie die KVWL mit dieser Rechtsfolge umgeht und in welchem Umfang gegebenenfalls Nachzahlungen an diejenigen Jobsharing-Praxen erfolgen, deren Rechtsbehelfe gegen die Neufestsetzung der Obergrenzen für 2009 noch anhängig sind. Über die weiteren Entwicklungen dieser Problematik werden wir Sie auf dem Laufenden halten.

Björn Papendorf, LL.M. / Dr. Bernadette Tuschak

## Gesetzentwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen



Wie wir bereits in der Ausgabe 3/2012 berichteten, hat der Große Senat des BGH in seiner Entscheidung vom 29.03.2012 (Az.: GSSt 2/11) klargestellt, dass auf niedergelassene Vertragsärzte, aufgrund ihrer fehlenden Eigenschaft als Amtsträger bzw. Beauftragte, die Korruptionstatbestände des StGB in der geltenden Fassung keine Anwendung finden.

Nun hat die Bundesregierung auf diese Strafbarkeitslücke reagiert und einen Gesetzentwurf beschlossen, der die Einführung der §§ 299a, 299b StGB vorsieht.

Danach soll sich künftig strafbar machen, wer als Angehöriger eines Heilberufes im Zusammenhang mit dessen Ausübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial einen anderen im Wettbewerb unlauter bevorzugt oder seine Berufsausübungspflicht verletzt (Bestechlichkeit im Gesundheitswesen, § 299a).

Täter der Bestechlichkeit kann jeder Angehörige eines Heilberufes, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, sein. Damit findet keine Beschränkung auf akademische Berufe statt. Neben Ärzten und Apothekern werden somit z.B. auch Gesundheits- und Krankenpfleger, Logopäden und Physiotherapeuten als Normadressaten erfasst.

Spiegelbildlich dazu soll derjenige bestraft werden, der dem Angehörigen des Heilberufes den Vorteil als Gegenleistung anbietet, verspricht oder gewährt (Bestechung im Gesundheitswesen, § 299b StGB). Potentieller Täter ist hier jedermann!

Damit sind die Tatbestände sehr weit gefasst. Eine Bagatellgrenze für kleinere Werbe- oder Patientengeschenke enthält der Entwurf nicht. Als Sanktion soll Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe, in besonders schweren Fällen Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren, drohen.

Christine Wilken

## Problemfall Scheinsozietät



Diverse KV'en und KZV'en nehmen derzeit ein aktuelles Urteil des LSG Baden-Württemberg (LSG BW) zum Anlass, die Gesellschaftsverträge von Berufsausübungsgemeinschaften (BAG) - auch nachträglich - einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Das LSG BW hat in einem Urteil vom 12.12.2014 (Az.: L 4 R 1333/13) entschieden, dass ein Sozius, der nicht am materiellen Wert einer BAG beteiligt war (Juniorpartner), wegen des fehlenden unternehmerischen Risikos, als scheinselfständig und damit als Arbeitnehmer einzustufen sei. Hintergrund war eine Klage des Seniorpartners gegen seine nachträgliche Heranziehung zu Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung sowie zu den Umlagen U2 und zum Insolvenzgeld auf der Basis der an den Juniorpartner ausgezahlten Gewinnanteile.

Das Bundessozialgericht (BSG) hat bereits mit Urteil vom 23.06.2010 (Az.: B 6 KA 7/09 R, vgl. der paragraph 1/2011) einige Anhaltspunkte gegeben, nach welchen sozialrechtlichen Maßstäben zu prüfen ist, in welchen Fällen eine BAG vorliegt und in welchen Fällen eine Scheinsozietät. Explizit wird darauf abgestellt, dass die Zulassungsverordnung einen eigenständigen Maßstab definiert und zivil-, arbeits- oder steuerrechtliche Abgrenzungsmodelle keine Auswirkung haben.

Jeder (Zahn-)Arzt muss am Wert der Praxis beteiligt sein, der durch seine Tätigkeit mit geschaffen wurde. Wesentliches Indiz: Bei Beendigung seiner vertragsärztlichen Tätigkeit muss der Arzt eine Chance auf Verwertung des auch von ihm erarbeiteten Praxiswertes haben. Wichtig ist also eine Beteiligung am immateriellen Wert der Praxis („Goodwill“), da dies der Ausfluss der mit einer Tätigkeit in „freier Praxis“ verbundenen Chancen ist. Zur erforderlichen eigenverantwortlichen Gestaltung (zahn)ärztlicher Tätigkeit gehört, dass der (Zahn-)Arzt ein wirtschaftliches Risiko trägt. Dies bedeutet insbesondere, dass der Vertrags(zahn)arzt nicht wie ein Angestellter nur ein Festgehalt erhalten darf. Vielmehr muss ihm maßgeblich der Ertrag seiner vertragsärztlichen Tätigkeit zu Gute kommen, ebenso wie ein eventueller Verlust zu seinen Lasten gehen muss. Dieses Erfordernis muss von Anbeginn der vertragsärztlichen Tätigkeit erfüllt sein, kann mithin nicht für die Dauer einer „Probezeit“ suspendiert werden.

Offengelassen hat das BSG die Frage, inwieweit das Recht, über die Organisation des Inventars und der sächlichen Hilfsmittel, die Materialwirtschaft, die kaufmännische und administrative Ausgestaltung der Arztpraxis zu bestimmen, ausgeprägt sein muss. Dies ist jedenfalls dann unproblematisch, wenn jedem Arzt die für seine Tätigkeit erforderlichen Materialien und Geräte unbeschränkt zur Verfügung stehen.

Offengeblieben ist auch die Frage, ob jeder Arzt am Gesellschaftsvermögen beteiligt sein muss oder ob ggf. nur für eine Übergangsfrist auch eine so genannte „Null-Beteiligung“ unschädlich sein kann. Dieser Aspekt hat lediglich dann Bedeutung, wenn die Bewertung des vorrangigen (einkommensbezogenen) Kriteriums der „Tragung des wirtschaftlichen Risikos“ keine eindeutige Aussage erlaubt. Nach Auffassung des BSG sprechen gewisse Gesichtspunkte dafür, dass eine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen „nicht ausnahmslos erforderlich ist“. Wenn ein Arzt sowohl am wirtschaftlichen Gewinn als auch an einem etwaigen Verlust beteiligt ist, also das Einkommensrisiko trägt, muss er nicht auch noch zwingend das weitere (Vermögens-)Risiko tragen.

Selbst ein einwandfreier Vertrag nützt dem (Zahn)Arzt aber nichts, wenn dieser Vertrag nicht auch so „gelebt“ wird.

Dr. Ralf Großbölting



rechtsanwälte  
kanzlei für wirtschaft und medizin

Hans Peter Ries

Lehrbeauftragter an der SRH Fachhochschule Hamm

Dr. Karl-Heinz Schnieder

Fachanwalt für Medizinrecht  
Fachanwalt für Sozialrecht  
Lehrbeauftragter an der Universität Münster  
Mediator

Dr. Ralf Großbölting

Fachanwalt für Medizinrecht

Björn Papendorf, LL.M.

Master of Laws (Medizinrecht)  
Fachanwalt für Medizinrecht

Dr. Sebastian Berg

Fachanwalt für Medizinrecht

Dr. Daniela Kasih

Fachanwältin für Medizinrecht

Prof. Dr. Christoff Jenschke, LL.M.

Fachanwalt für Medizinrecht  
Lehrbeauftragter an der Steinbeis-Hochschule

Dr. Bernadette Tuschak

Thomas Vaczi

Björn Stäwen

Dr. Franziska Neumann

**Münster**

PortAl 10 · Albersloher Weg 10 c

48155 Münster

Telefon 0251/5 35 99-0

Telefax 0251/5 35 99-10

[muenster@kwm-rechtsanwaelte.de](mailto:muenster@kwm-rechtsanwaelte.de)

**Berlin**

Unter den Linden 24 /

Friedrichstraße 155-156

10117 Berlin

Telefon 030/20 61 43-3

Telefax 030/20 61 43-40

[berlin@kwm-rechtsanwaelte.de](mailto:berlin@kwm-rechtsanwaelte.de)

**Hamburg**

Ballindamm 8

20095 Hamburg

Telefon 040/20 94 49-0

Telefax 040/20 94 49-10

[hamburg@kwm-rechtsanwaelte.de](mailto:hamburg@kwm-rechtsanwaelte.de)

**Zweigstelle Bielefeld**

Am Bach 18

33602 Bielefeld

Telefon 0521/9 67 47 21

Telefax 0521/9 67 47 29

**Zweigstelle Hannover**

Hinüberstraße 4 A

30175 Hannover

Telefon 0511/3 48 46-64

Telefax 0511/3 48 46-59

**Zweigstelle Essen**

Emmastraße 38

45130 Essen

Telefon 0201/95 97 48-84

Telefax 0201/95 97 48-85

kwm – rechtsanwälte –

kanzlei für wirtschaft und medizin

Ries · Dr. Schnieder ·

Dr. Großbölting · Papendorf

Partnerschaftsgesellschaft

Sitz: Münster

Niederlassungen in

überörtlicher Partnerschaft

Berlin, Hamburg

PR 1820, AG Essen

## BGH: Keine GEMA-Gebühren für Hintergrundmusik in Praxen



Mit Urteil vom 18.06.2015 (Az.: I ZR 14/14) hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Wiedergabe von Hörfunksendungen als Hintergrundmusik in Zahnarztpraxen im Allgemeinen keine - vergütungspflichtige - öffentliche Wiedergabe im Sinne des Urheberrechtsgesetzes darstellt. Die GEMA, die die ihr von Komponisten, Textdichtern und Musikverlegern eingeräumten Rechte zur Nutzung von Werken der Tonkunst wahrnimmt, hatte gegen einen Zahnarzt auf Zahlung von Lizenzgebühren geklagt, nachdem der Zahnarzt einen zwischen der GEMA und ihm geschlossenen urheberrechtlichen Lizenzvertrag fristlos gekündigt hatte. Der Zahnarzt berief sich dabei auf ein Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 15.03.2012 (Az.: C-135/10), der damals entschieden hatte, dass die Wiedergabe von Hintergrundmusik in Zahnarztpraxen keine öffentliche Wiedergabe darstelle und somit eine Vergütungspflicht entfalle. Nach der entsprechenden europäischen Richtlinie setze eine öffentliche Wiedergabe jedenfalls voraus, dass die Wiedergabe gegenüber einer unbestimmten Zahl potentieller Adressaten und recht vielen Personen erfolgt. Im Allgemeinen treffe dies für eine Zahnarztpraxis nicht zu. Der BGH sah sich an dieses Unionsrecht gebunden und wies die Revision der GEMA zurück.

Das Urteil dürfte für alle Arzt- und Zahnarztpraxen und für alle Formen der Wiedergabe von Musik Geltung beanspruchen. Nicht davon erfasst sind jedoch die GEZ-Gebühren. Sofern Sie für Ihre Praxis einen Lizenzvertrag mit der GEMA geschlossen haben, kündigen Sie diesen fristlos mit sofortiger Wirkung, hilfsweise ordentlich unter Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach dem Urteil des BGH vom 18.06.2015 (Az.: I ZR 14/14).

Prof. Dr. Christoff Jenschke, LL.M.