

## Newsletter 3/2012

**Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Leserinnen und Leser,**

noch kurz vor der Sommerpause erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter, der einen Schwerpunkt im Steuer- und Arbeitsrecht sowie Medizinrecht enthält.

Erneut informieren wir Sie zur Rechtsentwicklung zu dem Thema "Abgabe von Zytostatika durch eine Krankenhausapotheke" und geben Ihnen Kommentierungen einer Vielzahl von Urteilen des Bundesarbeitsgerichtes zur Kündigung von Mitarbeitern an die Hand. Unsere Fachanwältin für Medizinrecht, Frau Sylvia Köchling, informiert u.a. über die aktuelle Rechtsprechung zu MDK-Prüfverfahren, die erfreulicherweise zugunsten der Krankenhäuser ausgegangen ist. Von besonderer Wichtigkeit für stationäre Pflegeeinrichtungen sind die Urteile des Bundessozialgerichtes zur gesonderten Berechnung von Investitionskosten, die wir Ihnen auch im Hinblick auf die Auswirkungen auf die Praxis darstellen. Für Aufsichtsräte ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes aufgenommen, die zur Sorgfalts- und Beratungspflicht von Aufsichtsgremien Stellung nimmt.

Nach Abschluss der durchgeführten Prüfungen der Jahresabschlüsse 2011 bei Krankenhäusern und Altenhilfeeinrichtungen geben wir Ihnen eine erste Einschätzung der wirtschaftlichen Lage der genannten Einrichtungen an die Hand. Weiterhin informieren wir Sie über einen kostenlos möglichen IT-Sicherheitscheck und über die Studie der BPG Unternehmensberatungsgesellschaft zum Thema "EDV in Krankenhäusern".

In der bevorstehenden Sommerpause wünschen wir Ihnen gute Erholung und etwas mehr Sonne nach einer regennassen Zeit in den vergangenen Wochen.

**Dipl.-Ing. Jochen Hartung, Wirtschaftsprüfer**  
BPG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

**Golo Busch, Rechtsanwalt**  
BPG Rechtsanwaltsgesellschaft

**Dipl.-Kfm. Andreas Kamp**  
BPG Unternehmensberatungsgesellschaft

## Inhalt

### Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Zur aktuellen Lage der Krankenhäuser [Seite 3](#)

Entwicklung der stationären Altenhilfeeinrichtungen im Jahr 2011 anhand aktueller Vergleichszahlen [Seite 3](#)

Der Ausgleichsbetrag zur Finanzierung der Ausbildungsvergütung in der Altenpflege in NRW und seine Darstellung in der Buchführung [Seite 4](#)

Sensibilisierung für mehr IT-Sicherheit – DsiN-Sicherheitscheck [Seite 5](#)

Übungsleiterfreibetrag parallel zur hauptberuflichen Tätigkeit beim selben Arbeitgeber? [Seite 6](#)

Hinweis zur weiteren Rechtsentwicklung bei der umsatzsteuerlichen Behandlung der Abgabe von Zytostatika durch eine Krankenhausapotheke [Seite 7](#)

### Rechtsanwaltsgesellschaft

Vertragsärzte können nur ausnahmsweise gegen die Bestimmung eines Krankenhauses nach § 116b SGB V klagen [Seite 8](#)

Aktuelle Rechtsprechung zum MDK-Prüfverfahren [Seite 8](#)

Gesteigerte Sorgfaltspflicht von Aufsichtsräten mit Spezialkenntnissen / Beratungspflicht nicht sachkundiger Vorstände [Seite 9](#)

BAG ändert seine Rechtsprechung zur Urlaubsabgeltung: Aufgabe der Surrogattheorie [Seite 10](#)

EuGH: Kein Auskunftsanspruch des abgelehnten Stellenbewerbers, aber... [Seite 11](#)

Entscheidungen des Bundessozialgerichts zur gesonderten Berechnung von Investitionskosten bei Pflegeeinrichtungen [Seite 12](#)

Kunden des Arbeitgebers auf Facebook als „Penner“ bezeichnet – Kündigung möglich? [Seite 13](#)

Zum Begriff des leitenden Angestellten: no hire, no fire [Seite 14](#)

BAG zur Widerruflichkeit der Dienstwagenüberlassung [Seite 15](#)

Bundesfinanzhof zu den Anforderungen an ein Fahrtenbuch [Seite 16](#)

Keine Strafbarkeit von Vertragsärzten wegen Bestechlichkeit [Seite 16](#)

### Unternehmensberatungsgesellschaft

Aktueller Stand und Entwicklungsmöglichkeiten der Krankenhaus-IT [Seite 18](#)

Erfolgreicher Fachtag Altenhilfe [Seite 18](#)

Impressum [Seite 19](#)



Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

## Zur aktuellen Lage der Krankenhäuser

Die Prüfungen der Jahresabschlüsse 2011 der von uns betreuten Krankenhäuser sind im Wesentlichen abgeschlossen. Aufgrund der durchgeführten Prüfungen können wir eine erste Einschätzung der wirtschaftlichen Lage geben. Unsere Erkenntnisse leiten wir dabei ab aus der Prüfung von ca. 70 Krankenhäusern, die schwerpunktmäßig in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen zu finden sind und darüber hinaus in den Bundesländern Hessen, Rheinland Pfalz, Hamburg und Berlin.

Die Ergebnisse der Krankenhäuser insgesamt sind belastet durch die hohen Tarifabschlüsse und teilweise durch den Einkauf von Honorarärzten, wenn Stellen nicht mit Ärzten im Anstellungsverhältnis besetzt werden konnten. Investitionen müssen mit erheblichen Anteilen aus eigenen Mitteln finanziert werden, weil die von den Ländern bereitgestellten Fördergelder bei weitem nicht ausreichen. Die Abschreibungen hieraus belasten die Ergebnisse. Natürlich sind Investitionen unabdingbar erforderlich, damit die Attraktivität des Standortes und die Wettbewerbsfähigkeit in Abgrenzung zu den umliegenden Krankenhäusern erhalten bleiben kann. Das RWI formuliert in seinem aktuellen Krankenhaus-Rating-Report die Notwendigkeit einer EBITDA-Marge (Ergebnis vor Zinsen, Steuern und Abschreibung) von etwa 7 bis 8 %. Diese Marge wird von den Krankenhäusern nach unserer Erfahrung im Regelfall bei weitem nicht erreicht.

Viele Krankenhäuser haben es erreicht, die Tarifsteigerungen durch eine deutliche Mengenausweitung wettzumachen. Allerdings stellen wir auch fest, dass diese Mengenausweitung sich nicht weiter fortsetzt, sondern die Zuwachsraten kleiner werden. Einigen Krankenhäusern ist es nicht gelungen, mit der Kostenentwicklung Schritt zu halten, so dass deutlich negative Betriebsergebnisse ausgewiesen werden. Die BPG Unternehmensberatung begleitet aktuell einige Restrukturierungskonzepte.

Die Mengenentwicklung macht dem Gesetzgeber sorgen, so dass er im Rahmen des Psychiatrie-Entgelt-Gesetzes

ansatzweise versucht, den Mehrmengen mit entsprechenden Mehrleistungsabschlägen auch für mehrere Jahre entgegen zu treten. Vor diesem Hintergrund gelangen einige Krankenhäuser zu der Erkenntnis, dass es nun ans "Eingemachte" gehen muss. Erste Projekte zur Überprüfung der Betriebs- und Organisationsabläufe und zur Optimierung des Personaleinsatzes sind auf dem Weg. Sofern noch nicht geschehen, wird die Vernetzung mit den niedergelassenen Ärzten verstärkt in den Blick genommen durch Gründung von medizinischen Versorgungszentren, der Anbindung von Ärztehäusern an die Krankenhäuser und die Kontaktaufnahme zu den Einweisern zur Lenkung der Patientenströme.

### Ihr Ansprechpartner:

Dipl.-Ing. Jochen Hartung  
Wirtschaftsprüfer/Steuerberater  
BPG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft  
Tel. 0251/48204-12  
E-mail: j.hartung@bpgwp.de

## Entwicklung der stationären Altenhilfeeinrichtungen im Jahr 2011 anhand aktueller Vergleichszahlen

Seit Jahren erstellen wir einen Betriebsvergleich für Altenheime, dessen Ergebnisse wir Ihnen i. d. R. im Herbst des Jahres zur Verfügung gestellt haben. Um näher an den aktuellen Entwicklungen zu sein, werden seit dem Jahr 2010 die Vergleichszahlen zeitnah nach Abschluss der Prüfung zusammengestellt und hinsichtlich wesentlicher Kennzahlen ausgewertet. Die Datenbasis für das Jahr 2011 ist den testierten Jahresabschlüssen von bisher insgesamt 60 geprüften Gesellschaften und Einrichtungen entnommen.

Als statistisches Maß wird der Median verwendet. Der Median (bzw. Zentralwert) halbiert in der Statistik eine Verteilung, d. h. 50 % der Werte der Verteilung sind größer bzw. kleiner als der Median. Er ist gegenüber Ausreißern (extrem abweichenden Werten) deutlich robuster als der Mittelwert. Zusätzlich werden

die sog. Quartilwerte (oberes bzw. unteres Quartil) berechnet. Der obere Quartilwert sagt aus, dass 25 % der Einrichtungen für diesen Wert eine höhere Ausprägung haben bzw. 75 % einen Wert haben, der unter diesem oberen Quartilwert liegt.

Die so ermittelten Werte werden in Schlussbesprechungen bzw. Jahresabschlusspräsentationen verwendet, um vergleichzahlenbasierte Aussagen zur Entwicklung der jeweiligen Altenhilfeeinrichtung tätigen zu können. Trendaussagen zur Entwicklung aller Einrichtungen im Jahr 2011 leiten wir aus dem Vergleich der Kennzahlen mit den Vorjahreswerten ab.

Der Median der Zahl der Heimplätze der bisher einbezogenen Einrichtungen liegt bei 90, wobei jeweils 15 Einrichtungen mind. 112 Plätze bzw. nicht mehr als 72 Plätze vorhalten. Der Median der Umsatzerlöse liegt bei TEUR 3.349 und das obere/untere Quartil der Umsatzerlöse bei TEUR 4.006/TEUR 2.384. Insgesamt lässt sich hieraus schließen, dass grundsätzlich größere Einrichtungen geprüft und in die bisherige Datenbasis eingeflossen sind, denn im Altenheimbetriebsvergleich 2010 liegt der Median der Umsatzerlöse bei TEUR 3.183 (oberes/unteres Quartil: TEUR 3.958/TEUR 2.418).

Wie erwartet ist das operative Ergebnis (Betriebsergebnis I), das die Einrichtungen ausweisen, wieder deutlich negativ. Die Hälfte der Einrichtungen weist ein Betriebsergebnis I aus, das TEUR -35 nicht übersteigt. 15 Einrichtungen weisen ein Betriebsergebnis I aus, das sogar TEUR -105 unterschreitet.

Die Werte des Altenheimbetriebsvergleich 2010 zeigten noch für die Hälfte der einbezogenen Einrichtungen ein ausgeglichenes bzw. positives Betriebsergebnis I (Median: TEUR 0); das untere Quartil lag jedoch schon im Jahr 2010 bei TEUR -100. Die Ursache für die Betriebsergebnisverschlechterung ist, wie in Vorjahren auch, in den nicht bzw. nur zum Teil refinanzierten Tarifsteigerungen sowie insbesondere auch in der Angleichung des AVR-Tarifs an den TVöD zu sehen. Der Personalaufwand je Vollkraft hat sich entsprechend von TEUR 41,4 auf TEUR 42,2 erhöht.

Ein weiterer wichtiger Einflussfaktor ist die Auslastung, die sich aktuell für das Jahr 2011 gegenüber 2010 mit jeweils rd. 98,6 % nicht wesentlich verändert hat.

Das investive Ergebnis ist in der Regel positiv (Median 2011 TEUR 52). Diese Entwicklung führt seit Jahren zu einer Quersubventionierung des defizitären Betriebsergebnis I aus den grundsätzlich zweckgebundenen investiven Überschüssen. Auf strukturelle Probleme dieser Art weisen wir die Einrichtungen gesondert in unseren Prüfungsberichten hin.

In diesem Zusammenhang werden sich aller Voraussicht nach in Folge der Umsetzung der Urteile des 3. Senats des Bundessozialgerichts vom 8. September 2011 (B 3 P 4/10 R, B 3 P 2/11 R, B 3 P 3/11 R, B 3 P 6/10 R) wesentliche Änderungen ergeben. Nach diesen Urteilen wird der „Heranziehung von Bewohnern zu pauschalierten Instandhaltungskosten“ sowie der „Rücklagenbildung für erst in Zukunft anfallende Investitionen“ eine klare Absage erteilt. Auch die Überlegungen im neuen Eckpunktepapier zum WTG gehen dahin, dass die Investitions-

kosten zukünftig „spitz abgerechnet“ werden könnten. Somit könnte sich die Lage der Altenhilfeeinrichtungen evtl. dramatisch verschlechtern, zumal die meisten Einrichtungen - wie beschrieben - das Betriebsergebnis I mit dem Investivergebnis quersubventionieren.

Im Jahr 2011 liegt der Median des Jahresergebnisses bei TEUR 10. Hierbei ist anzumerken, dass jeweils 15 Einrichtungen ein Jahresergebnis ausweisen, das TEUR 88 übersteigt bzw. nicht mehr als TEUR -58 beträgt. Im Jahr 2010 lag der Median für das Jahresergebnis bei TEUR 2 und das obere/untere Quartil bei TEUR 122/TEUR -27.

Die wirtschaftliche Lage der stationären Altenhilfeeinrichtungen hat sich auch im Jahr 2011 nicht positiv entwickelt. Neben den genannten allgemeinen Ursachen für diese Entwicklung können durchaus individuelle Gründe vorliegen, die das Ergebnis der einzelnen Einrichtungen negativ beeinflusst haben bzw. beeinflussen. Diese Gründe bedürfen einer individuellen Analyse, die wir Ihnen mit unserem Beratungsprodukt „Quick-Check“ anbieten. Der „Quick-Check“ bietet Ihnen eine umfassende, individuelle Analyse Ihrer Einrichtung, wobei Werte des Altenheimbetriebsvergleichs als Benchmarks in die Analyse einbezogen werden.

**Ihr Ansprechpartner:**

Dipl.-Kfm. Reinhold Jucks  
Wirtschaftsprüfer/Steuerberater  
BPG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft  
Tel. 0251/48204-15  
E-mail: r.jucks@bpgwp.de

## Der Ausgleichsbetrag zur Finanzierung der Ausbildungsvergütung in der Altenpflege in NRW und seine Darstellung in der Buchführung

Bedingt durch einen heute schon spürbaren Mangel an Fachkräften und auch an Auszubildenden im Bereich der Pflege hat das Land Nordrhein-Westfalen mit Verordnung vom 10. Januar 2012 ein Ausgleichsverfahren in der Altenpflege eingeführt. Ziel dieser Verordnung ist es, Pflegeeinrichtungen und ambulanten Pflegediensten einen Anreiz zur Ausbildung von Altenpflegern/-innen zu geben. Dabei sollen gemäß § 10 Abs. 1 AltPflAusglVO (Altenpflegeausgleichsverordnung) die tatsächlich gewährten Vergütungen für die Auszubildenden ausgeglichen werden.

Finanziert werden soll dies durch einen Ausbildungsfonds, in den alle Pflegeeinrichtungen und ambulanten Pflegedienste zu vier Zeitpunkten im Jahr (15. Januar, 15. April, 15. Juli und 15. Oktober) einzahlen. Für das zweite Halbjahr 2012 wurde durch den Landschaftsverband Westfalen-Lippe der landeseinheitliche Berechnungswert von EUR 2,18 je Tag in der vollstationären Pflege bzw. EUR 0,00279 je abrechenbarem Punkt in der ambulanten Pflege festgelegt. Die Einzahlung

in den Ausgleichsfonds ergibt sich auf Grundlage der jahresdurchschnittlichen Belegung des Jahres 2010 (vollstationäre Pflege) bzw. der im Jahr 2010 abgerechneten Punkte (ambulante Pflege).

Zur Refinanzierung der Einzahlungen in den Ausbildungsfonds erhalten die Einrichtungen automatisch von ihrer zuständigen Pflegekasse eine neue Vergütungsvereinbarung. Die ab dem 1. Juli 2012 gültigen Vergütungsvereinbarungen werden den landeseinheitlichen Betrag zur Vergütung der Altenpflegeausbildung enthalten, den dann alle Bewohner bzw. Patienten zusätzlich zu zahlen haben.

Die Einrichtungen erhalten wiederum zu vier Zeitpunkten im Jahr (1. März, 1. Juni, 1. September und 1. Dezember) die tatsächlich gewährten Ausbildungsvergütungen erstattet.

Für die Buchhaltung ergeben sich drei Geschäftsvorfälle:

1. Die Einzahlungen in den Ausbildungsfonds stellen Aufwendungen dar. Es empfiehlt sich, für diesen Aufwand ein separates Konto in der Buchhaltung anzulegen; dieses ist dem Posten „Sonstige ordentliche Aufwendungen“ (Kontengruppe 772 der Pflegebuchführungsverordnung) zuzuordnen.
2. Die Ausgleichsabgabe stellt einen Bestandteil der Pflegevergütung für die Bewohner bzw. Patienten dar; somit empfiehlt es sich, für die Ausgleichsabgabe vollstationärer Pflegeeinrichtungen eine neue Leistungsart anzulegen und diese gesondert in den Rechnungen auszuweisen. Eine eventuelle Erhöhung – z. B. zum 1. Januar 2013 – könnte so augenscheinlich mit der gesetzlich geforderten Ausgleichsabgabe in Verbindung gebracht werden. Auch in der Buchführung sollte für die neue Leistungsart im Bereich der vollstationären Pflege ein neues Konto angelegt werden. Da die Ausgleichsabgabe Bestandteil der Pflegevergütung ist, ist das Konto dem Posten „Erträge aus allgemeinen Pflegeleistungen“ (Kontengruppen 40 bis 43 der Pflegebuchführungsverordnung) zuzuordnen.
3. Zu weiteren vier Zeitpunkten im Jahr werden, sofern der Ausbildungsfonds zur Erfüllung aller Erstattungsansprüche ausreicht (§ 11 Abs. 2 AltPflAusglVO), die tatsächlich gewährten Ausbildungsvergütungen für die Auszubildenden ausgeglichen. Diese Einzahlungen stellen Zuschüsse dar; es empfiehlt sich, auch für diese Zuschüsse ein separates Konto anzulegen; dieses ist dem Posten „Zuweisungen und Zuschüsse zu Betriebskosten“ (Kontengruppe 44 der Pflegebuchführungsverordnung) zuzuordnen.

Eine Saldierung der Refinanzierung der Ausgleichsbeträge durch die Bewohner bzw. Patienten mit den Einzahlungen der Ausgleichsbeträge in den Ausbildungsfonds sowie eine Saldierung der Personalkosten (Ausbildungsvergütungen) mit den Erstattungen aus dem Ausgleichsfonds scheidet mit Bezug auf das Saldierungsverbot (§ 246 Abs. 2 HGB) aus.

**Ihr Ansprechpartner:**

Dipl.-Bw. (FH) Sven Homm  
BPG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft  
Tel. 0251/48204-0  
E-mail: s.homm@bpgwp.de

## Sensibilisierung für mehr IT-Sicherheit – DsiN-Sicherheitscheck

Kaum ein Unternehmen kommt heutzutage noch ohne ein IT-System aus. Unabhängig von Branche und Unternehmensgröße nimmt zudem die Vernetzung ständig zu.

Doch mit all den Segnungen, die eine funktionierende IT-Infrastruktur mit sich bringt, steigt das Risiko, Opfer von Viren, Würmern oder Datendiebstahl zu werden. Wirtschaftsspionage, in welcher Form auch immer, kann auch kleine und mittlere Unternehmen treffen. Deshalb muss das Thema Sicherheit für jedes Unternehmen, jeden Verantwortlichen und jeden Mitarbeiter als das erkannt werden, was es ist: eine betriebliche und existenzielle Notwendigkeit.

Oft verfügen mittlere und kleine Unternehmen weder über ein Sicherheitskonzept noch wissen sie, welche Lücken in ihrem IT-System existieren.

„Deutschland sicher im Netz e.V.“ (DsiN) hat für diese Problemlage eine sog. Starthilfe Sicherheit entwickelt. Der Verein wurde als Ergebnis des ersten IT-Gipfels der Bundesregierung im Dezember 2006 gegründet. Produktneutral und herstellerübergreifend ist Deutschland sicher im Netz e.V. zentraler Ansprechpartner für Verbraucher und mittelständische Unternehmen. Bei DsiN engagieren sich Unternehmen, Vereine und Branchenverbände. Unter anderem ist auch das Institut der Wirtschaftsprüfer e.V. (IDW) Partner der DsiN. Seit Juni 2007 ist das Bundesministerium des Innern Schirmherr für DsiN.

Der DsiN-Sicherheitscheck unterstützt insbesondere kleine und mittelständische Unternehmen. Dabei sind die wichtigsten und grundlegendsten Maßnahmen bereits durch einen minimalen Aufwand umzusetzen. Nicht nur modernste Technik, sondern auch eine Vielzahl kleinerer, auf den ersten Blick vielleicht unbedeutend erscheinender Maßnahmen bringt jedes Unternehmen in puncto Sicherheit ein gutes Stück nach vorn. Denn nach wie vor ist auch hier der „Faktor Mensch“ von entscheidender Bedeutung.

Wir empfehlen Ihnen den IT-Sicherheitscheck der DsiN durchzuführen. Sie finden diesen kostenlosen Check unter „[www.sicher-im-netz.de/sicherheitscheck](http://www.sicher-im-netz.de/sicherheitscheck)“. Wählen Sie den Sicherheitscheck für Unternehmen, die von ihrem Wirtschaftsprüfer/Steuerberater über das TASK FORCE Projekt des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie informiert wurden. Hier erhalten Sie einen ersten Überblick über den Stand der Informationssicherheit in Ihrem Unternehmen. Sie erfahren, ob und welcher Handlungsbedarf für Ihr Unternehmen

zu datenschutz- und datensicherheitsrechtlichen Aspekten besteht. In der Auswertung zeigen Ihnen technische und organisatorische Handlungsempfehlungen Lösungswege zur Verbesserung Ihrer Datenschutz- und IT-Sicherheitslage auf.

Der Fokus liegt auf der elektronischen Kommunikation mit Ihren Geschäftspartnern, der Verfügbarkeit Ihrer IT-Systeme und mobiler Arbeitsweisen. Beantworten Sie in nur wenigen Minuten 20 Fragen zu folgenden Themenfeldern:

- IT-Infrastruktur/Management
- Internet- und E-Mailnutzung
- Mobile Business
- Datenschutz-/IT-Sicherheits-Management

Nehmen Sie sich ein wenig Zeit, informieren Sie sich, und machen Sie so den ersten wichtigen Schritt in Richtung optimale Sicherheit.

Wir stehen Ihnen gerne für weitere Informationen bzw. für die Auswertung und Interpretation der Ergebnisse des IT-Sicherheitschecks zur Verfügung und helfen Ihnen gerne, Ihre IT-Sicherheit zu verbessern.

**Ihr Ansprechpartner:**

Dipl.-Kfm. Reinhold Jucks  
Wirtschaftsprüfer/Steuerberater  
BPG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft  
Tel. 0251/48204-15  
E-mail: r.jucks@bpgwp.de

## Übungsleiterfreibetrag parallel zur hauptberuflichen Tätigkeit beim selben Arbeitgeber?

Vielfach nutzen gemeinnützige Einrichtungen den sog. Übungsleiterfreibetrag gem. § 3 Nr. 26 des Einkommensteuergesetzes (EStG). Danach sind 175,00 € monatlich oder 2.100,00 € p.a für bestimmte Tätigkeiten von der Einkommensteuer ausgenommen. Neben der Beschäftigung als Übungsleiter kommen hierfür in Betracht Tätigkeiten in der Pflege alter, kranker oder behinderter Menschen und künstlerische Betätigungen.

Eine hauptberufliche Tätigkeit schließt die Inanspruchnahme des Übungsleiterfreibetrages beim selben Arbeitgeber nicht per se aus; wichtig ist aber, dass die beiden Tätigkeiten hinreichend voneinander abgegrenzt sind. Über die Frage, wann eine hinreichende Abgrenzbarkeit vorliegt, hatte kürzlich das Finanzgericht (FG) Düsseldorf, Urteil vom 29. Februar 2012, Az.: 7 K 4364/10 L, zu entscheiden.

**Der Sachverhalt:**

Der Fall betraf eine gemeinnützige Körperschaft, die schulische Ganztagesbetreuung durch eigene pädagogische Fachkräfte anbot. Einige Mitarbeiter boten nachmittags

Arbeitsgemeinschaften im Bereich Kunst oder Sport an, wobei es sich hierbei um freiwillige Angebote der Mitarbeiter handelte, zu denen sich die Schüler gesondert anmelden konnten. Die Tätigkeit in den Arbeitsgemeinschaften wurde gem. § 3 Nr. 26 EStG, mithin einkommensteuerfrei vergütet. Das zuständige Finanzamt akzeptierte dies nicht und forderte die Lohnsteuer mit der Begründung nach, die Tätigkeit als Übungsleiter stehe in direktem Zusammenhang mit der hauptberuflichen Beschäftigung, weswegen die Voraussetzungen des § 3 Nr. 26 EStG nicht vorlägen.

**Die Entscheidung:**

Das FG sah dies anders und entschied zugunsten der Einrichtung bzw. zugunsten der Mitarbeiter: Ganztagesbetreuung und Leitung der Arbeitsgemeinschaften seien ausreichend abgrenzbare Tätigkeiten. Das sei nur dann anders, wenn es sich bei der Arbeitsgemeinschaftstätigkeit um die Erfüllung einer faktischen Nebenpflicht aus der Anstellung handele oder – wie bei der Hauptbeschäftigung – weiterhin eine Weisungsbindung gegenüber dem Arbeitgeber bestehe. Da beide genannten Punkte im zu entscheidenden Fall nicht vorlagen, blieb es bei der Steuerfreiheit der Tätigkeit in den Arbeitsgemeinschaften.

**Praxistipp:**

Oftmals ist bereits fraglich, ob eine bestimmte Tätigkeit überhaupt grds. für eine Vergütung auf Basis des § 3 Nr. 26 EStG in Betracht kommt. Hilfreich hierfür ist eine Liste umfassender Tätigkeiten, die das Bayerische Landesamt für Steuern vorhält: Bayerisches LfSt, Verfügung vom 20. Juli 2011, ESt-Kartei, Karte 1.1 zu § 3 Nr. 26 EStG.

Sodann ist zu prüfen, ob – wenn der Übungsleiterfreibetrag beim selben Arbeitgeber genutzt werden soll – eine hinreichende Abgrenzbarkeit der Tätigkeiten vorliegt oder nicht; diese Abgrenzung ist teilweise durchaus diffizil.

Gern beraten wir Sie in problematischen Fällen bzgl. der gemeinnützigkeitsrechtlichen Handlungsoptionen und reduzierten Risiken durch eine hier sehr wichtige optimale Vertragsgestaltung.

**Ihre Ansprechpartner:**

Dipl.-Bw. (FH) Matthias Kock  
BPG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft  
Tel. 0251/48204-24  
E-mail: m.kock@bpgwp.de

Christoph Noelke  
Rechtsanwalt  
BPG Rechtsanwalts-gesellschaft  
Tel. 0251/48204-17  
E-mail: c.noelke@bpgra.de

## Hinweis zur weiteren Rechtsentwicklung bei der umsatzsteuerlichen Behandlung der Abgabe von Zytostatika durch eine Krankenhausapotheke

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Gerichtsentscheid vom 26. Januar 2012 zur Frage der umsatzsteuerlichen Behandlung der Lieferung von Zytostatika an ambulante Patienten im Krankenhaus Stellung genommen.

In dem Gerichtsentscheid bestätigte der BFH die Auffassung des Finanzgerichts Münster, dass es sich bei der Abgabe von Zytostatika an ambulante Patienten eines Krankenhauses und an Patienten der ermächtigten Ärzte des Hauses um „eng mit dem Betrieb von Krankenhäusern verbundene Umsätze“ im Sinne des § 4 Nr. 16 Buchstabe b) UStG handelt. Dies, so der BFH weiter, folge aus der richtlinienkonformen Auslegung des § 4 Nr. 16 Buchstabe b) UStG auf Grundlage von Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. B der Richtlinie 77/388/EWG.

Die Verabreichung von individuell für den Patienten hergestellten Zytostatika im Rahmen einer ambulanten in einem Krankenhaus durchgeführten ärztlichen Heilbehandlung ist demnach als ein eng mit der ärztlichen Heilbehandlung verbundener Umsatz gemäß § 4 Nr. 16 Buchstabe b) UStG umsatzsteuerfrei. Dabei wird entgegen der Verwaltungsauffassung in Abschnitt 4.14.6 Abs. 3 Nr. 3 UStAE nicht zwischen stationär und ambulant im Krankenhaus zu behandelnden Patienten unterschieden.

Für die Umsatzsteuerbefreiung der Medikamentenabgabe durch eine Krankenhausapotheke ist es daher nicht relevant, ob die Arzneimittel bei der Behandlung ambulanter oder stationärer Patienten eingesetzt werden. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Verabreichung der entsprechenden Arzneimittel für die verfolgte therapeutische Zielsetzung unentbehrlich ist.

Auf Antrag der Finanzverwaltung hat am 15. Mai 2012 eine mündliche Verhandlung vor dem BFH stattgefunden mit dem Ergebnis, dass in dieser Frage der Europäische Gerichtshof (EuGH) angerufen wird. Die entsprechende schriftliche Begründung des BFH zur Vorlage an den EuGH liegt bislang noch nicht vor.

### Fazit:

Betroffene Krankenhäuser sollten eine Änderung der entsprechenden Umsatzsteuerbescheide mit Hinweis auf den Gerichtsentscheid des BFH anstreben oder das Ruhen des Verfahrens beantragen, bis der EuGH in dieser Sache entschieden hat.

### Ihr Ansprechpartner:

Dipl.-Bw. (FH) Matthias Kock  
BPG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft  
Tel. 0251/48204-24  
E-mail: m.kock@bpgwp.de



Rechtsanwaltsgesellschaft

## Vertragsärzte können nur ausnahmsweise gegen die Bestimmung eines Krankenhauses nach § 116b SGB V klagen

Das Bundessozialgericht (BSG) hat mit Urteil vom 15. März 2012 (Az: B 3 KR 13/11 R) erfreuliche Klarheit zu der bis dahin von den Instanzgerichten unterschiedlich entschiedenen Frage geschaffen, ob niedergelassene Vertragsärzte die Bestimmung eines Krankenhauses zur Teilnahme an der ambulanten Versorgung nach § 116b SGB V beklagen können. Nach Ansicht des BSG haben die niedergelassenen Vertragsärzte nur eine eingeschränkte Klagebefugnis, die das Gericht aus dem Grundrecht der Ärzte auf Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 GG) herleitet.

### In dem Terminbericht des BSG vom 16. März 2012 heißt es wörtlich:

„Die Kläger haben als Vertragsärzte jedoch Anspruch auf Schutz ihrer Grundrechte, insbesondere aus Art. 12 und Art. 3 GG. Das setzt voraus, dass eine faktische Konkurrenzsituation bestehen muss und sich darüber hinaus die angefochtene Entscheidung als willkürlich erweist oder eine asymmetrische Wettbewerbssituation geschaffen wird, wodurch die Vertragsärzte in ihrer beruflichen Existenz wesentlich gefährdet werden. Eine derartige Konstellation ist im vorliegenden Fall indes nicht feststellbar.“

Bekanntlich hat sich zum 1. Januar 2012 mit dem Inkrafttreten des GKV-Versorgungsstrukturgesetzes die Rechtslage zu § 116b SGB V grundlegend geändert. Nunmehr gilt das Prinzip „Wer kann, der darf“. Das Krankenhaus muss seine Teilnahme an der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung (ASV) nur noch anzeigen. Einen Bestimmungsbescheid (Verwaltungsakt) wird es künftig nicht mehr geben. Die niedergelassenen Ärzte dürften es daher schwer haben, gegen die Teilnahme von Krankenhäusern an der ASV gerichtlich vorzugehen.

### Ihre Ansprechpartnerin:

Sylvia Köchling  
Rechtsanwältin/Fachanwältin für Medizinrecht  
BPG Rechtsanwaltsgesellschaft  
Tel. 0251/418329-0  
E-mail: s.koechling@bpgra.de

## Aktuelle Rechtsprechung zum MDK-Prüfverfahren

Nachfolgend wollen wir Sie über einige aktuelle Urteile zum Prüfverfahren des Sozialmedizinischen Dienstes (SMD) und des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) informieren.

### Prüfung des SMD muss innerhalb von zwölf Wochen abgeschlossen sein

Das Landessozialgericht (LSG) Saarland hat mit Urteil vom 21. März 2012 (Az: L 2 KR 57/11) entschieden, dass eine Prüfung des SMD der Krankenkasse nicht mehr zeitnah im Sinne des § 275 Abs. 1c Satz 1 SGB V ist, wenn sie nicht innerhalb von zwölf Wochen nach Einleitung des Prüfverfahrens abgeschlossen ist. Wird dieser Zeitraum überschritten, obwohl hierfür kein zureichender Grund vorliegt, ist die Krankenkasse mit allen Einwendungen gegen die Rechnung des Krankenhauses ausgeschlossen, die sich auf die Sachverhaltsermittlung beziehen. Hierzu gehört auch die medizinische Seite der Kodierung, z.B. – wie im zu entscheidenden Fall – die zu klärenden Nebendiagnosen.

Das LSG Saarland lässt ausdrücklich offen, ob seine Grundsatzzentscheidung auch auf den MDK Anwendung findet, da vorliegend nicht der MDK, sondern der SMD gegen das Gebot der zeitnahen Durchführung der Prüfung verstoßen hatte. Der SMD unterscheidet sich jedoch in seiner rechtlichen Stellung wesentlich von derjenigen des MDK, da der SMD nicht wie der MDK eine eigenständige Körperschaft öffentlichen Rechts, sondern personell und organisatorisch Teil der Krankenkasse ist. Daher sei es – so das LSG – gerechtfertigt, einen

Verstoß des SMD gegen das Gebot der zeitnahen Prüfung der Krankenkasse zuzurechnen.

Das Urteil des LSG Saarland ist nicht rechtskräftig (Az. des Bundessozialgerichts (BSG): B 3 KR 21/12 R).

Das BSG wird allerdings demnächst darüber zu entscheiden haben, wann eine Prüfung des MDK noch zeitnah im Sinne des § 275 Abs. 1c Satz 1 SGB V ist (Az. des BSG: B 1 KR 24/11 R). Des Weiteren liegt dem BSG die Fragestellung vor, ob bei beanstandeter Kodierung der MDK einzuschalten ist (Az. des BSG: B 1 KR 14/12 R).

### **Sechs-Wochen-Frist für die Einleitung eines MDK-Prüfverfahrens ist Ausschlussfrist**

Das BSG hat am 16. Mai 2012 (Az: B 3 KR 14/11 R) in einem Grundsatzurteil entschieden, dass es sich bei der Sechs-Wochen-Frist des § 275 Abs. 1c Satz 2 SGB V, innerhalb derer ein MDK-Prüfverfahren einzuleiten ist, um eine gesetzliche Ausschlussfrist handelt.

Ein Verstoß gegen die Einleitung des Prüfungsverfahrens innerhalb der Sechs-Wochen-Frist hat einen Einwendungsausschluss und ein Verwertungsverbot der Krankenkasse zur Folge.

Damit ist diese Frage endgültig höchststrichterlich geklärt.

### **Der Anspruch auf Zahlung der Aufwandspauschale nach § 275 Abs. 1c Satz 3 SGB V besteht auch nach Stellung einer Zwischenrechnung**

Laut einem Urteil des BSG vom 16. Mai 2012 (Az: B 3 KR 12/11 R) hat die Krankenkasse eine Aufwandspauschale zu zahlen, wenn die in § 275 Abs. 1c Satz 3 SGB V genannten Voraussetzungen vorliegen, unabhängig davon, ob das Krankenhaus eine Zwischen- oder Schlussrechnung gestellt hat.

Das klagende Krankenhaus hatte für einen psychiatrischen Patienten (Langlieger) eine Zwischenrechnung gestellt. Der MDK bestätigte die Notwendigkeit der Krankenhausbehandlung. Die Krankenkasse beglich in der Folge alle Rechnungen in voller Höhe. Die Zahlung der Aufwandspauschale lehnte sie jedoch ab, da sie die Auffassung vertrat, dass § 275 Abs. 1c Satz 3 SGB V eine Schlussrechnung voraussetze.

Das BSG gab dem klagenden Krankenhaus Recht. Laut dem Pressebericht des BSG ist die Tatsache, dass das Krankenhaus lediglich eine Zwischenrechnung gestellt hat, unbeachtlich, denn nach Zugang einer Zwischenrechnung (§ 8 Abs. 7 Satz 2 KHEntgG) wird vermutet, dass eine danach erfolgte Beauftragung des MDK regelmäßig der Abrechnungsprüfung dient, vorausgesetzt das Krankenhaus hat alle seine gegenüber der Krankenkasse bestehenden Rechtspflichten erfüllt, insbesondere die Aufnahmeanzeige rechtzeitig und vollständig übermittelt. Selbstverständlich kann die Krankenkasse den MDK auch schon vor Eingang einer (Zwischen-)Rechnung des Krankenhauses mit einer medizinischen Überprüfung, etwa zur Notwendigkeit der Krankenhausbehandlung beauftragen.

Das Urteil hat insbesondere für psychiatrische Krankenhäuser Relevanz, da die psychiatrischen Patienten oftmals Langlieger sind, weshalb nur empfohlen werden kann, den Krankenkassen regelmäßig Zwischenrechnungen zukommen zu lassen.

### **Ihre Ansprechpartnerin:**

Sylvia Köchling  
Rechtsanwältin/Fachanwältin für Medizinrecht  
BPG Rechtsanwalts-gesellschaft  
Tel. 0251/418329-0  
E-mail: s.koechling@bpgra.de

## **Gesteigerte Sorgfaltspflicht von Aufsichtsräten mit Spezialkenntnissen / Beratungspflicht nicht sachkundiger Vorstände**

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit Urteil vom 20. September 2011 – Az. II ZR 234/09 – seine Hinweise zur Beratungspflicht nicht selbst sachkundiger Vorstände bekräftigt (unter a). Darüber hinaus hat er Stellung zum Sorgfaltsmaßstab von Aufsichtsräten mit Spezialkenntnissen genommen und festgestellt, dass Aufsichtsräte mit Spezialkenntnissen einem erhöhten Sorgfaltsmaßstab unterliegen (unter b).

Im vorliegenden Fall klagte der Insolvenzverwalter einer Aktiengesellschaft gegen die Vorstände der Aktiengesellschaft sowie den stellvertretenden Vorsitzenden des Aufsichtsrates auf Schadensersatz wegen der Verletzung der ihnen jeweils obliegenden Sorgfaltspflichten. Im Rahmen der Ausgabe von Aktien der Gesellschaft hatten die Vorstände lediglich eine telefonische Auskunft über die im konkreten Fall komplizierte rechtliche Zulässigkeit der von ihnen gewählten Gestaltung der Gewährung von Aktien eingeholt und eine eigene Plausibilitätskontrolle unterlassen. Der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende hatte der gewählten, im Ergebnis nicht zulässigen, Gestaltung zugestimmt, obwohl er als Rechtsanwalt die Unzulässigkeit der gewählten Gestaltung hätte erkennen müssen.

### **a) Beratungs- und Prüfungspflicht nicht sachkundiger Vorstände**

Der BGH bestätigt seine bisherige Rechtsprechung, nach der strenge Anforderungen an die dem Vorstand obliegende Prüfung der Rechtslage und die Beachtung von Gesetz und Rechtsprechung zu stellen sind. Nach Auffassung des BGH reicht eine schlichte (telefonische) Anfrage bei einer von dem Vorstand für fachkundig gehaltenen Person nicht aus: Vielmehr müssen mehrere Voraussetzungen vorliegen, um eine Haftung des Vorstandes zu vermeiden:

- umfassende Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft gegenüber dem Berater unter Offenlegung der erforderlichen Unterlagen,

- Anfrage an einen unabhängigen und fachlich qualifizierten Berufsträger,
- sorgfältige Plausibilitätskontrolle der Auskunft.

Der BGH führt in seiner Entscheidung aus, dass eine mündliche Beratung insbesondere in solchen Fällen nicht ausreicht, in denen der Sachverhalt weder einfach gelagert noch besonders eilbedürftig ist. Darüber hinaus ist der Vorstand verpflichtet, Auskünfte kritisch einer Plausibilitätsprüfung zu unterziehen. Dabei ist die Rechtslage zu überprüfen und ggf. im Rahmen der Beratung eine oder mehrere Nachfragen zu stellen. Der Umstand, dass ein Gestaltungskonzept von einer Rechtsanwaltsgesellschaft erstellt worden ist, und das Vertrauen in die Fachkompetenz des Beraters, entbindet nicht von der eigenen Plausibilitätsprüfung des Vorstandes. Darüber hinaus birgt eine lediglich mündliche Beratung das Risiko, dass im Nachhinein nicht die erforderlichen Feststellungen für die Plausibilitätskontrolle getroffen werden können.

#### **b) gesteigerte Sorgfaltspflicht von Aufsichtsräten mit Spezialkenntnissen**

Darüber hinaus hat der BGH in seinem Urteil den bisher in der Literatur geführten Streit um den Sorgfaltsmaßstab von Aufsichtsräten mit Spezialkenntnissen beendet. Grundsätzlich unterliegen alle Aufsichtsräte einer Aktiengesellschaft gem. § 116 S. 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG der Sorgfaltspflicht eines sorgfältigen Geschäftsleiters. Umstritten war, ob auch auf Aufsichtsräte mit Spezialkenntnissen lediglich ein durchschnittlicher Sorgfaltsmaßstab anzulegen war. Dem tritt der BGH entgegen. Demnach unterliegt ein Aufsichtsratsmitglied, das über beruflich erworbene Spezialkenntnisse verfügt, in seinem Spezialgebiet insoweit einem erhöhten Sorgfaltsmaßstab. Praxisnah begründet der BGH dies damit, dass die entsprechenden Aufsichtsratsmitglieder nicht selten gerade wegen dieser speziellen Kenntnisse in den Aufsichtsrat gewählt werden.

Für Aufsichtsräte mit Spezialkenntnissen wie Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Rechtsanwälte unterstreicht das Urteil, auch im Rahmen der Wahrnehmung von Aufsichtsratsmandaten, die besonderen Sorgfaltsanforderungen ihres Berufsstandes sowie ihr Spezialwissen umfassend für die Tätigkeitswahrnehmung einzusetzen, da andernfalls eine ggf. zum Schadensersatz verpflichtende Verletzung von Sorgfaltspflichten vorliegen kann.

#### **Fazit**

Dem Urteil kommt über den Einzelfall hinaus besondere Bedeutung zu, da die in ihm bekräftigten bzw. aufgestellten Grundsätze auf Vorstände und Aufsichtsräte anderer juristischer Personen wie dem Verein, der GmbH und der Stiftung übertragbar sind. Zur Vermeidung einer Sorgfaltspflichtverletzung haben Vorstände und Aufsichtsräte die Pflicht, im Falle fehlender eigener Sachkunde qualifizierten Rat einzuholen und diesen auf seine Plausibilität zu prüfen. Dabei haben Aufsichtsräte mit Spezialkompetenzen eine erhöhte Sorgfaltspflicht in ihrem Fachgebiet. Auch die Feststellung der Arbeitshilfe 182 der Deutschen Bischofskonferenz – Soziale Einrichtungen in katholischer Trägerschaft und wirtschaftliche

Aufsicht, dass Fehlverhalten zu sanktionieren und die Verantwortlichen in Haftung zu nehmen sind, unterstreicht die Notwendigkeit der sorgfältigen Ausübung der Vorstands- und Aufsichtsratsstätigkeit.

#### **Ihr Ansprechpartner:**

Christian Staiber  
Rechtsanwalt  
BPG Rechtsanwaltsgesellschaft  
Tel. 0251/418329-20  
E-mail: c.staiber@bpgra.de

## **BAG ändert seine Rechtsprechung zur Urlaubsabgeltung: Aufgabe der Surrogattheorie**

Macht ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis gekündigt wurde, die finanzielle Abgeltung restlicher Urlaubsansprüche erst im Folgejahr geltend, so darf sich nach aktuellster Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Urteil vom 19. Juni 2012, Az.: 9 AZR 652/10) sein Arbeitgeber nicht darauf berufen, dass die Ansprüche verfallen sind, weil sie nicht bis zum Ende des Vorjahres angemeldet wurden.

#### **Der Sachverhalt:**

Das Arbeitsverhältnis des Klägers wurde durch ein rechtskräftiges Urteil eines Arbeitsgerichts zum 31. Juli 2008 aufgelöst. Zu diesem Zeitpunkt standen dem Kläger noch 16 Urlaubstage zu. Den Anspruch auf einen finanziellen Ausgleich für den nicht genommenen Urlaub machte er seinem Arbeitgeber gegenüber jedoch erst in der ersten Januarwoche des Folgejahres geltend. Fraglich war, ob dies zu spät war.

Diese Auffassung vertrat der Arbeitgeber; denn gemäß § 7 Absatz 3 Satz 1 BUrlG muss ein Erholungsurlaub im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden. Das aber gelte auch für die Abgeltung nicht genommenen Urlaubs, so der Arbeitgeber. Er wies die Forderung seines Ex-Mitarbeiters daher als unbegründet zurück.

#### **Die Entscheidung:**

Der Arbeitgeber hat die Zahlung zu Unrecht verweigert, urteilten die Richter des BAG. Anders als die Vorinstanzen gaben sie der Klage des ehemaligen Beschäftigten statt.

In Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung (sog. Surrogattheorie) bestand der Anspruch des Klägers auf Abgeltung seines zum Zeitpunkt seiner Entlassung nicht genommenen Urlaubs nach Ansicht des Gerichts über den 31. Dezember 2008 fort, „denn der gesetzliche Urlaubsabgeltungsanspruch unterfällt als reiner Geldanspruch unabhängig von der Arbeitsunfähigkeit oder Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers nicht dem Fristenregime des Bundesurlaubsgesetzes“, so die Argumentation der Richter.

Der Kläger war daher nicht dazu verpflichtet, zur Wahrung seiner Rechte die Abgeltung seines Urlaubs bereits im Jahr

seiner Entlassung zu verlangen. Zur Begründung ihrer Entscheidung beriefen sich die Richter auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aus dem Jahr 2009. Dieser hatte entschieden, dass der Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers, der wegen einer lang anhaltenden Krankheit nicht dazu in der Lage ist, seinen Jahresurlaub innerhalb der gesetzlichen Fristen zu nehmen, nicht verfallen ist. Sachliche Gründe dafür, warum für einen arbeitsfähigen Beschäftigten nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses andere Regeln für den Verfall der Abgeltung seiner Urlaubsansprüche gelten sollten als für einen arbeitsunfähigen Arbeitnehmer, sahen die Richter nicht.

**Praxistipp:**

Die Rechtsprechung zum Urlaub im Allgemeinen und der zum Urlaub bei Langzeiterkrankung und zur Urlaubsabgeltung im Besonderen hat sich in der jüngeren Vergangenheit mehrfach erheblich gewandelt.

Wir beraten Sie in Zweifelsfällen kompetent bzgl. der Frage, was sie gewähren bzw. bezahlen müssen und was nicht.

**Ihre Ansprechpartner:**

Golo Busch  
 Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht  
 BPG Rechtsanwalts-gesellschaft  
 Tel. 0251/48204-13  
 E-mail: g.busch@bpgra.de

Christoph Noelke  
 Rechtsanwalt  
 BPG Rechtsanwalts-gesellschaft  
 Tel. 0251/48204-17  
 E-mail: c.noelke@bpgra.de

**EuGH: Kein Auskunftsanspruch des abgelehnten Stellenbewerbers, aber...**

In unserem letzten Newsletter hatten wir Ihnen den damaligen Verfahrensstand vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) bzgl. der Frage dargelegt, ob der abgelehnte Stellenbewerber einen Anspruch auf Auskunft dahin gehend hat, wer letztendlich eingestellt wurde und welche Kriterien für die Einstellung der ausgewählten Person maßgeblich waren. Inzwischen liegt die Entscheidung des EuGH (Urteil vom 19. April 2012, Az.: Rs-C 416/10 „Meister“) vor:

**Der Sachverhalt:**

Die Informatikerin Galina Meister fühlte sich diskriminiert, weil sie von einem IT-Unternehmen nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden war, obwohl die Stellenausschreibung dann noch ein zweites Mal erschien. Aus ihrer Sicht war klar, dass ihr russisch klingender Name, ihr Alter und ihr Geschlecht für den Arbeitgeber eine Rolle gespielt haben. An ihrer Qualifikation könne es keinesfalls gelegen haben.

Frau Meister beehrte Auskunft und das Bundesarbeitsgericht (BAG) legte dem EuGH die beiden folgenden Rechtsfragen vor:

- ob Arbeitnehmer, die schlüssig darlegen, dass sie die in einer Stellenausschreibung genannten Voraussetzungen erfüllen, bei Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung aus dem Unionsrecht einen Auskunftsanspruch gegen den Arbeitgeber haben, ob er einen anderen Bewerber eingestellt hat, und, wenn ja, aufgrund welcher Kriterien, sowie
- ob der Umstand, dass der Arbeitgeber die geforderte Auskunft nicht erteilt, eine Tatsache ist, die das Vorliegen der vom Arbeitnehmer behaupteten Diskriminierung vermuten lässt.

**Die Entscheidung:**

Unsere Prognose, dass der EuGH den Schlussanträgen folgen wird, war richtig. Leider.

Denn danach hat der EuGH den Auskunftsanspruch des abgelehnten Stellenbewerbers (Frage 1) zwar grds. verneint, Frage 2 jedoch grds. bejaht:

Danach kann nunmehr offenbar das, was der Arbeitgeber nicht sagt, ihm gleichwohl doch zum Nachteil gereichen. Dies führt im vorliegenden Fall dazu, dass der Arbeitgeber die „Diskriminierungsindizien“ nun widerlegen muss.

Zu diesen zu berücksichtigenden Indizien gehört lt. EuGH insbesondere auch die Verweigerung jeglicher Information zum Ausgang des Bewerbungsverfahrens. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass eine solche Auskunftsverweigerung das Vorliegen einer Diskriminierung indiziert. Im Streitfall kommt hinzu, dass der Beklagte nicht bestreitet, dass Frau Meister für die ausgeschriebene Stelle hinreichend qualifiziert war, und er sie trotzdem nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen hat.

**Praxistipp:**

Das Urteil ist wenig geeignet, Rechtssicherheit zu schaffen, hingegen einmal mehr sehr gut geeignet, ein Kopfschütteln über die Rechtsprechung des EuGH hervorzurufen.

Wir empfinden das Urteil als Angriff auf die Privatautonomie und sehen die Entstehung problematischer Folgefragen wie etwa diejenige, ob die Mitteilung, wen man denn nun eingestellt habe, datenschutzrechtlich auf Bedenken stoßen muss.

Wir bleiben zusammenfassend trotz des Urteils bei unserem Rat, im Absageschreiben auch weiterhin keine Ablehnungsgründe mitzuteilen und selbst die Mitteilung, man habe sich für eine/n andere/n Bewerber/in entschieden in dieser Art und Weise geschlechtsneutral zu formulieren. Absagen sollten erst dann vorgenommen werden, wenn das Bewerbungsverfahren wirklich abgeschlossen und jemand eingestellt ist, damit nicht ein abgelehnter Bewerber auf einen „zweiten Durchlauf“ aufmerksam werden kann.

Grundsätzlich gilt, dass man Auskunftsbegehren – selbst

solchen von Rechtsanwälten - niemals ungeprüft Folge leisten sollte. Denn was mit dem Auskunftsanspruch intendiert ist, ist oftmals ersichtlich negativ für den Arbeitgeber.

Sollte im Nachgang zum Bewerbungsverfahren ein Auskunftsbegehren bei Ihnen eingehen, helfen wir Ihnen gerne, hier in einer das Risiko minimierenden Art zu reagieren.

**Ihre Ansprechpartner:**

Golo Busch  
Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BPG Rechtsanwalts-gesellschaft  
Tel. 0251/48204-13  
E-mail: g.busch@bpgra.de

Christoph Noelke  
Rechtsanwalt  
BPG Rechtsanwalts-gesellschaft  
Tel. 0251/48204-17  
E-mail: c.noelke@bpgra.de

## Entscheidungen des Bundessozialgerichts zur gesonderten Berechnung von Investitionskosten bei Pflegeeinrichtungen

Das Bundessozialgericht (BSG) hat in vier Verfahren am 8. September 2011 grundlegend über die Zulässigkeit der gesonderten Berechnung von Investitionsaufwendungen bei geförderten Einrichtungen entschieden. Inzwischen liegen die veröffentlichten Urteilsbegründungen zu den vier Urteilen des 3. Senats des BSG vom 8. September 2011 zu den Aktenzeichen B 3 P 2/11 R, B 3 P 3/11 R; B 3 P 4/10 R und B 3 P 6/10 R vor. Die Urteile werden von allen Fachleuten als bahnbrechend bewertet und verdienen deshalb eine besondere Berücksichtigung.

In der Fachliteratur werden die Urteile als ein „Paradigmenwechsel“ in der Finanzierung von Pflegeeinrichtungen bewertet. Bei der Würdigung der Urteile ist zu berücksichtigen, dass drei der klagenden Einrichtungen sog. Art. 52-Einrichtungen in Sachsen-Anhalt sind, die zu 100% durch Zuschüsse der öffentlichen Hand gefördert worden sind. Die vierte klagende Einrichtung ist in Bayern beheimatet und ebenfalls öffentlich gefördert.

Grundnorm für die Pflegevergütung ist § 82 Abs. 1 SGB XI. Danach müssen die Vergütungssätze so beschaffen sein, dass sie es dem Einrichtungsträger „bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen“. Das schließt grundsätzlich auch das Interesse ein, „Überschüsse“ erzielen zu können. Daraus hat der erkennende Senat abgeleitet, dass die Vergütung für stationäre Pflegeleistungen grundsätzlich die Kosten einer Einrichtung hinsichtlich der voraussichtlichen Gestehungskosten unter Zuschlag einer angemessenen Vergütung ihres

Unternehmerrisikos und eines etwaigen zusätzlichen persönlichen Arbeitseinsatzes sowie einer angemessenen Verzinsung ihres Eigenkapitals zu decken hat, soweit ihr Aufwand den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung entspricht.

Inhaltlich legt das BSG in seinen Urteilen den § 82 Abs. 3 SGB XI aus. § 82 Abs. 3 SGB XI regelt einen Ausgleich dafür, dass der von einem Träger aufgebrachte Investitionsaufwand im Rahmen der „dualen Finanzierung“ von Pflegeeinrichtungen weder durch die Vergütung der allgemeinen Pflegeleistungen noch der Unterkunft und der Verpflegung zu decken ist. Bundesrechtlich umlagefähig sind dem Grunde nach nur tatsächlich bereits angefallene und wegen § 82 Abs. 2 SGB XI nicht durch die Vergütung nach § 82 Abs. 1 SGB XI gedeckte pflegeinfrastrukturbezogene Aufwendungen, die der Einrichtungsträger nicht dauerhaft selbst tragen soll. Den Entscheidungsgründen ist die Klarstellung zu entnehmen, dass nur tatsächliche betriebsnotwendige Investitionsaufwendungen umlagefähig sind. Demnach ist die Umlage fiktiver Eigenkapitalzinsen, die Rücklagenbildung für spätere Investitionen sowie der Ansatz von Pauschalen für Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten unzulässig. Die Richter sind der Ansicht, dass nur die tatsächlich angefallenen und nachgewiesenen Instandsetzungs- und Instandhaltungskosten umlagefähig sind.

Durch die Urteile wird aber auch klargestellt, dass die Träger der Pflegeeinrichtungen nicht enteignungsgleich „gezwungen“ werden können, ihre Leistungen unterhalb der Gestehungskosten anzubieten. Grundstücksbezogene Kosten sind somit umlagefähig, wenn es sich um Aufwendungen für trägerfremde Betriebsgrundstücke handelt. So werden beispielsweise Erbbauzinsen den Grundstücksmieten gleichgestellt.

Problematisch sind die Entscheidungsgründe des Urteils zum Aktenzeichen B 3 P 4/10 R deshalb, weil in den Entscheidungsgründen die Frage aufgeworfen wird, ob gemeinnützige Einrichtungen überhaupt eine Eigenkapitalverzinsung geltend machen dürfen oder ob die Gemeinnützigkeit dem entgegensteht. Diese Frage wird zwar mangels Erheblichkeit in diesem Verfahren offen gelassen, aber es besteht die Befürchtung, dass sich das BSG zukünftig kritisch mit dieser Frage auseinandersetzen wird.

Den Urteilsgründen ist auch zu entnehmen, dass für die Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Vergütungsbeziehungen zwischen Einrichtungen und Heimbewohnern aufgrund seiner Gesetzgebungszuständigkeit der Bundesgesetzgeber vorrangig zuständig ist. Die Länder sind hier zu eigener Gesetzgebung nicht befugt. Soweit solche Regelungen in einzelnen Bundesländern auf der Grundlage einer nach der Rechtsprechung des Senats mit Bundesrecht nicht zu vereinbarenden Auslegung von § 82 SGB XI gleichwohl betroffen worden sind, werden die Landesgesetzgeber aufgefordert entsprechende Änderungen bis Ende 2012 vorzunehmen.

Eine grundsätzliche Bewertung dieser vier Urteile ist gegenwärtig aus zwei Gründen nicht möglich. Die Urteile geben Leitlinien für die Umlage von Investitionskosten auf Heimbewohner bei geförderten Einrichtungen vor. Ob diese

Grundsätze auch auf nicht geförderte Einrichtungen anzuwenden sind, ist gegenwärtig ungeklärt. Die Richter haben der Abrechnungspraxis zahlreicher Bundesländer die „rote Karte“ gezeigt. Entweder muss der Bundesgesetzgeber im Rahmen der Pflegereform eine Änderung des § 82 SGB XI vornehmen oder die betroffenen Länder müssen ihre Gesetze und Durchführungsverordnungen bis Ende 2012 den Vorgaben des BSG anpassen.

Ob die BSG-Rechtsprechung Risiken oder vermehrt Chancen für Pflegeeinrichtungen bringt, kann allgemein nicht vorausgesagt werden. Vielmehr müssen die Chancen und Risiken der neuen Rechtslage individuell bewertet werden.

Auch die Frage, ob die BSG-Urteile die Rahmenbedingungen für die Finanzierung von Investitionskosten verbessern, kann gegenwärtig nicht beantwortet werden. Dies ist davon abhängig, welche Änderungen unter Berücksichtigung der Urteilstvorgaben auf Landesebene erfolgen werden. Fest steht wohl, dass sich die Träger ab 2013 auf neue Verfahren zur gesonderten Berechnung ihrer Investitionskosten einzustellen haben. Handlungsbedarf besteht aber, dies ist schon jetzt erkennbar, für Einrichtungen, die Verluste aus dem Pflegebetrieb mit einem Überschuss aus den Investitionskostenentgelten quersubventioniert haben. Für diese Einrichtungen gilt schon heute sich Möglichkeiten zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit zu erschließen.

#### Praxistipp:

Es gilt zunächst: Keine Hektik, keine vorschnellen Umstrukturierungen, sondern „Geschäftsführung der ruhigen Hand“. Es gilt abzuwarten und zu verfolgen, wie der Bundesgesetzgeber bzw. die Bundesländer die Vorgaben des BSG umsetzen werden. Gestaltungsmodelle wie Mietmodelle oder Betriebsaufspaltungen können bereits geprüft und angedacht werden. Von einer voreiligen Umsetzung wird aber abgeraten. Es ist auch gegenwärtig ungeklärt, ob Betriebsaufspaltungen von den Landesbehörden akzeptiert werden. Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

#### Ihr Ansprechpartner:

Golo Busch  
Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BPG Rechtsanwalts-gesellschaft  
Tel. 0251/418329-0  
E-mail: g.busch@bpgra.de

## Kunden des Arbeitgebers auf Facebook als „Penner“ bezeichnet – Kündigung möglich?

Im Folgenden informieren wir Sie über einen Fall privater Äußerungen in einem sozialen Netzwerk über einen Kunden des Arbeitgebers.

Eine Arbeitnehmerin äußerte in einem sozialen Netzwerk

(„Facebook“) heftige Kritik an einem Kundenunternehmen ihres Arbeitgebers, wovon der Kunde erfuhr. Daraufhin kündigte der Arbeitgeber nach Zustimmung der entsprechenden Behörde der schwangeren Arbeitnehmerin, die sich hiergegen klageweise zur Wehr setzte. Im Rahmen eines Prozesskostenhilfesuchts musste jetzt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (VGH) über die Erfolgsaussichten dieser Klage entscheiden (VGH, Beschluss vom 29. Februar 2012, Az.: 12 C 12.264).

#### Der Sachverhalt:

Die Mitarbeiterin eines Sicherheitsdienstes hatte sich über einen Kunden ihres Arbeitgebers mit folgendem „Posting“ auf ihrer Facebook-Seite geäußert:

*„Boah kotzen die mich an von (Firma X), da sperren sie einfach das Handy, obwohl man schon bezahlt hat ... und dann behaupten die, es wären keine Zahlungen da. Solche Penner ... Naja, ab nächsten Monat habe ich einen neuen Anbieter ...“*

Besonders delikat war dies insofern, als dass die Mitarbeiterin im Empfangsreich gerade dieses Kundenunternehmens eingesetzt war, das zahlreiche weitere Mitarbeiter des Arbeitgebers beschäftigte. Daher reagierte der Arbeitgeber hart und sprach die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus.

#### Die Entscheidung:

Das Gericht musste sich hier insbesondere mit der Abgrenzung zwischen zulässiger, grundrechtlich geschützter Meinungsäußerung und unzulässiger Schmähdiskussion befassen. Dazu kamen rein tatsächliche Erwägungen wie etwa diejenige, wie privat oder öffentlich Facebook-Einträge überhaupt sind, d. h., ob die Mitarbeiterin überhaupt mit einer Kenntnisnahme Dritter über ihren Bekanntenkreis hinaus rechnen musste.

Der VGH musste sich mit dem Antrag der Klägerin auf Prozesskostenhilfe, mithin um die Erfolgsaussichten der Klage befassen. Diese hat der VGH bejaht und der Klägerin unter Aufhebung der abschlägigen Entscheidung der ersten Instanz Prozesskostenhilfe gewährt.

Die Münchener Richter haben ihre Entscheidungen im Wesentlichen auf folgende Erwägungen gestützt:

Nach dem Mutterschutzgesetz genießt eine Schwangere Kündigungsschutz nach besonders strengen Maßstäben. Das Gewerbeaufsichtsamt hatte der Kündigung zwar dennoch zugestimmt mit der Begründung eines schweren Verstoßes gegen die Treuepflicht und die Betriebsdisziplin. Der VGH jedoch hält es für zumutbar, dass der Arbeitgeber die Mitarbeiterin bei anderen Kunden als der betroffenen Telefongesellschaft einsetzt.

Nach Auffassung des Gerichts durfte die Angestellte zudem darauf vertrauen, dass ihre Äußerung im privaten Bereich von Facebook im Kreis ihrer persönlichen Kontakte bleibt, also nicht zu Dritten wie dem Arbeitgeber oder dessen Kunden getragen wird.

Zudem komme es bei der Frage, ob Äußerungen wie „kotzen die mich an“ oder „solche Penner“ überhaupt ehrverletzende Schmähkritik sind, auf den Zusammenhang an. Da es hier um das Verhalten des Kundenunternehmens im Zusammenhang mit einem Mobilfunkvertrag ging, sahen die Richter die Äußerungen noch vom Grundrecht auf freie Meinungsäußerung gedeckt und formulierten wörtlich: „Unter der Geltung des Grundgesetzes entscheidet allein die Klägerin, was sie ‚ankotzt‘ und was nicht“ und zur „Penner“-Bezeichnung: „Ganz allgemein gilt der Begriff als Synonym für Trägheit und Schläfrigkeit.“

Die Entscheidung über das Hauptsacheverfahren steht noch aus.

#### **Praxistipp:**

Nicht alles, was auf den ersten Blick als „heftigster No-Go“ erscheinen mag, stellt eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung dar, die eine Kündigung zu tragen vermag.

Das gilt nicht nur in Fällen wie dem hiesigen, in dem Sonderkündigungsschutz besteht und die Zustimmung der Aufsichtsbehörde erforderlich ist, sondern auch in „normalen“ Fällen. Es ist stets eine sorgfältige Einzelfallbetrachtung erforderlich.

Gern beraten wir Sie in problematischen Fällen bzgl. der arbeitsrechtlich zulässigen Handlungsoptionen.

#### **Ihre Ansprechpartner:**

Golo Busch  
Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BPG Rechtsanwaltsgesellschaft  
Tel. 0251/48204-13  
E-mail: g.busch@bpgra.de

Christoph Noelke  
Rechtsanwalt  
BPG Rechtsanwaltsgesellschaft  
Tel. 0251/48204-17  
E-mail: c.noelke@bpgra.de

## **Zum Begriff des leitenden Angestellten: no hire, no fire**

Nicht jede Führungskraft ist auch leitender Angestellter im Rechtssinne. Dabei ist zwischen dem betriebsverfassungsrechtlichen und dem kündigungsschutzrechtlichen Begriff des leitenden Angestellten zu unterscheiden. Wir möchten Ihnen nachfolgend die hohe Relevanz und die Abgrenzungskriterien näher bringen, da die Statusfrage „leitender Angestellter ja oder nein?“ massive Auswirkungen auf die Rechtsposition des betroffenen Mitarbeiters im Falle einer Kündigung haben. Denn § 14 Abs. 2 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) lautet wie folgt:

*„Auf Geschäftsführer, Betriebsleiter und ähnliche leitende Angestellte, soweit diese zur selbstständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind, finden die Vorschriften dieses Abschnitts mit Ausnahme des § 3 Anwendung. § 9 Abs. 1 Satz 2 findet mit der Maßgabe Anwendung, dass der Antrag des Arbeitgebers auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses keiner Begründung bedarf.“*

Liegen die Voraussetzungen für eine Kündigung also bspw. eigentlich gar nicht vor, führt dies gleichwohl noch nicht dazu, dass der Mitarbeiter, der leitender Angestellter im Rechtssinne ist, die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses durchsetzen kann. Denn der Arbeitgeber kann dann einen sogenannten Auflösungsantrag gem. § 9 KSchG stellen - und muss diesen gegenüber leitenden Angestellten nicht begründen. Das Arbeitsgericht wiederum muss dann das Arbeitsverhältnis durch ein Auflösungsurteil beenden und eine Abfindung festsetzen (§ 10 KSchG), die in der Regel nicht mehr als zwölf Monatsverdienste betragen darf.

Wegen dieser deutlichen Erleichterung der Lösungsmöglichkeit ist oft streitig, ob denn der betroffene Mitarbeiter leitender Angestellter war oder nicht.

#### **Die Entscheidung:**

Hierzu hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Urteil vom 14. April 2011, 2 AZR 167/10 seine bisherige Auffassung erneut untermauert und klargestellt:

Danach ist nur derjenige ein leitender Angestellter, der „zur selbstständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt ist“. Diese Erkenntnis kann man bereits dem Wortlaut des § 14 Abs. 2 KSchG entnehmen. Das BAG hat aber einige erfreuliche Klarstellungen geschaffen: So genügt lt. BAG ein lediglich mittelbarer Einfluss auf die Einstellungsentscheidung dabei nicht, weswegen nur solche Führungskräfte unter diese Vorschrift fallen, die sowohl nach der Kompetenzregelung im Innenverhältnis als auch im Außenverhältnis selbstständig einstellen und entlassen dürfen. Eine Einflussnahmemöglichkeit etwa während des Bewerberauswahlverfahrens genügt nach der genannten Argumentation des BAG nicht.

Die Personalkompetenz muss zudem einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausmachen und darf nicht nur auf dem Papier stehen. Letzterer Aspekt bestätigt einmal mehr, dass es nicht genügt, einen „arbeitgeberfreundlichen“ Vertrag zu gestalten, sondern dass die praktische Durchführung den vertraglichen Vereinbarungen auch entsprechen muss, widrigenfalls die tatsächliche Handhabung ausschlaggebend ist.

Die Rechtsprechung des BAG führt zu mitunter erstaunlichen Ergebnissen: So kann danach der Restaurantleiter einer größeren Restaurantkette leitender Angestellter sein, wenn er selbst Küchen- und Bedienungspersonal einstellen und entlassen kann. Dagegen erfüllt der Hauptabteilungsleiter eines großen Industrieunternehmens kündigungsrechtlich nicht den Status eines leitenden Angestellten, wenn er nicht zu selbstständiger Einstellung und Entlassung berechtigt ist.

Es kommt daher nicht auf die Tragweite und Bedeutung der Leitungsfunktion, sondern allein auf die beschriebene Personalkompetenz an. Daher genießen viele Führungskräfte „vollen“ Kündigungsschutz.

Der betriebsverfassungsrechtlichen Begriff des leitenden Angestellten (§ 5 BetrVG) hingegen ist deutlich weiter. Selbst Mitarbeiter, die nach dem BetrVG leitende Angestellte sind und daher bspw. nicht an Betriebsratswahlen teilgenommen haben, können daher unter den vollen Kündigungsschutz fallen.

#### Praxistipp:

Die „Statusfrage“ ist von enormer Wichtigkeit insbes. bei Beendigungstatbeständen. Dabei sind insbes. die Unterschiede zwischen dem leitenden Angestellten nach dem KSchG und nach dem BetrVG zu differenzieren. Während zum Beispiel der mit Prokura ausgestattete Leiter der Vertriebsabteilung eines Unternehmens leitender Angestellter nach § 5 BetrVG ist, heißt dies noch lange nicht, dass er zugleich auch leitender Angestellter nach § 14 KSchG ist.

Noch spannender wird die Statusfrage bei Geschäftsführern. Denn auch diese können – ganz ausnahmsweise! – Arbeitnehmerstatus haben! Dies gilt seit der Danosa-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 11. November 2010, Az.: Rs.-C 232/09) insbesondere im Bereich des Sonderkündigungsschutzes.

Wir helfen Ihnen, Beendigungstatbestände professionell zu prüfen und mit Ihnen die richtigen Schritte zu gehen, um unliebsame Überraschungen im Prozess zu vermeiden.

#### Ihre Ansprechpartner:

Golo Busch  
Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BPG Rechtsanwaltsgesellschaft  
Tel. 0251/48204-13  
E-mail: g.busch@bpgra.de

Christoph Noelke  
Rechtsanwalt  
BPG Rechtsanwaltsgesellschaft  
Tel. 0251/48204-17  
E-mail: c.noelke@bpgra.de

## BAG zur Widerruflichkeit der Dienstwagenüberlassung

Vielfach werden Mitarbeitern Dienstwagen überlassen, in aller Regel auch zur privaten Nutzung. Wenn dann ein solcher Mitarbeiter irgendwann bspw. freigestellt wird, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber die Überlassung des Fahrzeugs widerrufen und es herausverlangen kann. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte jüngst über die Wirksamkeit einer entsprechenden Klausel zu entscheiden und urteilte zu Gunsten des Arbeitgebers (BAG, Urteil vom 21. März 2012, Az.: 5 AZR 651/10).

#### Der Sachverhalt:

Der Arbeitnehmerin war ein Dienstwagen überlassen worden, den sie auch zu privaten Zwecken nutzen durfte. Im Rahmen der monatlichen Entgeltabrechnung wurde hierfür ein geldwerter Vorteil in Höhe von 277,00 € versteuert. Als die Arbeitnehmerin das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitgeberin zum 30. Juni des Jahres kündigte, wurde die Arbeitnehmerin freigestellt. Unter Berufung auf den zwischen den Parteien geschlossenen Dienstwagenvertrag widersprach die Arbeitgeberin die Dienstwagenüberlassung und forderte das Fahrzeug Anfang Juni heraus. Die entsprechende Klausel im Dienstwagenvertrag lautete:

*„Der Arbeitgeber behält sich vor, die Überlassung des Dienstwagens zu widerrufen, wenn und solange der Pkw für dienstliche Zwecke seitens des Arbeitnehmers nicht benötigt wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses von der Arbeitsleistung freigestellt wird. [...]“*

Die Arbeitnehmerin gab das Fahrzeug heraus, forderte jedoch für den Monat Juni anteilig eine Nutzungsausfallentschädigung, da sie das zur Verfügung gestellte Fahrzeug den größten Teil des Monats nicht privat nutzen konnte.

#### Die Entscheidung:

Entgegen den beiden Vorinstanzen hielt das BAG die Klausel für wirksam. Insbesondere halte die Klausel einer Kontrolle gem. den Regeln über allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB-Kontrolle, §§ 305 ff. BGB) stand, weil sie weder eine unangemessene Benachteiligung darstelle, noch intransparent sei o.ä.

Ebenso sei es zulässig, die Privatnutzungsmöglichkeit an die betriebliche Nutzung zu knüpfen. Zusammenfassend habe der Arbeitgeber hier grds. die Möglichkeit gehabt, die Überlassung zu widerrufen und das Fahrzeug herauszufordern.

Dennoch hat das BAG hier der Klage der Arbeitnehmerin auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung stattgegeben. Dies hat das BAG damit begründet, dass der Arbeitgeber hier ermessensfehlerhaft i. S. d. § 315 BGB gehandelt habe: Der Arbeitgeber habe nicht dargelegt, warum er unmittelbar nach der Eigenkündigung der Arbeitnehmerin das Fahrzeug herausverlangt habe. Zudem warf das Gericht in die Waagschale, dass die Arbeitnehmerin kein anderes Fahrzeug zur Verfügung gehabt habe und außerdem die Versteuerung für den gesamten Monat erfolgt sei, obwohl sie das Fahrzeug Anfang Juni herausgegeben habe.

#### Praxistipp:

Auch wenn die Arbeitnehmerin hier obsiegt hat, stellt das Urteil des BAG letztlich dennoch inhaltlich eine arbeitgeberfreundliche, klarstellende Entscheidung dar. Geklärt ist jetzt, dass eine Klausel wie die o.g. grundsätzlich wirksam ist. Wenn von der Widerrufsklausel Gebrauch gemacht wird, sollte der Arbeitgeber allerdings darauf achten, dass er dies sorgfältig begründet. Wenn er bspw. darlegt, dass das Fahrzeug nunmehr für einen anderen Mitarbeiter benötigt wird, steht zu erwarten, dass dem Herausgabeverlangen gefolgt

werden muss, ohne dass der Arbeitgeber eine Nutzungsent-schädigung zu zahlen hat.

Wir beobachten, dass vielfach bei der Überlassung von Kraft-fahrzeugen schlechte oder gar keine Regelungen getroffen werden, was angesichts des i. d. R. durchaus beträchtlichen Wertes des Wirtschaftsgutes „Kfz“ durchaus verwundert. Gern fertigen wir für Sie taugliche Vertragsbausteine oder ganze Kfz-Nutzungsüberlassungsvereinbarungen, damit in Streit- und Schadensfällen, die in vielerlei Konstellationen eintreten können, Ihre Risiken minimiert sind.

**Ihre Ansprechpartner:**

Golo Busch  
Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BPG Rechtsanwalts-gesellschaft  
Tel. 0251/48204-13  
E-mail: g.busch@bpgra.de

Christoph Noelke  
Rechtsanwalt  
BPG Rechtsanwalts-gesellschaft  
Tel. 0251/48204-17  
E-mail: c.noelke@bpgra.de

## Bundesfinanzhof zu den Anforderungen an ein Fahrtenbuch

Bekanntlich kann bei der Privatnutzung eines Firmenfahr-zeugs hinsichtlich der Art und Weise der Lohnversteuerung des geldwerten Vorteils gewählt werden zwischen der sog. 1 %-Regelung oder der Führung eines Fahrtenbuches. Letzteres ist aufwendiger, kann jedoch je nach Fallgestaltung deut-lich günstiger sein. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass ein Fahrtenbuch sorgfältig zu führen ist und einige Pflichtan-gaben enthalten muss. Ein „Nachliefern“ von Informationen ist nicht zulässig, wie der Bundesfinanzhof (BFH) mit Urteil vom 1. März 2012 (Az.: VI R 33/10) jüngst entschied:

**Der Sachverhalt:**

Die klagende GmbH hatte ihrem Gesellschaftergeschäfts-führer (Gf.) einen Dienstwagen überlassen. Sie begehrte im Rahmen der von ihr als Arbeitgeberin durchzuführen-den Lohnsteueranmeldung, den für die Dienstwagenüber-lassung anzusetzenden geldwerten Vorteil nicht mit der 1%-Regelung, sondern auf Grundlage der von F geführ-ten Fahrtenbücher zu versteuern. Die Fahrtenbücher wies-en allerdings neben dem jeweiligen Datum zumeist nur Ortsangaben auf (z. B. „Gf. / Weseler Str. / Gf.“, gelegent-lich auch die Namen von Kunden (z. B. „Gf. / ABC-GmbH / Gf.“) oder Angaben zum Zweck der Fahrt (z. B. „Firma / Waschstraße / Firma“), außerdem den Kilometerstand nach Beendigung der Fahrt und die jeweils gefahrenen Ta-geskilometer. Diese Angaben ergänzte die Klägerin nach-träglich durch eine Auflistung, die sie auf Grundlage eines durch den Gf. handschriftlich geführten Tageskalenders er-stellt hatte. Diese Auflistung enthielt Datum, Standort und

Kilometerstand des Fahrzeugs zu Beginn der Fahrt, sowie den Grund und das Ziel der Fahrt.

**Die Entscheidung:**

Während die Ausgangsinstanz der Auffassung war, dass das Fahrtenbuch in zulässiger Art und Weise habe „nachgebese-rt“ werden dürfen durch Übersendung der Auflistung, hat der BFH das Fahrtenbuch als nicht ordnungsgemäß verwor-fen, weil die Fahrten darin nicht vollständig aufgezeichnet sei-en. Eine solche vollständige Aufzeichnung verlange grund-sätzlich Angaben zu Ausgangs- und Endpunkt jeder einzelnen Fahrt im Fahrtenbuch selbst. Dem genügten die Angaben im Streitfall nicht, da sich aus ihnen weder die Zieladresse noch der konkret besuchte Kunde ergäben. Bei dieser Art der Aufzeichnung seien weder Vollständigkeit noch Richtigkeit der Eintragungen gewährleistet. Angesichts dessen habe es auch nicht ausreichen können, die fehlenden Angaben durch eine erst nachträglich erstellte Auflistung nachzuholen.

**Praxistipp:**

Es ist streng darauf zu achten, dass das Fahrtenbuch die genannten Anforderungen erfüllt, d. h.:

- Datum und Kilometerstand zu Beginn und Ende jeder einzelnen Auswärtstätigkeit,
- Reiseziel und ggf. -route,
- Reisezweck und Angabe des aufgesuchten Kunden,
- Nachweis der privaten Fahrten.

**Ihre Ansprechpartner:**

Golo Busch  
Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BPG Rechtsanwalts-gesellschaft  
Tel. 0251/48204-13  
E-mail: g.busch@bpgra.de

Christoph Noelke  
Rechtsanwalt  
BPG Rechtsanwalts-gesellschaft  
Tel. 0251/48204-17  
E-mail: c.noelke@bpgra.de

## Keine Strafbarkeit von Vertragsärzten wegen Bestechlichkeit

Ein Vertragsarzt, der von der Pharmaindustrie Vorteile, z. B. Prämien als Gegenleistung für die Verordnung von Arzneimit-teln dieses Unternehmens annimmt, macht sich nicht wegen Bestechlichkeit strafbar. Dies hat der Große Senat für Straf-sachen des Bundesgerichtshofs (BGH) zwar schon im März 2012 entschieden, die Entscheidung wurde jedoch erst jetzt ver-öffentlicht (Beschluss vom 29. März 2012, Az: GSSt 2/11).

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Ausgangsver-fahren war eine Pharmareferentin, die Kassenärzten Schecks

über einen Gesamtbetrag von etwa 18.000 € übergeben hatte, vom Landgericht Hamburg wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr zu einer Geldstrafe verurteilt worden. Der Übergabe des Schecks hatte ein Prämiensystem des Pharmaunternehmens zugrunde gelegen, wonach Ärzte als Prämie für die Verordnung von Arzneimitteln des betreffenden Unternehmens 5 % des Herstellerabgabepreises erhalten sollten.

Die Pharmareferentin hatte das Urteil mit der Revision angegriffen. Der zuständige Strafsenat des BGH für Strafsachen hatte daraufhin den Großen Senat für Strafsachen des BGH angerufen, um die grundsätzliche Frage klären zu lassen, ob ein niedergelassener Vertragsarzt „Amtsträger“ im Sinne der Straftaten im Amt (§§ 331 ff. StGB) sei, wenn er im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung von Kassenpatienten tätig wird und diesen Medikamente verordnet.

Der Große Senat für Strafsachen des BGH verneinte diese Frage und begründete seine Entscheidung im Wesentlichen damit, dass die Vertragsärzte nicht dazu bestellt seien, die Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrzunehmen. Vielmehr sei der Vertragsarzt freiberuflich tätig und deshalb weder Angestellter noch Funktionsträger der Krankenkassen. Somit machen sich weder die Ärzte wegen Bestechlichkeit noch die Mitarbeiter von Pharmaunternehmen, die Ärzten solche Vorteile zuwenden, wegen Bestechung strafbar.

**Ihre Ansprechpartnerin:**

Sylvia Köchling  
Rechtsanwältin/Fachanwältin für Medizinrecht  
BPG Rechtsanwaltsgesellschaft  
Tel. 0251/418329-0  
E-mail: s.koechling@bpgra.de



Unternehmensberatungsgesellschaft

## Aktueller Stand und Entwicklungsmöglichkeiten der Krankenhaus-IT

Im Zuge der Prozess-Komplexität und des steigenden Wettbewerbstempos entwickelt sich die IT immer mehr zum entscheidenden Faktor für krankenhaushweite, integrierte Geschäftsprozesse. Die IT liefert die Basis für Innovation sowie die Steigerung von Qualität und Effizienz des Leistungsangebotes. Jedoch muss sie sich auch am internen Wertbeitrag messen und finanzieren lassen.

Sich dieser Entwicklung bewusst veröffentlichte die BPG Unternehmensberatungsgesellschaft eine Studie zum Thema: „EDV in Krankenhäusern“. Nachfolgend werden ausgewählte Ergebnisse skizziert.

Vor dem Hintergrund der zukünftig an Bedeutung gewinnenden Innovationsthemen wie Business Intelligence oder der elektronischen Patientenakte, befinden sich die Krankenhäuser auf dem Weg der Optimierung. Diese aufkommende IT-Businessorientierung verfolgt mehrheitlich das strategische Ziel, die Rolle der IT zu einem beratenden Partner u.a. mit mehr Business-Know-how und Impulsfähigkeit bezüglich Innovation zu entwickeln.

Im Gegensatz zur IT-Businessorientierung sehen sich die Studienteilnehmer insgesamt im Bereich der IT-Kundenorientierung, begründet durch eine gute Basis in Haltung und Verhalten ihrer IT-Abteilung, besser organisiert.

Die Facette mangelnder Strukturen für die Prozessorientierung zieht sich jedoch wie ein roter Faden durch die strukturelle Perspektive der IT-Kundenorientierung und zeigt auf, dass zahlreiche Potenziale zur Verbesserung noch lange nicht erschlossen sind:

- Ein etabliertes Kundenbeziehungsmanagement findet sich bei nur wenigen Teilnehmern
- Belastbare Service Level Agreements sind kaum existent
- In ausgeprägter Form ist ein Eskalationsmanagement nur für den IT-Support vorhanden

Insgesamt werden in dem Krankenhaussegment mit Blick auf die Steuerung der IT-Abteilung in Zukunft mehrheitlich die nachweisliche, am Markt orientierte Realisierung von Einsparpotenzialen sowie eine stärkere Konvergenz von Leistungsfähigkeit und Kostenstrukturen zum vergleichbaren externen Wettbewerb gefordert.

Detaillierte Ergebnisse können Sie unserer Studie entnehmen. Diese ist auf unserer Homepage unter <http://www.bpgmuenster.de/de/ub/studien/> erhältlich.

### Ihr Ansprechpartner:

Dipl.-Kfm. Andreas Kamp  
 BPG Unternehmensberatungsgesellschaft  
 Tel. 0251/48204-0  
 E-mail: [a.kamp@bpgub.de](mailto:a.kamp@bpgub.de)

## Erfolgreicher Fachtag Altenhilfe

Die Einrichtungen der Altenhilfe stehen in einem permanenten Wettbewerb um Wirtschaftlichkeit, Qualität, Kunden und Mitarbeiter. Vor diesem Hintergrund fand am 21. Juni 2012 im Gottfried Könzgen-Haus in Haltern am See der Fachtag Altenhilfe rund um die Themen „Betriebsvergleich und Personalsteuerung“ statt.

Der Fachtag Altenhilfe wurde gemeinsam durch das Bischöfliche Generalvikariat, dem Diözesancaritasverband (DiCV) und der BPG Unternehmensgruppe initiiert. Ca. 45 Teilnehmer, vorwiegend aus Einrichtungen der Altenhilfe, erlebten eine ausgesprochen gelungene Veranstaltung mit sehr interessanten Fachvorträgen und einem regen Erfahrungsaustausch zwischen Theorie und Praxis.

Den Auftakt des Fachtages machte Frau Hildegard Kuhlmann, Leiterin des Referates Altenhilfe und Sozialstationen des DiCV mit einem Überblick zu den aktuellen Herausforderungen im Sozialwesen und der Notwendigkeit „von den Besten der Branche“ zu lernen.

Der inhaltliche Einstieg durch Herrn Ulrich Schulze aus der Abteilung Finanzen und Vermögen des Bischöflichen Generalvikariats umfasste das Thema Benchmarking und zeigte die verschiedensten Anwendungsmöglichkeiten der Methodik über betriebswirtschaftliche Daten auf. Hingewiesen wurde zudem auf das Risiko, dass ohne eine Berücksichtigung der Herleitungsweise der erhobenen Kennzahlen ein angestrebter Vergleich nicht zu aussagekräftigen Ergebnissen führen kann.

Reinhold Jucks, Bereichsleiter der BPG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, stellte im Anschluss das Instrument des Betriebsvergleiches in der Erhebungsmethodik und Struktur, welches seit 1998 aus Daten der geprüften Jahresabschlüsse erhoben wird, vor. Auf Grundlage von Daten aus den Jahren 2009/2010 wurden die zum Teil drastischen Entwicklungen der Betriebsergebnisse I und II von 125 Einrichtungen aufgezeigt und mit Material aus dem aktuellen Prüfungsjahr 2011 verglichen. Gründe für die aufgezeigten Entwicklungen wurden aus dem Plenum u.a. mit der Größe der Einrichtungen, Flexibilisierung des Personaleinsatzes und der Fachkraftquote benannt.

Diese Themen aufgreifend konnte sich die BPG Unternehmensberatungsgesellschaft in Person von Boris Vering mit dem Thema der effektiven Personalsteuerung in die Vortragsreihe einbringen. Anhand eines 5-Phasen-Modells wurden die Methodik und Instrumentarien zur Arbeitszeit- und Dienstplangestaltung vorgestellt und anhand praktischer Beispiele der Zusammenhang zwischen betriebswirtschaftlichen Kennzahlen und der operativen Steuerung des Personaleinsatzes auf Einrichtungsebene aufgezeigt.

Die praktischen Bezüge der Vorträge sowie die vermittelten Inhalte wurden positiv von den Zuhörern aufgenommen und weitergeführt. Die Teilnehmer und Referenten nutzten die Dialogzeiten für einen regen Austausch über die aufgeworfenen Themen und äußerten sich insgesamt positiv über die einzelnen Vorträge sowie den gesamten Verlauf der Veranstaltung.

**Ihr Ansprechpartner:**

Krankenhausbetriebswirt (VKD) Boris Vering  
Leiter Geschäftsbereich Personal  
BPG Unternehmensberatungsgesellschaft  
Tel. 0251/41832-0  
E-mail: b.vering@bpgub.de

Impressum

**Herausgeber**

Beratungs- und Prüfungsgesellschaft BPG mbH  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Nevinghoff 30  
48147 Münster  
Telefon 0251/48204-0  
Fax 0251/48204-40  
sekretariat@bpgwp.de  
www.bpgwp.de

**Redaktionsschluss für diese Ausgabe: 21. Juni 2012**

**Redaktion**

Dipl.-Kfm. Matthias Pick  
Wirtschaftsprüfer/Steuerberater  
Bereichsleiter  
Telefon 0251/48204-0