

**Inhaltsverzeichnis**

Überörtliche Berufsausübungsgemeinschaften.....2

Krankenhäuser in der ambulanten Versorgung .....5

Erstattungsfähigkeit reproduktionsmedizinischer Behandlung durch eine private Krankenkasse (PKV).....7

Regelungen des Vertragsarztrechts gelten grundsätzlich auch für belegärztliche Tätigkeiten.....9

Anspruch auf insolvenzfestes Mietkautionkonto..... 11

Beitrag zum Steuerrecht: (Zivil-)Prozesskosten als außergewöhnliche Belastungen abziehbar – Klage gegen Honorarfestsetzung durch Honorarbescheid der KV –..... 14

Zur Ausstellung eines ärztlichen Attestes ohne Beachtung der notwendigen Sorgfalt und zur Ausstellung unrichtiger Gesundheitszeugnisse..... 17

Arbeitsrecht in Arztpraxen, MVZ, Krankenhäusern Zur pauschalen Abgeltung der Rufbereitschaft durch höhere Vergütung und Einräumung des Liquidationsrechts .....21

## Überörtliche Berufsausübungsgemeinschaften

Joachim Messner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht



In den letzten Monaten erreichen uns vermehrt Anfragen zur Gründung standortübergreifender Berufsausübungsgemeinschaften (ÜBAG). Diese Gestaltungsform ist für sehr viele niedergelassene Vertragsärzte noch sehr fremd, obwohl die rechtlichen Möglichkeiten schon länger bestehen. Sehr viele Praxisinhaber gehen nach wie vor fälschlicherweise davon aus, dass vergleichbar einer Berufsausübungsgemeinschaft die an einem Standort betrieben und geführt wird, bei der Trennung oder beim Auftreten von Konflikten innerhalb einer solchen Gesellschaft noch größere Schwierigkeiten auftreten

können als bei Gemeinschaftspraxen, die an einem Standort betrieben werden.

Dabei ist gerade die Trennung bei standortübergreifenden Berufsausübungsgemeinschaften sehr einfacher vertraglich zu regeln und zu vereinbaren, als bei Gesellschaften, die nur einen Praxisstandort haben. Einer der Hauptstreitpunkte bei der Auseinandersetzung von Gemeinschaftspraxen oder Gesellschaften, die von mehreren Ärzten an einem Standort betrieben werden, ist die Frage, wer am Praxisstandort verbleiben darf und wer den Standort zu verlassen hat. Diese Streitfrage ist durch die Rechtsprechung des BGH zum Ausschluss von Gesellschaftern durch ordentliche Kündigung verschärft worden. Der BGH hat entschieden, dass der Ausschluss eines Gesellschafters ohne wichtigen Grund und durch ordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei oder drei Jahren einer unternehmerischen Kennenlernphase für beitretende Gesellschafter vereinbart werden kann. Danach kann ein Gesellschafter nur noch durch eigene ordentliche Kündigung aus einer Gesellschaft ausscheiden oder aus wichtigem Grund von den Mitgesellschaftern durch Gesellschafterbeschluss ausgeschlossen werden. Gerade letzteres führt in der Regel zu gerichtlichen Auseinandersetzungen.

Bei Berufsausübungsgemeinschaften mit mehreren Standorten ist die Beendigung wesentlich einfacher, weil auch als Rechtsfolge einer ordentlichen Kündigung eines Gesellschafters vereinbart werden kann, dass der Status Quo vor Gründung oder Beitritt zu der überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft wiederherzustellen ist. Wenn einer der Beteiligten mit seinem Standort aus der Gesellschaft ausscheiden will, erklärt er einfach die Kündigung und führt seine Praxis fort. Es ist nicht zwingend erforderlich, dass in eine standortübergreifende Berufs-

ausübungsgemeinschaft Vermögen eingebracht wird oder gar gemeinschaftliches Vermögen gebildet wird. Steuerlich und vertragsrechtlich ist es zulässig, dass jeder Gesellschafter seine materiellen Werte in seinem Sonderbetriebsvermögen hält und fortführt. In der Planungs- und Vorbereitungsphase ist zu prüfen, welche Leistungen überhaupt gemeinschaftlich abgerechnet werden sollen. Es sollte in jedem Fall geprüft werden, ob nur die vertragsärztlichen Leistungen gemeinsam abgerechnet werden sollen oder auch die privatärztlichen Leistungen bzw. IGEL Leistungen. Im Prinzip können auch nur die vertragsärztlichen Leistungen gemeinschaftlich erbracht und abgerechnet werden, während die privatärztlichen Leistungen durch jeden Gesellschafter im eigenen Namen und auf eigene Rechnung und an seinem eigenen Standort erbracht und abgerechnet werden.

Zur Vorbereitung von standortübergreifenden Berufsausübungsgemeinschaften sollten sich alle Beteiligten zu folgenden Fragen klare Antworten überlegen und – jeder Beteiligte für sich – aufschreiben. Nur wenn sich aus einem solchen Prozess und den anschließenden Ergebnissen gemeinsame Schnittmengen ergeben, kann eine Kooperation auch standortübergreifend erfolgreich sein:

1. Was ist unser gemeinsames Geschäft?

Die einfachste Frage, aber gar nicht einfach zu beantworten. Den meisten Praxisinhabern ist in der Regel nicht klar, welches Geschäft sie als selbständiger Freiberufler betreiben. Umso schwieriger ist es in der Regel, das gemeinsame Geschäft festzulegen und zu definieren. Gehören zu diesem gemeinsamen Geschäft nur die vertragsärztlichen Leistungen oder gehören auch die privatärztlichen Leistungen dazu?

Jeder Beteiligte kann ja an seinem eigenen Standort die Privat- und IGEL-Leistungen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung erbringen und abrechnen. Dann werden nur die vertragsärztlichen Leistungen in die Kooperation eingebracht. In diesem Zusammenhang ist auch zu regeln, wer an welchen Standorten welche Leistungen erbringt. Gerade Ärzte mit unterschiedlichen Schwerpunkten und unterschiedlichen Leistungsspektren werden von überörtlichen Kooperationen profitieren.

2. Welche Ziele sollen durch die Gründung der überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft gemeinsam erreicht werden?

Bei dieser Frage geht es darum, die gemeinsamen Ziele der Kooperation herauszuarbeiten und die Schnittmengen, insbesondere die Leistungsschwerpunkte zu definieren. So lange es um individuelle Ziele geht, die keinem anderen Beteiligten an der überörtlichen Kooperation einen Nutzen bieten, müssen diese bei der Gründung der Kooperation unbe-

rücksichtigt bleiben und werden dann von dem jeweiligen Praxisinhaber an seinem Standort alleine umgesetzt.

3. Welchen konkreten materiellen Nutzen in EURO und CENT hat jeder Beteiligte an der standortübergreifenden Berufsausübungsgemeinschaft durch die Gründung?

Soweit möglich, sollten die wirtschaftlichen Vorteile, die Zusatzeinnahmen und die ggf. anfallenden Kosteneinsparungen erörtert und anhand von Beispiels- und Planungsrechnungen festgestellt und die Bedeutung für jeden beteiligten Praxisinhaber festgestellt werden. Die Erfahrung zeigt, dass es gelingen sollte, kurz- oder wenigstens mittelfristig jeden Beteiligten wirtschaftlich besser zu stellen, als er ohne die Kooperation stünde. Wenn sich dieser wirtschaftliche Nutzen nicht darstellen lässt, sollte auch die Mitgliedschaft in einer solchen Kooperation in Frage gestellt werden.

Die Erfahrung zeigt, dass es wichtig ist, dass jeder Beteiligte einen zusätzlichen finanziellen und wirtschaftlichen Nutzen durch die überörtliche Kooperation hat. Denkbar sind folgende Überlegungen: Erlangung von Zuschlägen ab 01.07.2011 bei Vorliegen eines hohen Kooperationsgrades, Nutzung eines erweiterten Leistungsspektrums eines Kollegen, der Leistungen an mehreren Standorten anbietet, um insoweit Synergieeffekte zu erzielen. Beispielhaft könnte ein Facharzt, der den Schwerpunkt Ernährungsmedizin oder Akkupunktur hat, dieses Leistungsspektrum mindestens an zwei weiteren Standorten der Kooperation anbieten. Jedenfalls werden die Kollegen an diesen zwei weiteren Standorten von den Leistungen des Kollegen einen wirtschaftlichen Vorteil haben.

Gleiches gilt für andere Leistungsschwerpunkte wie beispielsweise Chirotherapie, Psychotherapie, ambulante Onkologie, ambulante Operationen, Kooperationen mit den Krankenhäusern, usw.

Wichtig ist, jedem Beteiligten so viel Freiraum wie möglich zuzubilligen aber so viel vertragliche Bindung wie nötig zu gestalten, damit sich der gemeinsame Unternehmenszweck entfalten und zur Realisierung von Wirtschaftlichkeitsreserven führen kann. Aus unserer Erfahrung heraus führt allein die Gewährung des Freiraums in Bezug auf Umsatzsteigerung, Kostenoptimierung und Verwertbarkeit der vertragsärztlichen Zulassungen dazu, dass die Kooperation verbessert und die Wirtschaftlichkeit eines jeden einzelnen Praxisstandortes verbessert werden kann. Gerade niedergelassene Ärzte in Einzelpraxen sollten sich solchen standortübergreifenden Netzwerken anschließen, um in den Genuss der erhöhten Nutzung von Wirtschaftlichkeitsreserven zu kommen.

## Krankenhäuser in der ambulanten Versorgung

Joachim Messner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht



Im November 2010 und im Februar 2011 haben zwei Landessozialgerichte zur ambulanten Leistungserbringung durch Krankenhäuser nach § 116 b Abs. 2 SGB V in einstweiligen Verfügungsverfahren Beschlüsse erlassen. Gerade der Beschluss des LSG Nordrhein-Westfalen vom 9.2.2011 (Az: L 11 KA 91/10 BER) ist aus juristischer Sicht schon wegen seiner Begründung lesenswert. Das LSG Nordrhein Westfalen hat sehr ausführlich die Grenzen der gerichtlichen Überprüfung von Beschlüssen nach § 116 b Abs. 2 SGB V dargestellt und gerade für die Genehmigungsbehörde wichtige Voraussetzungen festgeschrieben.

Bei dem Beschluss vom November 2010 durch das Landessozialgericht Niedersachsen (vom 01.11.2010, Az.: L 4 KR 468/10 BER) hatte im Ausgangsfall eine Hochschulklinik einen Antrag nach § 116b Abs. 2 SGB V zur ambulanten Behandlung von Patienten mit HIV/Aids gestellt. Ein niedergelassener Vertragsarzt hatte hiergegen geklagt. Im Rahmen des parallelen einstweiligen Verfügungsverfahrens ging der Arzt gegen die Anordnung des Sofortvollzugs der Genehmigungsbehörde vor. Im Ergebnis hat das LSG in diesem Fall die Entscheidung der Genehmigungsbehörde bestätigt. Folge war, dass das antragsstellende Krankenhaus die ambulanten Leistungen nach § 116b Abs. 2 SGB V erbringen und gegenüber den Krankenkassen abrechnen darf, obwohl der Arzt zulässigerweise gegen die Genehmigungsentscheidung geklagt hat. Das Gericht begründete die Anordnung des Sofortvollzuges und somit die Bestätigung der Entscheidung der Vorinstanz und der Genehmigungsbehörde mit den überwiegenden Interessen des Krankenhauses. Der niedergelassene Vertragsarzt hatte zwar gegen die ursprüngliche Entscheidung Anfechtungsklage erhoben. Solche Anfechtungsklagen haben in der Regel aufschiebende Wirkung. In dem Verfahren wurde jedoch von der Genehmigungsbehörde der Sofortvollzug der Entscheidung angeordnet. Dies hat das LSG Niedersachsen bestätigt. Das Gericht hat bei einer gebotenen summarischen Prüfung festgestellt, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung nach § 116b Abs. 2 SGB V zugunsten der antragsstellenden Klinik vorlag. In seiner Begründung führte das Gericht aus, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des § 116b Abs. 2 SGB V die Überwindung der sektoralen Grenzen bezweckt hat. Gerade der mit der Regelung verbundenen Wettbewerb, Einführung

von Innovationen und Erschließung von Effizienzreserven seien vom Gesetzgeber bezweckt gewesen. Das LSG hat festgestellt, dass die Genehmigungsbehörde die notwendigen Beteiligungen am Verfahren durchgeführt, die Belange von niedergelassenen Vertragsärzten im Einzugsbereich der Klinik angemessen berücksichtigt hat und eine Bedarfsprüfung im Sinne des Zulassungsrechts im Rahmen von § 116 b SGB V Entscheidungen eben nicht durchgeführt werden muss.

In der jüngeren Entscheidung des LSG Nordrhein-Westfalen (Beschluss, Az.: L 11 KA 91/10 BER) hat sich das Gericht sehr ausführlich mit den Grundlagen einer § 116 b SGB V Entscheidung beschäftigt und ist zusammengefasst zu folgendem Ergebnis gekommen:

1. Geeignetheit und Aspekte der vertragsärztlichen Versorgung:

Der Genehmigungsbehörde steht bei der Frage, ob ein Krankenhaus gemäß § 116b Abs. 2 SGB V zu bestimmen ist, ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage zu, ob das Krankenhaus geeignet ist und Aspekte der vertragsärztlichen Versorgung nicht entgegenstehen. Es findet eine Überprüfung statt, ob und inwieweit die Behörde die unbestimmten Rechtsbegriffe unter Berücksichtigung der ambulanten Versorgungssituation richtig ausgelegt hat, insbesondere, ob die ermittelten Grenzen eingehalten und ob die Erwägungen der Behörde so deutlich und so begründet sind, dass im Rahmen des Möglichen die zutreffende Anwendung der Beurteilungsmaßstäbe erkennbar und nachvollziehbar sind.

2. Sachverhalt, Auslegung, nachvollziehbare Begründung

Das Gericht hat darüber hinaus festgestellt, dass die gerichtliche Kontrolle der Entscheidung nach § 116b Abs. 2 SGB V sich auf die Frage beschränkt, ob der Entscheidung ein richtig und vollständig ermittelter Sachverhalt zugrunde liegt, ob die Behörde, die durch die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe unter Berücksichtigung der ambulanten Versorgungssituation ermittelten Grenzen eingehalten und ob sie ihre Erwägungen so verdeutlicht und begründet hat, dass ihm Rahmen des Möglichen die zutreffende Anwendung der Beurteilungsmaßstäbe erkennbar und nachvollziehbar sind.

Quellen:

*MedR 2011, S. 315ff., 317ff.*

*Beschluss des LSG Nordrhein-Westfalen vom 9.2.2011, Az.: L 11 KA 91/10 BER*

*Beschluss des LSG Niedersachsen vom 01.11.2010, Az.: L 4 KR 468/10 BER*

## **Erstattungsfähigkeit reproduktionsmedizinischer Behandlung durch eine private Krankenkasse (PKV)**

Ute Frodl, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in einer Entscheidung aus dem September 2010 seine bisherige Rechtsprechung zur Erstattungsfähigkeit reproduktionsmedizinischer Behandlungen durch die private Krankenversicherung konsequent fortgesetzt.



Der BGH hat seit seiner grundlegenden Entscheidung im Jahr 1986 in mehreren Entscheidungen seine Linie zugunsten der Erstattungsfähigkeit der Kosten reproduktionsmedizinischer Maßnahmen entwickelt. Auch in der hier vorgestellten Entscheidung hat der BGH eine Erstattung der Kosten durch die PKV bejaht.

In dem vorliegenden Fall hatte der Patient und Kläger bei seiner privaten Krankenversicherung einen Tarif gewählt, der die Erstattung für notwendige ambulante und stationäre Behandlungskosten zu 100% vorsah. In den Allgemeinen Versicherungsbedingungen der privaten Krankenversicherung war der Versicherungsfall wie folgt definiert „Versicherungsfall ist die medizinisch notwendige Heilbehandlung einer versicherten Person wegen Krankheit oder Unfallfolgen.....“

Die mit dem Kläger verheiratete 35-jährige Ehefrau wurde im Frühjahr 2004 zunächst ohne medizinische Unterstützung schwanger, erlitt jedoch eine Fehlgeburt. In der Zeit von September 2004 bis März 2005 haben die Eheleute medizinische Hilfe in Anspruch genommen, um eine neue Schwangerschaft herbeizuführen. In diesem Zeitraum wurden insgesamt fünf Therapiezyklen jeweils bestehend aus einer In-vitro-Fertilisation (IVF) in Kombination mit einer intracytoplasmatischen Spermien-Injektion (ICSI) durchgeführt. Im Dezember 2005 kam es zu einer erneuten Schwangerschaft, die jedoch im Januar 2006 in eine weitere Fehlgeburt mündete. Die Beklagte private Krankenkasse hat eine Erstattung der Kosten für die Behandlungen ganz überwiegend abgelehnt und lediglich die Kosten erstattet, die für die Spermienaufbereitung vor den Inseminationsbehandlungen angefallen sind. Die Krankenkasse hatte gerügt, dass die durch den Kläger vorgelegten Ergebnisse mehrerer

[www.messner-doennebrink.de](http://www.messner-doennebrink.de)

Spermienuntersuchungen nicht ausreichend belegen, dass eine behandlungsbedürftige Erkrankung des Klägers vorliege.

Der BHG hat die Voraussetzungen der Krankheit, der Heilbehandlung sowie die medizinische Notwendigkeit der Behandlung bejaht.

Eine Krankheit ist nach der ständigen Rechtsprechung „ein objektiv nach ärztlichem Urteil bestehender anormaler, regelwidriger Körper- oder Geisteszustand“. Aufgrund der bei dem Kläger vorliegenden Befunde von wiederholten Sperma-Analysen, die im einzelnen zwar Schwankungen, aber in einer Gesamtbetrachtung Messwerte auswiesen, aus denen sich ein pathologischer Befund i.S. eines regelwidrigen Zustandes ergaben, hat der BGH hier den Krankheitsbegriff als erfüllt angesehen. Dabei sei es unerheblich, auf welche Ursachen dies zurückzuführen sei und ob es sich bei diesen Ursachen „ihrerseits um bedingungsgemäße Krankheiten“ handelt.

Weiterhin hat der BGH die Voraussetzung der Heilbehandlung mit der seit längerem verwandten Kombination von IVF und ICSI bejaht und dies damit begründet, dass für die Frage der Kostenerstattung nicht zwischen Behandlungsschritten zu unterscheiden sei, die ausschließlich am Körper des Mannes oder der Frau vorgenommen werden. In dem hier vorliegenden Fall konnte letztendlich nicht geklärt werden, ob auch bei der Ehefrau eine Fertilitätsstörung vorlag. Für den BGH ist es jedoch ausreichend, dass die Störung bei einem Ehepartner nachgewiesen ist. Die „Mitbehandlung“ des anderen Partners sei „notwendiger Bestandteil“ der gesamten Behandlung.

Der BGH hat auch die dritte Voraussetzung des Versicherungsfalles, die medizinische Notwendigkeit für gegeben erachtet, wobei die in diesem konkreten Fall durch einen medizinischen Sachverständigen festgestellte „medizinische Notwendigkeit“ auch nicht mehr umstritten war.

Auch diese Entscheidung des BGH ist, wie die überwiegenden anderen auch, zugunsten der Erstattungsfähigkeit der Kosten reproduktionsmedizinischer Maßnahmen ausgefallen.

*Quelle: BGH, Urteil vom 15.09.2010, Az.: IV ZR 187/07*



## **Regelungen des Vertragsarztrechts gelten grundsätzlich auch für belegärztliche Tätigkeiten**

Stefanie Raab, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht



### Zusammenfassung:

Die Regelungen des Vertragsarztrechts gelten grundsätzlich auch für die belegärztliche Tätigkeit. Dies gilt auch für Regelungen des EBM über die Zuordnung von spezialisierten fachärztlichen Leistungen zu einzelnen Arztgruppen und den damit verbundenen Ausschluss der Abrechenbarkeit der Leistungen durch andere Arztgruppen.

### Im Einzelnen:

Der klagende Arzt beantragte bei der KV, die stationär erbrachten klinisch-neurologischen Basisdiagnostikleistungen nach verschiedenen Nummern des EBM für ärztliche Leistungen in der ab dem 01.04.2005 geltenden Fassung auch für die Quartale ab II/ 2005 abrechnen zu dürfen. Die Beklagte KV lehnte dies mit Bescheid vom 22.03.2006 ab. Widerspruch und Klage blieben erfolglos.

Nach dem BSG war dies rechtens, da alle sich aus dem Vertragsarztrecht ergebenden Rechte und Pflichten bzw. Beschränkungen auch für die belegärztliche Tätigkeit gelten. Der belegärztlichen Tätigkeit kommt regelmäßig kein eigenständiges Gewicht zu, da sie nur eine Fortsetzung der eigentlichen ambulanten ärztlichen Tätigkeit darstellt. Dementsprechend finden auch Qualifikationsvorgaben auf der Grundlage des § 135 Abs. 2 SGB V sowie die hier in Rede stehenden Regelungen über die Zuordnung von spezialisierten fachärztlichen Leistungen zu einzelnen Arztgruppen in den allgemeinen Bestimmungen des EBM auf die belegärztliche Tätigkeit Anwendung. Daraus folgt auch, dass der Vortrag des Klägers, es fehle hinsichtlich der qualifikationsbezogenen Abrechnungsbeschränkungen an einer die Einschränkungen seiner Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) als Belegarzt rechtfertigenden gesetzlichen Regelung, nicht zutrifft. Spezielle Regelungen über die Abrechenbarkeit belegvertragsärztlicher Leistungen für den belegärztlichen Bereich bestehen nicht und sind auch nicht von Rechts wegen geboten. Im vorliegenden Fall bedarf es keiner Sonderregelung, weil die belegärztliche Tätigkeit in Bezug auf Qualifikationsanforderungen keine Besonderheiten aufweist. Gesonderter

[www.messner-doennebrink.de](http://www.messner-doennebrink.de)

Regelungen bedarf es nur, wenn dies zur Berücksichtigung der Besonderheiten der belegärztlichen Tätigkeit erforderlich ist. Auch dass das Krankenhaus, an dem der Kläger belegärztlich tätig ist, einen Versorgungsauftrag zu erfüllen hat, erfordert keine Abweichung von zwingenden Bestimmungen des EBM. Das Krankenhaus, das einen Belegarzt beschäftigt, muss sich nach den Leistungs- und Abrechnungsbedingungen des Belegarztes richten. Es steht dem Krankenhaus frei, diese Leistungen von einem angestellten Arzt erbringen zu lassen, um dieser Abrechnungsform zu entgehen.

Die Rechtsprechung des BSG hinsichtlich der Geltung des EBM bei den bei einer belegärztlichen Krankenhausbehandlung anfallenden ärztlichen Leistungen hat sich somit bestätigt. Vertragsärzte dürfen somit im Rahmen ihrer belegärztlichen Tätigkeit zu Lasten der Gesamtvergütung nur die im EBM aufgeführten Leistungen abrechnen.

*Quelle: BSG, Urteil vom 17.03.2010 – B 6 KA 3/09 R*

## Anspruch auf insolvenzfestes Mietkautionskonto

Stefanie Raab, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht



Zusammenfassung:

Mieter dürfen die Leistung der Kautionszahlung von der Benennung eines insolvenzfesten Kautionskontos abhängig machen.

Im Einzelnen:

Die Mieter haben mit dem Vermieter einen Mietvertrag abgeschlossen, in dem hinsichtlich der Kautionszahlung geregelt wurde, dass die Mieter bei Beginn des Mietverhältnisses dem Vermieter für die Erfüllung seiner Verpflichtungen eine Barkautionszahlung in Höhe von EUR 2.000,00 auf ein Mietkautionskonto – Übergabe bei Einzug – zu leisten haben. Des Weiteren wurde im Mietvertrag geregelt, dass der Vermieter diese Geldsumme getrennt von seinem Vermögen bei einem Kreditinstitut zu dem für Spareinlagen mit dreimonatiger Kündigungsfrist üblichen Zinssatz anzulegen hat und die Zinsen den Mietern zustehen. Außerdem waren die Mieter berechtigt, die Kautionszahlung in drei Monatsraten zu bezahlen. Die Mietkaution wurde von den Mietern bei Einzug nicht entrichtet. Daraufhin wurden die Mieter von dem Vermieter angeschrieben und zur Zahlung der Kautionszahlung aufgefordert. Die Mieter haben dann um Benennung eines Kontos gebeten, das insolvenzfest, das heißt im Falle einer Insolvenz des Vermieters vor den Übergriffen der Gläubiger sicher ist. Der Vermieter war der Auffassung, dass ihm die Mietkaution in bar zu überlassen sei und deshalb ein Mietkautionskonto nicht vorab mitgeteilt werden müsse. Als weiterhin keine Kautionszahlung erfolgte, kündigte der Vermieter den Mietern die Wohnung.

Die Kündigung des Vermieters gegenüber der Mieter wegen Nichtzahlung der Kautionszahlung ist unwirksam, da den Mietern insoweit eine Vertragsverletzung nicht zur Last gelegt werden konnte, weil sie die Leistung der Kautionszahlung von der Benennung eines insolvenzfesten Kautionskontos abhängig machen durften.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat der Vermieter eine ihm übergebene Mietsicherheit unabhängig von der gegebenenfalls vereinbarten Anlageform getrennt von seinem Vermögen anzulegen. Eine ausdrückliche Regelung darüber, ob der Mieter von vorne herein verlangen

kann, die Kautionssumme nur auf ein insolvenzfestes Konto einzuzahlen, enthält die Vorschrift allerdings nicht.

Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift ist davon auszugehen, dass es dem Mieter zusteht, die Kautionsleistung nur in der Weise zu erbringen, dass sie vom Vermögen des Vermieters getrennt und deshalb vor dem Zugriff von dessen Gläubigern umfassend geschützt ist. In dem Gesetzesentwurf zur Begründung der Anlagepflicht des Vermieters wird ausgeführt, dass die Kautionsleistung wie ein Treuhandvermögen oder Mündelgeld zu behandeln sei, um sie im Falle der Insolvenz des Vermieters zu schützen und das Pfandrecht der Banken an dem Kautionskonto auszuschließen. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, dem Mieter diesen vom Gesetzgeber bezweckten Schutz von vorne herein zu gewähren. Müsste der Mieter dem Vermieter die Kautionsleistung in bar übergeben, müsste der Mieter im Interesse seiner eigenen Absicherung nachträglich einen Nachweis der gesetzeskonformen Anlage der Kautionsleistung verlangen und seinen dahingehenden Anspruch gegebenenfalls durch Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts an der laufenden Miete oder durch Klageerhebung durchsetzen. Für einen solchen „Umweg“ gibt es nach dem BGH keinen sachlichen Grund.

Der Vermieter wird dadurch, dass er dem Mieter auf dessen Verlangen sogleich ein insolvenzfestes Konto für die Zahlung der Kautionsleistung benennen muss auch nicht unangemessen belastet, denn diese Pflicht hat der Vermieter ohnehin. Auch die Tatsache, dass der Mieter selbst ein Konto eröffnen kann, auf das er die Kautionsleistung einzahlt und das er anschließend an den Vermieter verpfändet oder zur Sicherheit an ihn abtritt, steht dem nicht entgegen. Bei Mietverhältnissen ist es der typische und in der Praxis häufigste Fall, dass die Mietkautionsleistung vom Vermieter angelegt wird und insofern auch der Fall, von dem die Parteien regelmäßig ausgehen. Es ist auch nicht schädlich, dass laut Mietvertrag vereinbart wurde, dass die Kautionsleistung bei Einzug in bar zu übergeben sei. Da in einer weiteren Regelung geregelt wurde, dass die Kautionsleistung in drei Raten gezahlt werden kann, ist diese vertragliche Regelung unklar. Insofern ist die Auslegung möglich, dass die Kautionsleistung in Form einer Geldsumme (also nicht durch Bürgschaft) bis zum Einzugstermin bzw. in drei Raten ab diesem Zeitpunkt zu erbringen ist.

Das Urteil des BGH wurde aufgrund eines normalen „Wohnraummietverhältnisses“ getroffen. Trotzdem sollte bei der Mietvertragsgestaltung auch bei gewerblichen Mietverhältnissen darauf geachtet werden, dass ein insolvenzfestes Konto vom Vermieter hinsichtlich der Kautionsleistung angegeben werden muss. Gerade in Gewerbemietverhältnissen besteht die Gefahr einer Insolvenz seitens des Vermieters, da häufig Räumlichkeiten in Einkaufszentren von einer

[www.messner-doennebrink.de](http://www.messner-doennebrink.de)

Holding oder GmbH eines solchen Zentrums vermietet werden, wo die Gefahr einer drohenden Insolvenz ungleich höher ist als in privaten Mietverhältnissen.

*Quelle: BGH Urteil vom 13.10.2010, Az.: VIII ZR 98/10*

**Beitrag zum Steuerrecht:  
(Zivil-)Prozesskosten als außergewöhnliche Belastungen abziehbar  
– Klage gegen Honorarfestsetzung durch Honorarbescheid der KV –**

Georg Zwenke, Rechtsanwalt und Apotheker

Zusammenfassung:

Nach einer neuen Entscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH) sind Kosten eines Zivilprozesses unabhängig von dessen Gegenstand bei der Einkommensteuer als außergewöhnliche Belastungen steuerlich berücksichtigungsfähig. Die grundsätzlichen Aussagen in den Entscheidungsgründen dieses Urteils lassen es denkbar erscheinen, dass auch die Kosten eines Prozesses über die Honorarfestsetzung in einem Honorarbescheid durch eine Kassenärztliche Vereinigung vor einem Sozialgericht bei dessen Verlust steuerlich als außergewöhnliche Belastungen zum Abzug gebracht werden können.



Im Einzelnen:

Mit dieser aktuellen Entscheidung vollzog der Bundesfinanzhof eine fundamentale steuerrechtliche Kehrtwende seiner bisherigen Rechtsprechung zur Abzugsfähigkeit von (Zivil)Prozesskosten als außergewöhnliche Belastungen. Nach § 33 Einkommensteuergesetz (EStG) kann auf Antrag die Einkommensteuer ermäßigt werden, wenn einem Steuerpflichtigen zwangsläufig größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichem Familienstand (außergewöhnliche Belastung) erwachsen. Dabei erwachsen dem Steuerpflichtigen Aufwendungen zwangsläufig, wenn er sich ihnen aus rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen *nicht entziehen* kann und soweit die Aufwendungen den Umständen nach *notwendig* sind und einen *angemessenen Betrag* nicht übersteigen.

Bisher war der BFH der Auffassung, dass hinsichtlich der Kosten eines Zivilprozesses eine Vermutung gegen die Zwangsläufigkeit in diesem Sinne spräche. Denn es sei in der Regel der freien Entscheidung der Vertragsparteien überlassen, ob sie sich zur Durchsetzung oder Abwehr eines zivilrechtlichen Anspruchs einem Prozess(kosten)risiko aussetzten. Als zwangsläufige Aufwendungen erkannte die Rechtsprechung Zivilprozesskosten nur an, wenn der Pro-

zess existentiell wichtige Bereiche oder den Kernbereich menschlichen Lebens berührte. Das galt vor allem dann, wenn der Steuerpflichtige ohne den Rechtsstreit Gefahr lief, seine Existenzgrundlage zu verlieren und seine lebensnotwendigen Bedürfnisse in dem üblichen Rahmen nicht mehr befriedigen könnte.

Nunmehr ist der BFH der Auffassung, dass es für die Frage der Zwangsläufigkeit von Prozesskosten nicht auf die Unausweichlichkeit des der streitgegenständlichen Zahlungsverpflichtung oder des dem strittigen Zahlungsanspruch zugrunde liegenden Ereignisses ankomme. Denn der Steuerpflichtige müsse, um sein Recht durchzusetzen, den Rechtsweg beschreiten. Dies folgt für den Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt bereits aus Artikel 19 Abs. 4 Satz 1 Grundgesetz, in dem es heißt (Zitat): „*Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.*“ Zu diesen Akten der öffentlichen Gewalt zählt auch die Honorarfestsetzung durch Honorarbescheid der Kassenärztlichen Vereinigung als Körperschaft öffentlichen Rechts. Die Entscheidung des BFH bezieht sich explizit nur auf Zivilprozesskosten. Mit Blick auf Artikel 19 Abs. 4 Satz 2 Grundgesetz (Zitat): „*Sobald eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben*“ ist in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung und damit auch bei kontroversen Auseinandersetzungen über die Verteilung der Gesamtvergütungen seitens der Kassenärztlichen Vereinigung gemäß § 85 Abs. 4 SGB V die Sozialgerichtsbarkeit zuständig, §§ 8, 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG, und nicht die Zivilgerichtsbarkeit (so genannter ordentlicher Rechtsweg). Die Frage des Rechtsweges dürfte für die steuerrechtliche Fragestellung der Abzugsfähigkeit von Prozesskosten als außergewöhnliche Belastung keine Rolle spielen.

Allerdings schränkt der BFH diese grundsätzliche Anrechnungsmöglichkeit von Prozesskosten als außergewöhnliche Belastungen im Sinne des Einkommensteuergesetzes zur Vermeidung von mutwillig oder leichtfertig herbeigeführten Prozessen wieder ein. Entscheidend sei, dass der Steuerpflichtige eine Klage mit „hinreichender Aussicht auf Erfolg“ eingereicht habe. Dabei müsse der Erfolg mindestens ebenso wahrscheinlich sein wie ein Misserfolg. D. h. eine nur entfernte, gewisse Erfolgsaussicht reicht nicht aus. Dies hat die Finanzverwaltung künftig im Rahmen einer summarischen Prüfung zu untersuchen.

Aufwendungen sind außergewöhnlich, wenn sie nicht nur ihrer Höhe, sondern auch ihrer Art und dem Grunde nach außerhalb des Üblichen liegen. Wichtig ist auch, dass Sie beachten, in welchem Veranlagungszeitraum Sie die Prozesskosten tragen. Denn nach § 11 EStG wären die Prozesskosten in dem Veranlagungszeitraum der *Zahlung* als außergewöhnliche Belastung abziehbar. Wie oben mit Verweis auf § 33 EStG dargestellt, sind außergewöhnliche Be-

[www.messner-doennebrink.de](http://www.messner-doennebrink.de)

lastungen nur insoweit abzugsfähig, als sie notwendig sind und einen angemessenen Betrag nicht überschreiten. Der BFH berücksichtigt daher im Rahmen der Vorteilsanrechnung erlangte Leistungen aus einer Rechtsschutzversicherung.

Der Gesetzgeber hat in § 33 Abs. 3 EStG bestimmte Prozentzahlen in Abhängigkeit von einem Gesamtbetrag der erzielten Einkünfte angegeben, um die Grenze der zumutbaren Belastung zu bestimmen. Im Einzelnen wird Sie hierzu Ihr Steuerberater beraten. Wichtig ist für Sie, dass Sie mit der neuen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs in dem Fall, in dem Sie mit den Gedanken tragen, Rechtsschutz mittels Klage gegen die Honorarfestsetzung durch Honorarbescheid der KV zu suchen, bedenken, dass Sie selbst bei einem Verlust des Prozesses dessen Kosten durch Reduzierung Ihrer Einkommensteuerlast nicht vollständig selbst tragen müssen, wenn Sie die Zumutbarkeitsgrenze überschreiten. Für die Berechnung der Zumutbarkeitsgrenze spielt die Höhe des Einkommens, der Einkommensteuertarif und die Anzahl der Kinder eine Rolle.

*Quellen: Bundesfinanzhof, Urteil vom 12.05.2011, Aktenzeichen VI R 42/10*

*Pressemitteilung des Bundesfinanzhofes Nr. 52 vom 13.07.2011*



## Zur Ausstellung eines ärztlichen Attestes ohne Beachtung der notwendigen Sorgfalt und zur Ausstellung unrichtiger Gesundheitszeugnisse

Georg Zwenke, Rechtsanwalt und Apotheker

### Zusammenfassung:

Das Verwaltungsgericht Gießen hat sich in einem Urteil zu den Anforderungen an die Ausstellung von Gesundheitszeugnissen (Attesten) geäußert. Das Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse stellt überdies einen Straftatbestand dar.



### Im Einzelnen:

Gegenstand des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht Gießen war das Ausstellen eines ärztlichen Attestes auf Bitten eines Patienten einer Ärztin über dessen seit mehreren Jahren geschiedene Ehefrau, die nicht Patientin der Ärztin war und die von dieser auch nicht untersucht wurde. Der geschiedene Ehemann legte hierfür der Ärztin ein 80-seitiges Gutachten einer Diplompsychologin vor, welches im Rahmen des Sorgerechtsstreits über die Situation in der Familie erstellt worden war.

Nach § 22 Heilberufsgesetz Hessen sind die Kammerangehörigen verpflichtet, ihren Beruf gewissenhaft auszuüben und haben dem ihnen im Zusammenhang mit dem Beruf entgegenbrachten Vertrauen zu entsprechen. Zur gewissenhaften Berufsausübung gehört die Einhaltung der Regelungen zur Berufsausübung in der Berufsordnung.

§ 25 Satz 1 der Berufsordnung für die Ärztinnen und Ärzte in Hessen (kurz: BO, entsprechende Regelungen gibt es in allen Bundesländern) lautet:

*Bei der Ausstellung ärztlicher Gutachten und Zeugnisse hat der Arzt mit der notwendigen Sorgfalt zu verfahren und nach bestem Wissen seine ärztliche Überzeugung auszusprechen. (...).*

Die in § 25 Satz 1 BO auferlegte Sorgfaltspflicht fordert zunächst von der ausstellenden Ärztin / dem ausstellenden Arzt eine nachvollziehbare und transparente Darstellung, wie und auf welchem Wege der Ausstellende zu dem von ihm gefundenen Ergebnis gelangt ist. Das be-

deutet, dass zunächst anzugeben ist, auf welcher Grundlage der ausstellende Arzt zu seinen Erkenntnissen kam – bspw. durch Angabe: *„Untersuchung der Patientin – es folgen die Angaben über Ort, Datum, Uhrzeit und Diagnoseverfahren.“* Wenn Untersuchungsergebnisse aus ärztlichen Gutachten verwertet werden oder frühere Untersuchungen und deren Ergebnisse in die Beurteilung mit einbezogen werden, dann sind diese Quellen anzugeben und deren Inhalt ist ausgewogen und inhaltlich nicht verfälschend wiederzugeben. Das Verwaltungsgericht Gießen fordert, dass die Anknüpfungstatsachen in ärztlicher und fachärztlicher Untersuchung und Exploration ermittelt werden und die Quellen angegeben werden, aus der die ausstellende Ärztin die getroffenen Aussagen geschöpft habe. Sofern nichts anderes auf dem Attest angegeben sei, würden Dritte davon ausgehen, dass das ärztliche Attest auf eigenen ärztlichen Untersuchungsergebnissen des Ausstellenden beruhe. Das Verwaltungsgericht formuliert (Zitat):

*„...ärztliche Attest nimmt demgemäß nach seiner äußeren Erscheinungsform und auch nach seinem Inhalt den guten Glauben in Anspruch, den ärztliche Atteste deshalb in der Öffentlichkeit genießen, weil sie in der Regel von den Ärzten in sorgfältiger Verfahrensweise erstellt werden und die ärztliche Überzeugung darin gewissenhaft ausgedrückt wird, was die Vermutung der Richtigkeit rechtfertigt.“*

Das Verwaltungsgericht Gießen warf der Ärztin daher vor, dass sie ein Attest so ausgestellt habe, dass aus diesem nicht zu entnehmen war, dass sie über keine eigenen Erkenntnisquellen hinsichtlich der Person, über die sie Äußerungen als Fachärztin machte, verfügte.

Das Gericht äußerte sich auch zur Vorgehensweise, auf welcher Grundlage es eine berufsgerichtliche Sanktion verhängt. Vorrangig sei das Gesamtverhalten und die gesamte Persönlichkeit des beschuldigten Arztes zu würdigen, im Hinblick auf die sich aus dem gezeigten Verhalten ergebenden Zweifel an der Zuverlässigkeit seiner Berufsausübung. Dabei stünde die individuelle Pflichtenmahnung im Vordergrund. Das Gericht beleuchtet einerseits *das Gewicht des Berufsvergehens* und andererseits *die Prognose des künftigen Verhaltens des beschuldigten Arztes* und prüft, in welchem Umfang es einer pflichtenmahnenden Einwirkung bedarf, um ein berufsrechtliches Fehlverhalten künftig zu unterlassen.

In dem konkreten Fall sprach das Verwaltungsgericht zunächst einen „Verweis“ aus, um die berufsrechtliche Missbilligung der Vorgehensweise der beschuldigten Ärztin bei Erstellung des „ärztlichen Attestes“ zum Ausdruck zu bringen. Dann betrachtete es das Verhalten der beschuldigten Ärztin in der Hauptverhaltung und versuchte dabei einen Eindruck davon zu ge-

winnen, ob die beschuldigte Ärztin künftig ein derartiges Fehlverhalten unterlassen würde. Dritter Aspekt bei der berufsgerichtlichen Sanktionsfindung war der Blick auf das Vertrauen der Bevölkerung in die Integrität und Zuverlässigkeit der Angehörigen des ärztlichen Berufes, dass durch Verstöße gegen die Sorgfaltspflichten bei der Ausstellung ärztlicher Gutachten und Zeugnisse bzw. Atteste nachhaltig erschüttert werde und daher zur Wiederherstellung einer angemessenen Sanktionierung dieses Fehlverhaltens bedürfe. Ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 25 Satz 1 BO bedürfe daher einer nachhaltigen Sanktionierung, so dass neben dem Verweis auch eine Geldbuße auszusprechen sei. Das Verwaltungsgericht Gießen verhängte in diesem dargestellten Fall neben dem Verweis eine Geldbuße in Höhe von 500 €.

Das Verwaltungsgericht konnte sich naturgemäß nicht zur strafrechtlichen Sanktionierung äußern. Die strafrechtliche Würdigung des Ausstellens unrichtiger Gesundheitszeugnisse ist zunächst der Staatsanwaltschaft und – sollte Anklage erhoben und diese zur Hauptverhandlung zugelassen werden – den Strafgerichten vorbehalten. Nach § 278 Strafgesetzbuch (StGB) werden Ärzte und andere approbierte Medizinalpersonen (z.B. Hebammen, Heilpraktiker oder Krankenpfleger), welche ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen zum Gebrauch bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft wider besseres Wissen ausstellen, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. „Behörde“ ist im Sinne des Strafrechts auch ein Gericht. Unter einem „Gesundheitszeugnis“ wird im Strafrecht jede Erklärung über den aktuellen, früheren oder künftigen Gesundheitszustand eines Menschen verstanden. Dieses ist „unrichtig“, wenn wesentliche Feststellungen nicht im Einklang mit den Tatsachen oder dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft stehen. Auch das Zeugnis ohne vorangegangene Untersuchung wird von der Rechtsprechung als „unrichtig“ qualifiziert, da das Vertrauen in das Zeugnis darauf beruhe, dass eine ordnungsgemäße Untersuchung stattgefunden habe. Dabei muss der ausstellende Arzt mindestens wissen oder sicher voraussehen, dass er den Tatbestand der Ausstellung unrichtiger Gesundheitszeugnisse verwirklicht.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten:

Das Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse/Atteste und damit auch das Ausstellen von Attesten „ins Blaue hinein“ kann sowohl berufsrechtlich als auch strafrechtlich sanktioniert werden. Für angestellte Ärzte kann sich darüber hinaus ein arbeitsrechtliches Verfahren aus diesem Fehlverhalten ergeben, da nach neuester Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der Arbeitgeber sich für die Überlegung, ob er eine außerordentliche Verdachtskündigung ausspricht, am Fortgang des Ermittlungs- und Strafverfahrens orientieren kann. Zu dieser Thematik werde ich einen gesonderten Newsletterbeitrag schreiben.

Quellen: *Verwaltungsgericht Gießen, Urteil vom 15.02.2011, Aktenzeichen: 21 K 1582/10.GI.B;*

*OLG München, Entscheidung vom 15.06.1950, Az. 2 Ss 37/50 – Leitsatz bei juris – zur Ausstellung unrichtiger Gesundheitszeugnisse ohne Untersuchung;*

*Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht (2008), § 14 Rn. 101 ff. zum Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse.*

*Urteil Bundesarbeitsgericht vom 27.01.2011, Aktenzeichen 2 AZR 825/09*

**Arbeitsrecht in Arztpraxen, MVZ, Krankenhäusern**  
**Zur pauschalen Abgeltung der Rufbereitschaft durch höhere Vergütung und Einräumung des Liquidationsrechts**

Georg Zwenke, Rechtsanwalt und Apotheker

Zusammenfassung:

Eine Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf zur Vergütung für die Rufbereitschaft der Chefärzte dürfte Ausstrahlungswirkung auch auf Arbeitsverträge mit Ärzten und anderen approbierten Medizinalpersonen haben, in denen mittels einer Vertragsklausel vereinbart ist, dass die Rufbereitschaft / Notdienstbereitschaft / Übernahme des Bereitschaftsdienstes durch die vereinbarte Vergütung mit abgegolten ist. Dabei geht es um die in einem Arbeitsvertrag nicht näher erläuterte zu leistende „Rufbereitschaft im üblichen Rahmen“ sowie um die Übernahme „anfallender Bereitschaftsdienste“.



Im Einzelnen:

Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hat eine Arbeitsvertragsklausel mit folgendem Inhalt rechtlich beanstandet:

*„Mit der Vergütung und der Einräumung des Liquidationsrechts ist die Tätigkeit des leitenden Abteilungsarztes im dienstlichen Bereich einschließlich etwa anfallender Überstunden jeder Art, Unterrichtserteilung, zu leistender Rufbereitschaft im üblichen Rahmen und ggf. anfallender Bereitschaftsdienst abgegolten.“*

Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind vorformulierte Vertragsbedingungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie dem Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine solche unangemessene Benachteiligung kann sich nach Auffassung des Gesetzgebers auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Daraus hat das Bundesarbeitsgericht geschlossen, dass allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen müssen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Das bedeutet, dass im Rahmen des rechtlich und tatsächlich zumutbaren die Rechte und Pflichten des

Vertragspartners/des Klauselverwenders so klar und präzise wie möglich beschrieben werden müssen, dass keine vermeidbaren Unklarheiten und Spielräume entstehen (s.g. „Transparenzgebot“). Eine unangemessene Benachteiligung liegt nach einer weiteren Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer wegen unklar abgefasster Allgemeiner Geschäftsbedingungen seine Rechte nicht wahrnimmt.

Bei der oben angegebenen Vertragsklausel störte sich das Landesarbeitsgericht zunächst an dem Wort „üblich“ und verwies darauf, dass es dem beklagten Klauselverwender ohne weiteres zumutbar gewesen wäre, die Anzahl der Rufdienste beziffert festzulegen, d. h. welche pro Zeiteinheit ohne zusätzliche Vergütung geleistet werden sollen. Es liege ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor, da bei Abschluss des Arbeitsvertrages gänzlich unbekannt bleibe, welcher Maßstab zur Bestimmung des üblichen Rahmens herangezogen werde. Des weiteren moniert das Landesarbeitsgericht, dass unbekannt bleibe, welcher Teil der sonstigen Vergütung eine (pauschale) Abgeltung der Rufbereitschaften darstellen solle und welcher für die „normale“ Arbeitsleistung gedacht sei. Es muss nach dieser Rechtsprechung also in der entsprechenden Vertragsklausel deutlich werden, in welcher Höhe der neue Mitarbeiter für die Übernahme der Rufdienstbereitschaft vergütet werden soll und welcher Teil der Vergütung Gegenleistung für die übrige Arbeitsleistung sein soll.

Nicht entschieden werden musste, ob im Allgemeinen eine Vergütung für Rufdienst auch gezahlt werden muss, wenn der Arbeitnehmer gleichzeitig seiner normalen, bereits vergüteten, Arbeitspflicht nachgeht. Eine solche Vergütungspflicht ergab sich in dem dem Landesarbeitsgericht vorliegenden Fall aus einzelvertraglicher Abrede. Wenn sich die „normale“ Arbeitszeit des Arbeitnehmers teilweise mit der Zeit der Rufbereitschaft überschneide und eine zusätzliche Vergütung für die Rufbereitschaft gezahlt werde, dann sei angesichts dieser ständigen Handhabung davon auszugehen, dass eine Rufdienstvergütung vereinbart wurde. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesarbeitsgericht zur Vergütung von Bereitschaftsdiensten 2004 entschieden hat, dass die Arbeitsvertragsparteien grundsätzlich frei seien, für beide Arten der zeitlichen Inanspruchnahme (reguläre Arbeitszeit und Bereitschaftsdienstzeit) unterschiedliche Vergütungen vorzusehen. Die Vergütungshöhe unterliege der freien Vereinbarung der Parteien. Zeiten mit geringerer Belastung oder Inanspruchnahme können niedriger vergütet werden. Dieser Gedanke ist sicher auch auf die Übernahme der Rufbereitschaft zu übertragen.

Allerdings ist auch diese vereinbarte Vergütung für Rufbereitschaft – und das hat das Landesarbeitsgericht Düsseldorf in der hier besprochenen Entscheidung nicht erwähnt – gemäß § 2

[www.messner-doennebrink.de](http://www.messner-doennebrink.de)

Abs. 1 Nr. 6 Nachweisgesetz schriftlich niederzulegen. Denn dort ist aufgeführt, dass sich aus der Niederschrift unter anderem die Zusammensetzung und die Höhe des Arbeitsentgeltes einschließlich der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgeltes und deren Fälligkeit ergeben müsse. Was daher konkret vereinbart worden ist, dürfte – sofern § 2 Abs. 1 Nr. 6 Nachweisgesetz beachtet worden ist – nicht im Streit stehen.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten:

Die Arbeitsvertragsparteien sollten die Vergütung der Rufbereitschaft möglichst genau und transparent schriftlich regeln. Dies betrifft nicht nur die Höhe der Vergütung, sondern auch die präzise Beschreibung, aus der sich die Häufigkeit und zeitliche Inanspruchnahme ergibt. Wie oben angegeben, fordert das Landesarbeitsgericht Düsseldorf, dass die Anzahl der Rufdienste beziffert festgelegt wird, d.h. welche Dienste pro Zeiteinheit ohne/mit welcher zusätzlichen Vergütung geleistet werden sollen.

*Quellen:* Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 06.05.2010, Aktenzeichen: 13 Sa 1129/09;

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 03.04.2007, Aktenzeichen: 9 AZR 867/06 zu § 307 Abs. 1 BGB – Erkennbarkeit wirtschaftlicher Nachteile;*

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 24.03.2009, Aktenzeichen: 9 AZR 983/07, bei juris Rn. 96 zu § 307 Abs. 1 – Gefahr, dass Arbeitnehmer wegen unklar gefasster AGB seine Rechte nicht wahrnimmt;*

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 28.01.2004, Aktenzeichen: 5 AZR 530/02 zur Vergütung des ärztlichen Bereitschaftsdienstes.*