

Honorarärzte in der Arztpraxis – Pflicht zur (Nach-)Zahlung von Sozialversicherung?

Rechtsanwalt Dr. Christoph Osmialowski, Fachanwalt für Medizinrecht, Karlsruhe

Einleitung

In der Regel führen (niedergelassene) Unfallchirurgen und Orthopäden (ambulante) = Operationen unter Beteiligung eines externen Anästhesisten durch. Seltener – aber doch – kommt es vor, dass Unfallchirurgen und Orthopäden selbst als Externe in einer Arztpraxis (Praxisvertretung) oder im Krankenhaus (Dienstvertretung) tätig werden. In den genannten Fällen erfolgt die Vergütung jedenfalls fast ausschließlich in der Form eines Zeithonorars pro Stunde oder eines Pauschalhonorars pro Einsatz auf Grundlage eines Honorar(arzt)vertrages.

Immer mehr Ärzte betätigen sich in dieser Form als Honorarärzte. Dementsprechend intensiver wurde in der letzten Zeit der bereits lange brennende Streit über die Frage geführt, ob Honorarärzte sozialversicherungspflichtige Beschäftigte oder sozialversicherungsfreie Selbstständige sind. Jüngst hat das Landessozialgericht Baden-Württemberg zumindest für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Honorararztstätigkeit eines Facharztes für Anästhesiologie durch ein Berufungsurteil¹ versucht, Klarheit zu schaffen. Dieser Beitrag zeigt die Hintergründe der Entscheidung, andere aktuelle Rechtsprechung sowie Kritik auf und gibt praktische Hinweise.

In den meisten Fällen verlassen sich sowohl die Auftraggeber (Praxisinhaber/Krankenhausträger) von Honorarärzten, als auch die Honorarärzte selbst aus wirtschaftlichen bzw. in der Regel steuerlichen Gründen darauf, dass die Tätigkeit von Honorarärzten selbstständig und damit insbesondere auch sozialversicherungsfrei ist. Die Zunahme der Honorarärzte ruft jedoch die Deut-

sche Rentenversicherung auf den Plan. Diese will im eigenen Beitragsinteresse bei der zunehmenden Anzahl der Honorarärzte geklärt haben, welchen sozialversicherungsrechtlichen Status Honorarärzte als potenzielle Arbeitnehmer haben. Im Rahmen der ihr zur Verfügung stehenden Prüfverfahren (Statusfeststellung nach § 7a SGB IV, Meldepflichten nach §§ 28p, 28q SGB IV) versucht sie, Honorarärzte und ihre Auftraggeber in die Sozialversicherungspflicht zu zwingen.

Zu der Beurteilung einer Tätigkeit als sozialversicherungspflichtige Beschäftigung hat sich in den vergangenen Jahrzehnten eine unübersichtliche Flut von Beurteilungskriterien entwickelt, die je nach Sachverhalt und Interessenlage verwendet werden. Diese Kriterien mussten auch in dem Musterprozess zur Beurteilung der Tätigkeit eines Anästhesisten als Honorararzt im Krankenhaus herangezogen werden, der nachfolgend dargestellt wird.

Sachverhalt

Der Anästhesist schloss mit dem Krankenhausträger einen „Honorarvertrag“. Darin war unter anderem Folgendes geregelt:

„Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit der vertretungsweisen und stundenweisen Erbringung von ärztlichen Leistungen gemäß dem Berufsfeld eines Facharztes für Anästhesiologie. Die jeweiligen Tätigkeiten werden nach einer mündlichen Auftragsanfrage des Auftraggebers vereinbart.“

„Für den Auftragnehmer besteht kein Anspruch auf Erteilung von Einsätzen. Der Auftragnehmer ist nicht verpflichtet, Aufträge bzw. Einsätze zu übernehmen.“

„Der Auftragnehmer wird seine eigene Arztkleidung einsetzen.“

„Der Auftragnehmer übt seine Tätigkeit freiberuflich aus. Der Auftragnehmer ist kein Arbeitnehmer des Auftraggebers im Sinne des Sozialversicherungs-, Steuer- und Arbeitsrechtes. Der Einsatz des Auftragnehmers ist jeweils zeitlich begrenzt. Der Auftraggeber ist nicht der einzige Kunde des Auftragnehmers. Der Auftragnehmer hat somit das Recht, auch für dritte Auftraggeber, insbesondere Krankenhäuser, tätig zu sein.“

„Der Auftraggeber zahlt dem Auftragnehmer ein Honorar. Dieses beträgt 43,00 € je Stunde im Tagdienst und 30,00 € je Stunde im Bereitschaftsdienst. Dieses Honorar ist umsatzsteuerfrei. Der Auftragnehmer übernimmt alle sich aus dem Honorarvertrag ergebenden Steuerpflichten. Der Auftragnehmer stellt das Honorar dem Auftraggeber jeweils schriftlich in Rechnung.“

„Der Auftragnehmer schließt eine Berufshaftpflichtversicherung ab. Dem Auftraggeber wird eine entsprechende Kopie vorgelegt.“

Der Anästhesist erbrachte sowohl anästhesiologische Leistungen bei Operationen als auch intensivmedizinische Leistungen auf der Intensivstation. Hierbei hatte er weder eine besondere Funktion, noch nahm er an Besprechungen, Supervisionen etc. teil. Es stand ihm offen, bei Interesse an klinikinternen Fortbildungen teilzunehmen. Er war weder an bestimmte Anfangs- noch an Pausen- oder Endzeiten gebunden. Nur bei Übernahme eines Bereitschafts- oder Rufdienstes wurde sein Name kurzfristig im Dienstplan vermerkt, um den anderen Ärzten des Krankenhauses aus organisatorischen Gründen mitzuteilen, wer im entsprechenden Zeitraum für die anästhesiologische Betreuung von Patienten zuständig war.

¹ Urteil vom 17.4.2013, Az. L 5 R 3755/11 = Arztr 2013, 172.

Wenn ein vereinbarter Arbeitseinsatz (kurzfristig) vonseiten des Krankenhaussträgers abgesagt wurde, erhielt der Anästhesist keine Vergütung. Die erforderlichen persönlichen Arbeitsutensilien brachte er mit. Auch organisierte und finanzierte er alle erforderlichen Versicherungen und Vorsorgemaßnahmen. Der Anästhesist stellte seine Leistungen gegenüber dem Krankenhaussträger in Rechnung. Neben seiner Tätigkeit für den Krankenhaussträger wurde der Anästhesist auch für weitere Auftraggeber tätig (Praxisvertretungen). Die Tätigkeit des Anästhesisten für den Krankenhaussträger erfasste zeitlich ca. 20 % der Gesamtarbeitszeit.

In einem sogenannten Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SVB IV stellte die Deutsche Rentenversicherung Bund durch Bescheid fest, dass der Anästhesist sozialversicherungspflichtig war. Gegen diesen Bescheid richteten sich Widerspruch und Klage des Anästhesisten.

Rechtsfrage

Rechtsgrundlage des Bescheids zur Statusfeststellung ist § 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV, dem zufolge insbesondere Personen, „die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind“, kraft Gesetzes von der Sozialversicherung umfasst und somit versicherungs- und insbesondere beitragspflichtig sind. Wie häufig kommt es bei der zu klärenden Rechtsfrage auf ein Wörtchen an: Das Sozialgericht und anschließend das Landessozialgericht Baden-Württemberg hatten zu klären, ob die Tätigkeit des Anästhesisten im Krankenhaus auf Grundlage des Honorarvertrages tatsächlich „nichtselbstständig“ im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV war:

§ 7 Abs. 1 SGB IV

„Beschäftigung ist die **nichtselbstständige Arbeit**, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“

Das Bundessozialgericht, auf dessen Entscheidungen die Sozialgerichte in erster Linie schauen, knüpft die „Nicht-

selbstständigkeit“ – genauso wie das Bundesarbeitsgericht – im **Grundsatz** daran, ob der Betreffende bei seiner Tätigkeit „in die Organisation des Auftraggebers eingegliedert“ und „persönlich abhängig“ ist².

Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass die Parteien in der Regel wie auch in dem oben beschriebenen Musterfall die Selbstständigkeit im Honorarvertrag vereinbaren, um damit im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit alle Zweifel zu beseitigen. Dies sieht das Bundessozialgericht jedoch anders. Es spricht lediglich von einer **Indizwirkung des Honorarvertrages**. Selbst wenn die Parteien ausdrücklich vereinbaren, kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zu wollen, sei dies lediglich ein Indiz für die Selbstständigkeit. Diese Indizwirkung bestehe auch nur dann, wenn der Vertragstext dem festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhalten nicht offensichtlich widerspricht und durch weitere Aspekte gestützt wird.

Gelegentlich wird argumentiert, dass es ein Indiz für die Nichtselbstständigkeit sei, wenn die konkrete Aufgabenstellung bei Abschluss des Honorarvertrages noch nicht bekannt und die Formulierung im Honorarvertrag entsprechend ist. Die Tätigkeit des Anästhesisten im Rahmen der Operationen bedarf jedoch nach Stimmen in der Rechtsprechung keiner weiteren Konkretisierung (s.u.). Anders als z.B. die Tätigkeit des Operators, bei dem mit der bloßen Bezeichnung des Fachgebietes noch nicht klar wird, welche Tätigkeit er zu verrichten hat, sei dies bei der Fachrichtung Anästhesie deutlicher. Die Festlegung im Honorarvertrag des Anästhesisten, auf dem „Berufsfeld eines Facharztes für Anästhesiologie“ Leistungen zu erbringen, dürfte demnach keine weitere Arbeitsanweisung erfordern.

Letztendlich kommt es nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts somit auf die **tatsächlichen Umstände im Einzelfall** an. Dies führte in der Vergangenheit zu der bereits erwähnten Vielfalt von Abgrenzungskriterien, die zur Beurteilung herangezogen wurden und werden. Keines

dieser Kriterien kann allein die Abhängigkeit oder Selbstständigkeit begründen. Im Rahmen einer sachgerechten Gewichtung kommt es letztendlich darauf an, welche Kriterien im Gesamtbild überwiegen. Die wesentlichen Kriterien werden in den folgenden Absätzen (so weit möglich) gebündelt dargestellt.

Abwägungskriterien

Eingliederung in die Organisation

Die oben bereits für die Nichtselbstständigkeit angeführte **Eingliederung in die Organisation** des Auftraggebers wird davon abhängig gemacht, ob nach folgenden Aspekten eine Weisungsgebundenheit vorliegt:

- Hinsichtlich dem **Ort der Tätigkeit** wird eine entsprechende Weisungsgebundenheit darin gesehen, dass der Honorararzt seine ärztlichen Leistungen in der Regel ausschließlich in den Räumlichkeiten des Auftraggebers erbringt, weil der Auftraggeber damit die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen zu treffen bzw. getroffen habe³ und der Honorararzt seine Tätigkeit nicht im Wesentlichen frei gestalten könne⁴.
- Darüber hinaus wird eine entsprechende Weisungsgebundenheit darin gesehen, dass **zeitliche Vorgaben** einzuhalten sind. Im Falle des anästhesiologischen Honorararztes liegt diese Annahme bei der Übernahme von Diensten im Krankenhaus näher, als bei operationsweisen Einsätzen mit vereinbartem Operationsbeginn.
- **Inhaltlich** kollidiert die Weisungsgebundenheit im Falle des Honorararztes jedenfalls in fachlichen Fragen mit der in § 1 Abs. 2 Bundesärzteordnung gesetzlich garantierten Therapiefreiheit. Bei einer Tätigkeit in der Arztpraxis eines fachfremden Kollegen (z.B. Tätigkeit eines Anästhesisten als Honorararzt in der Arztpraxis eines Orthopäden) ist eine inhaltliche Weisungsgebundenheit des Honorararztes schon wegen der Fachfremdheit nicht denkbar. Sie ist allenfalls im Krankenhaus – gemittelt durch den

² siehe z.B. BSG, Urteil vom 28.5.2008, Az. B 12 KR 13/07 R.

³ Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 30.8.1994, Az. 1 ABR 3/94.

⁴ Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 9.10.2002, Az. 5 AZR 405/01.

Chefarzt der Abteilung – (allerdings nur schwer) vorstellbar.

Unternehmerisches Risiko

Als ein wesentliches Merkmal der persönlichen Unabhängigkeit wird das unternehmerische Risiko diskutiert. Dieses manifestiert sich in der Freiheit bei der Annahme oder Ablehnung von Aufträgen sowie eigenem Kapitaleinsatz:

- Häufig – wie auch im Musterfall des Anästhesisten – wird im Honorarvertrag vereinbart, dass **hinsichtlich der Einsätze weder ein Anspruch, noch eine Pflicht** besteht.
- Häufig wird auch die **Bezahlung nach Zeitaufwand** unabhängig von der Patientenzahl und der fehlende Einfluss auf die Patientenzahl thematisiert. Es gibt jedoch sozialgerichtliche Rechtsprechung, die feststellt, dass die Vereinbarung im Vorfeld, für jede Operation „pro Patient“ ein festgelegtes Honorar zu berechnen, der Situation beispielsweise eines anästhesiologischen Honorararztes nicht gerecht wird⁵.
- Der Honorararzt muss in der Regel mit **mehreren Auftraggebern** in Vertragsbeziehungen stehen. Unternehmerisches Potenzial liegt also für ihn wie für jeden selbstständig Berufstätigen darin, bei einem Auftraggeber durch gute Leistung **Folgaufträge** zu generieren und die **Zahl der Auftraggeber** zu erhöhen.
- Gewicht wird auch dem Umstand beigemessen, ob und in welcher Höhe **eigener Kapitaleinsatz** erfolgt: Das Bundessozialgericht⁶ hat ein unternehmerisches Risiko bereits darin gesehen, dass der Auftragnehmer (übertragen: Honorararzt) lediglich seine Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlustes einsetzt. Eigener relevanter Kapitaleinsatz könnte sich gleichwohl beispielsweise aus der Verpflichtung ergeben, bei Verhinderung auf eigene Kosten einen Ersatz stellen. Oftmals wird darauf abgestellt, ob für genutzte Infrastruktur ein Nutzungs-

entgelt gezahlt wird. Allerdings hat die Rechtsprechung beispielsweise „Piloten ohne eigenes Flugzeug“ auch ohne Zahlung eines solchen Nutzungsentgelts als selbstständig eingestuft⁷. Würde der Anästhesist, wie gerade nicht möglich, seinen eigenen „OP“ mitbringen, müsste seine Vergütung deutlich höher ausfallen.

Aktuelle Rechtsprechung

Einige Beispiele aus der aktuellen Rechtsprechung veranschaulichen die Vielzahl der Einzelfallentscheidungen:

Das Hessische Landesarbeitsgericht⁸ hat entschieden, dass die Tätigkeit eines Facharztes **in einem Krankenhaus** auch selbstständig auf Honorarbasis erbracht werden kann.

Das Sozialgericht Berlin hat in einem bereits erwähnten Urteil⁹ festgestellt, dass die Tätigkeit des Anästhesisten bei Operationen keiner weiteren Konkretisierung bedarf. Anders als z.B. die Tätigkeit des Operateurs, bei dem mit der bloßen Bezeichnung des Fachgebietes noch nicht klar wird, welche Tätigkeit er zu verrichten hat, sei dies bei der Fachrichtung Anästhesie deutlicher.

Dem entsprechend hat das Landesarbeitsgericht Hamm¹⁰ festgestellt, dass ein Honorararzt rechtlich nicht per se als Arbeitnehmer anzusehen ist, sondern dass auch eine selbstständige Tätigkeit gegeben sein kann. Hierfür spreche ein „Rahmenvertrag“ ohne einzelfallbezogene Angaben, der – wie auch im Musterfall des Anästhesisten – nicht erkennen lässt, in welchem genauen Umfang, zu welchen Zeiten und zu welchen Bedingungen der Arzt im Einzelnen die Tätigkeit erbringen sollte.

Das Landesarbeitsgericht Thüringen¹¹ hat generell für einen Arzt im Krankenhaus festgestellt, dass selbst eine Einbindung in die Organisation des Krankenhauses nicht allein ausschlaggebend ist, da innerhalb der betrieblichen Abläufe die Leistung auf die eine oder die andere Weise erbracht werden

kann. Somit gebe auch das Zeitregime keinen ausschlaggebenden Hinweis. Zudem spräche für eine selbstständige Tätigkeit, dass Aspekte, die bei einem Arbeitsverhältnis einer Regelung hätten zugeführt werden müssten, ungeregelt bleiben.

Sozialgericht Mannheim, Urteil vom 16.6.2011, Az. S 15 R 2545/09

Das Sozialgericht Mannheim stellte sich in dem Musterfall des Anästhesisten auf den Standpunkt, dass dieser nichtselbstständig und somit in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis tätig war. Sein Urteil stütze das Sozialgericht Mannheim im Wesentlichen auf folgende Kriterien:

- Der Anästhesist sei **in die Unternehmensorganisation eingegliedert** gewesen. Er sei ausschließlich in den Räumen des Krankenhauses tätig geworden und habe keine eigene Betriebsstätte gehabt. Er habe nicht über einen eigenen, abgrenzbaren räumlichen Bereich verfügt, den er beispielsweise vom Krankenhausträger gemietet und, in dem er auf eigene Rechnung fachärztliche Leistungen erbracht hätte. Er habe die Tätigkeit zudem innerhalb eines festen zeitlichen Rahmens ausgeübt.
- Der Anästhesist habe **kein Unternehmerrisiko** getragen: Er habe mangels der Anmietung eigener Räumlichkeiten kein eigenes Kapital eingesetzt und Narkosemittel oder Ähnliches nicht zur Verfügung zu stellen bzw. zu erstatten gehabt. Jeder Handwerker würde jedoch eine eigene Betriebsstätte unterhalten und notwendige Betriebsmittel selbst anschaffen. Zudem habe er nicht die Möglichkeit gehabt, den Patientenstrom selbst zu steuern. Das Recht, eine angebotene Tätigkeit abzulehnen, reiche nicht. Er habe aber die Gewähr gehabt, für tatsächlich erbrachte Leistungen das

⁵ vgl. Sozialgericht Berlin, Urteil vom 10.2.2012, Az. S 208 KR 102/09.

⁶ Urteil vom 28.5.2008, Az. B 12 KR 13/07.

⁷ vgl. Bundessozialgericht, Urteil vom 28.5.2008, Az. B 12 KR 13/07.

⁸ Urteil vom 14.1.2013, Az. 16 Sa 1213/12.

⁹ Urteil vom 10.2.2012, Az. S 208 KR 102/09.

¹⁰ Beschluss vom 7.2.2011, Az. 2 Ta 505/10.

¹¹ Urteil vom 29.4.2010, Az. 1 Ta 29/10.

vereinbarte Honorar zu erhalten. Das Honorarausfallrisiko spreche nur dann für eine selbstständige Tätigkeit, wenn dem unter anderem eine höhere Verdienstchance gegenüberstünde. Das Entgelt des Anästhesisten sei jedoch allein vom zeitlichen Einsatz abhängig gewesen, nicht hingegen von der Güte des Arbeitseinsatzes.

- Letztendlich wurde noch mit dem Rechtsschein argumentiert: Für die Patienten sei **nicht erkennbar** gewesen, dass der Anästhesist nicht als angestellter Arzt, sondern als selbstständiger Honorararzt tätig war.

Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 17.4.2013, Az. L 5 R 3755/11

Entscheidung und Gründe

Auch das Landessozialgericht Baden-Württemberg stellte sich auf den Standpunkt, dass der Anästhesist nichtselbstständig war. Zur Begründung hat es sich jedoch etwas Neues einfallen lassen: Es ging gar nicht wesentlich auf die seit Jahrzehnten diskutierten sozialrechtlichen Abgrenzungskriterien ein, sondern argumentierte weit überwiegend mit anderen Rechtsgebieten wie z.B. dem Berufsrecht oder dem Vergütungsrecht, die vom streitgegenständlichen Sozialversicherungsrecht (weit) entfernt sind.

Die Abwägung der oben genannten sozialversicherungsrechtlichen Kriterien hatte nach Angaben des Vorsitzenden in der mündlichen Verhandlung zu einem Patt geführt, sodass bei der völlig offenen Rechtsfrage im Dienste der Einheit der Rechtsordnung auf anderen Rechtsgebieten mit angeblich vorhandenen Gründen für die Rechtswidrigkeit der Selbstständigkeit eines Honorararztes argumentiert werden könne:

- Die Tätigkeit des Honorararztes sei als selbstständige unzulässig, da sie **gegen die Tradition** verstoße. Der angestellte Arzt habe sich als zweite Berufsausübungsform neben dem Beruf des niedergelassenen Arztes entwickelt. Er sei ein in Rechtstradition und allgemeiner gesellschaftlicher Anschauung durch eine hierarchische Struktur geprägter typischer ärztlicher Beruf.

- Die Tätigkeit des Honorararztes sei als selbstständige unzulässig, wenn der Honorararzt **nicht niedergelassen** sei. Nach Angaben der Vermittlungsagenturen auf ihren Internetwebseiten würden Honorarärzte frei nach Hannes Wader („Heute hier, morgen dort“) in Kliniken und Praxen für einen vorher festgelegten Stunden- oder Tagessatz arbeiten und so helfen, die durch den Ärztemangel entstehenden Lücken zu kompensieren.

Das ärztliche Berufsrecht gehe jedoch von der Berufsausübung als freiberuflicher Arzt (§ 1 Abs. 2 Musterberufsordnung) oder als angestellter Arzt bzw. beamteter Arzt (§§ 19, 23 Musterberufsordnung) aus und binde die selbstständige ambulante Tätigkeit von jeher an die Niederlassung (§ 17 Abs. 1 Musterberufsordnung). Die Ausübung ambulanter ärztlicher Tätigkeit im Umherziehen sei berufsrechtswidrig (§ 17 Abs. 3 Musterberufsordnung).

Niederlassung bedeutet die genehmigungsfreie Einrichtung einer mit den notwendigen räumlichen, sächlichen und personellen Voraussetzungen ausgestatteten Sprechstelle zur Ausübung ärztlicher Tätigkeit an einem – im Wesentlichen – frei gewählten Ort, mit der Folge, dass der Arzt in der Ausübung seiner Tätigkeit an diesen Niederlassungsort gebunden ist. Die Niederlassungspflicht sei hierbei nicht lediglich die Kehrseite des Verbotes, den Arztberuf im Umherziehen auszuüben. Der ärztliche Beruf sei nicht nur ortsgebunden, er solle im Grundsatz auch nur an einem Ort ausgeübt werden. Zweck dieser Beschränkung sei, im Interesse der Patienten sicherzustellen, dass der Arzt räumlich erreichbar ist. Es solle verhindert werden, dass der Arzt zum Pendler werde. Nach Auffassung des Gerichts kam es auf das Sonderrecht von Anästhesisten, sich ohne Verstoß gegen das Verbot der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit im Umherziehen zur Niederlassung des Operateurs begeben zu können, nicht an. Die Berufsordnung stelle jedenfalls auch freiberufliche Anästhesisten nicht von der Pflicht zur Niederlassung frei, sondern lediglich weitgehend von der Bindung an diese Niederlassung. Dementsprechend lässt das Gericht offen, ob ein Anästhesist sich aushilfsweise zur

Übernahme von Tages-, Nacht- und Feiertagsdiensten in ein Krankenhaus begeben darf.

- Die Tätigkeit des Honorararztes **in einem Krankenhaus** sei als selbstständige unzulässig, da sie dem im SGB V verankerten **Versorgungsauftrag des Krankenhausträgers** nicht gerecht würde. Der ärztliche Leitungsvorbehalt in § 107 Abs. 1 Nr. 2 SGB V sei maßgeblich für die Organisation und Weisungsstruktur des Krankenhauses. In personeller Hinsicht sei eine ausreichende Ausstattung mit jederzeit verfügbarem ärztlichen Personal erforderlich, § 107 Abs. 1 Nr. 3 SGB V.

In diesem Punkt setzte sich das Gericht über den vom Gesetzgeber ausdrücklich geäußerten Willen hinweg: Der Gesetzgeber hatte klargestellt, dass die Vorgabe, jederzeit verfügbares ärztliches Personal vorzuhalten, statusneutral ist (BT-Drucksache 17/9992, Seite 26). Diese Annahme überzeugt nach Auffassung des Gerichts nicht, da die jederzeitige Verfügbarkeit nur im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen denkbar sei. Ebenso ergebe sich aus der erforderlichen Organisation der arbeitsteiligen Aufgabenwahrnehmung die Notwendigkeit der Einhaltung von Dienstplänen und der Abstimmung von Arbeitsabläufen sowie aus der dargestellten ärztlichen Verantwortungsstruktur die Einbindung in einen Behandlungsplan und das fachliche Weisungsrecht des Chefarztes. Die ärztliche Versorgung im Krankenhaus müsse daher durch angestellte Ärzte erfolgen, da nur diese verbindlich in die Organisations- und Weisungsstruktur des Krankenhauses eingebunden werden können. Der sich hieraus ergebende Regelfall, dass Krankenhäuser mit angestelltem oder beamtetem Personal arbeiten, entspreche zudem auch dem Ziel der Qualitätssicherung, da bei eigenem Personal am ehesten davon ausgegangen werden könne, dass dieses nach dem Maßstab höchstmöglicher Qualifikation ausgewählt, angeleitet und überwacht wird. Auch der Gesichtspunkt der Transparenz der Leistungserbringung aus der Perspektive des Patienten spreche für diese Sicht.

- Die Tätigkeit als Honorararzt **in einem Krankenhaus** sei als selbst-

ständige unzulässig, da die **Abrechnung der Leistungen** durch den Krankenhausträger eine abhängige Beschäftigung voraussetze.

Stationär erstreckten sich z.B. Wahlleistungsvereinbarungen in erster Linie gemäß § 17 Abs. 3 KHEntgG auf angestellte oder beamtete Ärzte des Krankenhauses. § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 KHEntgG sehe zudem lediglich als Ausnahme vor, dass vom Krankenhaus veranlasste Leistungen Dritter in die Vergütung mit einbezogen werden. Dieses Regel-/Ausnahmeverhältnis würde leerlaufen, wenn jeder im Krankenhaus tätige Arzt vergütungsfähige stationäre Krankenhausleistungen erbringen könnte. Es müsse sich vielmehr um einen wenigstens teilweise am Krankenhaus beschäftigten Arzt handeln.

Etwas Neues ergebe sich auch nicht aus der zum 1.1.2013 in Kraft getretenen Neuregelung des § 2 Abs. 1 KHEntgG, der zufolge Krankenhausleistungen auch ärztliche Behandlungen sind, die durch **nicht fest** angestellte Ärztinnen und Ärzte erbracht werden. Nicht fest angestellte Ärzte seien keine **überhaupt nicht** angestellten Ärzte. Der Vergleich mit der Formulierung in §§ 18 KHEntgG, 121 Abs. 2 SGB V, die Belegärzte als am Krankenhaus nicht angestellte Vertragsärzte definieren, zeige, dass es des Begriffes „fest“ nicht bedürft hätte. Nicht fest angestellte Ärzte dürften nach BGB und TzBfG befristet oder unbefristet eingestellte Aushilfskräfte sein, bei denen eine kürzere Mindestkündigungsfrist vereinbart werden kann. Zu denken sei auch an die Arbeit auf Abruf (TzBfG). Selbst wenn man jedoch die Hinzuziehung von Honorärärzten in Betracht zöge, müssten wegen des Ausnahmecharakters zumindest besondere Gründe für die Hinzuziehung vorliegen. Die Einsparung eigenen Krankenhauspersonals reiche nicht aus.

Ambulant (vor- und nachstationär) ließe das SGB V (§§ 115a und 115b) lediglich eine Kooperation mit niedergelassenen Vertragsärzten zu, damit die Leistungen für das Krankenhaus abrechenbar seien. Kooperierende Ärzte müssten zur Ausübung des ärzt-

lichen Berufs in selbstständiger Form und somit berechtigt sein, außerhalb dieses Krankenhauses Patienten zu behandeln.

Kritik

Dieser Begründung können folgende Argumente entgegengehalten werden:

- Die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Honorararztes betrifft allein die Frage, ob diese Tätigkeit selbstständig oder nichtselbstständig ist, nicht jedoch die Frage der Rechtswidrigkeit dieser Tätigkeit. Das Landessozialgericht hat jedoch die Nichtselbstständigkeit mit der angeblichen Rechtswidrigkeit der Selbstständigkeit begründet. Dies ist in anderen Verfahren zu klären.
- Die Tradition vermag Rechtsgrundsätze nur in absoluten Ausnahmefällen zu begründen.
- Die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung betrifft auch nicht die Frage, ob die Tätigkeit berufsrechtswidrig ist. Das Landessozialgericht begründete die sozialversicherungsrechtliche Abhängigkeit mit einem angeblich berufsrechtlich bestehenden absoluten Niederlassungsgebot. Berufsrechtliche Fragen sind aber ebenfalls in anderen Verfahren zu klären. Im Übrigen ist die Bindung der Ausübung ambulanter ärztlicher Tätigkeit an die Niederlassung gemäß § 17 Abs. 1 der Musterberufsordnung auf die Tätigkeit „außerhalb von Krankenhäusern“ beschränkt. Diese Bindung gilt zudem nicht, „soweit gesetzliche Vorschriften etwas anderes zulassen“. Die Berufsordnung differenziert hierbei gerade nicht nach der vertraglichen Gestaltung der Tätigkeit. Die Erreichbarkeit des Honorararztes ist über das Krankenhaus gewährleistet.
- Die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer honorarärztlichen Tätigkeit **im Krankenhaus** betrifft nicht die Frage, ob das Krankenhaus durch Honorarärzte seinen Versorgungsauftrag erfüllen kann. Das Landessozialgericht hat jedoch die Abhängigkeit mit der angeblichen Nichterfüllung dieses Auftrages durch selbstständige Tätigkeit begründet. Im Übrigen kann die jederzeitige Ver-

fügbare ärztlichen Personals auch durch eine lückenlose Verpflichtung sorgfältig ausgesuchter, selbstständiger Honorarärzte gewährleistet werden.

- Die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer honorarärztlichen Tätigkeit **im Krankenhaus** betrifft nicht die Frage, ob das Krankenhaus die Leistungen von Honorärärzten abrechnen kann. Das Landessozialgericht hat jedoch die sozialversicherungsrechtliche Abhängigkeit mit der angeblichen Nicht-Abrechenbarkeit von Leistungen begründet, die von Selbstständigen erbracht werden. Abrechnungsfragen sind aber ebenfalls in anderen Verfahren zu klären. Auch die angebliche Nicht-Abrechenbarkeit durch das Krankenhaus würde die Selbstständigkeit des Honorararztes nicht ausschließen. Bei alledem setzt sich das Landessozialgericht mehrfach über den klar zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers hinweg: In der Gesetzgebung zu § 2 Abs. 1 KHEntgG beispielsweise differenziert der Gesetzgeber gerade nicht zwischen „fest angestellt“ und „angestellt“, sondern stellt „nicht fest angestellte“ Ärzte mit „niedergelassenen“ Ärzten gleich. Die Erbringung und Vergütung von allgemeinen Krankenhausleistungen soll ausdrücklich nicht vom Status des Arztes im Krankenhaus abhängen, sondern sämtliche („sonstige“) Vertragsbeziehungen einbeziehen. Es sollen „flexible Möglichkeiten“ der Zusammenarbeit ermöglicht werden¹².

Das Landessozialgericht hat in der Sache nicht mehr Klarheit, sondern durch Eröffnung von weiteren Kriegsschauplätzen mehr Unklarheit geschaffen. Insbesondere hat das Landessozialgericht sich der sozialversicherungsrechtlichen Entscheidung entzogen, auf welche Merkmale es bei der Abgrenzung selbstständiger oder nichtselbstständiger Tätigkeit von Honorärärzten entscheidend ankommt.

Praxishinweis

Klar ist: Auf der sicheren Seite sind die Beteiligten, wenn sie die honorarärztliche

¹² vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/9992, S. 26, Zu Nummer 3, Zu Buchstabe a, § 2 KHEntgG, Zu Absatz 1 Satz 1.

Tätigkeit in der Form eines sozialversicherungspflichtigen Anstellungsverhältnisses gestalten. Für diese Sicherheit müssen die sich aus der Sozialversicherungspflicht ergebenden Kosten für den Auftrag- bzw. Arbeitgeber (Praxisinhaber/Krankenhaussträger) wie auch für den Honorararzt hingegenommen werden.

Für die Praxis ergeben sich aus der Entscheidung des Landessozialgerichts einige Hinweise, die bei der Gestaltung von ärztlicher Tätigkeit auf Honorarbasis beachtet werden sollten, um das Risiko der (Nach-)Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen zu minimieren. Hierbei sollte nicht nur der zugrunde liegende Honorar(arzt)vertrag, sondern auch das tatsächliche Verhalten von Auftraggeber und Honorararzt nach folgenden Grundsätzen gestaltet sein:

- Es sollte volles Vergütungsausfallrisiko beim Honorararzt bestehen: Recht zur Ablehnung von Aufträgen, einsatzabhängige Vergütung (keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, kein Urlaubsanspruch),
- Der Honorararzt sollte nicht nur für einen Auftraggeber tätig werden bzw. werden dürfen. Hier ist im Honorar(arzt)vertrag zur Sicherheit eine ausdrückliche Genehmigung zu vereinbaren.
- Nicht nur bei anlassbezogenen Aufträgen (pro Operation), sondern insbesondere bei dienstbezogenen Aufträgen (Vertretung) sollte zumindest ein Mitwirkungsrecht bei der Terminbestimmung bzw. Erstellung der

Dienstpläne vereinbart und auch nachweisbar gelebt werden.

- Der Honorararzt sollte sich (sofern noch nicht geschehen) niederlassen, um in diesem wesentlichen Punkt von dem Sachverhalt abzuweichen, der dem Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg zugrunde lag. Hilfsweise sollte dem Honorararzt zumindest vom Auftraggeber ein abgrenzbarer Raum zur Verfügung stehen sowie vom Honorararzt zusätzlich ein ggf. häusliches Arbeitszimmer genutzt werden.
- Es sollte ein Nutzungsentgelt für Räume und Geräte sowie eine Materialerstattung an das Krankenhaus vereinbart und gezahlt werden.

Fazit

Das Musterverfahren des Anästhesisten hat knapp 5 Jahre gedauert. Wie die Revision beim Bundessozialgericht ausgefallen wäre, ist offen. Die vom Landessozialgericht zugelassene Revision zum Bundessozialgericht hat der Anästhesist nicht mehr eingelegt.

Zumindest in Baden-Württemberg hat das Urteil des Landessozialgerichts in erster Linie für nicht niedergelassene (!) Honorarärzte die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass ihre Tätigkeit als nicht-selbstständig und somit sozialversicherungspflichtig eingestuft wird. Das Urteil könnte auch Signalwirkung über die Landesgrenzen hinaus haben.

Praxisinhaber und Krankenhaussträger müssen entscheiden, ob sie wegen des Urteils des Landessozialgerichts Baden-Württemberg in Zukunft von der Beschäftigung selbstständiger Honorarärzten Abstand nehmen oder wegen der fragwürdigen Urteilsbegründung und einer nach wie vor ausstehenden abschließenden Entscheidung des Bundessozialgerichts weiterhin selbstständige Honorarärzte beschäftigen und sozialversicherungsrechtliche Risiken in Kauf nehmen.

In der Regel dürften die Interessen von Praxisinhaber/Krankenhaussträger und Honorararzt gleich gerichtet sein: Der Praxisinhaber/Krankenhaussträger wünscht sich die Selbstständigkeit des Honorararztes, um keine (Nach-)Zahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen leisten zu müssen. Der Honorararzt wünscht sich die Selbstständigkeit seiner Tätigkeit, um durch die hiermit verbundene Sozialversicherungsfreiheit weiterhin für Auftraggeber eine interessante Alternative zu fest angestellten Ärzten zu bleiben. Letztendlich kann ausschließlich im jeweiligen Einzelfall (juristisch) beurteilt werden, welche sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen zu bedenken sind. OUP

Korrespondenzadresse

RA Dr. Christoph Osmialowski
Kanzlei für ArztRecht
Fiduciastraße 2, 76227 Karlsruhe
kanzlei@arztrecht.org
Internet: www.arztrecht.org