

Kapitel 2: Der Beruf des Honorararztes

Der Oberbegriff „Honorararzt“ umfasst eine Vielzahl unterschiedlicher Gestaltungen.¹ Diese reichen vom kurzfristigen „Einspringen“ externer Ärzten im Bereitschaftsdienst bis hin zu umfangreichen Kooperationen zwischen Krankenhäusern und niedergelassenen Ärzten.

Ausprägungen honorarärztlicher Tätigkeiten reichen von der konsiliarischen Mitberatung im Einzelfall bis zur regelmäßigen Erbringung von Hauptleistungen. Während in einigen Fällen Honorarärzte lediglich das Team der angestellten Ärzte verstärken oder ergänzen, führen andere Kooperationen dazu, dass das Krankenhaus mit dem Honorararzt ein zusätzliches Leistungsspektrum anbieten kann und so innerhalb des Versorgungsauftrags neue Spezialisierungen ermöglicht werden, z. B. die Neurochirurgie im Rahmen der Allgemeinchirurgie. In anderen Fällen können Honorarärzte nur zur Erbringung spezieller bedarfsgebundener Leistungen, z. B. Konsilleistungen, tätig werden, während andere Honorarärzte wiederum fest in das Leistungsspektrum und die Leistungserbringung des Krankenhauses eingebunden und sogar teilweise mit Aufgaben leitender Ärzte betraut sind. Ferner reicht das Spektrum honorarärztlicher Leistungen von punktuellen Leistungen bis hin zu einer quasi belegärztlichen umfassenden ärztlichen Verantwortung für das Behandlungsgeschehen.

Im Nachfolgenden soll der „Beruf des Honorararztes“ näher untersucht werden. In einem ersten Abschnitt sollen Merkmale des Berufsbildes herausgearbeitet werden, aus denen eine Definition des Honorararztwesens und seiner Untergruppen abgeleitet werden sollen. In einem weiteren Abschnitt sollen die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Berufstätigkeit von Honorarärzten dargestellt werden. Der dritte Abschnitt beschäftigt sich mit den arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Honorararztwesens.

¹ Quaas, GesR 2009, S. 459.

Abschnitt 1: Formen honorarärztlicher Tätigkeit

A. Der Honorararztbegriff

Trotz kontroverser Diskussionen zum Thema Honorararzt hat sich bislang keine „gängige“ Honorararztdefinition durchgesetzt.

Als Ausgangspunkt für eine Definitionsbildung soll zum einen auf die von Quaas verwandte Umschreibung des Honorararztes zurückgegriffen werden: „Immer handelt es sich bei dem „Honorararzt“ um einen externen Arzt, der seine Leistungen selbständig und höchstpersönlich erbringt. Er steht zum Krankenhaus weder in einem Anstellungsverhältnis noch in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sodass es sich bei dem Kooperationsvertrag um einen Dienstvertrag (§ 611 BGB) handelt. Darüber hinaus ist der Dritte in der Regel zugelassener Vertragsarzt (§ 95 SGB V). Ebenso kommt als Leistungserbringer ein Medizinisches Versorgungszentrum in Betracht“.²

Zum anderen bildet die Definition der Bundesärztekammer und Kassenärztlichen Bundesvereinigung einen Anknüpfungspunkt. Dort fasst man unter den Begriff des Honorararztes „Fachärztinnen und Fachärzte, die in medizinischen Einrichtungen zeitlich befristet freiberuflich tätig sind.“³

Beide Umschreibungen verweisen darauf, dass honorarärztliche Tätigkeit dadurch geprägt wird, dass Leistungen des Krankenhauses durch einen Dritten erbracht werden. Quaas bezeichnet den Honorararzt als „externen Arzt“. Wann ein Arzt extern ist, ist der Umschreibung nicht zu entnehmen. Einen Hinweis hierauf ist dem Definitionsansatz der Bundesärztekammer zu entnehmen, die stattdessen das Merkmal der Freiberuflichkeit verwendet.

Extern oder außerhalb des Krankenhauses stehen Ärzte eben dann nicht, wenn sie freiberuflich tätig sind. Sie gehören dann nicht der Organisation der stationären Einrichtung an. Als (externe) Honorarärzte kommen danach nur Ärzte in Betracht, wenn sie nicht im Krankenhaus fest angestellt sind⁴.

Fraglich ist was bei einem Arzt gilt, der als Gesellschafter und/oder (medizinischer) Geschäftsführer des Krankenhauses nicht auch zugleich dort angestellt ist. Auch hier kommt es darauf an, ob er der Organisation des Krankenhauses angehört oder nicht. Das wird insbesondere der Fall sein, wenn der Arzt das Krankenhaus nach außen vertritt oder nach innen eine Arbeitgeberstellung wahrnimmt.

Ärzte, die als Leiharbeiter dem Krankenhaus überlassen werden, sind stets externe Ärzte. Sie stehen in einem (Leih-) Arbeitsverhältnis zum Verleiher nicht aber zum Krankenhaus, das seinerseits nur vertragliche Beziehungen zum Verleiher

² Quaas, GesR 2009, S. 459.

³ Bundesärztekammer und Kassenärztliche Bundesvereinigung, Honorarärztliche Tätigkeit in Deutschland – Positionsbestimmung, S. 14.

⁴ vgl. Änderungsantrag 1 der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines pauschalierenden Entgeltsystems für psychiatrische und psychosomatische Einrichtungen (Psych-Entgeltgesetz – PsychEntgG), BT-Ausschussdrucksache 17(14)0254.

unterhält. Das kennzeichnet sie als außerhalb der Organisation des Krankenhauses stehend.

Quaas bezieht nur die Krankenhäuser in seine Umschreibung ein. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass honorarärztliche Leistungen nicht nur dort, sondern auch in Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen erbracht werden. Es sollte daher besser von stationären Einrichtungen gesprochen werden.

Weiteres prägendes Merkmal des Begriffs Honorararzt ist die Gewährung eines Honorars durch den stationären Leistungserbringer. Mit dem Honorar ist nichts anderes gemeint, als dass der Honorararzt aufgrund des mit dem Krankenhaus geschlossenen Vertrags, in der Regel einem Dienstvertrag, ein Entgelt erhält. Diese Voraussetzung ist bei einem Arzt, der im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung tätig wird, nicht gegeben. Er erhält ein Arbeitsentgelt vom Verleiher, nicht aber vom entleihenden Krankenhaus.

Legt man den Ansatz von Quaas zugrunde, so kommt als Honorararzt nur ein „Arzt“ in Betracht. Die Bundesärztekammer und die Kassenärztliche Bundesvereinigung wollen den Honorararztbegriff auf Fachärzte beschränkt sehen.⁵ Sie führen an, dass bei Ärzten mit einer Approbation allein oder in Weiterbildung viele arbeits- und haftungsrechtliche Probleme auftreten könnten. Dies mag ordnungspolitischen Interessen beider Spitzenorganisationen entsprechen, ist juristisch jedoch nicht überzeugend, zumal die Frage offenbleibt, ob Nichtfachärzte damit von der Tätigkeit als Honorararzt nicht nur definitorisch, sondern auch tatsächlich ausgeschlossen sind bzw. welche rechtlichen Regelungen greifen, wenn ein Nichtfacharzt Leistungen für ein Krankenhaus auf Honorarbasis erbringt.

Fraglich ist aber, ob auch die von Quaas getroffene Einschränkung auf Ärzte sachgerecht ist. Damit wäre die Leistungserbringung durch einen Honorararzt von einem Fall abzugrenzen, bei dem eine stationäre Einrichtung für eine andere stationäre Einrichtung Leistungen erbringt, wie dies zum Beispiel der Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 28.02.2007⁶ zugrundelag, bei dem ein Krankenhaus eine Patientin zur Abklärung einer Diagnose in ein anderes Krankenhaus bringen ließ, aus dem diese dann einige Stunden später wieder zurückkehrte.

Schwarz⁷, Wagener/Haag⁸ und Quaas⁹ haben darauf hingewiesen, dass diese Entscheidung auf honorarärztliche Gestaltungen nicht anwendbar sei und es um einen Fall von Verlegung und Verbringung gegangen sei. Entsprechend findet sich auch in der Umschreibung von Quaas das Erfordernis, dass der Honorararzt seine Leistungen selbständig und höchstpersönlich zu erbringen habe.

An dieser Stelle ist festzuhalten, dass die vom Bundessozialgericht entschiedene Fallgestaltung mit einer honorarärztlichen Gestaltung in den wesentlichen Eckpunkten übereinstimmt. In beiden Fällen handelt es sich um vom Krankenhaus ver-

⁵ Bundesärztekammer und Kassenärztliche Bundesvereinigung, Honorarärztliche Tätigkeit in Deutschland – Positionsbestimmung, S. 14.

⁶ BSG, Urteil vom 28.02.2007 – B 3 KR 17/06 R, SozR 4-2500 § 39 Nr. 8.

⁷ Schwarz, GesR 2008, S. 608 f.

⁸ Wagener/Haag, MedR 2009, S. 72/73.

⁹ Quaas, GesR 2009, S. 459/463.

anlasste Leistungen Dritter im Sinne des § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 KHEntG. Beide Gestaltungen fallen weiterhin unter die Zukaufsnormen des § 17 Abs. 3 und § 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 KHEntG, die sogar ausdrücklich die ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses aufführen.

Es erscheint inkonsequent, wenn Quaas die Medizinischen Versorgungszentren zu den potentiellen Honorärärzten zählt, die stationären Einrichtungen aber nicht. Auch bei Medizinischen Versorgungszentren handelt es sich um ärztlich geleitete Einrichtungen.

Werden Leistungen einer ärztlich geleiteten Einrichtung zugekauft, sei klarstellend darauf hingewiesen, dass die Leistungen dieser Einrichtung eine honorarärztliche Leistung darstellen. Die Leistungen einzelner Ärzte dieser Einrichtung sind jedoch im Rahmen der mit der Einrichtung geschlossenen Verträge, in der Regel Arbeitsverträge, erbracht und daher keine honorarärztliche Leistungserbringung im Verhältnis zur zukaufenden stationären Einrichtung.

Weiterhin ist honorarärztliche Leistungserbringung von kooperativer Leistungserbringung abzugrenzen, wie sie zum Beispiel der durch das GKV-Versorgungsstrukturgesetz¹⁰ neugefasste § 116 b SGB V vorsieht. Während bei honorarärztlichen Kooperationen Leistungen von Dritten zugekauft werden, die dann im Rahmen des eigenen Leistungserbringerstatuts abgerechnet werden, verbinden sich bei einer Kooperation mehrere (unmittelbare) Leistungserbringer, um gemeinsame Synergien bei der Leistungserbringung zu bilden, die im Rahmen des jeweiligen Leistungserbringer-statuts jedoch wiederum gesondert erbracht und ggfs. abgerechnet werden. Auch die Integrierte Versorgung hält im Kern an diesem Gedanken fest.

Nach Vorgesagtem wird im Weiteren folgende Definition des Honorararztes zugrunde gelegt: Ein Honorararzt ist ein Arzt, der für eine stationäre Einrichtung entgeltlich und im Rahmen von deren Leistungserbringerstatus freiberuflich ärztliche Leistungen erbringt. Honorararzt kann auch eine ärztlich geleitete oder verantwortete Einrichtung sein.

B. Einzelne Honorararztgruppen

Inzwischen hat sich durchgesetzt, zwischen verschiedenen Untergruppen honorarärztlicher Tätigkeitsformen zu unterscheiden. Jedoch werden hierbei keine einheitlichen Begrifflichkeiten verwandt. So wird teilweise zwischen „echten“ und „unechten“ Konsiliarärzten¹¹ oder „schwarzen Belegärzten“¹² unterschieden. Mit

¹⁰ BGBl. I 2011, S. 2983 ff.

¹¹ Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 1, Rz. 100 f.; Quaas, GesR 2009, S. 459/461 f.; Makoski, MedR 2009, S.376/382 f., SG Gelsenkirchen MedR 2007, 569; Halbe/Schirmer, Handbuch ärztliche Kooperationen, C 1500, Rz. 53.

¹² Schnapp/Wigge, Vertragsarztrecht (2.), § 6 Rz. 135; Möller/Makoski, GesR 2012, S. 647 unterscheiden zwischen „Honorarvertretungsärzten“ und „Honorarkooperationsärzten“.

Verweis auf die Gesetzesbegründung zum Krankenhausfinanzierungsreformgesetz weist Seiler solche Begrifflichkeiten jedoch zu Recht zurück.¹³

Im Nachfolgenden sollen folgende Untergruppen gebildet werden:

I. Konsil- oder Konsiliarärzte

Der Begriff Konsil- oder Konsiliararzt wird vom Gesetzgeber nicht verwandt.¹⁴ Er leitet sich vom Konsil ab, das vom Lateinischen *consilium* abstammt und als Beratschlagung, Beratung, gemeinsame Überlegung oder Besprechung zu übersetzen ist.¹⁵ Entsprechend definiert auch der Pschyrembel das Konsil als „Beratung mehrerer Ärzte zur Klärung eines Krankheitsfalls“ und den Konsiliarius als beratenden Arzt.¹⁶ Umschreibungen des Konsils finden sich auch in einigen Rechtsnormen. Die Gebührenordnung für Ärzte bezeichnet Konsil in Ziffer 60 GOÄ als Besprechung zweier oder mehrerer Ärzte nach vorausgegangener Untersuchung des Patienten zwecks Stellung der Diagnose und Festlegung des Heilplans. § 24 Abs. 7 Nr. 2 BMV-Ä spricht von einer Konsiliaruntersuchung, wenn diese ausschließlich zur Erbringung diagnostischer Leistungen erfolgt.

Das Merkmal der Konsilleistung ist dabei wenig trennscharf. Zwar dürfte die Untersuchung des Patienten regelmäßig Bestandteil des Konsils sein, um überhaupt eine Beratung erbringen zu können. Untersuchung kann jedoch auch bedeuten, den Patienten u. U. sehr umfangreichen diagnostischen Maßnahmen bis hin zu Eingriffen aus diagnostischen Gründen zu unterziehen. Bei intensiven oder umfangreichen Untersuchungen kann die Grenze zur Mit-Behandlung verwischen.

Wesentliches Merkmal einer konsiliarärztlichen Tätigkeit ist weiterhin, dass die Hinzuziehung zu einem Konsil stets im Einzelfall erfolgt. Das Konsil erfolgt eben nicht regelhaft, sondern nur, wenn eben die Hinzuziehung in einem konkreten Behandlungsfall geboten scheint. Um Einzelfälle handelt es sich entsprechend dann nicht mehr, wenn jeder Fall, der in einer Abteilung eines Krankenhauses behandelt wird, durch die Hinzuziehung von Konsiliarärzten behandelt wird.¹⁷

Dies kam auch in den bis zum Jahr 2007 bzw. 2009 bestehenden landesrechtlichen Regelungen des § 36 Abs. 2 KHG NW 1998 und § 25 Abs. 2 LKHG Brandenburg zum Ausdruck. Nach den beiden inhaltsgleichen Regelungen sollten „Ärztinnen und Ärzte, die weder belegärztlich noch hauptamtlich im Krankenhaus tätig sind, nur zur ergänzenden Untersuchung und Behandlung tätig werden [dürfen], soweit dies im Einzelfall erforderlich ist.“ Diese Regelungen sind inzwischen ersatzlos entfallen.

¹³ Seiler, NZS, 2011, S. 410/414.

¹⁴ vgl. QuaaS, f & w, 1988, 40 ff; QuaaS/Zuck, Medizinrecht, § 1, Rz. 100 f.; Prütting, KHGG NW, § 31 Rz. 26.

¹⁵ Langenscheidt Universal-Wörterbuch Latein, Stichwort: *consilium*.

¹⁶ Pschyrembel, Stichwort: „Konsil“.

¹⁷ Pant-Prütting, Kommentar zum Krankenhausgesetz Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage 2000, S. 291; Nösser, Krankenhaus 2004, S. 736/737.

Ein weiteres Merkmal des Konsiliararztes wollen Schulz/Mertens¹⁸ darin erblicken, dass sich bei „echten“ Konsiliararztleistungen der Patient bereits im Krankenhaus befindet und dann eine konsiliarische Beratung erforderlich wird, während bei der „unechten“ Konsiliarleistung der Patient gerade wegen dieser Behandlung ins Krankenhaus kommt. Diese Überlegung ist jedoch eher anschaulich als präzise. So darf über die Gründe, wegen welcher Maßnahme der Patient genau ins Krankenhaus geht, angesichts der dort erbrachten komplexen Behandlungsleistung wohl nur spekuliert werden.

Nach dem Vorgesagten können Konsiliarärzte als Ärzte verstanden werden, die im Einzelfall beratend vom behandelnden Arzt hinzugezogen werden. Dies erfolgt meist, wenn die im Krankenhaus vorhandenen medizinischen Kenntnisse oder Fähigkeit nicht ausreichen, so dass es geboten erscheint, von außerhalb einen Arzt ergänzend zur Beratung in speziellen Einzelfragen von Fall zu Fall heranzuziehen.¹⁹

Konsiliarärzte bilden eine eigene Honorararztgruppe. Diese unterscheidet sich von anderen Untergruppen dadurch, dass Konsiliarärzte ausschließlich ärztliche Leistungen im Sinne einer fachübergreifenden bzw. ergänzenden Beratung und Begleitung (Konsil) erbringen. Die Erbringung von umfangreichen Behandlungs- und Operationsleistungen gehört demgegenüber nicht mehr in den Rahmen eines Konsils.²⁰

II. Kooperationsärzte

Der Kooperationsarzt²¹ könnte als „entgrenzter“ Konsiliararzt veranschaulicht werden. In der rechtlichen Grundkonstruktion entspricht er einem Konsiliararzt, der ebenfalls als externer Arzt Leistungen für das Krankenhaus erbringt. Der Kooperationsarzt ist jedoch weder auf die Erbringung von Konsil- und Beratungsleistungen begrenzt noch auf die Leistungserbringung im Einzelfall. Gerade diese Entgrenzung lässt den Kooperationsarzt zu einer juristisch besonders häufig diskutierten Untergruppe des Honorararztes werden.

Der Begriff Kooperationsarzt deutet an, dass sich bei dieser Form honorarärztlicher Tätigkeit Krankenhaus und Kooperationsarzt als Vertragspartner und Geschäftspartner häufig auf gleicher Augenhöhe gegenüberstehen, die gemeinsam im Hinblick auf die Erbringung von Leistungen des Krankenhauses kooperieren.

Folgende rechtliche Fragestellungen sind mit der Gruppe der Kooperationsärzte verknüpft:

¹⁸ Schulz/ Mertens, MedR 2006, S. 191/194.

¹⁹ vgl. auch Laufs/Kern, Handbuch Arztrecht, § 84, Rz. 27; Bundesärztekammer und Kassenärztliche Bundesvereinigung, Honorarärztliche Tätigkeit in Deutschland – Positionsbestimmung, S. 17.

²⁰ Laufs/Kern, Handbuch Arztrecht, § 84, Rz. 27 m. w. N.; Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 1, Rz. 101; Quaas, GesR 2009, S. 459/461 (für den „echten“ Konsiliararzt).

²¹ ebenfalls diesen Begriff verwenden: Bundesärztekammer und Kassenärztliche Bundesvereinigung, Honorarärztliche Tätigkeit in Deutschland – Positionsbestimmung, S. 16.

Im Vordergrund steht die Frage nach der Abrechenbarkeit der Leistungen und hier insbesondere danach, ob das Krankenhaus diese Leistungen als seine eigenen abrechnen darf. Insoweit kann diese Gruppe nach Leistungsbereichen mit eigenen Abrechnungsregelungen weiter unterteilt werden, in den Kooperationsarzt im Rahmen der Erbringung voll- und teilstationärer Leistungen, im Bereich der vor- und nachstationären Leistungen, des Ambulanten Operierens usw.

Kooperationsärzte sind im Übrigen in der Regel Vertragsärzte.²² Besonders problematisch ist das in § 31 MBO-Ä und neuerdings § 73 Abs. 7 SGB V niedergelegte Verbot der Zuweisung gegen Entgelt, das bei solchen Kooperationen mit der „Hand in Hand“ ablaufenden Krankenbehandlung betroffen sein kann.

III. Vertretungsärzte (Locum tenens, Locums)

Eine weitere Untergruppe bilden die Vertretungsärzte. Ihre Heranziehung erfolgt in der Regel zur Verstärkung oder Vertretung des ständigen Personals vorübergehend gegen vereinbartes Honorar.²³ Sie sind insoweit eine eigene Untergruppe, als sie einerseits nicht auf die Erbringung von Konsil- bzw. Beratungstätigkeiten im Einzelfall beschränkt sind, andererseits aber nicht die Erbringung von Hauptleistungen im Vordergrund steht, sondern eben die Verstärkung oder Vertretung des ständigen Personals. Meist sind Vertretungsärzte nicht als Vertragsärzte tätig.

Aufgrund der engen Einbindung in die Organisation des Krankenhauses entspricht das Tätigkeitsbild des Vertretungsarztes häufig dem des angestellten Arztes. Dies führt zu besonderen Abgrenzungsproblemen. Wird der Vertretungsarzt fehlerhaft als selbständig behandelt, obwohl er nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls als abhängig Beschäftigter aufgetreten ist, ergeben sich hieraus arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen.

Sozialversicherungsrechtlich liegt in diesem Fall trotz der fehlerhaften Bezeichnung ein Beschäftigungsverhältnis i. S. d. § 7 Abs. 1 SGB IV vor. Damit tritt rückwirkend eine Sozialversicherungspflicht des Beschäftigungsverhältnisses ein. Hiermit geht die entsprechende Verpflichtung zur Nachabführung der Sozialversicherungsbeiträge einher. Es ist zu beachten, dass der Arbeitgeber Schuldner des Gesamtsozialversicherungsbeitrages (§ 28e SGB IV) ist. Das Recht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmeranteil der Sozialversicherungsbeiträge von seinem Arbeitnehmer zurück zu fordern, darf gemäß § 28 g SGB IV nur bei den drei nächsten Lohn- oder Gehaltszahlungen nachgeholt werden.²⁴

²² Quaas, GesR 2009, S. 459/461 f.

²³ vertiefend: Lippert, GesR 2010, S. 665 ff.; Meier, MedR 2007, S. 709 ff. Clausen/Schroeder-Printzen, ZMGR 2010, 3/17 f.; Makoski, MedR 2009, S. 376/383.

²⁴ Preis, Arbeitsvertrag, II A 50 Rz. 27 f. (S. 250); Möller/Makoski, GesR 2012, 647/651 f.; Reiserer, MedR 2012, S. 102/104.

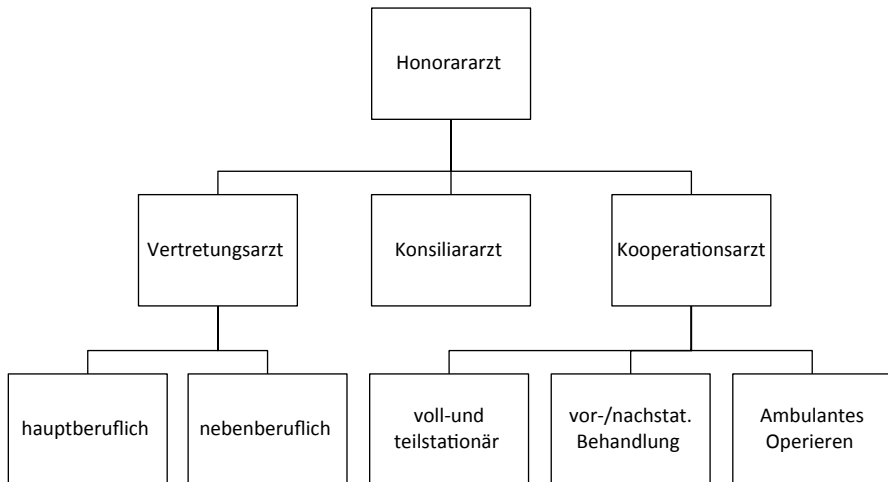


Abb. 1 Untergruppen zum Honorararztbegriff

Arbeitsrechtlich hat die Verknennung des Arbeitnehmerstatus zur Folge, dass das Vertragsverhältnis rückwirkend als Arbeitsverhältnis behandelt wird. Damit geht in der Regel einher, dass ein unbefristetes Vertragsverhältnis entsteht (Abb. 1).²⁵

IV. Abgrenzung zu nicht-honorarärztlichen Tätigkeiten

Der Honorararzt mit seinen drei Untergruppen, dem Konsiliar-, Vertretungs- und Kooperationsarzt, ist von anderen in stationären Einrichtungen tätigen Arztgruppen abzugrenzen.

1. Belegarzt

Der Belegarzt ist in § 121 Abs. 1 bis 4 SGB V und § 18 KHEntgG gesetzlich verankert und in § 121 Abs. 2 SGB V legaldefiniert als nicht am Krankenhaus angestellter Vertragsarzt, der berechtigt ist, seine Patienten (Belegpatienten) im Krankenhaus unter Inanspruchnahme der hierfür bereitgestellten Dienste, Einrichtungen und Mittel vollstationär oder teilstationär zu behandeln, ohne hierfür vom Krankenhaus eine Vergütung zu erhalten.

Der Belegarzt kann nicht unter den oben herausgearbeiteten Honorararztbegriff²⁶ gefasst werden. Es fehlt an dem zugrundeliegenden Konzept der mittelbaren Leistungserbringung. So erbringt der Belegarzt Leistungen aufgrund unmittelba-

²⁵ ErfK-Preis, § 611, Rz. 41.

²⁶ siehe Kap. 2, Abschnitt 1, A.

rer Vertragsbeziehungen zum Patienten. Er schließt im Rahmen der „gespaltenen“ Krankenhausaufnahme²⁷ einen eigenen Behandlungsvertrag mit dem Patienten. Er erbringt somit nicht Leistungen für eine stationäre Einrichtung im Rahmen von deren Leistungserbringerstatus, sondern aufgrund eigenen Leistungserbringerstatus. Der Belegarzt erhält auch keine Vergütung vom Krankenhaus, sondern rechnet gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung ab.

2. Beleghonorararzt

Der Gesetzgeber hat durch das Gesetz zum ordnungspolitischen Rahmen der Krankenhausfinanzierung (KHRG) vom 17.03.2009²⁸ die Rechtsfigur eines Beleghonorararztes geschaffen. Dies geschah durch Anfügen eines Absatzes 5 in § 121 SGB V. In diesem Sinne wurde auch § 18 Abs. 3 KHEntgG eingefügt und § 19 KHEntgG geändert.

Der Beleghonorararzt ist mit Blick auf den Einsatz honorarärztlich tätiger Ärzte in Hauptabteilungen gestaltet worden. Die gesetzliche Regelung wurde durch das KHRG²⁹ aufgenommen, um gleiche Wettbewerbschancen zwischen Krankenhäusern mit Haupt- und Belegabteilungen zu schaffen, indem den Belegabteilungen ein Wahlrecht eingeräumt wurde, „den Vertragsarzt entweder als Belegarzt nach dem bisherigen System oder nach dem Honorarvertragsmodell mit der stationären Leistungserbringung zu betrauen.“³⁰

Die Voraussetzungen für die Aufnahme einer Tätigkeit als Beleghonorararzt sind dieselben wie beim Belegarzt. Es bedarf gemäß §§ 40 Abs. 1 BMV-Ä, 32 Abs. 1 und 2 EKV-Ä zunächst der Ausweisung einer Belegabteilung im Krankenhausplan oder durch Versorgungsvertrag sowie der Anerkennung als Belegarzt durch die Kassenärztliche Vereinigung im Einvernehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkrankenkassen.

Schon die Begriffswahl „Belegarzt nach dem Honorarvertragsmodell“ macht deutlich, dass der Gesetzgeber honorarärztliche Regelungen vor Augen hatte. Dennoch gehört der Beleghonorararzt nicht zur Gruppe der Honorarärzte. Er ist im Rahmen der üblichen Belegarztzulassung tätig und verfügt damit über ein eigenes Leistungserbringerstatut. Im Unterschied zur „normalen“ Belegarztstätigkeit erhält er aber keinen eigenen Vergütungsanspruch gegenüber dem Patienten bzw. gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung. Deren Vertragspartner wird das Krankenhaus.³¹

Der Gesetzgeber hat also den Beleghonorararzt als belegärztliche und nicht als honorarärztliche Untergruppe verstanden. Hierauf deutet die gesetzliche „Aufhän-

²⁷ Rehborn in: Huster/Kaltenborn, § 12, Rz. 16; Rehborn in: Ratzel/Luxenburger, § 30, Rz. 280 ff; Spickhoff, Medizinrecht, § 18, Rz. 3.

²⁸ BGBl. I 2009, S. 534; Bundestagsdrucksache 16/11429.

²⁹ BGBl. I 2009, S. 534.

³⁰ Bundestagsdrucksache 16/11429, S. 46/47.

³¹ Makoski, GesR 2009, S. 225/227.

gung“ in § 121 SGB V und § 18 KHEntgG hin.³² Auch diese Zuordnung erscheint wenig überzeugend.

Der Beleghonorararzt muss zwar alle Voraussetzungen erfüllen, die der Belegarzt benötigt, andererseits erfolgt die eigentliche Leistungserbringung über das Krankenhaus, das in eigenem Namen Verträge mit Patienten schließt und Leistungen gegenüber den Krankenkassen abrechnet und an den Beleghonorararzt lediglich ein Honorar zahlt. Deshalb wird man den Beleghonorararzt als eigene Gruppe neben Beleg- und Honorärärzten verstehen müssen.³³ Das wird auch dann deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung zum KHRG klargestellt, dass die Leistungen der Beleghonorärärzte einerseits zwar keine vertragsärztlichen Leistungen sein sollen³⁴, andererseits gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 KHEntgG aber auch keine Krankenhausleistungen sind. Entsprechend hält Makoski³⁵ den Beleghonorararzt systematisch für einen Fremdkörper im Sozialrecht. Dem ist zuzustimmen.

3. Honorararzt und angestellter Arzt

Die Abgrenzung der selbständigen Tätigkeit eines Honorararztes von der Angestelltentätigkeit eines Krankenhausarztes ist vor allem für die Vertretungsärzte von wichtiger Bedeutung. Weil diese das ständige Personal des Krankenhauses ergänzen, weisen Vertretungsärzte ein Tätigkeitsbild auf, das dem des angestellten Krankenhausarztes in der Regel gleicht. Die Abgrenzung von sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit kann schwierig sein.

4. Honorararzt mit „pro forma“-Arbeitsvertrag

Die Sorge vor rechtlichen Problemen veranlasst immer mehr Krankenhäuser, Honorararztverträge in Arbeitsverträge umzuwandeln. Hierbei mag der Wunsch, Abrechnungsschwierigkeiten auszuräumen, die sich am freiberuflichen Status des Honorararztes festmachen, bisweilen ausgeprägter sein, als der Wunsch, die vertragliche Zusammenarbeit wirklich wie ein Arbeitsverhältnis durchzuführen. Der Arbeitsvertrag wird dann – umgangssprachlich gesagt – nur „pro forma“ geschlossen. Dennoch darf nicht vorschnell die Folgerung gezogen werden, es handle sich hier lediglich um Scheingeschäfte, also um bloß zum Schein abgeschlossene Arbeitsverträge.³⁶

Gerade wenn die zuvor durchgeführte Zusammenarbeit auf der Grundlage eines Kooperationsvertrages weitgehend unverändert fortgesetzt wird, kann die Bestim-

³² So wohl auch: Uffmann, ZfA 1/2012, Sonderdruck Vertragstypenordnung, S. 9.

³³ Makoski, GesR 2009, S. 225/229.

³⁴ Bundestagsdrucksache 16/11429, S. 46.

³⁵ Makoski, GesR 2009, S. 225/229.

³⁶ siehe dazu Kap. 3, Abschnitt 6, A II ff.

mung der Grenzlinie von einem Arbeitsverhältnis zu einem Dienstvertrag schwierig sein. Zwar hat die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, dass in der Regel von einem Arbeitsverhältnis auszugehen ist, wenn die Parteien es als solches bezeichnen.³⁷ (Anders soll es sein, wenn die Parteien die Bezeichnung Dienstvertrag oder freie Mitarbeit wählen.³⁸) Allerdings hat die Rechtsprechung bislang offengelassen, ob das auch dann gilt, wenn die Dienstleistung nicht im Rahmen einer fremdbestimmten Arbeitsorganisation erbracht wird.³⁹ Welche Auswirkungen ein solcher „pro forma“-Arbeitsvertrag in leistungserbringer-rechtlicher Hinsicht hat, wird später in dem entsprechenden Abschnitt dargestellt.⁴⁰

Abschnitt 2: Die Berufsfreiheit des Honorararztes

Das Geschäftsmodell der mittelbaren Leistungserbringung beruht auf drei Säulen: Der Leistungserbringung gegenüber dem Krankenhaus, der Zahlung eines Honorars für die erbrachten Leistungen und der Refinanzierung der erbrachten Leistungen durch die Kostenträger. Dieses Geschäftsmodell findet sich – wie bereits dargestellt – in einer Reihe unterschiedlicher Gestaltungen.

Nachfolgend soll untersucht werden, ob und in welchem Umfang die berufliche Betätigung mit diesem Geschäftsmodell verfassungsrechtlich geschützt ist. Im Mittelpunkt steht hierbei die Frage, ob eine Beschränkung der Refinanzierungskomponente des „Geschäftsmodells“ als Eingriff in grundrechtliche Freiheiten verstanden werden kann. Ausgelöst ist diese Debatte durch die der Abrechenbarkeit honorarärztlicher Leistungen grundsätzlich ablehnend gegenüberstehende Rechtsprechung der Landessozialgerichte Sachsen⁴¹ und Schleswig-Holstein.⁴² Auf diese wird im Abschnitt C. noch vertieft eingegangen.

A. Honorararzt und Berufsfreiheit

Ob es bereits ein definiertes Berufsbild des Honorararztes gibt, darf angesichts der erst seit wenigen Jahren bestehenden Betätigungsmöglichkeit für Ärzte an der Schnittstelle zwischen ambulanter und angestellter Tätigkeit durchaus hinterfragt werden. Vor dem Hintergrund dieses noch nicht gefestigten Berufsbildes sind damit

³⁷ BAG, Urteil vom 12. September 1996 – 5 AZR 1066/94, E 84, S. 109 ff; Urteil vom 24. 06.1992 – 5 AZR 384/91, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 61; Urteil vom 1.11.1995 – 5 AZR 84/94 – NZA 1996, 813; 1. 11. 1995 – 5 AZR 880/94, AP BeschFG 1985 § 2 Nr. 46; Urteil vom 21.04.2005 – 2 AZR 125/04, AP Nr. 134 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

³⁸ z. B. BAG, Urteil vom 27.03.1991 – 5 AZR 194/90, AP Nr. 53 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

³⁹ BAG, Urteil vom 12.09.1996 – 5 AZR 1066/94, E 84, S. 108.

⁴⁰ dazu siehe Kap. 3, Abschnitt 6, A II ff.

⁴¹ LSG Sachsen, Urteil vom 30.04.2008 – L 1 KR 103/07, ZMGR 2008, S. 279/280 f.

⁴² LSG Schleswig-Holstein, Urteil vom 20.05.2010 – L 5 KR 806/07 – nicht veröffentlicht.

auch der Umfang und die Ausgestaltung des grundgesetzlichen Schutzes honorarärztlicher Berufsfreiheit noch nicht abschließend bestimmbar.

I. Beruf und Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG bildet das einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit. Als Beruf ist jede auf Dauer angelegte und nicht nur vorübergehende, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung zu verstehen.⁴³ Das Bundesverfassungsgericht⁴⁴ hat dazu ausgeführt, dass Art. 12 Abs. 1 GG „die Freiheit des Bürgers [schützt], jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als Beruf zu ergreifen, d. h. zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen und damit seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung selbst zu bestimmen.“

In drei älteren Entscheidungen hat sich das Bundesverfassungsgericht dazu im Hinblick auf ärztliche Betätigung geäußert. Im sogenannten Kassenarzturnteil⁴⁵ hat es ausgeführt, dass die Tätigkeit als Kassenarzt kein eigener Beruf, sondern nur eine besondere Ausübungsform des allgemeinen Berufs des frei praktizierenden Arztes ist.⁴⁶ Die Tätigkeit des Kassenarztes im Ganzen sei die gleiche wie die des nicht zu den Kassen zugelassenen Arztes. Die Beschränkungen hinsichtlich der Leistungsfähigkeit der Gesetzlichen Krankenversicherung unterschieden sich nur der Form nach von den Beschränkungen, die sich zum Beispiel beim Nicht-Kassenarzt aus der individuellen Leistungsfähigkeit und des Versicherungsschutzes der Selbstzahler ergebe. Die gleichen Gründe finden sich in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für den (damals) Kassenzahnarzt.⁴⁷ Auf der Grundlage dieser Entscheidungen hat das Bundessozialgericht die Zulassung zur knappschaftsärztlichen Versorgung beurteilt und ausgeführt, dass deren Beschränkung eine geringere Bedeutung für die Berufsausübung der Ärzte habe.⁴⁸

In einer anderen Entscheidung⁴⁹ hat sich das Gericht mit der Frage beschäftigt, ob ein Chefarzt, der gleichzeitig eine Ermächtigungsambulanz (damals „Bewilligungsambulanz“) betreibt, zwei Berufe im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG ausübe, nämlich den des Krankenhaus- und des ambulanten Arztes. Dies hat das Gericht verneint. Der Arzt übe einen einheitlichen Beruf des Chefarztes aus. Diesem Berufsbild sei es wesenseigen, dass in der Regel eine Privat- und häufig auch eine Ermächtigungsambulanz im Rahmen der Chefarztstätigkeit mit unterhalten werde. Die seinerzeit in Rede stehenden Beschränkungen der Ermächtigung zur ambulanten Versorgung seien damit Berufsausübungsregelungen und beträfen nicht die Berufswahl.

⁴³ Scholz in: Maunz-Dürig, Art. 12. Fn. 29.

⁴⁴ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, S. 377/397; Urteil vom 01.03.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, E 50, S. 290/362.

⁴⁵ BVerfG, Urteil vom 23.03.1960 – 1 BvR 216/51, E 11, S. 30 ff.

⁴⁶ BVerfG, Urteil vom 23.03.1960 – 1 BvR 216/51, E 11, 30 (Orientierungssatz).

⁴⁷ BVerfG, Urteil vom 08.02.1961 – 1 BvL 10/60, 1 BvR 289/60, E 12, S. 144 ff.

⁴⁸ BSG, Urteil vom 04.06.1964 – 6 RKA 22/61, E 21, S. 104 ff.

⁴⁹ BVerfG, Urteil vom 23.07.1963 – 1 BvL 1/61, 1 BvL 4/61, E 16, S. 286 ff.

In seinem sogenannten Facharztbeschluss hat sich das Bundesverfassungsgericht⁵⁰ nicht eindeutig dazu geäußert, ob die Tätigkeit als Facharzt ein besonderer Berufszweig innerhalb des allgemeinen Berufs Arzt ist oder lediglich eine unselbstständige Berufsausübungsform. Das Gericht hat jedoch in der Entscheidung – allerdings mit Blick auf den Wesentlichkeitsgrundsatz – deutlich darauf hingewiesen, dass der Entscheidung, sich als Facharzt zu betätigen, „Elemente innewohnen, die einer Berufswahl nahekommen. Der Entschluss, sich zum Facharzt auszubilden und die ärztliche Tätigkeit künftig auf das gewählte Fachgebiet zu beschränken, ist in aller Regel auf Dauer angelegt, er ist eine Lebensentscheidung. Auf der Grundlage der einheitlichen ärztlichen Berufsausbildung stellt sie dem Arzt besondere Aufgaben, führt ihm einen besonderen Patientenkreis zu und eröffnet ihm die besonderen wirtschaftlichen Chancen, die mit der fachärztlichen Tätigkeit verbunden sind. Die Niederlassung als Facharzt, äußerlich gekennzeichnet durch eine der allgemein bekannten Facharztbezeichnungen und durch eine entsprechend ausgestattete Praxis, gibt dem Berufsbild des Arztes auch in den Augen der Öffentlichkeit ein eigenes Gepräge. Das Publikum erwartet von ihm eine qualifizierte ärztliche Leistung. Er erwirbt einen bedeutsamen eigenen fachlichen und sozialen Status. Aber auch der Allgemeinheit ist an einem verantwortungsvollen und wirksamen Einsatz der fachärztlichen Kenntnisse, Erfahrungen und sachlichen Einrichtungen gelegen. Unter den heutigen Bedingungen rasch fortschreitender medizinischer Erkenntnisse und der damit verbundenen Verwendung komplizierter und teurer Spezialapparaturen auch in der Praxis des freiberuflich tätigen Arztes ist der Facharzt zur Sicherung einer sachgemäßen ärztlichen Versorgung der Bevölkerung unentbehrlich. Der Anteil der Fachärzte an der Gesamtzahl der Ärzte wächst ständig und hat bereits dazu geführt, dass vor allem in ländlichen Gebieten allgemein-praktische Ärzte nicht mehr in ausreichender Zahl vorhanden sind.“

Das Bundessozialgericht⁵¹ hat im Hinblick auf die Trennung in die Bereiche der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung und der stationären Krankenhausversorgung ausgeführt, dass dem niedergelassenen Vertragsarzt einerseits und dem angestellten Krankenhausarzt andererseits Betätigungsmöglichkeiten im jeweils anderen Versorgungsbereich aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung eröffnet seien. So könne der Niedergelassene z. B. als Belegarzt und der Krankenhausarzt im Rahmen der Ermächtigung im jeweils anderen Sektor tätig werden. Ohne weitere Begründung stellt hierzu das Gericht fest: „Auf dem Hintergrund der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG sind diese Vorschriften des SGB V allein als das berufliche Tätigkeitsfeld des jeweiligen Arztes erweiternde Bestimmungen anzusehen.“⁵²

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die Betätigung als Honorararzt eine eigene berufliche Tätigkeit oder – wie das Urteil des Bundessozialgerichts nahelegt – lediglich eine besondere Ausübungsform des ärztlichen Berufs ist. Für die

⁵⁰ BVerfG, Urteil vom 09.05.1972 – 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64, E 33, S. 125 ff.

⁵¹ BSG, Urteil vom 05.11.1997 – 6 RKA 52/97, E 81 81, S. 143 ff.; vgl. BSG, Urteil vom 15.03.1995 – 6 RKA 23/94, E 76, 59.

⁵² BSG, Urteil vom 05.11.1997 – 6 RKA 52/97, E 81 S. 143 ff.

oben herausgearbeiteten Honorararzt-Untergruppen der Vertretungsärzte, Kooperationsärzte und Konsiliarärzte ergeben sich hierbei unterschiedliche Überlegungen:

1. Berufsfreiheit und Vertretungsarztztätigkeit

Das Tätigkeitsbild des Vertretungsarztes ist erst wenige Jahre alt⁵³ und geht als Phänomen mit dem seit ungefähr im Jahr 2000 einsetzenden Ärztemangel⁵⁴ verbunden mit zunehmenden Schwierigkeiten der Krankenhäuser zur Wiederbesetzung freier Arztstellen⁵⁵ einher. Es ist also noch ein sehr neues und noch nicht gefestigtes Tätigkeitbild.

Im Hinblick auf die hier zu erörternden Fragen nach der Berufsqualität vertretungsärztlicher Betätigung soll im Folgenden zwischen haupt- und nebenberuflich tätigen Vertretungsärzten unterschieden werden.

a. Tätigkeitsbild des Vertretungsarztes

Den rechtlichen Erörterungen sollen einige statistische Eckdaten vorangestellt werden. Diese sind der Untersuchung von Teske⁵⁶, der bislang einzigen wissenschaftlich angelegten Untersuchung zur Tätigkeit von Honorarärzten, entnommen. Die Methode der Probandengewinnung über Honorararztvermittlungsagenturen und Ärztekammern⁵⁷ lässt vermuten, dass die Untersuchung im Wesentlichen die Situation der Vertretungsärzte erfasst, wenngleich sie nicht hinreichend trennscharf zu den anderen Honorararzttypen ist. Danach ergeben sich folgende Daten:⁵⁸

44,3 % der dort befragten Honorarärzte sind ausschließlich als Honorararzt ohne Festanstellung tätig und zwar im Mittel seit 3,6 Jahren. Die meisten Honorarärzte sind demgegenüber nebenberuflich tätig. Von diesen sind knapp 60 % in einem Krankenhaus angestellt, 27 % arbeiten in einer Arztpraxis und 6 % im Rettungswesen. In ihrer Haupttätigkeit arbeiten die Teilzeit-Honorarärzte durchschnittlich 35,3 Wochenstunden und sind 15,6 h zusätzlich honorarärztlich tätig, entsprechend einer durchschnittlichen Gesamtwochenarbeitszeit von fast 51 h.

60,5 % der Befragten sind als Honorarärzte in der stationären Versorgung tätig. Hingegen wurde Notarzdienst nur von einer Minderheit häufig/sehr häufig über-

⁵³ Uffmann, ZfA 1/2012, Sonderdruck Vertragstypenzordnung, S. 2 ff.

⁵⁴ Kassenärztlichen Bundesvereinigung und Bundesärztekammer, Ergebnisse der Ärztestatistik zum 31. Dezember 2001: „Gehen dem deutschen Gesundheitswesen die Ärzte aus?“ – Ergebnisse der Studie zur Altersstruktur- und Arztlzahlentwicklung der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und der Bundesärztekammer (<http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=0.3.1667.1697.1706>); Malzahn/Stosch, „Diagnose Ärztemangel – Freie Stellen und steigende Arztlzahlen“, DÄBl. 2007, A-2223-2224.

⁵⁵ Blum/Löffert „Ärztemangel im Krankenhaus – Ausmaß, Ursachen, Gegenmaßnahmen – Forschungsgutachten im Auftrag der Deutschen Krankenhausgesellschaft“, 2010, S. 126 f.

⁵⁶ Teske, ZEFQ 2010, S. 426 ff.

⁵⁷ Teske, ZEFQ 2010, S. 426.

⁵⁸ Teske, ZEFQ 2010, S. 426/427 ff.

nommen (29,4%), noch seltener Praxisvertretungen (in 17,8% der Fälle). Dabei wurde im Mittel für Einsätze in der stationären Krankenversorgung (2009) ein Honorar von rund 71 EURO/Stunde erzielt.

Der Bundesverband der Honorärärzte, also eine Interessenvertretung der Honorar- bzw. Vertretungsärzte, bezeichnet die Betätigung als Honorararzt im Sinn eines Vertretungsarztes bzw. Locum tenens auf seiner Internet-Seite⁵⁹ als „dritte“ Form der beruflichen Tätigkeit, neben Anstellung und Niederlassung. Auch die Bundesärztekammer und die Kassenärztliche Bundesvereinigung haben den Honorararzt und hier insbesondere den Vertretungsarzt als neue Form ärztlicher Berufsausübung bezeichnet.⁶⁰ Auch die Tagespresse greift immer wieder in Berichten die Tätigkeit von Honorärärzten auf.⁶¹ Fast immer geht es in diesen Berichten um das in der stationären Krankenhausbehandlung neue Phänomen des Honorararztes, der neben den angestellten Arzt tritt. Hierbei werden aus Sicht der Honorärärzte teils kritisch, teils positiv Vergleiche mit der Tätigkeit von angestellten Ärzten gezogen.

b. Hauptberuflicher Vertretungsarzt

Das Bundesverfassungsgericht⁶² hat im Hinblick auf neue bzw. entstehende Berufsbilder bereits im Apothekenurteil deutlich gemacht, dass Art. 12. Abs. 1 GG nicht nur alle Berufe umfasst, die sich in bestimmten, traditionellen oder gar rechtlich fixierten Berufsbildern darstellen, „sondern auch die vom einzelnen frei gewählten untypischen (erlaubten) Betätigungen, aus denen sich wieder neue, feste Berufsbilder ergeben mögen.“ Deshalb wird Art. 12 Abs. 1 GG als „entwicklungsoffen“ bezeichnet.⁶³

Soweit der Vertretungsarzt seine berufliche Betätigung, nämlich das zeitlich begrenzte Tätigwerden für ein Krankenhaus oder sonstige Leistungserbringung aufgrund Honorarvertrag auf Dauer angelegt hat und diese der Schaffung bzw. Erhaltung einer Lebensgrundlage dient, spricht vieles für eine Anerkennung als eigenes Berufsbild neben dem angestellten und dem niedergelassenen Arzt.

⁵⁹ www.bv-honoraraerzte.de.

⁶⁰ Bundesärztekammer und Kassenärztliche Bundesvereinigung, Honorärärztliche Tätigkeit in Deutschland – Positionsbestimmung, S. 3 f.

⁶¹ u. a. Gieseke, Dt. Ärzteblatt 2007; A-1939; Rieser, Sabine, Dt. Ärzteblatt 2007; A-3522; Weiß, DMW 2009; 116 f.; Welt am Sonntag vom 09.05.2010: „Frau Doktor auf der Walz“; Schweriner Volkszeitung vom 19.3.2010: „Lückenfüller am Operationstisch“; ZDF Morgenmagazin, ausgestrahlt am 21.4.2010: „Ärzte auf Montage“; Zeit vom 4.11.2010: „Doktor Leiharbeiter, bitte kommen“; Tagesspiegel vom 18.9.2011: „Auf eigene Rechnung im OP“; Rheinische Post vom 03.01.2012: „4000 Klinikärzte sind Zeitarbeiter“.

⁶² BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, S. 377 ff., so auch BVerfG, Urteil vom 21.02.1962 – 1 BvR 198/57, BVerfG, Beschluss vom 01.04.1971 – 1 BvL 22/67, E 14, 19/22 ff; E 31, 8, S. 28 f.

⁶³ von Münch/Kunig/Gubelt, Art. 12, Rz. 8.

In Fortführung der Facharztsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁶⁴ lässt sich argumentieren, dass der Tätigkeit als Vertretungsarzt Elemente innewohnen, die einer Berufswahl nahekommen.

Durch die häufig wechselnden Einsatzorte und die gering ausgeprägte Patientenbindung stellen sich dem Arzt besondere Aufgaben und Herausforderungen. Diese Form der Berufsausübung führt ihm einen besonderen Patientenkreis zu und eröffnet ihm die besonderen wirtschaftlichen Chancen, die mit seiner vertretungsärztlichen Tätigkeit verbunden sind. So entstehen durchaus lukrative finanzielle Möglichkeiten durch individuelles Aushandeln der Vergütung vor dem Hintergrund der Personalengpässe, in denen sich manche Krankenhäuser bei der Rekrutierung befinden.

Auch die Erwartungshaltung an Vertretungsärzte ist eine andere als die an angestellte oder niedergelassene Ärzte. So wird die sichere Beherrschung des Fachgebietes vor allem vor dem Hintergrund der zügigen Einarbeitung und des Zurechtkommens mit neuen Situationen unabdingbar, während langfristige Patientenbindung und –kontakt – anders als bei niedergelassenen und angestellten Ärzten – weniger wichtig sind.⁶⁵

Wenn das Bundesverfassungsgericht beim Facharzt darauf abstellt, dass dieser zur Sicherung einer sachgemäßen ärztlichen Versorgung der Bevölkerung unentbehrlich sei, so dürfte sich dies beim Vertretungsarzt ebenfalls abzeichnen. Insbesondere in Gebieten mit Ärztemangel wird sich die gesundheitliche Versorgung ohne ergänzende Heranziehung von Vertretungsärzten zukünftig möglicherweise nur eingeschränkt aufrechterhalten lassen. Daher wird hier die Auffassung vertreten, dass die Betätigung als Vertretungsarzt Berufsqualität zukommt und die Betätigung neben das Berufsbild des angestellten Krankenhausarztes und niedergelassenen Arztes tritt.

c. Nebenberuflicher Vertretungsarzt

Der nebenberufliche Vertretungsarzt übt seine Tätigkeit neben einem anderen Beruf aus, meist als angestellter Krankenhausarzt.

Art. 12 Abs. 1 GG umfasst auch das Recht zum Zweitberuf. Wie das Bundesverfassungsgericht mehrfach hervorgehoben hat, gewährt die Berufsfreiheit auch das Recht, „mehrere Berufe zu wählen und gleichzeitig nebeneinander auszuüben.“⁶⁶ Andererseits sollen für den Zweitberuf hier wohl die strengen Grenzen, die für objektive Zulassungsbeschränkungen gelten, „nicht in gleichem Maße“ zur Anwendung kommen.⁶⁷

Von vertretungsärztlicher Tätigkeit als (Zweit-)Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG wird man sprechen müssen, wenn die Tätigkeit auf Dauer angelegt ist und der

⁶⁴ BVerfG, Urteil vom 09.05.1972 – 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64, E 33, S. 125 ff.

⁶⁵ Bundesärztekammer und Kassenärztliche Bundesvereinigung, Honorarärztliche Tätigkeit in Deutschland – Positionsbestimmung, S. 55 f.

⁶⁶ BVerfG, Urteil vom 15.02.1967 – 1 BvR 569/62, E 21, S. 173/179 f.

⁶⁷ BVerfG, Urteil vom 04.04.1967 -1 BvR 84/65, E 21, S. 261.

Schaffung bzw. Erhaltung einer Lebensgrundlage dient. Bei lediglich einzelnen Diensten, die der Arzt vertretungsweise übernimmt, wird dies zu verneinen sein.

Nun stellt sich bei den Vertretungsärzten, die hauptberuflich in einem (anderen) Krankenhaus angestellt sind, die Frage, ob von einem Zweitberuf als Honorararzt gesprochen werden muss oder es sich um eine einheitliche Berufsausübung handelt. Für letzteres spricht, dass dem Tätigkeitbild und den Anforderungen nach beide Tätigkeiten eine Einheit bilden. Es erscheint nicht überzeugend, zwischen einer Betätigung als Krankenhausarzt aufgrund Arbeitsvertrag einerseits oder Honorararztvertrag andererseits zu unterscheiden, wenn beide Betätigungen äußerlich identisch sind. Im Ergebnis ist damit die gesamte Berufsausübung als Arzt im Krankenhaus, sei es arbeits- oder dienstvertraglich, durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Einschränkungen lediglich honorarärztlicher Tätigkeitsfelder kommt deshalb nur der Charakter einer Berufsausübungsbeschränkung zu.

2. Berufsfreiheit und Kooperationsarztstätigkeit

Die Betätigung als Kooperationsarzt wird in der Regel neben einer Haupttätigkeit als niedergelassener Arzt ausgeübt.

Auch hier stellt sich daher die Frage, ob es sich bei der Tätigkeit als Honorararzt um einen Zweitberuf handelt oder lediglich um eine Berufserweiterung der Tätigkeit als niedergelassener Arzt. Im zweiten Fall würde eine Beeinträchtigung honorarärztlicher Berufstätigkeit auch hier nur eine Berufsausübungsbeschränkung darstellen.⁶⁸

Der äußeren Form der Tätigkeit nach weisen die Tätigkeit als Kooperationsarzt im Krankenhaus und als niedergelassener Arzt eine Reihe von Unterschieden auf. Der Kooperationsarzt wird im Krankenhaus in aller Regel fachlich weitgehend gleiche Tätigkeiten ausüben wie ein Krankenhausarzt. Zwar mag der Kooperationsarzt besondere Kenntnisse und Fertigkeiten mitbringen, die an dem speziellen Haus ansonsten nicht verfügbar sind, dennoch ist sein Tätigwerden äußerlich nicht verschieden von dem eines Facharztes am Krankenhaus. Der Kooperationsarzt wird im Übrigen wie der Krankenhausarzt im Auftrag des Krankenhauses tätig und verfügt über keine eigenen vertraglichen Beziehungen zum Patienten. Unterschiedlich ist lediglich die rechtliche Ausgestaltung des Tätigwerdens für die Klinik, eben freiberuflich oder in Anstellung.

Andererseits wird sich die Tätigkeit im Krankenhaus von der Tätigkeit als niedergelassener Arzt in aller Regel nicht vollständig trennen lassen. Augenfällig wird dies, wenn der Kooperationsarzt „seine“ ambulanten Patienten im Krankenhaus behandelt und diesen letztlich zusätzliche Leistungen als „deren“ Arzt anbietet. Er behandelt dann seine ambulanten Patienten weiter, aber unter Nutzung der räumlichen und organisatorischen Möglichkeiten des Krankenhauses.

⁶⁸ vgl. BVerfG, Urteil vom 07.01.1959 - 1 BvR 100/57, E, 9, S. 73/78 ff.; BVerfG, Urteil vom 17.11.1959 - 1 BvL 80/53, 1 BvL 20/59m, 10, S. 185/192 ff.

In der Tat dürfte es nicht überzeugen, die Tätigkeit des Arztes in eine niedergelassene und eine stationäre Tätigkeit zu trennen. Hierbei sei noch einmal hervorgehoben, dass die Trennung in ein ambulantes und ein stationäres Leistungsgeschehen ohne Zweifel sozialrechtlich bedeutsam ist und Auswirkungen zum Beispiel auf die Frage der Abrechenbarkeit dieser Leistungen hat. Für die Bestimmung, ob der Tätigkeit des Vertragsarztes im Krankenhaus eigene Berufsqualität zukommt, darf jedoch nicht zu sehr auf diesen formalen Aspekt abgestellt werden. Augenfällig wird die Problematik, wenn der Arzt im Krankenhaus ambulant operiert. Ambulante Operationen kann der Arzt sowohl als Vertragsarzt (z. B. unter Anmietung von OP-Räumen im Krankenhaus) als auch als Honorararzt (für das Krankenhaus) durchführen. Es wäre nun künstlich, lediglich aufgrund der im Sozialrecht vorgesehenen unterschiedlichen Ausgestaltungen und Abrechnungswege, der Betätigung als Honorararzt den Charakter eines Zweitberufes zuzuschreiben. In seiner Entscheidung vom 23.03.2011 hat das Bundessozialgericht⁶⁹ eine Beschränkung der Möglichkeiten ambulanten Operierens für Vertragsärzte ebenfalls für eine bloße Berufsausübungsregelung gehalten.

In diese Richtung ist wohl auch die Entscheidung des Bundessozialgerichtes vom 05.11.1997⁷⁰ zu verstehen. Das Gericht hat im Hinblick auf die Trennung in die Bereiche der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung und der stationären Krankenhausversorgung ausgeführt, dass dem niedergelassenen Vertragsarzt einerseits und dem angestellten Krankenhausarzt andererseits Betätigungsmöglichkeiten im jeweils anderen Versorgungsbereich aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung eröffnet seien. So könne der Niedergelassene z. B. als Belegarzt und der Krankenhausarzt im Rahmen der Ermächtigung im jeweils anderen Sektor tätig werden. Konsequenterweise folgert das Bundessozialgericht hieraus, dass vor diesem Hintergrund die Vorschriften des SGB V allein als das berufliche Tätigkeitsfeld des jeweiligen Arztes erweiternde Bestimmungen anzusehen sind.⁷¹

3. Berufsfreiheit und Konsiliararztstätigkeit

Die Betätigung als „echter“ Konsiliararzt wird fast immer neben einer Haupttätigkeit als niedergelassener oder angestellter Arzt ausgeübt. Wie oben dargestellt wird man von einem eigenständigen Berufsbild des Konsiliararztes deshalb überhaupt erst sprechen können, wenn die Betätigung auf Dauer angelegt ist und der Schaffung bzw. Erhaltung einer Lebensgrundlage dient. Abgesehen davon spricht für eine Berufsausübungsmodalität, dass der hinzugezogene Arzt nichts anderes tut, als seine fachlichen Kenntnisse und Fertigkeiten im Hinblick auf Diagnose und Beratung bei einem stationären Patienten anzuwenden. Ein eigenständiges Berufsbild, das von dem ausgeübten Hauptberuf unterscheidbar wäre, ist zumindest beim „echten“

⁶⁹ BSG, Urteil vom 23.03.2011 – B 6 KA 11/10 R, GesR 2011, S. 542 ff.

⁷⁰ BSG, Urteil vom 05.11.1997 – 6 RKA 52/97, E 81, S. 143 ff.

⁷¹ BSG, Urteil vom 05.11.1997 – 6 RKA 52/97, E 81 S. 143/147 f; BSG, Urteil vom 23.03.2011 – B 6 KA 11/10 R, GesR 2011, S. 542/552.

Konsiliararzt“ nicht erkennbar. Es spricht daher vieles dafür, von einer bloßen Berufserweiterung auszugehen.

4. Berufsfreiheit und Beleghonorararztstätigkeit

Belegärzte sind gemäß § 121 Abs. 2 SGB V niedergelassene und andere nicht am Krankenhaus angestellte Ärzte, die berechtigt sind, ihre Patienten (Belegpatienten) im Krankenhaus unter Inanspruchnahme der hierfür bereitgestellten Dienste, Einrichtungen und Mittel stationär oder teilstationär zu behandeln, ohne hierfür vom Krankenhaus eine Vergütung zu erhalten. Beleghonorarärzte weisen von diesem Grundmodell nur abrechnungstechnische Abweichungen auf. So tritt bei ihnen an die Stelle der Abrechnung gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung die Honorarforderung gegen das Krankenhaus aus dem Beleghonorararztvertrag.⁷²

Gerade in dieser Tätigkeitsform besteht also eine naturgemäß enge Verbindung zwischen der vertragsärztlichen und beleg(honorar)ärztlichen Betätigung. Regelmäßig werden sogar dieselben Patienten behandelt – eben einerseits in der Arztpraxis und andererseits im Krankenhaus.

Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes geht wohl aufgrund der engen Verbindung beider Betätigungen davon aus, dass die belegärztliche Tätigkeit regelmäßig eine Fortsetzung der ambulanten vertragsärztlichen Tätigkeit darstellt,⁷³ wobei das Schwergewicht der Gesamttätigkeit des Arztes bei der ambulanten Tätigkeit verbleibt und verbleiben muss.⁷⁴ Auch insoweit wird die beleghonorarärztliche Tätigkeit des Vertragsarztes als Berufserweiterung anzusehen sein und Eingriffe sich regelmäßig als Berufsausübungsbeschränkungen darstellen.

II. Eingriff durch Nichtabrechenbarkeit?

Durch die vom Gesetzgeber jüngst vorgenommenen Klarstellungen in § 2 Abs. 1 KHEntgG bzw. BpflV, sowie in den §§ 115a und 115b SGB V hat die Frage, ob die Abrechnungsgrundlagen des Honorararztmodells und damit das gesamte Honorararztwesen faktisch beseitigt werden könnten, zumindest derzeit etwas an Brisanz verloren. Ob der Gesetzgeber seine honorararztfreundliche Auffassung beibehält, wird ganz wesentlich davon abhängen, wie sich das Honorararztwesen in Zukunft entwickeln wird. Im Weiteren soll die Frage untersucht werden, in welchem Um-

⁷² Becker/Kingreen, SGB V, § 121, Rz. 15 f; Krauskopf, Soziale Krankenvers., § 121 SGB V, Rz. 8; Makoski, GesR 2009, 225/227 f; Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, § 18 Rz. 2.

⁷³ BSG, Urteil vom 13.11.1996 – 6 RKA 31/95, E 79, S. 239/248; BSG, Urteil vom 31.01.2001 – B 6 KA 23/99 R, SozR 3-2500 § 121 Nr. 3.

⁷⁴ vgl § 39 Abs 2 BMV-Ä und § 31 Abs 2 EKV-Ä, sowie bereits BSG, Urteil vom 16.03.1967 – 6 RKA 25/65, E 26, S. 164/167 ff.

fang bei einer Veränderung der Abrechnungs- bzw. Refinanzierungsgrundlagen des Honorararztwesens verfassungsrechtliche Aspekte zu bedenken sind.

1. Schutz der Refinanzierungsgrundlage mittelbarer Leistungserbringung

Erheblichen Einfluss auf die Möglichkeit der Betätigung als Honorararzt hat die Frage, ob für den Auftraggeber Krankenhaus die Leistungen auch gegenüber den Kostenträgern abrechenbar sind. Das hängt damit zusammen, dass das Geschäftsmodell der mittelbaren Leistungserbringung – bis auf wenige noch darzustellende Fallgestaltungen – auf die Refinanzierung der Honorarkosten durch die Kostenträger angewiesen ist. Damit ist an dieser Stelle zu entscheiden, ob eine gesetzgeberische Entscheidung, die Refinanzierungsgrundlage der mittelbaren Leistungserbringung zu beseitigen, grundrechtswirksam wäre.

Bereits an dieser Stelle ist aber zu differenzieren. So dürften die Vertretungsärzte von Änderungen der Abrechenbarkeit honorarärztlicher Leistungen deutlich weniger bis gar nicht betroffen sein. Das hat seinen Grund darin, dass sie regelmäßig keine abgrenzbaren Leistungen erbringen, die quasi nur oder ganz überwiegend ihnen zugeordnet werden könnten. Der Vertretungsarzt ergänzt vielmehr lediglich das Krankenhaus bei seiner Leistungserbringung. Vor allem dürfte das Interesse des Vertretungsärztes einsetzenden Krankenhauses in der Schließung von Personallücken liegen und weniger in der Erzielung von Gewinnen durch gemeinsame Kooperationsprojekte. Ob eine Veränderung der Refinanzierungsgrundlagen tatsächlich auch wesentlichen Einfluss auf die beruflichen Betätigungsmöglichkeiten von Vertretungsärzten hat, muss vor diesem Hintergrund letztlich durch das Gericht sachverhältnisch herausgearbeitet werden.

Für die anderen Honorararzt-Untergruppen ist mit Blick auf die Problematik des „Eingriffs durch Nichtabrechenbarkeit“ zu klären, ob eine derartige – ja lediglich die Abrechenbarkeit von Leistungen für Krankenhäuser betreffende – Regelung überhaupt Eingriffsqualität im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG haben kann.

Als Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG kommen in erster Linie solche Normen oder Akte in Betracht, die sich unmittelbar auf die Berufstätigkeit beziehen oder zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz haben, z. B. wenn im Schwerpunkt Tätigkeiten betroffen werden, die typischerweise beruflich ausgeübt werden.⁷⁵

Daneben hat das Bundesverfassungsgericht allerdings betont, dass Art. 12 Abs. 1 GG auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung abzielt und es daher auch ausreiche, wenn die Berufsfreiheit faktisch betroffen sei, z. B. wenn der

⁷⁵ vgl. BVerfG, Urteil vom 30.10.1961 – 1 BvR 833/59, E 13, S.181/185 f.; BVerfG, Beschluss vom 12.01.1967 – 1 BvR 169/63, 21, 73/85; BVerfG, Urteil vom 29.11.1967 – 1 BvR 175/66, E 22, S. 380/384; BVerfG, Beschluss vom 27.01.1976 – 1 BvR 2325/73, E 41, S. 251/262; BVerfG, Beschluss vom 17.01.1978 – 1 BvL 13/76, E 47, S. 109/116; BVerfG, Urteil vom 03.11.1982 – 1 BvL 4/78, E 61, S. 291/308; BVerfG, Urteil vom 17.02.1998 – 1 BvF 1/91, E 97, S. 228/254; BVerfG, Urteil vom 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97, E 98, S. 218/258.

Grundrechtsträger mit einer „Tätigkeit“ belastet werde, die zwar außerhalb der eigentlichen Berufsausübung liegt, aber Rückschlüsse auf diese zulasse.⁷⁶

Auch der Glykol-Beschluss⁷⁷ deutet darauf hin, dass vor allem die faktische Grundrechtsbeeinträchtigung über die Eingriffsqualität entscheidet. In dem Beschluss hatte der Senat eine Eingriffsqualität sogar dann bejaht, wenn marktbezogene Informationen des Staates Einfluss auf wettbewerbserhebliche Faktoren nehmen oder zu einer Verzerrung der Marktverhältnisse führen können und nicht die entsprechenden Anforderungen an die Richtigkeit und Sachlichkeit von Informationen erfüllen.

Das Bundessozialgericht hat in einer Entscheidung⁷⁸, in der bereits zugelassene Ärzte eine Verletzung in Ihrer Berufsfreiheit durch Ermächtigung von Nichtvertragsärzten behauptet hatten, zwar einen Eingriff verneint, jedoch andererseits klargestellt, dass schwere Beeinträchtigungen von bereits zugelassenen Ärzten durch Neuzulassungen bzw. Ermächtigungen von Nichtvertragsärzten als Grundrechtseingriff anzusehen seien, da dieses der Wertgehalt des Art. 12 Abs. 1 GG gebiete.

In der Literatur ist das Kriterium objektiv berufsregelnder Tendenz zunehmender Kritik ausgesetzt.⁷⁹ So knüpfe das Grundgesetz beim Grundrechtsschutz nicht an ein besonderes Charakteristikum der beeinträchtigenden Maßnahme an, sondern stelle vielmehr auf das zu schützende Rechtsgut ab.⁸⁰ Für das Rechtsgut Berufsfreiheit sei es aber einerlei, ob die benachteiligende Maßnahme sich unmittelbar gegen den Grundrechtsträger richte oder diesen erst auf einem Umweg erreiche.⁸¹

Im Kassenarzt-Urteil stand das Versperren des Zugangs zu einem Markt, nämlich dem Zugang zur (damals) kassenärztlichen Versorgung, im Zentrum der Überlegung. Fraglich ist, ob damit das Zum-Erliegen-Bringen eines Marktes, nämlich dem für honorarärztliche Leistungen, im Hinblick auf die Eingriffsqualität vergleichbar ist. Dieses scheint zumindest vor dem Hintergrund des Glykol-Beschlusses⁸² begründbar, dem zu entnehmen ist, dass offenbar auch bereits die Einflussnahme auf wettbewerbserhebliche Faktoren, die zu einer Verzerrung der Marktverhältnisse führen können, Eingriffsqualität aufweisen kann.

Andererseits führt das Bundesverfassungsgericht⁸³ mit Blickrichtung auf die Auswirkungen staatswirtschaftlicher Betätigung aus, dass ein subjektives verfas-

⁷⁶ BVerfG, Urteil vom 30.10.1961 – 1 BvR 833/59, E 13, S. 181/185 f.; BVerfG, Urteil vom 29.11.1967 – 1 BvR 175/66, E 22, S. 380/382; BVerfG, Beschluss vom 12.10.1977 – 1 BvR 216/75, 1 BvR 217/75, E 46, S. 120/137 f.; BVerfG, Beschluss vom 17.01.1978 – 1 BvL 13/76, E 47, S. 109/116; BVerfG, Urteil vom 26.05.1981 – 1 BvL 56/78, 1 BvL 57/78, 1 BvL 58/78, E 57, 139/158; BVerfG, Urteil vom 03.11.1982 – 1 BvL 4/78, E 61, S. 291/308.

⁷⁷ BVerfG; Beschluss vom 26.06.2002 – 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91, E 105, S. 252/253 f.

⁷⁸ BSG, Urteil vom 27.10.1987 – 6 RKA 57/86, E 62, S. 231/233 f.

⁷⁹ Jarass in: Pieroth-Jarass, Vorbemerkung Vor Art. 1, Rdnr. 25, Sachs in: Pieroth-Jarass, Vor Art. 1 Rdnr. 81, 86, Papier DVBl. 1984, S. 801/ 805; Schnapp NZS 2002, S. 449/453.

⁸⁰ Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 195.

⁸¹ Schnapp/Wigge, Vertragsarztrecht, § 4 Rz. 60, S. 86.

⁸² BVerfG; Beschluss vom 26.06.2002 – 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91, E 105, S. 252/253 f.

⁸³ BVerfG, Beschluss vom 01.04.1971 – 1 BvL 22/67, E 14, 19/22ff; BVerfG, Beschluss vom 01.04.1971 – 1 BvL 22/67, E 31, S. 8/30.

sungskräftiges Recht eines Geschäftsmannes auf die Erhaltung des Geschäftsumfangs und der Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten in der freien Wettbewerbswirtschaft nicht besteht.

Vieles spricht dafür, dass genau dieses auch bei der Betätigung von Honorärärzten, namentlich Kooperationsärzten der Fall ist. Geht man hier von einem einheitlich ausgeübten Beruf mit Anteilen in beiden Sektoren aus, so haben Einschnitte in die Refinanzierungskomponente der mittelbaren Leistungserbringer nur Auswirkungen auf den Umfang des Geschäftsbetriebs von Honorar- und insbesondere Kooperationsärzten, regelmäßig nicht aber auf die Berufswahlfreiheit als Honorararzt.

Abgesehen davon dürften gesetzgeberische Maßnahmen zur Beseitigung oder Begrenzung der Abrechenbarkeit honorarärztlicher Leistungen in der Regel verhältnismäßig sein.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung die sogenannte Drei-Stufen-Theorie⁸⁴ entwickelt, mit der das Gericht die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffes in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 2 GG überprüft.

Danach ist der Gesetzgeber in seiner Regelungskompetenz freier, wenn eine reine Ausübungsregelung getroffen wird, die auf die Freiheit der Berufswahl nicht zurückwirkt, sondern vielmehr nur bestimmt, in welcher Art und Weise die Berufsangehörigen ihre Berufstätigkeit zu gestalten haben.

Das Bundesverfassungsgericht lässt für Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit „in weitem Maße Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit zur Geltung kommen; nach ihnen ist zu bemessen, welche Auflagen den Berufsangehörigen gemacht werden müssen, um Nachteile und Gefahren für die Allgemeinheit abzuwehren. Auch der Gedanke der Förderung eines Berufes und damit der Erzielung einer höheren sozialen Gesamtleistung seiner Angehörigen kann schon gewisse die Freiheit der Berufsausübung einengende Vorschriften rechtfertigen.“⁸⁵ Insoweit sind vielfältige Gesichtspunkte vorstellbar, die im Einzelfall von ordnungspolitischen Gesichtspunkten bis hin zu Aspekten der Qualitätssicherung, Leistungstransparenz oder Kostendämpfung reichen können.

Im Hinblick auf hauptberufliche Vertretungsärzte kann durch eine Regelung zur Nichtabrechenbarkeit honorarärztlicher Leistungen die Berufswahlfreiheit betroffen sein. Hier muss aber genau geprüft werden, welche Auswirkungen die Nichtabrechenbarkeit honorarärztlicher Leistungen auf diesen Beruf hat. Hierbei ist zu beachten, dass bei Vertretungsärzten weniger die Generierung zusätzlicher Leistungen des Krankenhauses im Vordergrund steht, sondern meist die Schließung von Personalengpässen im Krankenhaus.

⁸⁴ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, S. 377 ff. (Apothekenurteil).

⁸⁵ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, S. 377 ff. (Apothekenurteil).

2. „Durch oder auf Grund eines Gesetzes“

Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG erlaubt Eingriffe in die Berufsfreiheit nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung, die Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lässt. Dabei muss der Gesetzgeber selbst alle wesentlichen Entscheidungen treffen, soweit sie gesetzlicher Regelung zugänglich sind. Dieses bedeutet nicht, dass sich die erforderlichen Vorgaben ohne weiteres aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben müssten; es genügt, dass sie sich mit Hilfe allgemeiner Auslegungsgrundsätze erschließen lassen, insbesondere aus dem Zweck, dem Sinnzusammenhang und der Vorgeschichte der Regelung.⁸⁶

Nach Wegfall der die honorarärztliche Betätigung einschränkenden Regelungen in den Krankenhausgesetzen von Brandenburg (§ 25 Abs. 2 LKHG a. F.) und Nordrhein-Westfalen (§ 36 KHG NW 1998) fehlen ausdrückliche gesetzliche Regelungen, die Grundlage für eine Einschränkung honorarärztlicher Berufsausübung wären. Normen wie § 107 SGB V, § 2 Abs. 2 S. 2 KHEntgG und § 17 Abs. 3 KHEntgG machen aus sich heraus keine direkten Aussagen zur Abrechenbarkeit von Honorararztleistungen. Diese ergibt sich vielmehr erst durch eine entsprechende richterrechtliche Auslegung und Gesamtschau der entsprechenden Normen.

Das Bundesverfassungsgericht hat es für „zweifelhaft“ erklärt, „ob grundrechtsbeschränkende Rechtsnormen, die der Richter lediglich unter Berufung auf Sinn, Zweck und Grundgedanken einzelner Gesetzesbestimmungen gewinnt, dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12. Abs. 1 S. 2 GG genügen.“⁸⁷ In einer anderen Entscheidung hat das Gericht ausgeführt: „Das Fehlen einer ausdrücklichen und bestimmten normativen Regelung bedeutet ... noch nicht, dass eine die Berufsausübung einschränkende Gerichtsentscheidung den Anforderungen des Art. 12. Abs. 1 S. 2 GG widersprechen müsste“⁸⁸. Andererseits betont das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang, dass eine Gesetzesnorm nur dann die Voraussetzungen eines Gesetzesvorbehaltes erfüllt, wenn diese unter Berücksichtigung ihrer Auslegung in Rechtsprechung und Literatur eine hinreichend erkennbare und bestimmte Regelung erhält.⁸⁹ Scholz⁹⁰ folgert daraus, dass sich grundrechtsbeschränkende Rechtsauslegung „intra legem“ halten müsse. Dem Richter stehe keine Befugnis zu, durch Setzung eigener Normen eigenständig-konstitutive Regelungen der Berufsfreiheit zu treffen. Aus diesen Gründen sei eine richterrechtliche Berufsbildprägung verfassungswidrig, wenn sie über allzu „extensive Auslegung von Gesetzen, deren Regelungsgegenstand nicht unmittelbar berufsrechtlicher Art ist, unmittelbar-berufsordnende Entscheidungen ... treffe.“⁹¹

⁸⁶ BVerfG, Beschluss vom 12.06.1990 – 1 BvR 355/86, E 82, S. 209/224; BSG, Urteil vom 14.05.1992 – 6 RKa 41/91, E 70, 285, 292=SozR 3-2500 § 122 Nr. 3.

⁸⁷ BVerfG, Beschluss vom 14.02.1973 – 2 BvR 667/72, E 34, S. 293/301.

⁸⁸ BVerfG, Urteil vom 01.07.1980 – 1 BvR 23/75, E 54, S. 224/234.

⁸⁹ BVerfG, Urteil vom 01.07.1980 – 1 BvR 23/75, E 54, S. 224/234.

⁹⁰ Maunz-Dürig/Scholz, Art. 12 Rz. 333.

⁹¹ Scholz in: Maunz-Dürig a. a. O.

Die Entscheidung des Sächsischen Landessozialgerichts⁹² dürfte sich vor diesem Hintergrund sehr weit in Richtung der Bildung eigener allgemeiner Rechtsgrundsätze vorgewagt haben, ohne dabei die grundrechtsrelevanten Auswirkungen seiner Rechtsprechung ausreichend berücksichtigt zu haben.⁹³ So führt auch Steinhilper⁹⁴ in seiner Urteilsbesprechung aus, dass das Sächsische Landessozialgericht aus § 107 Abs. 1 Nr. 3 SGB V den „allgemeinen Grundsatz“ ableite, dass ein Krankenhaus Leistungen nur durch eigenes Personal, nicht durch niedergelassene Ärzte erbringen dürfe. Wagener/Haag⁹⁵ messen der Entscheidung ebenfalls rechtssetzenden Charakter zu.

Legt man den Grundgedanken der Wesentlichkeitstheorie zugrunde, also den Grundsatz, wonach der Gesetzgeber wesentliche, grundrechtsrelevante Entscheidungen selbst treffen muss, spricht einiges dafür, dass eine derart weitgehende Beschränkung der Betätigungsmöglichkeiten für Honorarärzte einer ausdrücklichen gesetzgeberischen Entscheidung bedarf. Wenn sie unter Berufung auf Sinn, Zweck und Grundgedanken einzelner Gesetzesbestimmungen lediglich durch die Rechtsprechung gewonnen wird, genügt dies nicht dem Gesetzesvorbehalt.

B. Verfassungsrechtlicher Schutz des Krankenhauses beim Einsatz von Honorarärzten

I. Beschäftigung von Honorarärzten und Art. 12 Abs. 1 GG

Zu fragen ist, ob auch Krankenhäuser durch Reglementierungen des Honorararztwesens in ihren Grundrechten betroffen sein könnten.

Nach Art. 19 Abs. 3 GG gelten Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. So können juristische Personen Grundrechtsträger sein, wenn „die Bildung und Betätigung einer juristischen Person Ausdruck der freien Entfaltung der privaten, natürlichen Personen sind, wenn insbesondere der Durchblick auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen es als sinnvoll und erforderlich erscheinen lässt“.⁹⁶

Das Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG ist bei juristischen Personen zu verstehen als die Freiheit, eine dem Erwerbszwecke dienende Tätigkeit, insbesondere ein Gewerbe, zu betreiben, soweit diese Erwerbstätigkeit ihrem Wesen und ihrer Art nach

⁹² LSG Sachsen, Urteil vom 30.04.2008 – L 1 KR 103/07, ZMGR 2008, S. 279 ff.

⁹³ so auch Schwarz, GesR 2008, S. 608 f.

⁹⁴ Steinhilper, MedR 2009, S. 114.

⁹⁵ Wagener/Haag, MedR 2009, S. 72 ff.

⁹⁶ BVerfG, Urteil vom 03.11.1982 – 1 BvL 4/78, E 61, S. 82/101; BVerfG, Beschluss vom 31.10.1984 – 1 BvR 35/82, 1 BvR 356/82, 1 BvR 794/82, E 68, S. 193/205 f.

in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann.⁹⁷

Die Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes hängt bei Krankenhäusern von der Trägerschaft ab. Unproblematisch findet die Gewährleistung der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 3 GG auch für inländische juristische Personen des Privatrechts Anwendung. Dies umfasst Krankenhäuser in privater Trägerschaft. Eine Sonderstellung nehmen die Krankenhäuser in kirchlicher Trägerschaft ein. Aufgrund der grundrechtlichen Gewährleistung der Religionsfreiheit können sich diese Träger gegenüber dem Staat auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in Verbindung mit Art. 140 GG berufen.⁹⁸

Befinden sich Krankenhäuser dagegen in öffentlicher Trägerschaft, meist in der von Kommunen, so bereitet dies im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG Probleme, weil Grundrechte für juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht gelten. Dies gilt auch für die von diesen betriebenen Einrichtungen unabhängig von der Rechtsform der Einrichtung bzw. des Krankenhauses.⁹⁹ Grundrechtsschutz findet hier nach Art. 28 Abs. 2 GG statt, der Gemeinden eine institutionelle Garantie gibt. Eine Betroffenheit dieses Verfassungsrechts setzt aber einen Eingriff voraus, der das Selbstverwaltungsrecht aufhebt oder derart aushöhlt, dass die kommunale Betätigung ihre Bedeutung für die staatliche Gewalt verliert.¹⁰⁰

Da durch Honorärärzte in den allermeisten Fällen nur ein relativ geringer Anteil der Gesamtleistungen eines Krankenhauses erbracht wird, ist es nicht zu erwarten, dass Regelungen in diesem Bereich Auswirkungen auf die dahinter stehenden kommunalen Träger im oben genannten Sinne haben werden.

Art. 12 Abs. 1 GG trifft zusammen mit Art. 14 Abs. 1 GG grundlegende Wertaussagen zur grundgesetzlichen Arbeitsverfassung. Die Gewährleistungen der freien Berufswahl, freien Berufsausübung, freien Wahl von Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte sowie des freien Gewerbes gehören hierbei zu den zentralen Punkten der arbeitsverfassungsrechtlichen Ordnung des Grundgesetzes.¹⁰¹ Für die Berufsfreiheit hat dieses insoweit Bedeutung wie dort nicht nur die Grundrechte der Arbeitnehmer erfasst sind, sondern auch die der Arbeitgeber. Eine freiheitlich soziale Arbeitsverfassung im Sinne des Grundgesetzes beruht vor allem auf dem Grundsatz der Privatautonomie sowie auf dem Gedanken einer wettbewerblich kompetitiven Interessenausgleichssetzung. Die Privatautonomie im Hinblick auf Begründung, Beendigung und Ausgestaltung des Arbeits- und Vertragsverhältnisses wird als Ausprägung des freien Gewerbes geschützt. Dem würde zum Beispiel eine staatliche Bewirtschaftungspolitik von Arbeitsplätzen und Arbeitskräften entgegenstehen.

⁹⁷ BVerfG, Urteil vom 16.03.1971 – 1 BvR 52/66, 1 BvR 665/66, 1 BvR 667/66, 1 BvR 754/66, E 30, S. 292/312.

⁹⁸ Thomae, Krankenhausplanungsrecht (Diss.), S. 126 f.

⁹⁹ BVerfG, Beschluss vom 07.06.1977 – 1 BvR 108/73, 1 BvR 424/73, 1 BvR 226/74, E 45, S. 63/79 f.

¹⁰⁰ Maunz in: Maunz-Dürig, Art. 28, Rz. 51.

¹⁰¹ Scholz in: Maunz-Dürig, Art. 12, Rz. 91.

Gesetzliche Regelungen dürfen daher die Privatautonomie der Partner des Arbeitslebens nicht übermäßig beschneiden.¹⁰²

Abgesehen davon, dass es auch hier an einem Eingriffscharakter fehlt, ist darauf hinzuweisen, dass Gegenstand der Abrechnungsregelungen nach dem SGB V und dem KHEntgG nicht der Zugang zum Beruf des Krankenhausbetreibers ist. Sie beziehen sich nur auf Art und Umfang der Leistungen, die Krankenhäuser gegenüber der Gesetzlichen und Privaten Krankenversicherung abrechnen können. Damit stellen die Regelungen zur Abrechenbarkeit von Honorararztleistungen eine Berufsausübungsregelung dar. Sie betreffen allein Regelungen der Leistungsabrechnung zwischen den Krankenhäusern und den Kostenträgern. Im Übrigen sind die Regelungen – von außergewöhnlichen Fallgestaltungen abgesehen – nicht geeignet, eine Beendigung der Geschäftstätigkeit herbeizuführen.¹⁰³

Für Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit können daher „in weitem Maße Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit“¹⁰⁴ einen Eingriff in den Schutzbereich rechtfertigen. Insbesondere sei darauf hingewiesen, dass den Krankenhäusern ja nicht der Vertragsabschluss mit Honorärärzten „verboten“ wird, sondern nur die Abrechenbarkeit honorarärztlicher Leistungen anders geregelt würde.

II. Beschäftigung von Honorärärzten und Art. 14 Abs. 1 GG

Art. 14 Abs. 1 GG kommt im Zusammenhang mit Art. 12 Abs. 1 GG dann zum Tragen, wenn die vermögenswerten Aspekte dominieren¹⁰⁵ – also im Vordergrund das Erworbene und nicht der Erwerb selbst steht.¹⁰⁶ Im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird bei Veränderungen der Leistungsabrechnung im Bezug auf Honorärärzte ganz überwiegend in die „Freiheit der individuellen Erwerbs- und Leistungstätigkeit“ eingegriffen und nicht erkennbar in die „Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter“.¹⁰⁷

¹⁰² Scholz in: Maunz-Dürig a. a. O.

¹⁰³ vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 06.07.2007 – 13 A 4584/06, (nicht veröffentlicht).

¹⁰⁴ BVerfG, Beschluss vom 07.06.1977 – 1 BvR 108/73, 1 BvR 424/73, 1 BvR 226/74, E 45, S. 63/79 f.

¹⁰⁵ Jarass in: Pieroth-Jarass, Art. 14 Rz. 5.

¹⁰⁶ BVerfG, Urteil vom 16.03.1971 – 1 BvR 52/66, 1 BvR 665/66, 1 BvR 667/66, 1 BvR 754/66, E 30, S. 292/344; BVerfG, Beschluss vom 17.07.1974 – 1 BvR 51/69 u. a., E 38, S. 61/102; BVerfG, Beschluss vom 08.11.1983 – 1 BvL 8/81, E 65, S. 237/ 248; BVerfG, Beschluss vom 14.11.1989 – 1 BvL 14/85, 1 BvR 1276/84, E 70/96; BVerfG, Beschluss vom 12.06.1990 – 1 BvR 355/86; E 82, S.209/234; BVerfG, Urteil vom 24.04.1991 – 1 BvR 1341/90, E 84, S. 133/157; BVerfG, Urteil vom 10.03.1992 – 1 BvR 454/91, E 85, S. 360/383; BVerfG, Beschluss vom 25.05.1993 – 1 BvR 345/83, E 88, S. 366/377.

¹⁰⁷ BVerfG, Urteil vom 16.03.1971 – 1 BvR 52/66, 1 BvR 665/66, 1 BvR 667/66, 1 BvR 754/66, E 30, S. 292/335.

C. Zwischenergebnis

- Ein Honorararzt ist ein Arzt, der freiberuflich für eine stationäre Einrichtung entgeltlich und im Rahmen von deren Leistungserbringerstatus ärztliche Leistungen erbringt. Honorararzt kann auch eine ärztlich geleitete oder verantwortete Einrichtung sein.
- Es lassen sich drei Honorararzt-Untergruppen bilden: Vertretungsärzte, Kooperationsärzte und Konsiliarärzte. Keine Honorarärzte sind dagegen Belegärzte und Beleghonorarärzte.
- Mit dem Vertretungsarzt hat sich ein neues ärztliches Berufsbild herausgebildet, bei dem der Arzt zwar freiberuflich tätig wird, aber weder als niedergelassener Arzt noch als angestellter Krankenhausarzt.
- Die Tätigkeit eines Kooperationsarztes oder Konsiliararztes im Krankenhaus neben seiner Tätigkeit als Vertragsarzt oder eines Vertretungsarztes neben seiner Tätigkeit als Krankenhausarzt stellen sich als einheitliche Berufsausübung dar.
- Eingriffe in die honorarärztliche Betätigung stellen regelmäßig Berufsausübungsbeschränkungen dar.
- Für Krankenhäuser ist die Erbringung von Leistungen mittels Honorarärzten ebenfalls eine Form der Berufsausübung.

Abschnitt 3: Der Honorararzt als „neuer Selbständiger“ – Zum Vertragsstatus von Honorarärzten

A. „Neue Selbständigkeit“

Das Berufsbild des Honorararztes kann Probleme bei der Vertragstypusbestimmung bereiten, d. h. bei der Feststellung, ob Honorarärzte als Arbeitnehmer im Rahmen eines Arbeitsvertrags oder als Selbständige aufgrund eines Dienstvertrags tätig werden.

Nicht alle Honorararztuntergruppen betrifft diese Problematik gleichermaßen. Ganz überwiegend tritt sie bei Vertretungsärzten auf. Gerade sie sind es, die oft Tätigkeiten übernehmen, die bislang von Arbeitnehmern wahrgenommen wurden und nunmehr von Selbständigen ausgeführt werden.¹⁰⁸ Demgegenüber sind Konsiliarärzte typischerweise keine Arbeitnehmer. Das Konsil erfolgt nicht regelhaft, sondern nur, wenn eben die Hinzuziehung in einem konkreten Behandlungsfall geboten scheint. Um Einzelfälle handelt es sich entsprechend dann nicht mehr, wenn jeder Fall, der in einer Abteilung eines Krankenhauses behandelt wird, unter Hin-

¹⁰⁸ Uffmann, ZfA Sonderdruck 1/2012, S. 13, umschreibt so die sogenannten „Neue Selbständigkeit“.

zuziehung von Konsiliarärzten behandelt wird.¹⁰⁹ In der Regel vertritt der Konsiliararzt im Übrigen ein anderes Fachgebiet als der behandelnde Arzt oder verfügt jedenfalls über eine besondere Expertise hinsichtlich der gestellten medizinischen Fragestellung. Damit wird es in der Regel an einer arbeitnehmertypischen Weisungsgebundenheit und Eingliederung fehlen. Die Gruppe der Kooperationsärzte ist heterogen. Sie umfasst unterschiedliche Formen der Zusammenarbeit. Hierbei dürften Kooperationen, bei denen ein niedergelassener Arzt bzw. Vertragsarzt im Krankenhaus Operationen an Patienten durchführt, die er bereits aus seiner (Vertrags-)Arztpraxis kennt, eine häufige Form der Zusammenarbeit darstellen. Hierauf beziehen sich zahlreiche Rechtsprechungsentscheidungen und Aufsätze.¹¹⁰ Auf solche Kooperationsmodelle wird auch ausdrücklich im seit 01.06.2012 geltenden § 7 Abs. 4 AOP-Vertrag und dem seit 01.01.2013 geltenden § 2 Abs. 1 KHEntgG Bezug genommen.

Jüngst hat sich Uffmann¹¹¹ in einem umfangreichen Aufsatz mit der Status-Problematik ausführlich beschäftigt. Sie wirft hierbei die oben umrissenen Fragestellungen vor dem Hintergrund der sogenannten „Neuen Selbständigkeit“ auf. Der Begriff der „Neuen Selbständigkeit“ oder auch „Kleinen“ oder „Solo-Selbständigkeit“ ist im Zusammenhang mit dem häufig konstatierten „Ende des Normalarbeitsverhältnisses“¹¹² zu verstehen. Was mit diesem „schillernden Schlagwort“¹¹³ jedoch gemeint ist – was also sein rechtlich fassbarer Gehalt ist – bleibt unklar. Unter „gewollter Ausblendung wertender Attribute“ will Uffmann den Begriff so verstehen, dass er „Tätigkeiten, die bislang von Arbeitnehmern wahrgenommen wurden [und] nunmehr von Selbständigen umfasst.“¹¹⁴ Der Begriff sei im Übrigen nur rechtssoziologisch bzw. rechtstatsächlich (nicht aber wohl rechtswissenschaftlich) zu verstehen.¹¹⁵ Pointiert muss demnach wohl resümiert werden, dass der Begriff der „Neuen Selbständigkeit“ überhaupt keinen rechtlichen Gehalt hat, sondern vor allen

¹⁰⁹ Pant-Prütting, Kommentar zum Krankenhausgesetz Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage 2000, Seite 291; Nösser, Krankenhaus 2004, S. 736/737.

¹¹⁰ VG Hannover, Urteile vom 22.07.2010 – 7 A 3146/08, 7 A 3161/08, 7 A 1052/09, 7 A 1629/09, nicht veröffentlicht, zitiert nach juris; SG Fulda, Urteil vom 19. Januar 2010 – Az.: S 4 KR 495/06, nicht veröffentlicht (Berufung anhängig beim Hessischen Landessozialgericht – L 1 KR 77/10); LSG Sachsen, Urteil vom 30.04.2008 – L 1 KR 103/07, ZMGR 2008, 279/281; SG Kassel, Urteile vom 24.11.2010 – S 12 KR 166/10, S 12 KR 167/10, S 12 KR 168/10 (Parallelsachen), KHR 2010, 207–209; Quaas, GesR 2009, S. 459/460; Dietz/Bofinger Erl. I.10. zu § 2 BPflV; Tuschien/Trefz, Erl. Zu § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 KHEntgG; Schwarz, GesR 2008, S. 608/609; Mohr, KU 2007, S. 226/227; Lange, Krankenhaus 2008, S. 1309/1311; Wagener/Haag MedR 2009, S. 72/73; Kuhlmann, Krankenhaus 2008, S. 1313/1318; Nösser, Krankenhaus 2004, S. 736 f; Quaas/Müller, f&w 2006, S. 452/453.

¹¹¹ Uffmann, „Vertragstypenzuordnung zwischen Rechtsformzwang und Privatautonomie im Bereich der „Neuen Selbständigkeit“ – dargestellt am Beispiel der Honorarärzte“, ZfA Sonderdruck 1/2012, S. 1–36.

¹¹² Waltermann, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, B 47 ff.; ders. NJW-Beilage 2010, S. 81ff; ErFK-Preis., § 611 Rz. 98 f.; Rieble, ZfA 1998, S. 327/337; Gaugler, Auflösung des Normalarbeitsverhältnisses?, Baden-Baden 1988.

¹¹³ Uffmann, ZfA 1/2012, Sonderdruck Vertragstypenzuordnung, S. 11.

¹¹⁴ Uffmann, ZfA 1/2012, Sonderdruck Vertragstypenzuordnung, S. 13 m. w. N.

¹¹⁵ Uffmann a. a. O., S. 13 m. w. N.

Dingen dazu dient, bestimmte Wertungen, vielleicht auch Befürchtungen, mit Blick auf eine nur vage bestimmbar Gruppe von Beschäftigten unter einem Schlagwort zusammenzufassen. Die Bezugnahme auf die „Neue Selbständigkeit“ führt daher zu keinem Erkenntnisgewinn bei der rechtlichen Klärung der aufgeworfenen Fragen der Vertragstypenzuordnung.

Durch den Begriff entsteht vielmehr – gewollt oder ungewollt – der Eindruck, dass es eine besondere Gruppe von Selbständigen gäbe, für die auch besondere Regeln gälten. Wenn Rieble¹¹⁶ zum Begriff der „Scheinselbständigkeit“ ausführt, dieser führe in die Irre und versuche eine Ausweitung des Arbeitnehmerbegriffs, indem eine bestimmte „Grauzone“ zwischen Abhängigkeit und Selbständigkeit erfasst und diese dem Arbeitnehmerbegriff zugeschlagen werden solle, so lässt sich das mit umgekehrten Vorzeichen auf die „Neue Selbständigkeit“ übertragen, die nur eben jene „Grauzone“ sprachlich der Selbständigkeit zuordnet.

Es geht nicht um die Frage, ob der Honorararzt nun Scheinselbständiger oder Neuer Selbständiger ist, sondern darum, ob er Arbeitnehmer oder Selbständiger ist. Die Klärung dieser Frage für Honorarärzte erlaubt keine verallgemeinerungsfähigen Rückschlüsse. Vielmehr dürften Honorarärzte in der – wie auch immer zu bestimmenden Gruppe der Neuen Selbständigen – eine „Sonderstellung“¹¹⁷ einnehmen, als die „strukturelle Disparität zwischen Dienstberechtigtem und Dienstleistendem“¹¹⁸ insoweit gerade nicht bestehe. Vor diesem Hintergrund dürfte es als unglücklich zu bezeichnen sein, wenn Uffmann die Vertragstypenzuordnung im Bereich der „Neuen Selbständigkeit“ gerade am Beispiel der Honorarärzte beleuchten will.

Aus der Feststellung einer fehlenden Disparität der Vertragsparteien, die Uffmann mit der Anmerkung verbindet, es handele sich beim Honorararztwesen eben um einen Käufermarkt, sollten im Übrigen nur mit Vorsicht rechtliche Schlüsse gezogen werden. Zum einen ist die rechtlich zutreffende Beurteilung des Vertragstypus nur für jeden einzelnen Fall möglich, so dass allgemeine Feststellungen zur vermeintlichen Parität der Vertragsparteien wenig hilfreich sind und gelegentlich sogar unzutreffend sein dürften. Zum anderen haben die Krankenhäuser auf die Debatte zum Sozialversicherungsstatus von Honorarärzten und wohl auch auf bereits in Krankenhäusern durchgeführte „negative“ Sozialversicherungsprüfungen reagiert. Die Deutsche Krankenhausgesellschaft rät ihren Mitgliedern jedenfalls vom Abschluss von Honorararztverträgen ab („Aufgrund der vielfältigen Fragestellungen und Gefahren, die sich aus der Kooperation zwischen Krankenhäusern und Ärzten ergeben können, kann den Krankenhausträgern bei der Eingehung neuer Kooperationen im Zweifel nur dazu geraten werden, die betreffenden Ärzte anzustellen, um die gewünschte Rechtssicherheit zu erhalten.“¹¹⁹). Es bleibt abzuwarten, welche Auswirkungen dies auf den von Uffmann konstatierten Käufermarkt hat.

¹¹⁶ Rieble, ZfA 1998, S. 327/328.

¹¹⁷ Uffmann, a. a. O., S. 12.

¹¹⁸ Uffmann, a. a. O., S. 12.

¹¹⁹ DKG-Rundschreiben vom 26.05.2011, „Selbständigkeit vs. Arbeitnehmerstellung bei Kooperationen zwischen Krankenhäusern und Ärzten“, S. 19.

Jedenfalls ist die Feststellung fehlender Disparitäten weder im Einzelfall noch für die Zukunft hinreichend tragfähig. Sie sollte sich nicht unreflektiert im vermeintlichen Wissensschatz der Juristen zum Honorararztwesen verfestigen und taugt nicht als Fundament für abstrakte rechtliche Gedankengebäude. Insgesamt überzeugen die in Verbindung mit den Fragen zum Status von Honorärärzten aufgeworfenen Bezüge zur sogenannten „Neuen Selbständigkeit“ nicht. Sie umschreiben lediglich das Kernproblem und stellen es in Zusammenhänge, die nicht weiterführen.

Die oben herausgearbeitete besondere Problematik bei Honorärärzten wirft zum einen die Frage auf, ob die bestehenden Kriterien zur Unterscheidung abhängiger Beschäftigung und Selbständigkeit verwendbar sind und zu sachgerechten Ergebnissen führen. Zum anderen stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang der Wille der Vertragsparteien bei der Wahl eines Vertragstypus maßgeblich ist bzw. sein darf.

Sollen die Vertragsparteien einvernehmlich und „auf gleicher Augenhöhe“ vereinbaren dürfen, dass die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts und die Regelungen des Sozialversicherungsrechts keine Anwendung finden sollen? Sollen Sie andererseits aus krankenhausrechtlichen Gesichtspunkten heraus bestimmen können, dass eine an sich selbständige Tätigkeit als Arbeitsverhältnis behandelt werden soll?

B. Vertragstypenzuordnung bei Vertretungsärzten

Es ist schwierig, allgemeine Aussagen zum Vertragstypus von Honorärärzten zu treffen. Dies hängt damit zusammen, dass sich unter dem Oberbegriff „Honorararzt“ eine Vielzahl unterschiedlicher Tätigkeitsformen finden¹²⁰ Diese reichen vom kurzfristigen „Einspringen“ externer Ärzte im Bereitschaftsdienst bis hin zu umfangreichen Kooperationen zwischen Krankenhäusern und niedergelassenen Ärzten. Während mitunter Honorärärzte lediglich das Team der angestellten Ärzte verstärken oder ergänzen, führen andere Kooperationen dazu, dass das Krankenhaus mit dem Honorararzt ein zusätzliches Leistungsspektrum anbieten kann und so innerhalb des Versorgungsauftrags neue Spezialisierungen ermöglicht werden, z. B. die Neurochirurgie im Rahmen der Allgemeinchirurgie.

Jüngst hat der Gesetzgeber mit § 115a Abs. 1 S. 2 SGB V sogar ausdrücklich vorgesehen, dass die Honorararztstätigkeit für ein Krankenhaus in der Arztpraxis des Vertragsarztes zulässig ist.

Die Vertragstypusbestimmung ist deshalb so wichtig, weil der Arbeitnehmerbegriff der Schlüssel für die Anwendung des Arbeitsrechts ist.¹²¹ Deshalb beschäftigen sich inzwischen zahlreiche Rechtsprechungsentscheidungen und juristische Veröffentlichungen mit dem Thema.¹²² Allerdings liegen bisher erst wenige Entscheidungen der Arbeits- und Sozialgerichte zu der Frage des Vertragsstatus von

¹²⁰ Quaas, GesR 2009, S. 459.

¹²¹ ErfK-Preis, § 611, Rz. 37.

¹²² siehe ErfK-Preis, § 611 Rz. 34 ff m. w. N.

Vertretungsärzten vor, die im Folgenden vorgestellt werden sollen. Höchststrichterliche Rechtsprechung fehlt bislang noch.

I. Rechtsprechung zur Statusbestimmung bei Honorarärzten

Mit Beschluss vom 07.02.2007 hatte das Arbeitsgericht Eisenach¹²³ zur sachlichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zu entscheiden, die von dem Arbeitnehmerstatus eines Arztes abhängig war. Der Arzt hatte mit dem Krankenhaus einen als Honorararztvertrag bezeichneten Vertrag geschlossen, in dem ein Passus enthalten war, wonach die Parteien ausdrücklich kein Angestelltenverhältnis begründen wollten. Aufgrund der Vertragsdurchführung sah der klagende Arzt jedoch ein Arbeitsverhältnis als gegeben an.

Das Arbeitsgericht verneinte das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Hierbei stellte es auf den der vertraglichen Vereinbarung zu entnehmenden Parteiwillen ab. So hätten die Parteien ausdrücklich kein Arbeitsverhältnis begründen wollen. Auf die Vertragsdurchführung komme es nur an, wenn ein solcher Rückschluss aus den abgegebenen Willenserklärungen nicht möglich sei.

Das Landesarbeitsgericht Hamm¹²⁴ hatte im Jahr 2007 über einen Fall zu entscheiden, bei dem der Kläger in einem Luftrettungszentrum als Notarzt auf dem dort stationierten Intensiv-Transport-Hubschrauber tätig war. Schriftliche Vereinbarungen waren nicht getroffen worden.

Das Landesarbeitsgericht wies die Klage ab und führte aus, dass es an der für ein Arbeitsverhältnis typischen zeitlichen Weisungsgebundenheit gefehlt habe. Die von der Betreiberin des Luftrettungszentrums für den Rettungsdienst vorgesehenen Ärzte hätten zu einem erheblichen Teil in einem Arbeitsverhältnis als Krankenhausärzte gestanden und hätten aus diesem Grunde für einen Einsatz bei der Beklagten nur in Abhängigkeit vom Dienstplan ihres „Hauptarbeitgebers“ zur Verfügung stehen können. Der Dienstplan sei nicht etwa in der Weise erstellt worden, dass Dienste vorgegeben wurden, welche dann von den Ärzten im Einzelfall aus Hinderungsgründen abzusagen waren. Vielmehr seien die Einsatzwünsche der Ärzte im Voraus – unter Berücksichtigung ihrer primären beruflichen Verpflichtungen – geäußert worden, wobei es dann Sache der Beklagten war, auf der Grundlage der genannten Einsatzmöglichkeiten einen Dienstplan zu erstellen.

Das Landesarbeitsgericht Thüringen¹²⁵ hatte einen Fall zu entscheiden, bei dem ein Krankenhaus mit einem Arzt eine mündliche Vereinbarung getroffen hatte, wonach der Arzt gegen einen Tagessatz von 450 EURO tätig werden solle. Eine schriftliche Vereinbarung wurde wohl erst nach Tätigkeitsaufnahme vorgelegt und nicht unterzeichnet. Am Tag der Tätigkeitsaufnahme musste der Arzt aufgrund eines Unfalls seine Tätigkeit beenden. Er machte Vergütungsforderungen geltend.

¹²³ ArbG Eisenach, Beschluss vom 07.02.2007 – 1 Ca 1275/06 – nicht veröffentlicht.

¹²⁴ LAG Hamm, Urteil vom 06.09.2007 – 8 Sa 802/07 – nicht veröffentlicht – zitiert nach juris.

¹²⁵ LAG Thüringen, Beschluss vom 29.04.2010 – 1 Ta 29/10 – nicht veröffentlicht – zitiert nach juris.

Das Landesarbeitsgericht verneinte den Abschluss eines Arbeitsvertrags. Das Gericht hat hierbei den vereinbarten Tagessatz als starkes Indiz in Richtung Selbstständigkeit gedeutet. Es hat im Übrigen ausgeführt, dass weitere Regelungen, die bei einem Arbeitsverhältnis typischerweise geregelt würden, nicht getroffen worden seien. Weder sei ein konkretes Aufgabengebiet umrissen noch eine Regelung zu Urlaubsansprüchen oder Spesenregelungen getroffen worden.

Der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz¹²⁶ lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem ein Arzt einen ärztlichen Notdienstverein auf Vergütung, Vergütungszuschläge, Urlaubs- und Weihnachtsvergütung etc. in Höhe von rund 20.000 EURO verklagt hatte.

Das Landesarbeitsgericht sah keine zeitliche Weisungsgebundenheit, weil die „Einteilung“ zu den Diensten nur im Rahmen zuvor eingetragener Wunschtermine erfolgte und der Arzt nur in dem von ihm angegebenen Umfang herangezogen wurde. Demgegenüber liegt nicht zwangsläufig eine Arbeitnehmerstellung vor, wenn der Arzt im Notdienst alle Patienten behandeln müsse und im Rahmen eines Not- und Bereitschaftsdienstes auch die Räume und das Personal des Beklagten nutze. Auch die Vereinbarung eines Zeithonorars sei unschädlich, da dieses für eine freiberufliche Tätigkeit nicht unüblich sei. Den Nachweis seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit habe der Arzt nicht erbracht. Hierfür hätte dieser seine gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse offen legen müssen.

Das Landesarbeitsgericht Hamm hat in seiner Entscheidung vom 07.02.2011¹²⁷ die Arbeitnehmereigenschaft eines Arztes verneint. Dieser hatte mit einem Krankenhaus eine Vereinbarung getroffen, wonach er im Tages- und Bereitschaftsdienst im Stationsbetrieb des Krankenhauses tätig werden sollte. Er sollte hierfür eine Tagesvergütung erhalten. Der Vertrag war als „Freier Mitarbeiter-Vertrag“ bezeichnet und enthielt – ebenso wie beim Fall des Arbeitsgerichts Eisenach¹²⁸ – einen Passus, wonach die Parteien ausdrücklich kein Angestelltenverhältnis begründen wollten. Der Arzt hat seine Tätigkeit noch nicht aufgenommen.

In Ergebnis und Begründung ähnelt die Entscheidung der des Arbeitsgerichts Eisenach. Wenn die Tätigkeit nicht aufgenommen worden sei, könne sich der Arzt nicht darauf berufen, die Vertragsbeziehung sei nicht als „freier Mitarbeitervertrag“, sondern als Arbeitsverhältnis „gelebt“ worden, konstatierte das Landesarbeitsgericht.

Die Sozialgerichte hatten ebenfalls die Problematik des Vertragstypus beim Einsatz von externen Ärzten zu entscheiden.¹²⁹ Soweit erkennbar, bezogen sich hierbei zwei Entscheidungen auf den Einsatz von externen Ärzten in einem Krankenhaus bzw. einer Rehabilitationseinrichtung.

¹²⁶ LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 03.05.2010 – 11 Ta 163/09 – nicht veröffentlicht – zitiert nach juris.

¹²⁷ LAG Hamm, Urteil vom 07.02.2011 – 2 Ta 505/10 – nicht veröffentlicht – zitiert nach juris.

¹²⁸ ArbG Eisenach, Beschluss vom 07.02.2007 – 1 Ca 1275/06 – nicht veröffentlicht.

¹²⁹ Übersicht bei Reiserer, MedR 2012, S.102 ff.

Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen¹³⁰ hatte den Fall eines Arztes zu entscheiden, der in einer Rehabilitationsklinik in der Regel an drei Nachmittagen in der Woche arbeitete, wobei er Aufnahme- und Entlassungsuntersuchungen durchführte. Die Vergütung erfolgte auf Stundenbasis auf der Grundlage der nachgewiesenen Arbeitsstunden.

Das Gericht hielt den Arzt für abhängig beschäftigt. Es maß hierbei der Frage maßgebliche Bedeutung zu, ob und inwieweit dieser in die Betriebsorganisation eingegliedert sei.¹³¹ Eine solche Eingliederung in das „laufende Geschäft“ machte das Gericht u. a. an dem Umstand fest, dass der Arzt teilweise als Vertreter des Chefarztes, teilweise als einziger Vertreter seines Fachgebiets regelmäßig z. B. bei Therapieänderungen einbezogen worden sei. Er habe im Übrigen üblicherweise an Besprechungen und Visiten teilgenommen und habe im Rahmen des Rufbereitschaftsdienstes auch Weisungsbefugnisse gegenüber dem Personal ausgeübt. Weiterhin habe er im vorliegenden Fall kein unternehmerisches Risiko zu tragen gehabt, kein eigenes Kapital eingesetzt und hatte aufgrund der Festbetragsvergütung kein Vergütungsrisiko zu tragen.

Das Sozialgericht Mannheim¹³² hatte über den Vertragsstatus eines Anästhesisten zu entscheiden, der im Operationssaal Anästhesieleistungen erbrachte. Der Vertrag wies eine Vergütung auf Stundenbasis auf.

Das Sozialgericht hielt den Anästhesisten für abhängig beschäftigt. Maßgeblich stellte es hierbei auf das Merkmal der räumlichen in Verbindung mit einer zeitlichen Weisungsgebundenheit ab. Der Arzt habe seinen Arbeitsort nicht frei wählen dürfen. Er sei darüber hinaus während fest vereinbarter Zeiten tätig geworden.

Das Sozialgericht Berlin hatte mit Urteil vom 10.02.2012¹³³ mit Bezug auf die Sozialversicherungspflicht über den Vertragsstatus eines in einem Krankenhaus eingesetzten Anästhesisten zu entscheiden. Das Gericht hielt diesen für selbständig. Die Entscheidungsgründe sind stark einzelfallbezogen und beruhen auf einer Abwägung aller für und gegen ein Arbeitsverhältnis sprechenden Gesichtspunkte.

Zwar sei eine gewisse Eingliederung in die Abläufe des Krankenhauses gegeben. Der Arzt verwende Narkosemittel des Krankenhauses und setze keine eigenen Betriebsmittel ein. Es sei auch eine Stundenvergütung vereinbart worden. Die Eingliederung in den Betrieb sei jedoch nicht so stark, dass von einer abhängigen Beschäftigung gesprochen werden könne. So führe der Arzt die Aufklärungsgespräche für die konkreten Operationen nicht selbst durch und nehme auch keine anderen Aufgaben oder Positionen im Krankenhaus wahr. Er könne im Übrigen den OP-Saal, in dem er tätig werden wolle, entsprechend der in der OP-Liste ausgewiesenen Eingriffe selbst wählen.

¹³⁰ LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 29.11. 2006 – L 11 (8) R 50/06, nicht veröffentlicht – zitiert nach juris.

¹³¹ LSG Nordrhein-Westfalen, a. a. O., Orientierungssatz 1.

¹³² SG Mannheim, Urteil vom 16.11.2011 – S 15 R 2545/09, nicht veröffentlicht – zitiert nach juris.

¹³³ SG Berlin, Urteil vom 10.02.2012 – S 208 KR 102/09 – nicht veröffentlicht.

Er habe im Vertrag – für Arbeitsverhältnisse untypisch – eigene Allgemeine Geschäftsbedingungen gestellt. Weiterhin sei die Haftpflichtversicherung für alle während der Tätigkeit erbrachten ärztlichen Leistungen über den Arzt erfolgt.

II. Würdigung

Bei Durchsicht fällt auf, dass in zwei der Entscheidungen¹³⁴ der geschlossene Vertrag nicht zur Durchführung gelangte. Weiterhin findet sich in zwei Entscheidungen¹³⁵ eine ausdrückliche Absprache, wonach kein Arbeitsverhältnis geschlossen sein soll. Dies fassten die Gerichte als deutlichen Hinweis auf den Parteiwillen auf.

Die Entscheidungen des Landesarbeitsgerichts Hamm aus dem Jahr 2007¹³⁶, der Landesarbeitsgerichte Thüringen¹³⁷ und Rheinland-Pfalz¹³⁸, des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen¹³⁹, des Sozialgerichts Mannheim¹⁴⁰ und des Sozialgerichts Berlin¹⁴¹ kommen zu einer Auseinandersetzung mit der Frage, wie das Vertragsverhältnis durchgeführt worden ist. In den beiden erstgenannten Entscheidungen ist es das Merkmal der zeitlichen Weisungsgebundenheit, das den Ausschlag gab. Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen und das Sozialgericht Berlin haben dem Kriterium der Eingliederung zentrale Bedeutung beigemessen. Das Sozialgericht Mannheim sah demgegenüber die örtliche Weisungsgebundenheit als entscheidendes Merkmal.

Aus den derzeit noch vereinzelt Entscheidungen zum Arbeitnehmerstatus von externen Ärzten ist ein über den Einzelfall hinausgehender Rechtssatz noch nicht ableitbar. Es handelt sich um Einzelfallrechtsprechung.

1. Eingliederung

Es ist vorgetragen worden, dass das Kriterium der Weisungsgebundenheit und der organisatorischen Eingliederung bei Vertretungsärzten „ausfallen“ würden.

¹³⁴ ArbG Eisenach, Beschluss vom 07.02.2007 – 1 Ca 1275/06 – nicht veröffentlicht; LAG Hamm, Urteil vom 07.02.2011 – 2 Ta 505/10 – nicht veröffentlicht.

¹³⁵ ArbG Eisenach, Beschluss vom 07.02.2007 – 1 Ca 1275/06 – nicht veröffentlicht; LAG Hamm, Urteil vom 07.02.2011 – 2 Ta 505/10 – nicht veröffentlicht.

¹³⁶ LAG Hamm, Urteil vom 06.09.2007 – 8 Sa 802/07 – nicht veröffentlicht.

¹³⁷ LAG Thüringen, Beschluss vom 29.04.2010 – 1 Ta 29/10 – nicht veröffentlicht – zitiert nach juris.

¹³⁸ LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 03.05.2010 – 11 Ta 163/09 – nicht veröffentlicht – zitiert nach juris.

¹³⁹ LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 29.11. 2006 – L 11 (8) R 50/06, nicht veröffentlicht – zitiert nach juris.

¹⁴⁰ SG Mannheim, Urteil vom 16.11.2011 – S 15 R 2545/09, nicht veröffentlicht – zitiert nach juris.

¹⁴¹ SG Berlin, Urteil vom 10.02.2012 – S 208 KR 102/09 – nicht veröffentlicht.

Wenn Uffmann konstatiert, dass allein aus der Tatsache, dass der Honorararzt dieselben Tätigkeiten ausführt, die auch durch angestellte Krankenhausärzte erbracht werden, nicht die Annahme einer Arbeitnehmereigenschaft begründet werden könne¹⁴², so ist dem zuzustimmen. Dennoch offenbart diese Aussage ein Verständnis, dass wohl umgekehrt davon ausgeht, dass Honorarärzte stets dieselben Tätigkeiten ausführen wie angestellte Ärzte, so dass eine Differenzierung gar nicht möglich sei.¹⁴³ Dies wird unterstrichen, wenn Uffmann insoweit von einem untauglichen Abgrenzungskriterium spricht. Einer solchen Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden.

So ist der Entscheidung des Sozialgerichts Berlin vom 10.02.2012¹⁴⁴ gerade ein Beispiel zu entnehmen, wie das Abgrenzungskriterium der Eingliederung durchaus genutzt werden kann. Hierbei erscheint diese Argumentation nicht abwegig oder unzutreffend. Dasselbe gilt für die im Ergebnis entgegen-gesetzte Entscheidung des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen.¹⁴⁵ Dort wird jedoch ebenfalls dem Kriterium der betrieblichen Eingliederung eine maßgebliche Bedeutung zugemessen und dem Gericht gelingt eine für den Einzelfall durchaus nachvollziehbare Argumentation.

Insoweit ist zwar ohne weiteres zu konstatieren, dass sowohl das Merkmal der Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation als auch das Merkmal der organisatorischen Abhängigkeit bei Vertretungsärzten zur Bestimmung des Vertragstypus problematisch sein können. Dass der Honorararzt sich dem äußeren Erscheinungsbild nach, also hinsichtlich der betrieblichen Einbindung und des Ablaufs der Tätigkeit, regelmäßig nicht von angestellten Krankenhausärzten unterscheidet¹⁴⁶, ist jedoch ein vereinfachendes Bild.

2. Weisungsgebundenheit

Das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers lässt den Gedanken eines arbeitnehmertypischen Über- bzw. Unterordnungsverhältnisses anklingen. Überträgt man dieses Kriterium auf die Frage nach dem Vertragsstatus des Honorararztes, so bedeutet dies, ein grobes Raster zur Bestimmung sehr feiner Grautöne zu verwenden.¹⁴⁷

Ein vollständiges Ausfallen dieses Merkmals wird man aber dennoch nur annehmen können, wenn man zu verallgemeinernd davon ausgeht, dass Krankenhäuser und Honorarärzte stets auf gleicher Augenhöhe stehen würden. Bereits zuvor wurde

¹⁴² Uffmann, a. a. O., S. 20.

¹⁴³ so ausdrücklich Uffmann, a. a. O., S. 25.

¹⁴⁴ SG Berlin, Urteil vom 10.02.2012 – S 208 KR 102/09 – nicht veröffentlicht.

¹⁴⁵ LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 29.11. 2006 – L 11 (8) R 50/06, nicht veröffentlicht – zitiert nach juris.

¹⁴⁶ so Uffmann, a. a. O., S. 25; Meier, MedR 2007, S. 709/715.

¹⁴⁷ vgl. Uffmann, a. a. O. S. 25, Meier, MedR 2007, S. 709/715.

darauf hingewiesen, dass eine fehlende Disparität der Vertragsparteien nicht allgemein unterstellt werden darf.

Das Element der fachlichen Weisungsgebundenheit ist im ärztlichen Bereich nicht erst im Zuge des Aufkommens honorarärztlicher Kooperationen als problematisch identifiziert worden. In einer immer spezialisierteren Arbeitswelt arbeiten viele hochqualifizierte Arbeitnehmer weitgehend selbständig.¹⁴⁸ Dies gilt auch für Ärzte.

Eine berufsrechtliche Besonderheit des Arztberufs liegt darin, dass der Arzt gemäß §§ 1 BÄO, 2 Abs. 4 MBO-Ä in ärztlichen Fragen weisungsunabhängig zu sein hat.

Das Bundesarbeitsgericht hat dennoch bereits in einer älteren Entscheidung aus dem Jahr 1961¹⁴⁹ entschieden, dass ein Chefarzt abhängig beschäftigt sei ungeachtet dessen, dass der Krankenhausträger aufgrund mangelnder Fachkenntnisse nicht faktisch Weisungen erteilen könne. In einem solchen Fall trete die organisatorische Einbindung in den Vordergrund. Es sei jedoch zu beachten, dass Ärzte zwar im Kernbereich ihrer ärztlichen Tätigkeit weisungsunabhängig sind, jedoch durchaus eine ganze Reihe von Weisungsbefugnissen vorstellbar sind, die den medizinisch-fachlichen Tätigkeitsbereich berühren können, ohne den eigentlichen Kernbereich zu berühren. So sind Fragen der ärztlichen Dokumentation und Kodierung, der Hygiene, aber auch der ärztlichen Fortbildung durchaus arbeitgeberseitigen Weisungen zugänglich.

Im Hinblick auf das nachgeordnete ärztliche Personal ist ebenfalls kein „Ausfall“ des Merkmals der fachlichen Weisungsgebundenheit zu verzeichnen. Neben den bereits zuvor dargestellten Aspekten, kann es für die Statusfeststellung bei Honorarärzten durchaus auch z. B. eine wichtige Rolle spielen, ob diese allein ein Fachgebiet am Krankenhaus vertreten oder im selben Fachgebiet wie der Chefarzt tätig sind. Entsprechend ist auch das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2006 hierauf eingegangen.¹⁵⁰

Das Merkmal der fachlichen Weisungsgebundenheit von Honorarärzten ist insgesamt nicht unbrauchbar oder untauglich.¹⁵¹

Das Merkmal der örtlichen Weisungsabhängigkeit dürfte bei Honorarärzten in den meisten Fällen kaum belastbare Rückschlüsse ermöglichen. Die Leistungserbringung von Vertretungsärzten findet stets in den Räumlichkeiten des Krankenhauses statt. Hierin liegt gerade der Sinn des zwischen den Parteien vereinbarten Honorararztverhältnisses. Die Leistungserbringung im Krankenhaus ist damit „geradezu typisch“¹⁵² für Honorarärzte – sie stellt eine Eigenart der Tätigkeit, aber nicht des Vertragsstatus dar. Insoweit wird sie als Abgrenzungskriterium weder in

¹⁴⁸ ErfK-Preis, § 611 Rz. 68.

¹⁴⁹ BAG, Urteil vom 27.07.1961 – 2 AZR 255/60, AP zu § 611 BGB Ärzte, Gehaltsansprüche Nr. 24.

¹⁵⁰ LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 29.11. 2006 – L 11 (8) R 50/06, nicht veröffentlicht – zitiert nach juris.

¹⁵¹ so aber Uffmann, a. a. O., S. 19.

¹⁵² Korthus, Krankenhaus 2012, S. 614/617.

die eine noch in die andere Richtung belastbar sein. Umso überraschender ist, dass das Sozialgericht Mannheim gerade auf die örtliche Weisungsabhängigkeit abstellt und als Abgrenzungskriterium darauf abstellt, ob der Arzt in eigenen, angemieteten Räumen oder in Räumen des Krankenhauses tätig wird. Diese Argumentation kann nicht überzeugen.

Das Abgrenzungsmerkmal der zeitlichen Weisungsgebundenheit erlaubt schon deutlichere Rückschlüsse. Doch auch dieses Merkmal ist unscharf. Wann die einseitige zeitliche Weisungsbefugnis endet und die freie Vereinbarung von Terminen beginnt, dürfte im Einzelfall nicht leicht zu bestimmen sein. In der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm¹⁵³ aus dem Jahr 2007 hatte das Gericht als Indiz (!) gegen eine einseitige Dienstplanung gewertet, dass die Vertretungsärzte Hauptarbeitsverhältnisse ausgeübt hätten und daher nur in Abhängigkeit vom Dienstplan ihres „Hauptarbeitgebers“ zur Verfügung hätten stehen können. Das ist zwar durchaus überzeugend, jedoch stellt sich die Frage, wann das Gericht anders entschieden hätte. Bei 30 h im Hauptarbeitsverhältnis? Bei 20 h?

3. Unternehmerische Chancen und Risiken

In keiner der Rechtsprechungsentscheidungen stand der Gesichtspunkt der unternehmerischen Risiken und Chancen im Vordergrund. Dieser Gedanke taucht gewissermaßen in einigen Entscheidungen nur ergänzend auf.

C. Vertragstypenzuordnung bei Kooperationsärzten

Für die Vertragstypenzuordnung bei Kooperationsärzten ist zunächst festzuhalten, dass keine anderen Grundsätze als bei Vertretungsärzten gelten. Häufig treten bei Kooperationsärzten Umstände hinzu, die die Statusfeststellung sogar erleichtern können. So wird vom Kooperationsarzt nicht selten eigenes Personal aus der Arztpraxis „mitgebracht“. Häufig werden denn auch Patienten aus der Praxis des Arztes behandelt, so dass der Arzt die von ihm zu behandelnden Patienten und die Behandlungsreihenfolge festlegen kann. Oft werden Vergütungen nach dem geleisteten Behandlungsfall gewählt. Erfolgt keine Behandlungsleistung, entfällt die Vergütung. Denkbar sind auch Gestaltungen, die dem Bild des Konsiliararztes nahekommen, bei denen also z. B. ein externer Arzt nur im Einzelfall auf Anforderung operative Eingriffe durchführt.

¹⁵³ LAG Hamm, Urteil vom 06.09.2007 – 8 Sa 802/07 – nicht veröffentlicht – zitiert nach juris.

D. Freie Typuswahl bei Honorärärzten? – Die Bedeutung des Parteiwillens

Als Fazit ihrer Beschäftigung mit dem Status von Honorärärzten kommt Uffmann zu der Einschätzung, dass die Bedeutung des Parteiwillens unterschätzt werde.¹⁵⁴ Von dieser These ausgehend kommt sie zum Schwerpunkt ihres Aufsatzes: Sie setzt sich abstrakt mit dem Spannungsverhältnis zwischen Vertragsautonomie und „arbeitsrechtlichem Rechtsform- oder Typenzwang“ auseinander.¹⁵⁵ Dies erfolgt mit der Absicht, den Parteiwillen dogmatisch aus seiner „Verkümmern“¹⁵⁶ zu befreien. Der Rückgriff auf den Parteiwillen solle bei der Statusbestimmung – dies mache das Beispiel der Honorärärzte deutlich – für mehr Rechtssicherheit als die Benutzung von unbrauchbaren Abgrenzungskriterien.¹⁵⁷ Eine kritische Auseinandersetzung mit diesem Ansatz ist lohnend. Hierbei ist zunächst zu den Prämissen des Ansatzes festzuhalten, dass sich nach Sichtung der einschlägigen Rechtsprechung der Eindruck des weitgehenden Versagens der Abgrenzungskriterien Eingliederung und Weisungsgebundenheit bei Honorärärzten nicht bestätigt.

Ob die Bedeutung des Parteiwillens bei honorarärztlichen Beschäftigungsverhältnissen verkümmert ist, ist ebenfalls fraglich.

Die bisherige Linie der Rechtsprechung zur Rolle des Parteiwillens wird exemplarisch an einer Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 28.05.2008 deutlich.¹⁵⁸ Für die Beurteilung honorarärztlicher Beschäftigung ist diese Entscheidung deshalb bemerkenswert, weil das Gericht über eine ähnliche Fallgestaltung zu entscheiden hatte. Es ging um Piloten, die als sog. Freelancer bei Bedarf zur Verfügung standen, um Flüge zu übernehmen.

Die Vorinstanz, das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen¹⁵⁹, hob hervor, dass das Tätigkeitsbild der Freelancer-Piloten vollkommen identisch mit dem der angestellten Piloten sei¹⁶⁰. Das Gericht stellte aber unter Rückgriff auf die Abgrenzungskriterien der Eingliederung und Weisungsgebundenheit ein Überwiegen der Merkmale fest, die für eine Selbständigkeit sprechen. Bei seinen Feststellungen ging das Gericht von den im Vertrag zum Ausdruck kommenden Willen der Parteien aus und prüfte im Weiteren, ob die tatsächliche Vertragsdurchführung diesem entgegenstände.

Das Bundessozialgericht bestätigt dies mit Verweis auf ältere Rechtsprechung.¹⁶¹ Es betont, dass dem Parteiwillen eine indizielle Bedeutung zukomme, wenn dieser

¹⁵⁴ Uffmann, a. a. O., S. 25.

¹⁵⁵ Uffmann, a. a. O., S. 26 ff.

¹⁵⁶ Uffmann, a. a. O., S. 35.

¹⁵⁷ Uffmann, a. a. O., S. 35.

¹⁵⁸ BSG, Urteil vom 28.05.2008 – B 12 KR 13/07 R, USK 2008-45 – zitiert nach juris.

¹⁵⁹ LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 22.02.2007 – L 16 KR 11/05, nicht veröffentlicht – zitiert nach juris.

¹⁶⁰ ausdrücklich LSG Nordrhein-Westfalen, a. a. O., Rz. 63.

¹⁶¹ BSG, Urteil vom 13.7.1978 – 12 RK 14/78, SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 17.

dem festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnis nicht offensichtlich widerspreche und durch weitere Aspekte gestützt werde.¹⁶²

Mit Bezug zur honorarärztlichen Beschäftigung hat die Rechtsprechung in zwei Fällen auf den Parteiwillen Bezug genommen. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 07.02.2011¹⁶³ zu einer honorarärztlichen Beschäftigung steht in der Linie dieser Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. Sie nuanciert diese aber für den Fall, dass es nicht zu einer tatsächlichen Vertragsdurchführung kommt. Dann soll auf den ausdrücklich geäußerten Parteiwillen abgestellt werden. Eine stärkere Gewichtung des Parteiwillens ist der Entscheidung des Arbeitsgerichts Eisenach¹⁶⁴ zu entnehmen. Dort heißt es, dass der aus dem Vertrag hervortretende Parteiwillen maßgeblich sei. Es komme auf die Vertragsdurchführung nicht mehr an, wenn ein Rückschluss auf den Willen der Vertragsparteien aus den abgegebenen Willenserklärungen möglich sei.

Die Forderung nach einer stärkeren Gewichtung des Parteiwillens lässt zwei wichtige Fragen unbeleuchtet. Wenn der bisherigen Rechtsprechung zur Statusfeststellung bei Honorarärzten zuzustimmen ist¹⁶⁵ und sich in der Rechtsprechung eine Tendenz zur Anerkennung der Selbständigkeit bei Honorarärzten verfestigt¹⁶⁶, ist fraglich, warum dann der Parteiwille aufgewertet werden muss und ob dies zu richtigeren Ergebnissen führt. Weiterhin ist unklar, wie die Aufwertung des Parteiwillens konkret aussehen soll. So bleibt ungeklärt, ob der Parteiwillen stets aufzuwerten ist oder nur in Fällen fehlender Disparität der Vertragspartner. Weiterhin ist offen, welche Bedeutung dem Parteiwille zukommen soll, wenn die übrigen Abgrenzungsmerkmale auf eine abhängige Beschäftigung hindeuten.

Zur Beantwortung der ersten Frage ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der These, wonach der Honorararzt sich dem äußeren Erscheinungsbild nach, also hinsichtlich der betrieblichen Einbindung und des Ablaufs der Tätigkeit, regelmäßig nicht von angestellten Krankenhausärzten unterscheidet¹⁶⁷, nicht gefolgt wird. Die Gruppe der Honorarärzte, die mit den Untergruppen Vertretungs-, Kooperations- und Konsiliararzt sehr heterogen ausfällt, ist ungeeignet für eine Beweisführung, mit der ein Versagen der Abgrenzungsmerkmale zur Statusbestimmung nachgewiesen werden kann. Der Nachweis eines „Systemversagens“ ist Uffmann insoweit nicht gelungen.

Bei der zweiten Frage ergibt sich folgendes Bild: Zielt man mit der Stärkung des Parteiwillens auf mehr Rechtssicherheit und -klarheit, so tut sich ein Dilemma auf: Entweder muss man in Kauf nehmen, den Parteiwillen auch bei ungleichen Vertragspartnern zu stärken oder man muss vor Berücksichtigung des Parteiwillens

¹⁶² BSG, Urteil vom 28.05.2008 – B 12 KR 13/07 R, USK 2008-45 – zitiert nach juris, dort Rz. 16.

¹⁶³ LAG Hamm, Urteil vom 07.02.2011 – 2 Ta 505/10 – nicht veröffentlicht – zitiert nach juris, dort Rz. 42.

¹⁶⁴ ArbG Eisenach, Beschluss vom 07.02.2007 – 1 Ca 1275/06 – nicht veröffentlicht.

¹⁶⁵ Uffmann, a. a. O., S. 20.

¹⁶⁶ Uffmann, a. a. O., S. 18.

¹⁶⁷ so Uffmann, a. a. O., S. 25; Meier, MedR 2007, S. 709/715.

zunächst das Vorliegen von Vertragsparität nachweisen. Keine dieser Alternativen führt dazu, dass die Ergebnisse besser, klarer oder sicherer sind.

E. Zwischenergebnis

- Bislang ist nur die Statusfeststellung bei Vertretungsärzten Gegenstand der Rechtsprechung gewesen. Aus den derzeit noch vereinzelt Entscheidungen zum Arbeitnehmerstatus von externen Ärzten ist ein über den Einzelfall hinausgehender Rechtssatz noch nicht ableitbar. Es handelt sich um Einzelfallrechtsprechung.
- Das Honorararztwesen stellt die in der arbeitsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Typusbestimmung nicht vor unlösbare Probleme. Von einem Versagen der Abgrenzungskriterien kann nicht gesprochen werden.
- Die Forderung nach einer stärkeren Gewichtung des Parteiwillens bei der Typusbestimmung kann nicht überzeugen.



<http://www.springer.com/978-3-642-38269-7>

Grundlagen und Grenzen der Leistungserbringung
durch Honorarärzte

Porten, S.

2014, XXI, 258 S., Hardcover

ISBN: 978-3-642-38269-7