

# Juristische Bewertung der honorarärztlichen Tätigkeit

*Markus Keubke, Nicolai Schäfer, Wolfgang Fries, Friedhelm C. Schmitt, Justus Benzler*

2.1	Einleitung – 32
2.2	Der Begriff des Honorararztes – 32
2.3	Status – 33
2.4	Berufsrecht – 40
2.5	Haftungsrecht – 45
2.6	Versicherungen – 47
2.7	Im Beruf mobil und im Alter pleite? – Das Lokalisitätsprinzip – 60
	Literatur – 61

## 2.1 Einleitung

Markus Keubke

Seit der letzten Auflage dieses Buches hat der Honorararzt in der Fachliteratur, Rechtsprechung und Gesetzgebung viel Aufmerksamkeit erfahren. Als das marktwirtschaftliche Ergebnis einer bedenklichen und seit langem fehlerhaften Entwicklung im stationären Sektor des Gesundheitswesens erfuhren er durchaus gemischte Bewertungen. Für beide Seiten dieser Medaille, sowohl die guten als auch die schlechten, lassen sich gute rechtliche Argumente finden. Dieses ändert jedoch nichts daran, dass der Honorararzt aus der Krankenhauslandschaft derzeit nicht wegzudenken ist und es, trotz eifrigster Bemühungen der Deutschen Rentenversicherung, wohl auch in Zukunft nicht sein wird.

Die Probleme, die den Honorararzt auf dem marktwirtschaftlichen Platz erscheinen ließen, werden überwiegend durch das Vergütungssystem der stationären Leistungserbringung hervorgerufen. Der Gesetzgeber hat mit der, im Prinzip begrüßenswerten, Änderung des § 2 Abs. 2 Bundespflegegesetzverordnung (BpflV) und § 2 Abs. 2 Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) vom 21.7.2012 und der dazu erfolgten Gesetzgebung den Platz des Honorararztes im System der stationären Leistungserbringung bestätigt. Allerdings hat er damit, nicht nur aus Sicht der Gegner des Honorararztes, wieder einmal nur die Symptome statt die Ursachen des den Honorararzt herbringenden Probleme behandelt. Inwieweit diese Probleme in der Personalpolitik der Krankenhausträger begründet sind, ist Gegenstand kontroverser Diskussionen. Die mit Blick auf die von den Honorärärzten erzielte Vergütung oftmals angestoßene Neiddebatte ist zwar eine typische, aber sicherlich keine zielführende Reaktion.

Dem entsprechend hilft eine nüchterne Betrachtung der rechtlichen Gegebenheiten dabei, den Honorararzt in den Bereich der stationären Leistungserbringung zu integrieren und sich die Vorteile dieser Art der ärztlichen Berufsausübung als Krankenhausträger zunutze zu machen, ohne die (derzeitigen) rechtlichen Fallstricke zu übersehen.

## 2.2 Der Begriff des Honorararztes

Markus Keubke

Die Tätigkeit des Honorararztes unter einen juristischen Oberbegriff zu subsumieren fiel, wenn man sich die Begriffsschöpfungen anschaut, eine ganze Zeit lang wohl sehr schwer. So waren, mangels einer Legaldefinition durch den Gesetzgeber, die es bis heute (zu Recht) nicht gibt, viele Wortschöpfungen im Umlauf. Es gab u. a. Honorarkonsiliarärzte, Honorarvertretungsärzte, Honorarkooperationsärzte sowie Honorarbelegärzte.

Die Bundesärztekammer verstand und versteht unter einem Honorararzt »Fachärztinnen und Fachärzte, die in medizinischen Einrichtungen zeitlich befristet auf Honorarbasis freiberuflich tätig sind«<sup>1</sup>. Diese Beschreibung ist an der gelebten Praxis orientiert und umfasst somit alle Ärzte, die haupt- oder nebenberuflich ärztliche Dienstleistungen erbringen ohne am Ort der Leistungserbringung als abhängig Beschäftigte angestellt zu sein oder in einem direkten Vertragsverhältnis bzw. in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu den zu behandelnden Patienten zu stehen. Ärzte, die als Vertragsärzte niedergelassen sind und von den derzeit mannigfaltigen gesetzlichen Kooperationsmöglichkeiten mit Krankenhäusern Gebrauch machen, sind aus juristischer Sicht hingegen keine Honorarärzte, da deren Vergütung den entsprechenden gesetzlichen Regelungen des 4. Abschnittes des 4. Kapitels des SGB V für diese Kooperationsverhältnisse folgt und somit nicht frei verhandelbar ist. Gleiches gilt für den Belegarzt, der seine abschließenden Regelungen in § 121 SGB V und § 18 KHEntgG findet. Dahingegen ist der Konsiliararzt durchaus als Honorararzt zu bezeichnen, da die konsiliarische Tätigkeit einen Unterfall der honorarärztlichen Tätigkeit darstellt.

Die Definition der Bundesärztekammer ist somit zutreffend und brauchbar, wenn es darum geht, den Honorararzt von anderen Formen der ärztlichen Leistungserbringung im Krankenhaus oder der Niederlassung abzugrenzen.

1 Honorarärztliche Tätigkeit in Deutschland – Positionsbestimmung der Bundesärztekammer und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, Berlin, April 2012

## 2.3 Status

*Markus Keubke*

Jede Erwerbstätigkeit kann als eine selbstständige Tätigkeit oder als abhängige Beschäftigung ausgeübt werden, so auch die des Arztes. Der sozialversicherungsrechtliche Status zieht zahlreiche Konsequenzen nach sich. So unterliegt der abhängig Beschäftigte (angestellter Arzt) dem Arbeitszeitgesetz, muss zusammen mit dem Arbeitgeber außer Rentenversicherungsbeiträgen und Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung auch anteilig Beiträge zur Arbeitslosenversicherung abführen. Der Selbstständige hingegen muss für seine Ausfallzeiten selbst Vorsorge betreiben. Im gewerblichen Umfeld ist ihm die Schaffung einer ausreichenden Rücklage für das Rentenalter in der Regel selbst überlassen. Ein Umstand, der bei vielen Kleingewerbetreibenden zu Defiziten im Rentenalter führen kann (Altersarmut). Bei einigen Berufsgruppen, wie auch beim Arzt, besteht völlig unabhängig vom Status seiner Tätigkeit die Pflichtmitgliedschaft in einem Versorgungswerk. An dieses muss er, ob selbstständig oder angestellt, regelmäßig Pflichtbeiträge zur Altersvorsorge abführen.

Ob jemand nun als Selbstständiger oder abhängig Beschäftigter gilt, bestimmt nicht er allein. Im Konfliktfalle wird dies von anderen festgelegt und beurteilt, da es den Vertragsparteien nicht erlaubt ist, Dispositionen über den sozialversicherungsrechtlichen Status zu treffen. So ist es heutzutage Aufgabe der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV Bund) als Rechtsnachfolgerin der ehemaligen Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) im Auftrag des Staates Betriebe und Einzelpersonen zu überprüfen, inwieweit eingegangene Vertragsverhältnisse zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern auf ein selbstständiges beziehungsweise abhängiges Beschäftigungsverhältnis hindeuten. Im Rahmen einer Betriebsprüfung und eines sog. Statusfeststellungsverfahrens wird dann der sozialversicherungsrechtliche Status von der DRV Bund festgelegt. Eine Entscheidung mit Konsequenzen, sind doch vom vermeintlichen Auftraggeber, der durch dieses Verfahren zum Arbeitgeber wird, als auch vom Selbstständigen, der dann als

Arbeitnehmer gilt, Beiträge zur Sozialversicherung rückwirkend nachzuzahlen.

Ein solches Statusfeststellungsverfahren kann freiwillig von Auftraggebern und Auftragnehmern einer Dienstleistung beantragt und durchgeführt werden, etwa dann, wenn Unklarheiten über den sozialversicherungsrechtlichen Status herrschen und eine sog. Scheinselbstständigkeit im Vorfeld einer Auftragsabwicklung vermieden werden soll. Es wird aber auch zwangsweise im Rahmen regelmäßiger Betriebsprüfungen der DRV Bund eingeleitet, wenn sich bei diesen Prüfungen Hinweise auf ein scheinselbstständiges Vertragsverhältnis ergeben. Der Widerspruch ist zulässig und führt in zahlreichen Fällen zu gerichtlichen Auseinandersetzungen, für die die Sozialgerichte (Sozialrecht) zuständig sind. Personen dagegen, die im Falle einer unfreiwilligen selbstständigen Tätigkeit ein festes Angestelltenverhältnis anstreben, wie dies zum Beispiel oft im Bereich der Medienberufe der Fall ist, haben die Möglichkeit vor dem Arbeitsgericht (Arbeitsrecht) ein solches per Gerichtsbeschluss herbeizuführen. So gibt es eine Unzahl von Urteilen der Arbeitsgerichte, die ebenfalls über den Status einer Tätigkeit bzw. eines Vertragsverhältnisses Aussagen treffen.

Beim Status des Honorararztes müssen also die verschiedenen Auffassungen in unterschiedlichen Rechtsgebieten und Gerichtszweigen beachtet werden. Maßgeblich zu nennen ist das Sozialrecht, das Arbeitsrecht und das Steuerrecht. Wenn in den beiden letztgenannten Rechtsgebieten die Rechtslage derzeit, abgesehen von wenigen zutreffenden Ausnahmen, die Tätigkeit des Honorararztes als eine selbstständige Tätigkeit sieht, ist dieses im Sozialrecht weder nach dem Gesetzeswortlaut noch der derzeitigen Rechtsprechung eindeutig festzulegen.

### 2.3.1 Der Honorararzt im Sozialrecht

Mit der Abschaffung des Kriterienkataloges des § 7 Abs. 4 SGB IV zum 1.1.2003, nach denen eine abhängige Beschäftigung vermutet wird, wenn mindestens drei der dort genannten fünf Kriterien erfüllt sind, blieb nur die Regelung des § 7 Abs. 1 SGB IV,

nach der eine (abhängige) Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV vorliegt, wenn eine nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, ausgeübt wird. In § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV werden dazu Anhaltspunkte genannt, die kumulativ vorliegen müssen. Es ist die Tätigkeit nach Weisungen und Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Gleichwohl werden die seit 2003 nicht mehr gültigen Kriterien des § 7 Abs. 4 SGB IV a.F. in der Praxis durch die DRV Bund bei der Statusfeststellung gemäß § 7a SGB IV weiterhin angewandt.

Durch § 7 Abs. 1 soll die Beziehung des Arbeitsrechtes zum Sozialrecht in zweifacher Weise geklärt werden. Einerseits wird klargestellt, dass ein wirkames Arbeitsverhältnis auch zu einer sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigung führt. Andererseits wird die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts vom Sozialrecht dadurch bewirkt, dass auch ohne Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses eine Beschäftigung i.S.d. Sozialversicherungsrechtes vorliegen kann (Kasseler Kommentar zum Soz.-Vers.-Recht, Seewald, 77. EL., § 7 SGB IV RN 3). Diese Eigenständigkeit des Arbeitsrechtes vom Sozialrecht schafft in der Praxis nicht unerhebliche Probleme, da sie der Grund für eine rechtlich völlig unterschiedliche Bewertung desselben Sachverhaltes ist. Konsequenz ist dabei nur, dass die sozialrechtliche Beschäftigung keine arbeitsrechtlichen Pflichten auslöst.

Der Normzweck des § 7 SGB IV, der abhängig arbeitenden Bevölkerung und somit dem unselbstständigen Erwerbstätigen den Schutz der Sozialversicherung zwangsweise zugute kommen zu lassen, wird am Beispiel des Honorararztes komplett konterkariert, da es sich hier um eine Berufsgruppe handelt, die entsprechend § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung üblicherweise befreit (auch unter Berücksichtigung der Urteile des BSG vom 31.10.2012, AZ: B 12 R 8/10 R; B 12 R 3/11; B 12 R 5/10 R) und (Zwangs-)Mitglied in einem berufsständischen Versorgungswerk ist. Der Schutzzweck des § 7 SGB IV wurde somit durch den § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI auf einem anderen Weg als die Zwangsmitgliedschaft erreicht. Gleiches gilt für die Krankenversicherung, die seit dem 1.1.2009

eine Pflichtversicherung (§ 193 VVG) ist und somit auch ohne die zwangsweise Zuordnung zu einer gesetzlichen Sozialversicherung ausreichend Schutz bietet. Der Honorararzt ist daher allein aufgrund der gesetzlichen Vorschriften außerhalb des SGB IV ausreichend sozial abgesichert, ohne dass es der Fiktion einer sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigung nach § 7 Abs. 1 SGB IV bedarf. Zumindest was den Honorararzt betrifft, läuft hier die Regelung ins Leere und führt bei der derzeitigen praktischen Anwendung durch die DRV Bund zu absurden Ergebnissen, die gerade die kleineren Krankenhausträger schnell in den finanziellen Ruin und deren Geschäftsführer sogar in die Strafbarkeit treiben können.

### ➤ Zwischenfazit

**Derzeit (2013) ist nicht abschließend geklärt, bei Vorliegen welcher Kriterien die Tätigkeit eines Honorararztes eine Beschäftigung i.S.d. § 7 SGB IV oder eine selbstständige Tätigkeit ist.**

Das aktuellste (Stand 30.6.2013) Urteil eines Sozialgerichts ist das des Landessozialgerichts (LSG) Baden-Württemberg vom 17.4.2013 (AZ: L 5 R 3755/11). Dieses Urteil ist jedoch derart mangelhaft begründet worden, dass es weder von Befürwortern noch von Gegnern einer selbstständigen Tätigkeit durch Honorarärzte ernst genommen wird. Es kann nur vermutet werden, warum das LSG Baden-Württemberg ein derart miserables Urteil verfasst hat, und die vermuteten Gründe sind wahrlich für das LSG nicht schmeichelhaft. Exemplarisch für mangelhafte Qualität des Urteils sollen zwei Begründungen des LSG herausgegriffen werden:

a) Das LSG führt in seiner Begründung (RN 95, 96 des Urteils) aus:

» Der Wortlaut der Neuregelung [des § 2 KHEntgG – der Autor] lässt insbesondere nicht erkennen, dass nicht fest angestellte Ärzte im Sinne des Absatzes 1 auch überhaupt nicht angestellte Ärzte sein können. [...] Auch in der Gesetzesbegründung findet die gegenteilige Ansicht keine hinreichende Stütze. «

In der Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 2 Abs. 2 KHEntgG heißt es u.a.:

» Die Erbringung und Vergütung von allgemeinen Krankenhausleistungen können nicht vom Status des ärztlichen Personals im Krankenhaus (Beamten- oder Angestelltenverhältnis oder sonstige Vertragsbeziehungen) abhängen. Die Vorgaben für Krankenhäuser nach § 107 Abs. 1 Nr. 3 SGB V, jederzeit verfügbares ärztliches Personal vorzuhalten, sind im Übrigen statusneutral. Es ist deshalb auch nicht geboten, die Tätigkeit z. B. von niedergelassenen Ärzten in Krankenhäusern nur über ein Anstellungsverhältnis zu gestatten. Hinzu kommt, dass die Versorgungsrealität insbesondere in strukturell benachteiligten Räumen von Flächenländern flexible Möglichkeiten der Zusammenarbeit von Krankenhäusern mit niedergelassenen Ärztinnen und Ärzten erfordert, um eine ordnungsgemäße Patientenversorgung sicherzustellen. Zudem entspricht der Einsatz von im Krankenhaus nicht fest angestellten Honorarärzten bei der Erbringung allgemeiner Krankenhausleistungen einer bereits weit verbreiteten Praxis. Hierzu bewirkt die gesetzliche Regelung mehr Rechtssicherheit. «  
BT-DS 17/9992

Es bleibt zu fragen, wie deutlich eine Gesetzesbegründung für das LSG Baden-Württemberg denn sein muss.

b) Das LSG knüpft die Erlaubnis der selbstständigen ärztlichen Berufsausübung an eine vertragsärztliche Zulassung (RN 120ff des Urteils). Eine solche Verknüpfung verkennt, entgegen der Behauptung des LSG, jedoch gerade die rechtlichen Voraussetzungen für die selbstständige Ausübung der ärztlichen Tätigkeit. Lediglich die Behandlung von Patienten der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) ist an besondere, im SGB V normierte Voraussetzungen geknüpft. Was das LSG zur Begründung seines Standpunktes aufführt, kann mit juristischer Rabulistik gleichgesetzt werden.

Mangels einer einheitlichen sozialgerichtlichen Rechtsprechung, insbesondere mangels einer ratio decidendi des Bundessozialgerichts (BSG) zum sozialrechtlichen Status des Honorararztes sowie aufgrund fehlender gesetzlicher Vorschriften kann der Status zur Zeit nicht rechtlich einwandfrei be-

urteilt werden. Die im Rahmen der Prüfung des § 7a SGB IV erforderliche Einzelfallprüfung bietet vielfältige Ansätze sowohl in die eine als auch in die andere Richtung.

Neben den beiden kumulativen Anhaltspunkten des § 7 Abs. 1 SGB IV, der Tätigkeit nach Weisungen und der Einbindung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers, haben sich noch weitere Kriterien, angelehnt an den bis zum 31.12.2002 geltenden Katalog des § 7 Abs. 4 SGB IV a.F. herausgebildet. Wie bereits oben ausgeführt, kann gesagt werden, dass dieser Katalog in der Praxis weiterhin Anwendung findet, da aufgrund des Willens des Gesetzgebers mit der Änderung des § 7 SGB IV keine Änderung der Rechtslage eintreten sollte, sodass sich auch eine Neubewertung der bereits entschiedenen Sachverhalte verbietet.

#### ■ Relevante Gerichtsentscheidungen

Bereits vom BSG entschieden und für den Honorararzt bedeutsam sind die folgenden Fälle:

##### ■ ■ Urteil vom 27.5.1959, AZ: 3 RK 18/55

Hier hatte das BSG über die Vertretung eines erkrankten Kassenarztes zu entscheiden, die über einen Zeitraum von elf Monaten erfolgte. Durch die Vorinstanz war festgestellt worden, dass der Vertreter »keinen Beschränkungen unterlag, die über die Verpflichtung zur Benutzung der Praxisräume, zur Einhaltung der Sprechstunden und zur Abrechnung im Namen des Vertretenen hinausgingen.« Es war ein festes monatliches Entgelt vereinbart.

Das BSG sah keine Abhängigkeit des Vertreters, da dieser die Praxis abgesehen von diesen Verpflichtungen eigenverantwortlich führen konnte. Den vorgenannten Beschränkungen sowie den kassenärztlichen Verpflichtungen habe er sich in freier Entschließung unterworfen, ohne damit dem Vertretenen ein Weisungsrecht zuzugestehen. Auch eine Eingliederung in den Betrieb des Vertretenen erfolgte nach Auffassung des BSG nicht, da diese ein Unterordnungsverhältnis voraussetzt, welches hier aufgrund der vorherigen Ausführungen nicht vorlag.

##### ■ ■ Urteil vom 15.12.1959, AZ: 2 RU 141/56

In diesem Fall entschied das BSG über die Ansprüche der Ehefrau eines niedergelassenen Arztes

gegenüber der gesetzlichen Unfallversicherung für die Zeit, in der diese die Praxis in Vertretung ihres erkrankten Ehemannes fortführte. Die Einschränkungen der Ehefrau waren etwas strikter als im vorherigen Fall, so sollte sich die Ehefrau, mangels Facharztausbildung, operativer Eingriffe enthalten, in schwierigen Fällen Patienten nicht weiterbehandeln und sollte weitgehend den Rat ihres Ehemannes oder Fachkollegen in Anspruch nehmen.

Auch diese besonderen Weisungen gaben dem BSG keinen Grund von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Diese besonderen Weisungen schränkten ihre ansonsten weisungsfreie Tätigkeit nicht ein und waren, wie die Einholung von Rat durch ärztliche Kollegen, üblich.

#### ■ ■ Urteil vom 22.02.1973, AZ: 2 RU 110/71

Dieser Fall beschäftigt sich mit der Vereinbarung von festen Zeiten in einem Dienstverhältnis eines im Übrigen niedergelassenen Arztes. Der Arzt hatte sich gegenüber dem Polizeipräsidenten verpflichtet, zu festen Zeiten jeweils einmal wöchentlich nachts und einmal im Monat ein komplettes Wochenende für die Entnahme von Blutproben, Kurzbegutachtungen und Leichenbesichtigungen zur Verfügung zu stehen. Ein fester Einsatzort war nicht vereinbart, die Vergütung erfolgte entsprechend der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ). Die Entnahme der Blutproben erfolgte auf Anordnung der Polizei.

Das BSG sah hier eine selbstständige Tätigkeit, da der Arzt aufgrund eines unabhängigen Dienstvertrags tätig war. Der Arzt trug, da ihm nur die jeweiligen Einsätze, nicht aber die Wartezeit vergütet wurde, auch ein Unternehmerrisiko, welches ein wesentliches Merkmal einer unabhängigen Tätigkeit ist. Ein weiteres Indiz für eine unabhängige Tätigkeit war schließlich, dass keine Lohnsteuer gezahlt worden ist.

Die vorgenannten drei Fälle lassen sich somit für zwei, drei wichtige Punkte zur Beurteilung einer abhängigen Beschäftigung beispielhaft heranziehen. Zum einen zum Punkt der Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers, der Weisungsfreiheit trotz vorheriger vertraglicher Beschränkung der ansonsten freien Tätigkeit sowie der Feststellung eines Unternehmerrisikos.

Nach der Gesetzesänderung zum Jahre 2003 weisen die folgenden Fälle eine Relevanz auf:

#### ■ ■ BSG, Urteil vom 12.02.2004, AZ: B 12 KR 26/02 R

Hier hat eine Dozentin einer Volkshochschule Klage gegen die Einstufung als selbstständig Tätige bei jener Volkshochschule geführt. Die Klägerin schloss mit der Volkshochschule auf die einzelnen Semesterkurse bezogene Verträge über eine freie Mitarbeit. Die Vergütung erfolgte stundenweise auf Basis der Vertragsbedingungen der Volkshochschule. Die Klägerin erhielt zudem eine Vergütungsabgeltung des Urlaubsanspruchs.

Das BSG unterstellte hier eine selbstständige Tätigkeit, da die Klägerin nur für tatsächlich geleistete Unterrichtsstunden eine Vergütung erhielt. Die vereinbarte Urlaubsabgeltung unterscheidet sich zudem vom Anspruch auf bezahlten Urlaub, eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall fehle. Ein unternehmerisches Risiko liegt vor allem darin, dass die Klägerin nur dann eine Vergütung erhielt, wenn sie Unterrichtsstunden geleistet habe, mithin es sich genügend Interessenten für ihre Kurse gefunden haben. Es führt diesbezüglich aus:

» Zwar hängt die Beschäftigungsfähigkeit von Arbeitgebern davon ab, dass sie am Markt hinreichenden wirtschaftlichen Erfolg haben und ihre Produkte nachgefragt werden. Fehlt es hieran, werden Arbeitnehmer nicht eingestellt oder es wird bereits beschäftigten Arbeitnehmern gekündigt. Bei bestehenden Arbeitsverhältnis trägt jedoch zunächst der Arbeitgeber das Beschäftigungsrisiko. Er gerät in Annahmeverzug, wenn er wegen Auftragsmangel die ihm von seinem Arbeitnehmer angebotene Arbeitskraft nicht annehmen kann, und bleibt zur Zahlung des vereinbarten Entgelts verpflichtet. Anders ist dies, wenn Aufträge nur von Fall zu Fall »nach Auftragslage« an Selbstständige vergeben werden. «

#### ■ ■ SG Berlin, Urteil vom 10.02.2012, AZ: S 208 KR 102/09

Der Kläger, Anästhesist, war hier unregelmäßig als Honorararzt in verschiedenen Krankenhäusern tätig und führte hauptberuflich eine Ärztevermittlung. Eine Niederlassung als Vertragsarzt be-



stand nicht. Mit dem Auftraggeber vereinbart war ein Stundenhonorar, die Arbeitseinweisung vor Ort sowie die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Klägers, aus denen sich eine vorherige Vereinbarung der Dienstzeiten ergibt, sowie die Möglichkeit der Zurverfügungstellung von Arbeitsmitteln durch den Auftraggeber und eine jederzeitige fristlose Kündigung des Vertrags.

Das SG Berlin sah hier eine selbstständige Tätigkeit des Klägers, da die Vereinbarung einer festen Zeit nur die notwendige zeitlich Absprache darstelle. Die Arbeitseinweisung beschränkte sich auf die Bekanntmachung mit der fremden Arbeitsumgebung. Die Abrechnung nach Stunden wurde für das Fachgebiet der Anästhesie als »sachgerecht« eingestuft. In der Verwendung von AGB, die aus der Sphäre des Klägers kamen, sah das Sozialgericht (SG) einen Vertragsschluss auf Augenhöhe. Ein sehr wichtiges Kriterium für die Selbstständigkeit, welches dann auch von der DRV Bund bei ihren Prüfungen regelmäßig aufgegriffen wurde, war die eigene Haftpflichtpflichtversicherung des Klägers für Schäden aufgrund seiner Tätigkeit.

#### ■ ■ SG Kassel, Urteil vom 20.02.2013, AZ S 12 KR 69/12

Hier wurden einem ärztlichen Psychotherapeuten durch seinen Auftraggeber die Behandlung einer Patientengruppe übertragen, die im Rahmen von festgelegten Sprechstunden zu erfolgen hatte. Weiterhin sollte er eine Gruppensprechstunde zu festgelegten Zeiten abhalten, er hatte an mehreren regelmäßigen internen Supervisionsmaßnahmen sowie Schulungen teilzunehmen. Die Abrechnung erfolgte auf Stundenbasis.

Aufgrund dieser organisatorischen, institutionellen Einbindung nahm das SG Kassel eine abhängige Beschäftigung des Psychotherapeuten an, da trotz der Therapiefreiheit des Arztes die Organisation und therapeutische Orientierung der »ganheitlichen Konzeption« des Auftraggebers folgte.

Die an sich durch die Rechtsprechung des BSG herausgearbeiteten Kriterien für eine selbstständige Tätigkeit wie

- eigenes Unternehmerrisiko,
- eigene Betriebsstätte,

- Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und
- im Wesentliche freigestellte Tätigkeit und Arbeitszeit

werden durch die Rechtsprechung der Untergeichte unterschiedlich ausgelegt. Zu den genannten Beispielen gesellt sich eine Vielzahl an weiteren Urteilen (zu anderen Berufen/Tätigkeiten), die diese Kriterien orientiert am Einzelfall auf unterschiedliche Weise interpretieren. Dabei wird die oben genannte ältere Rechtsprechung des BSG völlig ausgeblendet, obwohl gerade diese recht kurz gehaltenen Entscheidungen zumindest zu zwei Kriterien verlässliche Anhaltspunkte bieten, die sich auch auf die heutige Situation der Honorarärzte übertragen lassen. Eine Orientierung an Entscheidungen der Arbeitsgerichte verbietet sich aufgrund der vom Gesetzgeber gewollten Unabhängigkeit des Arbeitsrechtes vom Sozialrecht.

#### Praxistipp

Grundsätzlich gilt, dass der Honorararzt so wenig wie möglich in die Organisation eingebunden sein sollte. Mithin die Einbindung in die Organisation des Auftraggebers hat sich an den ärztlichen Notwendigkeiten für eine ordnungsgemäße Patientenbehandlung im Sinne der §§ 630a ff BGB zu richten. Jedes weitere Engagement in die Organisation des Auftraggebers sollte vom Honorararzt, zumindest bei der derzeitigen Rechtslage, vermieden werden.

Ob der Honorararzt eine selbstständige Tätigkeit ausübt, ist und bleibt eine Entscheidung, die sich am konkreten Einzelfall orientiert. Allerdings hat sich das SG Duisburg in seinem Beschluss vom 22.3.2013 (AZ: S 21 R 1532/12 ER) sehr ausführlich und verständlich mit den vom BSG entwickelten Kriterien auseinandergesetzt und diese auf zwei typische Sachverhalte im Rettungsdienst und im Krankenhaus angewandt.

Im Übrigen wird abgewartet werden müssen, bis einer oder mehrere Fälle durch das BSG entschieden worden sind. Falls dieses dann eine selbstständige Tätigkeit des Honorararztes verneinen

sollte, bleibt, wie bei der Bundespflegesatzverordnung (BPflV) und dem Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) geschehen, nur die Regelung durch den Gesetzgeber. Wobei dieser sicherlich keine explizite Regelung nur zum Status des Honorararztes treffen wird.

Mit Blick auf die derzeitige praktische Handhabung der genannten Kriterien durch die DRV Bund bleibt festzuhalten, dass die DRV Bund in jeglicher honorarärztlichen Tätigkeit eine abhängige Beschäftigung sieht. Die entsprechenden Bescheide der DRV Bund lassen aufgrund der Verwendung der selben Textbausteine bei durchaus abweichenden Einzelsachverhalten den Verdacht aufkommen, dass eine Einzelfallprüfung tatsächlich nicht stattfindet. Weiterhin erschreckt den Praktiker, mit welcher Vehemenz und Undurchdringlichkeit für andere Argumente die DRV Bund stets eine abhängige Beschäftigung der Honorärärzte in ihren Prüfungen bejaht. Dieses Vorgehen gegen eine einzelne Berufsgruppe, die zudem vollständig versichert ist, ist höchst ungewöhnlich.

#### ■ Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht?

Des Weiteren geht die DRV Bund, allerdings in konsequenter Befolgung ihrer Rechtsauffassung, davon aus, dass Honorärärzte für jeden ihrer honorarärztlichen Aufträge seit den Urteilen des BSG vom 31.10.2012, AZ: B 12 R 8/10 R; B 12 R 3/11; B 12 R 5/10 R) eine Befreiung von der Rentenversicherungspflicht benötigen würden. Diese Auffassung ist, wenn davon ausgegangen wird, dass die honorarärztliche Tätigkeit eine selbstständige Tätigkeit ist, falsch. Das BSG hat in den drei Urteilen lediglich festgestellt, dass entsprechend des Gesetzeswortlautes des § 6 Abs. 5 SGB VI für jedes Beschäftigungsverhältnis, also nicht für jede selbstständige Tätigkeit, eine neue Befreiung zu beantragen ist. Der Wortlaut des § 6 Abs. 5 Satz 1 SGB VI lautet:

» Die Befreiung ist auf die jeweilige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit beschränkt. «

Damit dürfte eine einmal erteilte Befreiung für die selbstständige ärztliche Tätigkeit auch die honorarärztliche Tätigkeit umfassen. Für diese Tätigkeit wäre nur dann eine Befreiung zu beantragen, wenn

nach einer Beschäftigung i.S.d. § 7 SGB IV eine selbstständige Tätigkeit aufgenommen werden soll und diese vorher nicht von der Befreiung umfasst war bzw. für einen anderen Beruf erteilt worden ist.

Auf dem Gebiet des Arbeitsrechtes und dem des Steuerrechtes sieht die Rechtslagen dahingegen komplett anders aus.

### 2.3.2 Der Honorararzt im Steuerrecht

Im Steuerrecht muss zwischen zwei Problemkreisen unterschieden werden. Zum einen der Besteuerung des Honorararztes selbst und zum anderen der Besteuerung seiner für den Auftraggeber erbrachten Leistung. Die honorarärztliche Tätigkeit wird üblicherweise von den jeweiligen Finanzämtern als eine selbstständige Tätigkeit behandelt. Daran ändert auch eine abweichende Einschätzung der Sozialgerichtsbarkeit nichts, sodass es bei der persönlichen Besteuerung entsprechend dem Einkommensteuergesetz (EStG) zu keinen Problemen kommen sollte. Im Zweifel kann über diesen Umstand eine Auskunft des Finanzamtes gemäß § 89 Abgabenordnung (AO) – in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Steuer-Auskunfts-Verordnung (StAuskV) – eingeholt werden.

Hinsichtlich der Leistungserbringung für den Auftraggeber stellt sich die Frage, ob die honorarärztliche Leistung der Umsatzsteuer unterfällt oder nicht. Gemäß § 4 Nr. 14 lit. a Satz 1 Umsatzsteuergesetz (UStG) und Art. 132 Abs. 1 lit. c der Richtlinie 2006/112/EG (Mehrwertsteuersystem-Richtlinie) sind Heilbehandlungen im Bereich der Humanmedizin, die u. a. im Rahmen der Ausübung der Tätigkeit als Arzt erbracht werden, von der Umsatzsteuer befreit. Krankenhausbehandlungen sind entsprechend § 4 Nr. 14 lit. b UStG und Art. 132 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2006/112/EG befreit. Den Stoff für die Diskussionen schuf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 6.11.2003 (AZ: C-45/01), das sich mit der Abgrenzung zwischen Art. 132 Abs. 1 lit. b und Art. 132 Abs. 1 lit. c. der EU-Richtlinie bezogen auf den Ort der Leistungserbringung befasste. Der Unterschied zwischen beiden ist, dass die Leistung der Krankenhäuser aus einer Gesamtheit von ärztlichen Heilbehandlungen in Einrichtungen mit sozialer



Zweckbestimmung besteht, wohingegen die Leistungen der Ärzte außerhalb dieser Einrichtungen im Rahmen eines persönlichen Vertrauensverhältnisses zwischen Behandler und Patient erbracht werden, sodass in Krankenhäusern ein Rückgriff auf Art. 132 Abs. 1 lit. c der Richtlinie 2006/112/EG ausscheidet (Klaßmann 2012). Nach der Auffassung des EuGH wäre die Leistungserbringung des Honorararztes im Krankenhaus nicht von der UStG befreit, da er einerseits die Leistung nicht aufgrund eines Vertrauensverhältnisses zwischen Behandler und Patient in seinen Praxisräumen erbringt und andererseits selbst kein Krankenhaus betreibt bzw. über eine Zulassung gem. § 108 SGB V verfügt (Klaßmann 2012). Die daraufhin entstandene Diskussion, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll, wurde dann im Ergebnis durch den Bundesfinanzhof (BFH) mit Urteil vom 18.8.2011, AZ: V R 27/10) entschieden, als dass es nach Auffassung des BFH der Steuerfreiheit der durch den Facharzt im Rahmen einer Kooperationsvereinbarung mit dem Krankenhaus erbrachten Leistungen nicht entgegensteht, dass er seine Leistung »nur« für das Krankenhaus und die dortigen Ärzte erbracht hat und nicht unmittelbar gegenüber dem Patienten. Zwar hatte der BFH nur über Konsiliarleistungen zu entscheiden, jedoch sind die tragenden Urteilsgründe auch auf den Fall der Erringung honorarärztlicher Leistungen anwendbar (Klaßmann 2012). Dem entsprechend ist die Leistungserbringung des Honorararztes im Krankenhaus gleichfalls umsatzsteuerfrei.

### 2.3.3 Der Honorararzt im Arbeitsrecht

Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung ist erfreulich stringent und sieht die Tätigkeit des Honorararztes als selbstständige Tätigkeit. In jüngerer Zeit sind dazu fünf Entscheidungen ergangen (Landesarbeitsgericht (LAG) Thüringen, Beschl. 29.4.2010, AZ: 1 Ta 29/10; LAG Rheinland-Pfalz Beschl. v. 3.5.2010, AZ: 11 Ta 163/09; LAG Hamm Beschl. 7.2.2011, AZ: 2 Ta 505/10; LAG Hamm Beschl. 2.7.2012, AZ: 2 Ta 71/12; Hess. LAG Urt. v. 14.1.2013, AZ: 16 Sa 1213/12), von denen bis auf die Entscheidung des LAG Hamm vom 7.2.2012 alle die honorarärztliche Tätigkeit als eine selbstständige Tätig-

keit einschätzen. Der abweichende Beschluss des LAG Hamm ist jedoch in seiner Begründung nachvollziehbar und zeigt sehr schön auf, dass unter besonderen Bedingungen, hier ging es um einen Schiffsarzt, zutreffend eine Eingliederung in die Organisation des Auftraggebers stattfinden kann und dann eine abhängige Beschäftigung vorliegt. Die von den Landesarbeitsgerichten in den Entscheidungen angewendeten Bewertungsgrundlagen unterscheiden sich nicht von denen des Sozialrechtes, sie scheinen aber wesentlich pragmatischer angewandt zu werden. Allen Entscheidungen lässt sich entnehmen, dass viel Wert auf die vorherige Vereinbarung der Art und Weise der Leistungserbringung gelegt wird. Wenn dadurch alle möglichen Streitpunkte geklärt sind, ist daneben kein Platz für das arbeitgeberliche Direktionsrecht. Die Tätigkeitsausübung in den Räumen des Auftraggebers, insbesondere die Patientenzuführung durch den Auftraggeber, stellt gleichfalls kein Problem dar, da diese als dem Krankenhausbetrieb immanent angesehen wird und somit kein wesentliches Indiz für eine Arbeitnehmerstellung ist.

Da eine nicht unerhebliche Anzahl der Honorarärzte nebenberuflich tätig ist, sei an dieser Stelle auf die sich daraus ergebenden Probleme hingewiesen. Nebentätigkeit ist die Ausübung einer entgeltlichen Tätigkeit, die ein Arbeitnehmer neben einem Arbeitsverhältnis ausübt, dass ihn überwiegend in Anspruch nimmt. Wenn keine Beeinträchtigung der Arbeitgeberinteressen zu erwarten ist, besteht ein Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Nebentätigkeitserlaubnis. Zu beachten ist allerdings, dass bei einer Beschäftigung in mehreren Arbeitsverhältnissen die Zeiten aus allen Arbeitsverhältnissen zusammengerechnet werden: § 2 Abs. 1 Arbeitszeitgesetz (ArbZG). Dieses gilt jedoch nur für mehrere Arbeitsverhältnisse, nicht aber für andere Verträge wie zum Beispiel Dienstverträge. Da aber aufgrund des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes vom Arbeitgeber die Einhaltung der höchstzulässige werktägliche Arbeitszeit (§ 3 ArbZG) und die Einhaltung der Ruhezeiten (§ 5 ArbZG) zu überwachen ist, besteht ein Auskunftsanspruch des Arbeitgebers über Art und Umfang der Nebentätigkeit. Zugleich kann die umfangreiche Ausübung der Nebentätigkeit dann einen Verstoß gegen den (Haupt-)Arbeitsvertrag darstellen, wenn infolge der Nebentätigkeit die

Vertragspflichten des Arbeitsvertrags nicht mehr erfüllt werden können. Die geringste Folge wäre ein Beschäftigungsverbot durch den Arbeitgeber, aber auch Abmahnung oder Kündigung wären denkbar.

Eine Erwerbstätigkeit während des Urlaubs, mithin eine Tätigkeit, für die eine dem Wert der Arbeit entsprechende Gegenleistung in Geld oder Sachwerten gewährt wird, darf während des Urlaubs gemäß § 8 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) nicht ausgeübt werden. Das gilt auch für Tätigkeiten, die der Arbeitnehmer zulässig in einer Nebenbeschäftigung ausübt (Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Beck Verlag München 2013, BUrlG § 8 Rn 2). Zweck des Urlaubs ist die Auffrischung der Arbeitskräfte des Arbeitnehmers (§ 1 BUrlG), wobei dieses nach den objektiven und subjektiven Umständen des Einzelfalles zu beurteilen ist. Eine entgeltliche Beschäftigung des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsgebiet des Arbeitnehmers während der vollen täglichen Arbeitszeit ist regelmäßig zweckwidrig. Eine gelegentliche Aushilfe kann zulässig sein (Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Beck Verlag München 2013, BUrlG § 8 Rn 2).

## 2.4 Berufsrecht

Markus Keubke

Auch berufsrechtliche Regelungen haben Einfluss auf die honorarärztliche Tätigkeit. Der Arztberuf unterliegt in Deutschland strengen gesetzlichen Regelungen. Die grundsätzlichen Bestimmungen dazu sind auf der Bundesebene in der *Bundesärzterordnung* (BÄO) formuliert. Dort sind unter anderem die Voraussetzungen zur Erteilung der ärztlichen Berufserlaubnis (*Approbation*) benannt. Die BÄO enthält ebenfalls Bestimmungen zum Entzug oder zum vorübergehenden Ruhenlassen einer Approbation, etwa in Folge eines Strafverfahrens (vgl. § 6 BÄO).

**Landesebene** Auf Landesebene sind es die Bezirks- bzw. Landesregierungen mit den Gesundheitsministerien der Länder und, im Rahmen der sog. ärztlichen Selbstverwaltung, die Landesärztekammern, die regulierend und kontrollierend auf den Arztberuf einwirken. Die Aufgaben der Ärz-

tekammern sind gesetzlich festgelegt in den Heilberufs- und Kammergesetzen der Bundesländer. Ärztekammern werden dabei verstanden als *mittelbare Staatsverwaltung*. Der Gesetzgeber hat den Kammern deshalb den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts gegeben und sie mit weitgehenden hoheitlichen Befugnissen ausgestattet.

**Ärztekammern** Jeder Arzt, der seinen Beruf in Deutschland ausüben möchte, ist verpflichtet, sich nach der Erteilung der Approbation<sup>2</sup> und dem Erhalt der Approbationsurkunde bei der jeweiligen Ärztekammer seines (Haupt-)Tätigkeitsortes oder Wohnortes anzumelden. Ärzte, die ärztlich tätig werden, sind damit Zwangsmitglieder der jeweiligen Landesärztekammer und unterliegen deren berufsrechtlichen Regelungen. Die Ärztekammern sind also gesetzlich verpflichtet, die Berufsaufsicht auch für Honorarärzte zu gewährleisten. Sie kontrollieren die Einhaltung von Bestimmungen und Gesetzen den ärztlichen Berufsstand betreffend. Sie sind zuständig für die Erteilung von Facharzttiteln, Zusatzbezeichnungen, Fachkunden etc. Des Weiteren erstellen die Kammern Anforderungen zur Qualitätssicherung und Fortbildung. Sie sind aber auch ihren Mitgliedern fürsorglich verpflichtet und sollen die beruflichen Belange der Ärzte gegenüber anderen Institutionen und Organen vertreten.

Viele Ärztekammern betreiben Schiedsstellen, die im Falle von Beschwerden, etwa bei Verdacht auf einen ärztlichen Behandlungsfehler, auch von Patienten angerufen werden können. Verstöße gegen die Berufsordnung, zum Beispiel im Falle eines Abrechnungsbetruges, gerichtlichen Strafverfahrens oder unärztlichen Verhaltens in der Öffentlichkeit, können die Einleitung eines berufsrechtlichen Verfahrens durch die Ärztekammer nach sich ziehen. Ein berufsrechtliches Verfahren<sup>3</sup> kann im Extremfall den Verlust der Approbation bedeuten und damit auch den Verlust der gesamten

2 Die Ärztliche Approbation wird in den Bundesländern von verschiedenen Approbationsbehörden erteilt. Z. B. in NRW von den Bezirksregierungen, in Berlin vom Landesamt für Gesundheit und Soziales, in Sachsen vom Landesprüfungsamt für Medizin und Pharmazie, etc.

3 Für die Ahndung von Berufsvergehen von Ärzten bestehen in allen Bundesländern spezielle (Heil-)Berufsgerichte.

Honorararzt - Flexibilität und Freiberuflichkeit

Akquise, Organisation, Recht, Finanzen

Schäfer, N. (Hrsg.)

2014, XXII, 162 S. 51 Abb. Book + eBook., Hardcover

ISBN: 978-3-642-41260-8