

## JUS-Letter

Juni 2016 | Jahrgang 16 | Ausgabe 2

# BDAktuell

### In dieser Ausgabe:

Honorararztvertrag – sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis?	353
Verdecktes Anstellungsverhältnis: Rechtliche Konsequenzen für den Honorararzt	357
Versicherungsschutz für Honorärärzte	358

### Honorararztvertrag – sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis?

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Nicht zuletzt aufgrund von Betriebsprüfungen in den Kliniken/Praxen/MVZ bleiben die Honorärärzte weiterhin im Visier der Deutschen Rentenversicherung (DRV). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 SGB IV.

#### § 7 Abs. 1 SGB IV

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

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes (BSG)<sup>1</sup> „setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem in Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt“. Bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers auch eingeschränkt und „zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein, wenn der Versicherte nur in den Betrieb eingegliedert ist<sup>2</sup>. Demgegenüber ist „eine selbstständige Tä-

tigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet“, so das BSG<sup>1</sup>. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung.

Die von der Rechtsprechung aufgestellten Abgrenzungskriterien wurden in den BDAktuell JUS-Lettern schon mehrfach dargestellt<sup>3</sup>. Während einige Landesarbeitsgerichte von einer selbstständigen Tätigkeit des Honorararztes ausgehen<sup>4</sup>, halten die meisten Sozialgerichte im Hinblick auf die gesetzliche Regelung die Tätigkeit einer Honorarkraft am Krankenhaus für eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung<sup>5</sup>.

1 BSG, Urteil vom 28.05.2008, Az. B 12 KR 13/07 R

2 BSG, Urteil vom 18.12.2001, Az. B 12 KR 10/01

3 Weis E: Scheinselbstständigkeit: Übersicht der Abgrenzungskriterien, BDAktuell JUS-Letter März 2012, Anästh Intensivmed 2012;53:188, Weis E: Honorarkraft am Krankenhaus – Scheinselbstständigkeit?, BDAktuell JUS-Letter Juni 2006, Anästh Intensivmed 2006;47:367-370

4 Weis E: LAG Thüringen: Honorararzt – freiberufliche Tätigkeit, BDAktuell JUS-Letter Juni 2011, Anästh Intensivmed 2011;52:454; Weis E: Notarzdienste – freiberufliche Tätigkeit? BDAktuell JUS-Letter September 2005, Anästh Intensivmed 2005;46:585-588

5 z.B. LSG Baden-Württemberg = Weis E: Kein Einsatz von Honorärärzten in Kliniken, BDAktuell JUS-Letter September 2013, Anästh Intensivmed 2013;54:485; LSG Nordrhein-Westfalen: Intensivpfleger nicht selbstständig tätig, BDAktuell JUS-Letter Juni 2015, Anästh Intensivmed 2015;56:306



- Justitiare -  
 Roritzerstraße 27  
 90419 Nürnberg  
 Telefon: 0911 93378 17  
 0911 93378 19  
 0911 93378 27  
 Telefax: 0911 3938195  
 E-Mail: Justitiare@bda-ev.de  
 Internet: www.bda.de

## Praxisvertreter

Beauftragt ein niedergelassener Arzt im Urlaubs-/Krankheitsfall einen Praxisvertreter, so kann er sich unter Umständen auf das Urteil des BSG aus dem Jahr 1959 berufen<sup>6</sup>. Damals bejahte das BSG mangels persönlicher Abhängigkeit die Selbstständigkeit des Praxisvertreters:

„Zwar hat der (Praxisvertreter) keine eigene Praxis ausgeübt und ist gegen feste monatliche Bezüge tätig gewesen, wie sie im Allgemeinen Angestellten gewährt werden. Er war auch gehalten, die Patienten in den Praxisräumen des vertretenen Arztes zu behandeln, die Sprechstunden fortzuführen und sich der von dem Praxisinhaber angestellten Hilfskräfte zu bedienen. Schließlich hatte er die Abrechnung mit der Kassenärztlichen Vereinigung im Namen und für Rechnung des Praxisinhabers vorzunehmen. Solche für eine Abhängigkeit des Arztvertreters sprechenden Umstände treten jedoch zurück gegenüber der Tatsache, dass er ... bei der Ausübung seiner Tätigkeit als Arztvertreter nicht den Weisungen des Praxisinhabers unterworfen ist“...

Der vom BSG entschiedene Fall betraf eine Einzelpraxis. In einem beim BDA aktenkundigen Widerspruchsverfahren hält die DRV die Ausführungen des BSG für nicht anwendbar auf eine Vertretung in einer Gemeinschaftspraxis, da hier die verbleibenden Gesellschafter noch das Weisungsrecht ausüben würden; eine Gerichtsentscheidung dazu steht noch aus.

## Honorararzt am Krankenhaus

Kürzlich bewertete das Landessozialgericht (LSG) Niedersachsen-Bremen die Tätigkeit einer gynäkologischen Honorarärztin als Beschäftigungsverhältnis<sup>7</sup> und reiht sich damit ein in die eher „honorararztunfreundliche“ Rechtsprechung der (Landes-)Sozialgerichte.

Doch zumindest das Sozialgericht (SG) Berlin erkennt, dass „vor dem Hintergrund der immer stärkeren Flexibilisierung der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung auf der einen Seite und der vielfach auf die bloße Vermarktung des eigenen Know-hows und der eigenen Fähigkeiten beschränkten selbstständigen Tätigkeiten auf der anderen

Seite ... eine über § 7 Abs. 1 SGB IV als Schlüsselnorm für alle Zweige der Sozialversicherung zu erfolgende Grenzziehung zwischen der abhängigen Beschäftigung und der selbstständigen Tätigkeit immer schwerer (wird)“. In insgesamt 3 Entscheidungen ging das SG Berlin von der selbstständigen Tätigkeit der Honoraranästhesisten aus und hob die anderslautenden Bescheide der DRV auf:

### \*SG Berlin, Urteil vom 10.02.2012 (Az. S 208 KR 102/09)

Folgender Sachverhalt liegt der Entscheidung zugrunde: In dem zwischen einem Krankenhausträger und einem Anästhesisten geschlossenen Honorarvertrag wurden u.a. ein Stundenhonorar i.H.v. 55 € vereinbart und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Vermittlungsagentur zugrundegelegt.

Das SG Berlin erkennt in dieser Entscheidung gewichtige Indizien für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung: „Insbesondere die Narkosemittel sowie die sonstige für eine Anästhesie erforderliche OP-Einrichtung wurde dem (Honorararzt) zur Verfügung gestellt, ebenso wie anderen im unstreitig **abhängigen Beschäftigungsverhältnis** stehenden Anästhesisten. Auch die Tatsache, dass der (Honorararzt) seine geleisteten Stunden erfolgsunabhängig abrechnen kann und zumindest hinsichtlich der konkreten Tätigkeit bei dem (Krankenhausträger) kein Unternehmensrisiko bestand, spricht für eine abhängige Beschäftigung.“

Doch folgende Indizien sprechen nach Ansicht des SG Berlin für eine **selbstständige Tätigkeit**:

### Wahlrecht bzgl. OP-Saal

Der Honorararzt hatte die Möglichkeit, sich einen OP-Saal auszusuchen. Die angestellten Anästhesisten wurden dann auf die anderen Säle verteilt. Für den Fall, dass er mit einem Kollegen nicht zurecht kommt oder er die Durchführung einer bestimmten Operation ablehnt, konnte er auch in einen anderen Saal wechseln. „Diese Freiheiten stehen den anderen – angestellten – Anästhesisten nicht in dieser Form zu“, wie das SG Berlin zutreffend feststellt.

## Geringe Eingliederung

„Eine gewisse Eingliederung in die Abläufe des Krankenhauses“, hält das SG Berlin „jedoch nicht für so stark, dass von einer abhängigen Beschäftigung gesprochen werden kann. So führt der (Honorararzt) die Aufklärungsgespräche für die konkreten Operationen nicht selbst durch und nimmt auch keine anderen Aufgaben oder Positionen im Krankenhaus wahr.“

## Stundenhonorar

Die Abrechnung nach Stunden ist grundsätzlich ein Indiz für eine abhängige Beschäftigung. Doch das Gericht berücksichtigt, „dass im Fachbereich Anästhesie dies ohnehin nicht sachgerecht sein dürfte. Der Anästhesist führt die Narkose bei Operationen unterschiedlichster Fachrichtungen durch, mit der Folge, dass auch die Dauer der Operationen sehr unterschiedlich ist. Die Vereinbarung im Vorfeld, für jede Operation ein festgelegtes Honorar zu berechnen, würde dieser Situation nicht gerecht.“ Der Honorararzt stellte dabei nur die durchgeführten OP-Stunden und nicht den vollständigen Tag unabhängig von den tatsächlich geleisteten Stunden in Rechnung, „auch darin unterscheidet sich die Honorarregelung von der bei Angestellten üblichen Bezahlung nach Stunden“, so das SG Berlin.

## Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

„Für eine abhängige Beschäftigung ist es zudem unüblich, Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) zu vereinbaren. Diese sind zwar der Vermittlungsagentur ... zuzuordnen, stammen jedoch letztlich aus der „Sphäre“ des (Honorararztes). Daran wird deutlich, dass ... der Vertrag zwischen dem (Honorararzt) und dem (Krankenhausträger) zumindest „auf Augenhöhe“ abgeschlossen wurde.“

## Eigene Berufshaftpflichtversicherung

Der Honorararzt hatte für alle in der Klinik erbrachten Leistungen eine eigene Haftpflichtversicherung abgeschlossen, was – so das SG Berlin – ein „wichtiges Indiz für die Selbstständigkeit“ ist.

<sup>6</sup> BSG, Urteil vom 27.5.1959, Az. 3 RK 18/55

<sup>7</sup> LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 16.12.2015, Az. L 2 R 5/14

Weiter führt das SG Berlin aus: „Zwar unterliegt der Kläger hinsichtlich des Anfangszeitpunktes den Weisungen, bzw. den Gegebenheiten des Krankenhauses. Darin ist nach Auffassung der Kammer jedoch noch keine Weisungsgebundenheit zu sehen, sondern eine notwendige zeitliche Absprache, die nicht gegen eine Selbstständigkeit spricht und auch bei klassisch selbstständigen Tätigkeiten, wie z.B. handwerklichen Reparaturen etc., unabdingbar ist.“

**\* SG Berlin, Urteil vom 26.2.2014  
(Az. S 208 KR 2118/12 – nicht  
rechtskräftig)<sup>8</sup>**

In diesem Fall übte der Kläger seine Tätigkeit als „mobiler Anästhesist“ schon seit vielen Jahren in verschiedenen Praxen und Kliniken aus. In dem (unbefristeten) Honorarvertrag vereinbarte der Arzt mit einem Krankenhausträger ein Stundenhonorar i.H.v. 80 €. Vertragsgegenstand war die „selbstständige ärztliche Betreuung und Behandlung von Patienten in der Abteilung für Anästhesie auf Honorarbasis“, wobei der Honorararzt die Leistungen auch durch Dritte erbringen lassen durfte.

Zunächst stellt das SG Berlin fest, dass eine selbstständige ärztliche Tätigkeit am Krankenhaus grundsätzlich möglich ist. Doch dies hat „nicht zur Folge, dass alle Ärzte, die einen mit „Honorarvertrag“ überschriebenen Vertrag unterzeichnen, automatisch nicht als abhängige Beschäftigte gelten. Vielmehr muss in diesen Vertragskonstellationen ... im Wege einer Abwägung geprüft werden, ob tatsächlich eine sozialversicherungsfreie selbstständige Tätigkeit vorliegt“. Folgende Kriterien hat das SG Berlin berücksichtigt:

#### **Wahlrecht bzgl. Personal und OP**

Der Anästhesist konnte sich den einzelnen Arbeitseinsatz, den Saal und das Personal aussuchen. Ferner konnte er die Mitwirkung bei konkreten Operationen (z.B. plastische Chirurgie), für die er nicht versichert war, ablehnen. Außerdem gab es an der Klinik keinen Leiter der Anästhesieabteilung, so dass kein Weisungsrecht des Krankenhausträgers

gegenüber dem Honoraranästhesisten bestand. All dies spricht für eine selbstständige Tätigkeit des Honorararztes.

#### **Bindung an Arbeitszeit und Arbeitsort**

Dazu das SG Berlin: „Dass der (Honorararzt) sich hinsichtlich des Beginns des Arbeitstages nach den Gegebenheiten bei der (Klinik) zu richten hat, dürfte selbstverständlich sein. Der Betrieb eines Krankenhauses ist auf andere Weise nicht möglich“. Die zeitliche Vorgabe sowie die Tatsache, dass der Honorararzt seine Tätigkeit am Betriebsort der Klinik erbringt, sprechen nach Ansicht des SG Berlin nicht für eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Krankenhauses: „Das BSG hat ... ausgeführt, die Tätigkeit eines Dozenten sei nicht allein deshalb als abhängige Beschäftigung anzusehen, weil der Bildungsträger den äußeren Ablauf der Lehrtätigkeit bestimme. Der Lehrbetrieb kann vielmehr ... nur dann sinnvoll vonstatten gehen, wenn die vielfältigen Lehrveranstaltungen in einem Gesamtplan räumlich und zeitlich aufeinander abgestimmt werden ... Allein aus dieser geminderten „Autonomie“ der Dozenten ... oder allein aus der Tatsache, dass Dozenten an Prüfungen mitwirken und sich bei der Gestaltung ihres Unterrichts an Prüfungserfordernissen ausrichten müssen, dürfe jedoch nicht auf Weisungsgebundenheit geschlossen werden. Weisungsfrei seien solche Tätigkeiten, bei denen einem Beschäftigten zwar die Ziele seiner Tätigkeit vorgegeben sein können, jedoch die Art und Weise, wie er diese erreicht, seiner eigenen Entscheidung überlassen bleibe“. Nach Auffassung des SG Berlin lässt sich dies auf die Tätigkeit eines Arztes im Krankenhaus übertragen. Auch hier ist eine räumliche und zeitliche Abstimmung unabdingbar.

#### **Betriebsmittel der Klinik**

Dem Honorararzt wurden die Arbeitsmittel (neben dem Narkosegerät z.B. auch Arbeitskleidung) von der Klinik zur Verfügung gestellt, was das SG Berlin aber nicht per se als Anhaltspunkt für eine abhängige Beschäftigung wertet: „Die Tätigkeit des (Honorararztes unter-

scheidet sich) nicht so sehr von der anderer Freiberufler. Auch beispielsweise „Mietköche“, Partyausrichter oder Dozenten müssen sich der Einrichtungen des Auftraggebers bedienen, ohne dass dies zwingend zu einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis führt<sup>9</sup>. Dass, wie von der (DRV) im Zusammenhang mit der gestellten Arbeitskleidung angeführt, der (Honorararzt) aus Sicht der Patienten als Mitarbeiter der Klägerin wahrgenommen wird, kann nicht streitentscheidend sein. Insbesondere vor dem Hintergrund des Urteils des LSG Berlin-Brandenburg<sup>10</sup>, würde auch ein ausdrückliches Repräsentieren der (Klinik) durch den (Honorararzt) nicht zur Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses führen.“

#### **Unternehmerrisiko**

Das Unternehmerrisiko des Honorararztes ist zwar grundsätzlich gering, aber vorhanden, wie das SG Berlin ausführt. „Vorliegend darf jedoch nicht verkannt werden, dass die (Klinik) zwar im Außenverhältnis haftet, der (Honorararzt) jedoch auch für seine Tätigkeit bei der (Klinik) eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen hat. Im Innenverhältnis kann die (Klinik) auf ihn zurückgreifen, ohne dass er die arbeitsrechtlichen Haftungsprivilegien für sich in Anspruch nehmen kann. Darin – und auch in dem Risiko, keine Aufträge mehr zu erhalten – ist ein Unternehmensrisiko zu sehen, welches der festangestellte Mitarbeiter nicht trägt.“

#### **Vertretungsmöglichkeit**

Als wesentliches Indiz für die Selbstständigkeit wertet das SG Berlin die vertragliche Möglichkeit des Honorararztes, die Leistungen durch Dritte erbringen zu lassen: „Die abhängige Beschäftigung ist gerade durch Höchstpersönlichkeit der Arbeitsleistung gekennzeichnet<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Berufungsverfahren vor dem LSG Berlin-Brandenburg anhängig (Az. L 1 KR 101/14)

<sup>9</sup> LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23.01.2009, Az. L 1 KR 26/08

<sup>10</sup> LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15.07.2011, Az. L 1 KR 206/09 (Besucherdienst im Bundesrat)

<sup>11</sup> Hessisches LSG, Urteil vom 14.03.2013, Az. L 8 KR 102/12

Dass dies während der Einsätze des (Honorararztes) nicht erfolgte, ist unbeachtlich, da der (Honorararzt) jederzeit dazu berechtigt gewesen wäre.“

**\* SG Berlin, Urteil vom 3.11.2015  
(Az. S 122 KR 2119/12 – nicht  
rechtskräftig)**

In dem Fall betrieb der Anästhesist eine Privatarztpraxis und unterzeichnete mit einer Klinik einen Honorararztvertrag. Vertragseckpunkte: Der Honorararzt „unterliegt grundsätzlich keinem Weisungs- und Direktionsrecht des Auftraggebers. Er hat jedoch die fachlichen und organisatorischen Vorgaben des Auftraggebers insoweit zu beachten, als dies die ordnungsgemäße Vertragsdurchführung erfordert. Die vereinbarten Leistungen kann der Auftragnehmer auch durch Dritte erbringen lassen“, wobei die Vertreter über näher definierte Qualifikationen verfügen mussten. Bei der medizinischen Dokumentation sind u.a. die „internen Vorgaben“ des Krankenhauses zu beachten. Um sein Honorar in Höhe von 75 € pro Stunde zu erhalten, musste der Honorararzt einen Tätigkeitsnachweis vom Leitenden Arzt gegengezeichnen lassen. Laut Vertrag war „die zeitliche und organisatorische Einordnung des (Honorararztes) in das Dienstplansystem des (Krankenhaus-trägers) nur mit dessen Einverständnis möglich.“

Für das Vorliegen einer **abhängigen Beschäftigung** sprechen nach Ansicht des SG Berlin folgende Tatsachen: Nutzung der Krankenhausinfrastruktur, Unterzeichnung des Tätigkeitsnachweises vom Leitenden Arzt, Dokumentation nach internen Vorgaben sowie die Vereinbarung eines Stundenhonorars. „Durch die vereinbarten Stundensätze für die aktive ärztliche Tätigkeit sowie die Rufbereitschaft musste der (Honorararzt) bei Auftragsannahme keinen Verdienstausschlag befürchten“, so das SG Berlin.

Doch dies fällt gegenüber den Kriterien für eine **selbstständige Tätigkeit** des Honorararztes „nicht hinreichend ins Gewicht“:

### Weisungsfreiheit

Der Honorararzt war im Wesentlichen weisungsfrei in der Klinik tätig. Nach Ansicht des SG Berlin „ergab sich (dies) schon aus dem tatsächlichen Umstand, dass in dem streitigen Zeitraum gar kein Chefarzt der Anästhesie bei der Klägerin existierte, auch ein anderer Anästhesist war bei der Klägerin zum damaligen Zeitpunkt nicht angestellt. Mangels Vorhandensein einer anderen Person auf seinem Fachgebiet, konnte und musste der (Honorararzt) weisungsfrei seine Tätigkeit ausführen. Der (Honorararzt) schilderte nachvollziehbar, dass (er) als Anästhesist alleinverantwortlich und allein handelnd auf seinem Fachgebiet tätig war. Selbstverständlich waren kollegiale Abstimmungen notwendig. Diese waren jedoch stets patientenbezogen und erfolgten auf Augenhöhe und nicht in einem Über-/Unterordnungsverhältnis“.

### Keine Eingliederung

Das SG erkennt, dass der Honorararzt „nur soweit in den Krankenhausbetrieb ... eingegliedert (war), wie dies die Ausübung seiner Tätigkeit als Anästhesist dem Wesen nach mit sich brachte. Er war nicht in organisatorische Vorgänge bei der Klägerin eingebunden. Vielmehr war nach ... dem Honorararzt-Vertrag die zeitliche und organisatorische Einordnung des (Honorararztes) in das Dienstplansystem des (Krankenhaus-trägers) nur mit seinem Einverständnis möglich.“

„Maßgeblich“ empfand das SG Berlin zudem, „dass der (Honorararzt) seine mangelnde Eingliederung in den Krankenhausbetrieb der Klägerin auch nach außen hin kenntlich machte. Der (Honorararzt) trug ein eigenes Namensschild, das er sich selbst gefertigt hatte. Auf diesem war sein Name vermerkt. Er führte es zu seinen Einsätzen stets selbst mit. Dieses Schild enthielt gerade nicht die Zusatzbezeichnung „X. Krankenhaus Berlin“.“

### Unternehmerisches Risiko

Dem Honorararzt oblag nach Ansicht des SG Berlin auch ein „eigenes schwaches unternehmerisches Risiko, wobei

dieses Risiko im Lichte der ärztlichen Tätigkeit hier zu gewichten ist. Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist“.

Auch wenn der Honorararzt „so gut wie keine eigenen Arbeitsmittel zur Ausübung der Tätigkeit einsetzen konnte ..., ... Kapitalaufwendungen hatte er trotzdem, denn er musste sein eigenes berufliches Haftungsrisiko absichern“, so das SG Berlin. Weiter wird in den Urteilsgründen ausgeführt: „Und trotz des Honorararzt-Vertrages ... war für den (Honorararzt) unsicher, wie oft er in einem Monat zum Einsatz kommen konnte. Dies bedeutet, dass zwar bezogen auf den konkret erteilten Einzelauftrag, kein Unternehmerrisiko feststellbar ist, denn die Vergütung war klar erfolgsunabhängig und fest nach Stundensatz geregelt, allerdings bezogen auf eine zeitliche monatliche Betrachtung, wie man sie wohl auch in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis sachgerecht anstellen müsste, bestand durchaus ein geringes eigenes Unternehmerrisiko. Der (Honorararzt) musste sich selbst aktiv bemühen, um einen einzelnen Auftrag bzw. mehrere Aufträge in einem Monat von dem (Krankenhaus-träger) zu erhalten. Er schilderte in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar, dass der (Krankenhaus-träger) seinen Bedarf häufig per Email (mehreren Anästhesisten) mitteilte. ... Der (Honorararzt) musste rechtzeitig reagieren, um den Auftrag zu erhalten und musste eigenverantwortlich seine Zusage mit seiner übrigen Tätigkeit bei anderen Kliniken koordinieren.“

### Ersetzungsbefugnis

Der Vertrag eröffnete dem Honorararzt die Möglichkeit, einen Dritten mit der Ausführung des Auftrages zu betrauen. Diese Ersetzungsbefugnis wertet das SG Berlin als „ein ganz starkes Indiz für eine selbstständige Tätigkeit“. „Ein abhängig Beschäftigter muss die geschuldete Leistung persönlich erbringen“, wie das SG Berlin zutreffend feststellt. Dass es sich dabei nicht um eine „Mus-

terleerhülle in dem Vertrag“, sondern um eine „bewusste Regelung, die die Vertragsschließenden auch im Einzelfall akzeptiert hätten“ handelt, wurde dadurch deutlich, dass in dem Vertrag die konkrete Anforderungen an die Qualifikation des Dritten vereinbart waren. Das SG Berlin hält es für „unerheblich, dass in dem zu beurteilenden Zeitraum kein Bedürfnis für den (Honorararzt) gab, von diesem Ersetzungsrecht Gebrauch zu machen. Maßgeblich ist allein, dass ihm dieses Recht eingeräumt worden ist.“

### Tipps für die Praxis – Piloten als Freelancer

Auch wenn es sich bei den Entscheidungen des SG Berlin nur um erstinstanzliche – und zum Teil noch nicht rechtskräftige – Urteile handelt, kann jeder Honorararzt diese als Argumentationshilfe gegenüber der DRV verwenden. Doch schon im Vorfeld sollte darauf geachtet werden, dass in dem Honorararztvertrag möglichst viele Kriterien enthalten sind, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen (z.B. Nutzungsentgelt für die Nutzung der Krankenhausinfrastruktur, eigene Berufshaftpflichtversicherung, Abrechnung der Privatpatienten durch den Honorararzt, Vertretungsmöglichkeit bei Verhinderung).

Leider existiert zur Frage der (Schein-)Selbstständigkeit von Honorarärzten an Kliniken noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung, so dass eine Rechtsunsicherheit verbleibt.

Die Situation von Honorarärzten an Kliniken – und honorarärztlich tätigen Notärzten – ist mit der von Piloten, die Charterflüge als Freelancer durchführen, vergleichbar. In beiden Fällen wird die Infrastruktur des Auftraggebers kostenfrei genutzt, organisatorische Weisungen/Reglementierungen sind zu beachten. Der Freelancer kann Aufträge ablehnen und erhält für jeden Auftrag ein Stunden-/Tageshonorar. Das BSG hat mit Urteil vom 28.05.2008 entschieden, dass die Pilotentätigkeit als Freelancer als selbstständige Tätigkeit zu werten ist<sup>12</sup>. Die dortigen Ausführungen kann man grundsätzlich auf den Honorararzt übertragen, allerdings besteht bei Pilo-

ten, die die Kosten für die Aufrechterhaltung ihrer Fluglizenzen (im Streitfall waren es ca. 40.000 €) selber tragen müssen, ein anderes unternehmerisches Risiko.

### Neuer Musterprozess des BDA

Der BDA unterstützt ein weiteres Verfahren eines Honoraranästhesisten finanziell über die BDA-Sozialgerichtsrechtsschutzversicherung: Der Honorararzt hat für die Bürotätigkeit und Akquise im Zusammenhang mit seiner Honorararztstätigkeit 2 Minijobkräfte angestellt und eine eigene Haftpflichtversicherung abgeschlossen, trug also ein unternehmerisches Risiko. Außerdem war in dem Honorarvertrag mit der Klinik vereinbart, dass die Stundensätze eine Beteiligung an den Kosten für die Inanspruchnahme der Räume, Geräte und Einrichtungen des Krankenhauses durch den Arzt beinhalten. Aufgrund dieser Indizien bestehen für die im Februar 2016 eingereichte Klage durchaus Erfolgsaussichten, wengleich ein altes Sprichwort besagt, dass man vor Gericht und auf hoher See in Gottes Hand ist. Wir werden über den Fortgang des Verfahrens berichten.

### Verdecktes Anstellungsverhältnis: Rechtliche Konsequenzen für den Honorararzt

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Für die Krankenhausträger/Praxen/MVZ und auch für den Arzt können sich arbeits-, sozial- und steuerrechtliche Probleme ergeben, wenn es sich bei der honorarärztlichen Tätigkeit de facto um ein verdecktes Arbeitsverhältnis und nicht um ein freies Mitarbeiterverhältnis handelt.

### Sozialversicherungsrecht

Besteht ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, so führt dies zunächst einmal zur Sozialversicherungspflicht im Rahmen der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung. Sofern der Arzt von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht wirksam befreit ist und seine Beiträge in die private Kranken-/

Pflegeversicherung eingezahlt hat, verbleibt nur noch der Beitrag zur Arbeitslosenversicherung.

Schuldner des Gesamtsozialversicherungsbeitrages (Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile) ist gemäß § 28e SGB IV der Arbeitgeber, wobei der Nachzahlungsanspruch i.d.R. nur rückwirkend für 4 Jahre besteht<sup>13</sup>. Da die unterbliebene Beitragszahlung grundsätzlich „nur bei den drei nächsten Lohn- oder Gehaltszahlungen nachgeholt werden“ darf (§ 28g S. 2 SGB IV), ist das Risiko für den Arzt überschaubar.

### Exkurs: Befreiung von der Rentenversicherung – Stichtagsregelung

Der frühere Grundsatz „Einmal befreit immer befreit“ gilt seit der Rechtsprechungsänderung des BSG (Urteile vom 31.10.2012) nicht mehr<sup>14</sup>. Sofern der Arzt seine Tätigkeit als Honorararzt neu aufnimmt, muss binnen 3 Monaten nach Beginn der neuen Tätigkeit ein neuer Befreiungsantrag bei der DRV gestellt werden.

Ärzte, die schon vor dem 31.10.2012 als Honorarärzte tätig waren, genießen Vertrauensschutz und können sich auf den früheren Befreiungsbescheid berufen<sup>14</sup>.

### Arbeitsrecht

Ergibt die Prüfung der Kriterien, dass es sich um ein verdecktes Anstellungsverhältnis handelt, dann ist der Krankenhausträger Arbeitgeber der Honorarärzte; es besteht ein Arbeitsverhältnis mit allen arbeitsrechtlichen Konsequenzen. So kann der Honorararzt beispielsweise Lohnfortzahlungsansprüche im Urlaubs-/Krankheitsfall verlangen. Ferner gilt unter Umständen das Kündigungsschutzgesetz, so dass die Kündigung des

<sup>12</sup> BSG, Urteil vom 28.05.2008, Az. B 12 KR 13/07

<sup>13</sup> bei vorsätzlich vorenthaltenen Beiträgen 30 Jahre (§ 25 Abs. 1 SGB IV)

<sup>14</sup> Änderung der Rechtsprechung des BSG vom 31.10.2012, nähere Informationen:

Weis E: Merkblatt DRV: Änderungen im Befreiungsrecht der Rentenversicherung, BDAktuell JUS-Letter Juni 2014, Anästh Intensivmed 2014;55:311

Weis E: Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherung – Stichtagsregelung 31.10.2012, BDAktuell JUS-Letter Juni 2015, Anästh Intensivmed 2015;56:305

Honorararztvertrages seitens der Klinik/Praxis/MVZ nur zulässig ist, wenn ein personen-, verhaltens- oder betriebsbedingter Kündigungsgrund vorliegt. Der Honorararzt kann dann Kündigungsschutzklage bei dem Arbeitsgericht einreichen (Klagefrist 3 Wochen).

Andererseits hat der Honorararzt im Anstellungsverhältnis nur Anspruch auf die übliche Vergütung als Angestellter. Somit könnte die Klinik/Praxis/MVZ die Differenz zwischen gezahltem (höherem) Honorar und Angestelltengehalt von dem Honorararzt zurückfordern.

Dem BDA sind bislang 2 Fälle bekannt, in denen die Honorararztverträge nach der Feststellung als sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis komplett „rückabgewickelt“ worden sind. Die Vertragspartner zeigen dabei „Augenmaß“ und schlossen die Vereinbarung, dass Honorararzt und die Klinik auf die wechselseitigen Ansprüche verzichten.

### Steuerrecht

Die Finanzämter sind nicht an sozialversicherungsrechtliche Feststellungen der DRV gebunden. Steuerlich ist weniger die wirtschaftliche/persönliche Abhängigkeit von Bedeutung, sondern vielmehr die Unternehmerinitiative und das Unternehmerrisiko. Natürlich bleibt auch das Gesamtbild der Umstände aus steuerlicher Sicht prägend, dazu zählt u.a. die organisatorische Einbindung in die Klinik und die Möglichkeit, auch andere Auftragnehmer zu bedienen. Aufgrund der unterschiedlichen „Prüfkriterien“ kann es sein, dass ein Scheinselbständiger sozialversicherungsrecht-

lich Arbeitnehmer wird, steuerlich aber weiterhin Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit erzielt.

Wird seitens des Finanzamts festgestellt, dass der Honorararzt Arbeitnehmer ist, kann das Finanzamt noch ausstehende Lohnsteuern einfordern. Sowohl Klinik/Praxis/MVZ als auch Arzt haften für entsprechende Lohnsteuernachzahlungen als Gesamtschuldner. Beide können damit zur Zahlung der Außenstände in voller Höhe aufgefordert werden, der Vorleistende kann sodann den anderen in Regress nehmen<sup>15</sup>.

### Versicherungsschutz für Honorarärzte

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Eine Berufshaftpflicht- und Strafrechtsschutzversicherung sind als „Basisabsicherung“ für den Arzt unverzichtbar.

### Berufshaftpflichtversicherung

Nach einem Zwischenfall fordern die Patienten häufig Schadenersatz für die erlittenen Schäden.

Problem: In aller Regel ist die persönliche gesetzliche Haftpflicht von freiberuflichen Honorarärzten nicht über den Krankenhausträger versichert; es gibt allerdings auch Ausnahmen.

Tipp: Lassen Sie sich den Versicherungsschutz stets schriftlich bestätigen und achten Sie auf ausreichende Deckungssummen.

Sollte der Versicherungsschutz über den Auftraggeber nicht ausreichend oder

gar nicht vorhanden sein, so muss der Honorararzt eine eigene Haftpflichtversicherung abschließen (§ 21 Musterberufsordnung/§ 5 BÄO)!

Der BDA bietet seinen Mitgliedern einen Rahmenvertrag zur Berufshaftpflichtversicherung an, der Sonderkonditionen für Honorarärzte vorsieht<sup>16</sup>.

Weitere Informationen und Ihr individuelles Versicherungsangebot können Sie gerne direkt bei unserem Versicherungsmakler anfordern:

**Funk Hospital-Versicherungsmakler GmbH – Funk Ärzte Service**, Hamburg  
Tel.: 040 35914-0, Fax: 040 35914 73494  
E-Mail: o.zoellner@funk-gruppe.de

### Strafrechtsschutzversicherung

Alle berufstätigen **BDA-Mitglieder** genießen Rechtsschutz bei der Ausübung ihrer Tätigkeit im Gesundheitswesen, die zu straf-, ordnungswidrigkeits-, disziplinar- oder standesrechtlichen Verfahren führt, vorausgesetzt, es wird gegen das Mitglied als Beschuldigter ermittelt und der betroffene Arzt war bereits zum Zeitpunkt des Zwischenfalls Mitglied im BDA<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Kayser-Passmann D, Preker-Morgen R: Honorararzt und Scheinselbstständigkeit – auch ein steuerrechtliches Problem! BDAktuell JUS-Letter Dezember 2015, Anästh Intensivmed 2015;56:777

<sup>16</sup> www.bda.de ⇒ Service & Recht ⇒ Versicherungsservice ⇒ Berufshaftpflicht ⇒ Rahmenvertrag Berufshaftpflichtversicherung

<sup>17</sup> Konditionen www.bda.de ⇒ Service & Recht ⇒ Versicherungsservice ⇒ Rechtsschutzversicherung ⇒ BDA-Gruppenrechtsschutz