

JUS-Letter

September 2019 | Jahrgang 19 | Ausgabe 3

BDAktuell

In dieser Ausgabe:

**BSG: Einsatz von Honorärärzten
am Krankenhaus** V149

BSG: Einsatz von Honorärärzten am Krankenhaus

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Es ist schon weit über 10 Jahre her, als Honoraranästhesisten erstmals in das Visier der Deutschen Rentenversicherung (DRV) gerieten und mit dem Thema Scheinselbstständigkeit konfrontiert wurden. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 SGB IV. Demnach ist die Beschäftigung „die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers“.

Demgegenüber ist „eine selbstständige Tätigkeit 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 Bundessozialgericht (BSG)¹. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen². Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung.

Die DRV ging fast regelhaft von dem Vorliegen eines abhängigen, sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses aus und verneinte die selbstständige Tätigkeit der Honorärärzte. Die Klagen der Honorärärzte und auch der betroffenen Kliniken vor den Sozialgerichten/Landessozialgerichten waren oft

erfolglos. Nur in wenigen Gerichtsentscheidungen wurde Honorärärzten eine selbstständige Tätigkeit attestiert. Diese uneinheitliche Rechtsprechung führte zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit bei den Honorärärzten und den Kliniken.

Als nun im vergangenen Jahr endlich das BSG einige Honorararztverfahren zur Revision zugelassen hatte, erwarteten sich alle Protagonisten durch die höchstrichterliche Entscheidung endlich Rechtssicherheit.

Verhandlungstermin am 04.06.2019

Insgesamt 11 Honorararztverfahren wurden am 04.06.2019 vor dem 12. Senat des BSG verhandelt. Es ging dabei um den Einsatz von Honorärärzten verschiedener Fachrichtungen in Krankenhäusern und Reha-Kliniken, der in vielen Fällen aufgrund des Personalmangels notwendig ist.

Dabei verdeutlichte das Gericht, dass es keine Legaldefinition für den Honorararzt gibt. Lediglich die Begriffe des Beleg- und Konsiliararztes sind legal definiert. So betreut der Belegarzt eigene Patienten (§ 121 SGB V) und der Konsiliararzt wird nur für konkrete Leistungen herangezogen (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 KHEntG). Beides ist bei den Honorärärzten nicht der Fall.

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

² Weis E: Scheinselbstständigkeit – Übersicht der Abgrenzungskriterien. BDAktuell JUS-Letter März 2012. Anästh Intensivmed 2012;53:188; Weis E: Honorararztvertrag – sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis? BDAktuell JUS-Letter Juni 2016. Anästh Intensivmed 2016;57:353



**Berufsverband
Deutscher Anästhesisten**

- 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

Der Einwand einiger Rechtsanwälte, dass die Arbeitsgerichte Vergütungsklagen der Honorarärzte regelhaft an die Zivilgerichte verweisen, da es sich hier nicht um ein Arbeitsverhältnis handele, ließ das Gericht nicht gelten. Denn es existiert keine einheitliche Rechtsordnung, so dass die einzelnen Regelungsgebiete unterschiedliche Zwecke verfolgen und daher auch unterschiedliche Begriffe verwenden. Eine analoge Anwendung der Arbeitsgerichtsrechtsprechung im Bereich des Sozialversicherungsrechts scheidet aus.

Vergütungshöhe

Vor einiger Zeit hat das Bundessozialgericht im Zusammenhang mit der Beschäftigung eines Heilerziehungspflegers als Honorarkraft entschieden, dass ein Honorar, das 100% über der tariflichen Vergütung eines angestellten Mitarbeiters liegt, ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit sei³. Dieses Argument kann man – so das BSG während der Verhandlung – auf Honorarärzte nicht ohne Weiteres übertragen. Denn in dem Fall des Erziehungsbeistandes hatte die Höhe der Vergütung zwar ein gewisses Gewicht, aber darauf kam es bei dem entschiedenen Sachverhalt nicht hauptsächlich an, es wurde lediglich zur „Abrundung“ erwähnt; keinesfalls handelt es sich um ein „Totschlagargument“. Vielmehr bestätigte dieses Indiz die schon getroffene Entscheidung des BSG, dass es sich hier um eine selbstständige Tätigkeit handele.

Fachkräftemangel

Dem Gericht war durchaus der zunehmende Ärztemangel (insbesondere im ländlichen Raum) bekannt. Doch stellte der Vorsitzende Richter während der Verhandlungen klar, dass ein solcher Fachkräftemangel nicht bedeuten könne, dass ohne Rücksicht auf die rechtlichen Rahmenbedingungen das Verhältnis so gestaltet wird, wie es den Vertragsparteien am besten passt. Das Sozialversicherungsrecht stehe nicht zur Disposition.

Außerdem müsse man bei der Gesamtabwägung auch noch einfließen lassen, ob der Krankenhausträger alle ihm gesetzlich übertragenen Rahmenbedin-

gungen (Abrechnung, Qualitätsmanagement, Patientensicherheit) auch erfüllen könne, wenn er nur mit selbstständigen Ärzten/Pflegekräften zusammenarbeite, die ihm ja nicht wie Arbeitnehmer weisungsgebunden sind.

Ungleichbehandlung zu Honorar-notärzten?

Von den Anwälten wurde während der Verhandlung ferner das Argument der Ungleichbehandlung von (nebenberuflich tätigen) Honorarnotärzten und Honorarärzten im Krankenhaus vorgetragen. Hierauf erwiderte der Vorsitzende Richter allerdings, dass die gesetzliche Neuregelung des § 23c Abs. 2 SGB IV⁴, die die Einnahmen aus einer nebenberuflichen Honorararztstätigkeit beitragsfrei stellt, deutlich mache, dass sehr wohl eine Sozialversicherungspflicht bestünde. Denn nur dann ist es möglich, dass eine Freistellung von einer Beitragspflicht erfolgt.

Einzelfallprüfung

Im Rahmen der mehrstündigen Verhandlungen signalisierte der Vorsitzende des Senats, dass das BSG nicht pauschal entscheiden wird, der Honorararzt ist immer selbstständig oder der Honorararzt ist niemals selbstständig; man wird sich jeden Einzelfall genau ansehen. Insofern bestand zu diesem Zeitpunkt noch Hoffnung, dass zumindest in einigen anhängigen Rechtsverfahren aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls die Tätigkeit des Honorararztes als selbstständig eingestuft wird. Umso überraschender war bei der Urteilsverkündung, dass das BSG in allen Verfahren von einer sozialversicherungspflichtigen, abhängigen Beschäftigung ausgeht.

Urteil: Honoraranästhesistin in der Klinik

Dem Leitfall (Az. B 12 R 11/18 R) lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Honoraranästhesistin wurde an den beiden Standorten eines Krankenhausträgers mehrfach im Tages- und Bereitschaftsdienst eingesetzt und war überwiegend im OP tätig. Die DRV ging hier von einer abhängigen Beschäftigung aus. Die Klage des Krankenhausträgers wurde von dem Sozialgericht abgewiesen und auch die

Berufung bei dem Landessozialgericht blieb erfolglos. Das BSG wies die Revision des Krankenhausträgers zurück.

Gesetzliche Vorgaben – Eingliederung in den Betrieb

In der mündlichen Urteilsverkündung stellte das Gericht vor allem darauf ab, dass der Honorararzt in den Betrieb des Krankenhauses eingegliedert sei, da nur so der Krankenhausträger seinen gesetzlichen Auftrag erfüllen könne und verwies auf § 107 Abs. 1 SGB V.

§ 107 Abs. 1 SGB V: Krankenhäuser, Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen

Krankenhäuser im Sinne dieses Gesetzbooks sind Einrichtungen, die

1. der Krankenhausbehandlung oder Geburtshilfe dienen,
2. fachlich-medizinisch unter ständiger ärztlicher Leitung stehen, über ausreichende, ihrem Versorgungsauftrag entsprechende diagnostische und therapeutische Möglichkeiten verfügen und nach wissenschaftlich anerkannten Methoden arbeiten,
3. mithilfe von jederzeit verfügbarem ärztlichem, Pflege-, Funktions- und medizinisch-technischem Personal darauf eingerichtet sind, vorwiegend durch ärztliche und pflegerische Hilfeleistung Krankheiten der Patienten zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten, Krankheitsbeschwerden zu lindern oder Geburtshilfe zu leisten, und in denen
4. die Patienten untergebracht und gepflegt werden können.

Denn nach § 107 Abs. 1 SGB V muss der Krankenhausträger selbst über die diagnostischen/personellen Ressourcen

³ BSG, Urteil vom 31.03.2017, Az. B 12 R 7/15 R, Weis E: (Schein-)Selbstständigkeit von Honorarkräften: Vergütungshöhe ist ein gewichtiges Indiz. BDAktuell JUS-Letter Dezember 2018. Anästh Intensivmed 2018;59:737

⁴ Weis E: (Schein-)Selbstständigkeit von freiberuflichen Notärzten. BDAktuell JUS-Letter März 2017. Anästh Intensivmed 2017;58:165

verfügen. Diese gesetzlichen Regularien bringen die Eingliederung in das Krankenhaus mit sich. Gleiches ergebe sich aus den Vorschriften bezüglich der Abrechnung und des Qualitätsmanagements, die ebenfalls eine Einbindung in das Krankenhaus bedingen.

Nach alledem bedarf es nach Auffassung des Gerichts „gewichtiger Indizien“ für eine selbstständige Tätigkeit, um diese Grundsätze der gesetzlichen Regularien auszuhebeln.

Eine abhängige Beschäftigung liegt dann vor, wenn die Arbeitskraft wie bei einem Arbeitnehmer vollständig in den Betrieb eingegliedert ist und der Arzt nicht unternehmerisch tätig ist.

Weitere Indizien für ein Beschäftigungsverhältnis

Nach Ansicht des BSG überwiegen in dem entschiedenen Fall die Indizien für eine abhängige Beschäftigung. Dabei würdigte das Gericht die Besonderheiten der ärztlichen Tätigkeit im Krankenhaus und stellte klar, dass im Rahmen der Heilbehandlung keine Weisungsrechte bestehen, dies führe aber nicht automatisch dazu, dies als selbstständige Tätigkeit einzustufen. Andererseits folgt aus der Tatsache, dass der Honorararzt die Krankenhausinfrastruktur benutzt, nicht automatisch, dass es sich hier um ein Arbeitsverhältnis handelt. Vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls entscheidend und eine Gesamtwürdigung notwendig.

In dem Leitfall stellte das Gericht darauf ab, dass die Honoraranästhesistin Leistungen erbracht hat, die der Krankenhausträger dem Patienten schuldet. Sie nutzte die Krankenhausinfrastruktur und arbeitete mit Ärzten/Pflegekräften des Krankenhausträgers arbeitsteilig zusammen.

Ferner erfolgte die Abrechnung über die Klinik, die Honorarärztin war an die Weisungen des Chefarztes und an die Vorgaben bezüglich der Dokumentation gebunden. Insofern handelt es sich hier um die gleiche Situation wie für einen angestellten Arzt. Die Honoraranästhesistin hatte keine ins Gewicht fallenden

Freiheiten hinsichtlich der Gestaltung der einzelnen Dienste, wie das Gericht ausführte. Auch ein Unternehmerrisiko wurde verneint, da die Ärztin ein festes Honorar pro absolvierte Stunde erhielt. Sie trug nur das Risiko, keine Folgeaufträge mehr zu erhalten, was nach Aussage des BSG nicht relevant für den sozialversicherungsrechtlichen Status ist.

Ebenfalls ist unerheblich, ob die honorarärztliche Tätigkeit als „Haupt-einnahmequelle“ oder im Rahmen einer Nebentätigkeit ausgeübt wird. Des Weiteren sei unerheblich, ob es sich nur um eine sporadische oder verstetigte Geschäftsbeziehung handle.

Bei einem Beschäftigungsverhältnis ist die Versicherungspflicht gesetzlich angeordnet, so dass der Wille der Vertragsparteien, ein sozialversicherungsfreies Vertragsverhältnis abzuschließen, unerheblich ist. Das Gericht verdeutlichte bei der Urteilsverkündung, dass es keine Dispositionsfreiheit der Vertragsparteien gibt, sich durch einen Zuschlag auf das Gehalt eines Mitarbeiters von der Sozialversicherungspflicht freizukaufen.

Auch ein etwaiger Fachkräftemangel ändert nichts an der rechtlichen Beurteilung. Dem Senat war durchaus bewusst, dass zunehmend Leiharbeitsverhältnisse abgeschlossen werden, um die Problematik der Scheinselbstständigkeit zu vermeiden; dieses Konstrukt führt bei den Kliniken zu einer u.U. noch höheren finanziellen Belastung als der bisherige Einsatz von Honorarkräften. Hier machte der Senat aber auch deutlich, dass die Problematik der Finanzierung gegebenenfalls der Gesetzgeber lösen muss und der Senat nicht über die Zulässigkeit von Leiharbeitnehmern zu entscheiden hat.

In der Pressemitteilung Nr. 21/2019⁵ vom 04.06.2019 führt das BSG aus:

„Ärzte, die als Honorarärzte in einem Krankenhaus tätig sind, sind in dieser Tätigkeit regelmäßig nicht als Selbstständige anzusehen, sondern unterliegen als Beschäftigte des Krankenhauses der Sozialversicherungspflicht. Dies hat der 12. Senat des Bundessozialgerichts heute entschieden (Aktenzeichen B 12 R 11/18 R als Leitfall).“

Bei einer Tätigkeit als Arzt ist eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung nicht von vornherein wegen der besonderen Qualität der ärztlichen Heilkunde als Dienst „höherer Art“ ausgeschlossen. Entscheidend ist, ob die Betroffenen weisungsgebunden beziehungsweise in eine Arbeitsorganisation eingegliedert sind. Letzteres ist bei Ärzten in einem Krankenhaus regelmäßig gegeben, weil dort ein hoher Grad der Organisation herrscht, auf die die Betroffenen keinen eigenen, unternehmerischen Einfluss haben. So sind Anästhesisten – wie die Ärztin im Leitfall – bei einer Operation in der Regel Teil eines Teams, das arbeitsteilig unter der Leitung eines Verantwortlichen zusammenarbeiten muss. Auch die Tätigkeit als Stationsarzt setzt regelmäßig voraus, dass sich die Betroffenen in die vorgegebenen Strukturen und Abläufe einfügen. Im Leitfall war die Ärztin wiederholt im Tag- und Bereitschaftsdienst und überwiegend im OP tätig. Hinzu kommt, dass Honorarärzte ganz überwiegend personelle und sachliche Ressourcen des Krankenhauses bei ihrer Tätigkeit nutzen. So war die Ärztin hier nicht anders als beim Krankenhaus angestellte Ärzte vollständig eingegliedert in den Betriebsablauf. Unternehmerische Entscheidungsspielräume sind bei einer Tätigkeit als Honorararzt im Krankenhaus regelmäßig nicht gegeben. Die Honorarhöhe ist nur eines von vielen in der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Indizien und vorliegend nicht ausschlaggebend.

Ein etwaiger Fachkräftemangel im Gesundheitswesen hat keinen Einfluss auf die rechtliche Beurteilung des Vorliegens von Versicherungspflicht. Sozialrechtliche Regelungen zur Versicherungs- und Beitragspflicht können nicht außer Kraft gesetzt werden, um eine Steigerung der Attraktivität des Berufs durch eine von Sozialversicherungsbeiträgen ‚entlastete‘ und deshalb höhere Entlohnung zu ermöglichen.“

5. www.bsg.bund.de → Presse → Pressemitteilungen

Nähere Informationen finden sich in dem Terminbericht Nr. 22/2019⁶.

Honorararzt im Bereitschaftsdienst (Reha-Klinik)

Der zweite entschiedene Fall betraf eine geriatrische Reha-Klinik, die einen Honorararzt im Bereitschaftsdienst beschäftigt hat. Der Honorararzt war bei einem niedergelassenen Kollegen in Vollzeit angestellt und übte die Tätigkeit nur 1 bis 2 Wochenenden pro Monat als Honorararzt aus.

Es handelte sich um eine besondere Klinikstruktur, in der keinerlei Notfälle zu behandeln waren und auch keine Zusammenarbeit mit anderen Ärzten erfolgte. Der Bereitschaftsdienstleistende Arzt musste weder Visiten, noch Patientenaufnahmen durchführen. Allerdings hatte der Chefarzt der Klinik, der für den Bereitschaftsdienstarzt telefonisch erreichbar war, ein fachliches Weisungsrecht gegenüber dem Honorararzt.

Bei dem Statusfeststellungsverfahren wurde eine abhängige Beschäftigung festgestellt. Die Klage der Klinik vor dem Sozialgericht hatte Erfolg und das Landessozialgericht wies die Berufung der DRV zurück. Denn das Letztentscheidungsrecht hatte der Honorararzt, der Chefarzt im Hintergrund hatte lediglich beratende Funktion. Man ging in dem vorliegenden Fall von einer selbstständigen Tätigkeit aus. Die Revision der DRV bei dem BSG war nunmehr erfolgreich.

Das BSG räumte bei der Urteilsverkündung zwar ein, dass der Fall nicht ohne weiteres mit dem Leitfall der Honoraranästhesistin vergleichbar sei. Aber die Indizien für eine abhängige Beschäftigung überwiegen hier ebenfalls. Prägend war dabei die Eingliederung in die Organisation und Weisungsstruktur der Klinik, so dass der Bereitschaftsdienstleistende Arzt vollständig fremdbestimmt war. Selbst wenn ein Letztentscheidungsrecht des Honorararztes vorlag, war er trotzdem komplett in den Betrieb eingegliedert. So war er alleiniger Ansprechpartner für die Mitarbeiter der Klinik, wenn es hier um Fragen der Abläufe und Organisation ging.

Ausblick

Die beiden Fälle stellen sicherlich die beiden Extreme einer honorarärztlichen Tätigkeit dar. Einerseits der Honorararzt, der im Tagesgeschäft arbeitsteilig im Team mit den Krankenhausmitarbeitern tätig wird, und andererseits der Bereitschaftsdienstarzt einer Rehaklinik, der nur als ärztliches „Back-up“ eingesetzt wird und keinerlei primäre medizinische Leistungserbringung im Bereich der Krankenhausbehandlung übernimmt. In beiden Fällen attestierte das BSG den Honorarärzten ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Zu dem gleichen Ergebnis kam der Senat in allen anderen Revisionsverfahren, die am 04.06.2019 entschieden worden sind.

Die Urteile liegen noch nicht im Volltext vor. Nach der mündlichen Urteilsverkündung signalisierten einige Anwälte, dass sie den Weg zum Bundesverfassungsgericht und/oder EuGH in Betracht ziehen. Doch dies kann erst nach Vorliegen der schriftlichen Urteilsbegründung geprüft werden.

Die bisher ergangenen Urteile des BSG gelten nur für die Prozessbeteiligten und haben keine automatische „Fernwirkung“ auf alle anderen Honorarärzte und bestehenden Honorararztverträge/-aufträge. Insofern ist es nicht verwunderlich, dass die meisten noch beim BSG anhängigen Revisionsverfahren anderer Honorarärzte weiterbetrieben werden.

So wird der Musterprozess des BDA, der derzeit bei dem LSG Niedersachsen-Bremen anhängig ist, weiter über die BDA-Sozialgerichtsrechtsschutzversicherung finanziell unterstützt. Der Honorararzt hat für die Akquise/Abrechnung seiner honorarärztlichen Tätigkeit 2 Minijobkräfte beschäftigt und mit dem Krankenträger bei dem Stundenhonorar ein Nutzungsentgelt mit eingepreist. Diese können durchaus „gewichtige Indizien“ darstellen, die eine andere rechtliche Beurteilung rechtfertigen. Zumindest hat sich zu diesen beiden Aspekten bislang noch kein Landessozialgericht geäußert. Wir werden über den Fortgang des Musterprozesses weiter berichten.

Aufgrund der Grundsatzentscheidung des BSG ist allerdings zu befürchten, dass zukünftig auch die Sozialgerichte und Landessozialgerichte ihre „honorararztunfreundliche“ Rechtsprechung fortführen werden. Einen gewissen Lichtblick bietet hier die aktuelle Entscheidung des Bayerischen Landessozialgerichts, die die Tätigkeit von Honorarärzten im Rahmen der SAPV als selbstständige Tätigkeit eingestuft hat⁷; es ist allerdings zu vermuten, dass auch hier die DRV versuchen wird, den Weg zum BSG zu beschreiten.

Im Hinblick auf die BSG-Entscheidungen werden Krankenhäuser und Vermittlungsagenturen nun andere Lösungen suchen. Schon in den vergangenen Jahren haben einige Vermittlungsagenturen statt Honorararztverträgen Anstellungsverträge angeboten und die Ärzte dann im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung an die Auftraggeber/Krankenträger entsandt. Dieser Trend wird sich vermutlich fortsetzen. Denn die einzig rechtssichere Variante stellt derzeit ein Arbeitsverhältnis dar. Dies kann dann im Rahmen einer Kurzeinstellung, Arbeitnehmerüberlassung oder einem unbefristeten Beschäftigungsverhältnis erfolgen. Es ist zu erwarten, dass die Krankenhäuser nicht zuletzt im Hinblick auf die Nachzahlung von Sozialversicherungsabgaben auf den Einsatz von Honorarärzten weitgehend verzichten werden⁸.

Ob der Gesetzgeber nun – ähnlich wie bei den nebenberuflich tätigen Honorarnotärzten – aktiv wird und eine gesetzliche Lösung anstrebt, bleibt abzuwarten.

Surftipp: BDAktuell JUS-Letter

Alle bisher erschienenen JUS-Letter sind auf der BDA-Homepage abrufbar: www.bda.de → Recht & Versicherung → Jusletter → Themenindex

⁶ www.bsg.bund.de → Presse → Verhandlungstermine → Übersicht Verhandlungstermine und Entscheidungen 2019

⁷ Bayer. Landessozialgericht, Urteil vom 11.04.2019, Az. L7 R 5050/17

⁸ Weis E: Verdecktes Anstellungsverhältnis: Rechtliche Konsequenzen für den Honorararzt. BDAktuell JUS-Letter Juni 2016. Anästh Intensivmed 2016;57:357.