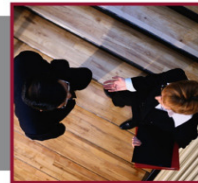


SOZietät DR. REHBORN
RECHTSANWÄLTE



BSG und „Scheinselbständigkeit“
- Gedanken zum Urteil vom 23.6.2010 (B 6 KA 7/09 R)

Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im DAV

Düsseldorf, den 5.11.2010

Gliederung des Vortrages

1. Thesen des 6. Senats
2. Tätigkeit in „freier Praxis“
3. Zivilrecht vs. Vertragsarztrecht
4. Gestaltungsvarianten (die „obiter dicta“)
5. Rechtslage bei genehmigten Verträgen

Thesen des 6. Senats des BSG

Rechtsgrundlage für Aufhebung der HB

- **Rechtsgrundlage** für die Aufhebung der Honorarbescheide und entsprechende Rückforderungen sind **§ 45 Abs. 2 BMV-Ä** bzw. **§ 34 Abs. 4 EKV-Ä**.
- Die Prüfung auf sachlich-rechnerische Richtigkeit der Abrechnungen zielt auf die Feststellung, ob Leistungen rechtmäßig, also im Einklang mit den gesetzlichen, vertraglichen oder satzungsrechtlichen Vorschriften des Vertragsarztrechts (mit Ausnahme des Wirtschaftlichkeitsgebots) erbracht und abgerechnet worden sind.
- Variante der Beschäftigung eines angestellten Arztes/Assistenten ohne entsprechende Anstellungsgenehmigung des ZA/der KV!

Bestimmtheitsgebot

- Der Begriff der "**freien Praxis**" in § 32 Abs. 1 Satz 1 Ärzte-ZV ist **nicht zu unbestimmt**, um hieraus Anforderungen an die rechtliche Ausgestaltung der vertragsärztlichen Tätigkeit abzuleiten.
- Dem steht nicht die Rechtsprechung des BVerfG entgegen, wonach der (**vergleichbare**) Begriff "**freier Beruf**" kein eindeutiger Rechtsbegriff, sondern ein **soziologischer Begriff** sei.
- Die Formulierung „freie Praxis“ erfährt durch die Regelungen in **§ 32 Abs. 1 Satz 1 Ärzte-ZV** wie auch in **§ 98 Abs. 2 Nr. 13 SGB V** ("nach den Grundsätzen der Ausübung eines freien Berufes ...") und die konkretisierende Rechtsprechung des BSG (!) **normativen Gehalt**.

Sachliche Rechtfertigung

- **Normative Ratio der „freien Praxis“:**

Abgrenzung der vertragsärztlichen Tätigkeit nach § 32 Abs. 1 Satz 1 Ärzte-ZV von der eines Angestellten nach § 32b Ärzte-ZV bzw. eines Assistenten nach § 32 Abs. 2 Ärzte-ZV

- Abgrenzung wegen abweichender Rechte und Pflichten **erforderlich**, insbesondere ist im Rahmen einer Beschäftigung von Angestellten und Assistenten eine **Ausweitung der Leistungsmenge** nur in **begrenztem Umfang** möglich
- „Ausreichende Gründe des Gemeinwohls“ als **Rechtfertigung für Eingriff** in Art. 12 Abs. 1 GG

BGB-Recht nicht abschließend

- Das Merkmal „in freier Praxis“ erfordert **inhaltlich mehr**, als nach den **§§ 705ff BGB** für die **Stellung als Gesellschafter erforderlich** ist.
- Zu den **(Mindest-)Voraussetzungen** an eine Stellung als Gesellschafter einer GbR im Lichte des **BGB** vgl. *Goette*, MedR 2002, 1ff. (vgl. auch jüngst *Scholz*, ZMGR 2010, 143, 147f)

Wirtschaftliches Risiko

- Die Tätigkeit in "freier Praxis" beinhaltet eine **wirtschaftliche Komponente**, nämlich die Tragung des **wirtschaftlichen Risikos** wie auch eine **Beteiligung an den wirtschaftlichen Erfolgen** der Praxis.
- Vertragsarzt darf daher nicht wie ein Angestellter ein „**Festgehalt**“ beziehen. Der Ertrag seiner Praxis muss ihm maßgeblich zukommen, ein Verlust zu seinen Lasten gehen. Dies gilt **von Anbeginn** seiner Tätigkeit, „**Probezeitregelung**“ nicht statthaft.

kurz: zugelassener Vertragsarzt ≠ „Betriebsausgabe“

Materielles Gesellschaftsvermögen

- Eine Beteiligung am **materiellen Gesellschafts-vermögen** ist „**nicht ausnahmslos notwendig**“.
- anders wohl noch *Wenner*, Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, § 20, Rdnr. 44 („... Beteiligung an Kosten und Investitionen ... erforderlich“)
- **Anmietung einer Praxis einschl. Praxisausstattung** ohne „Kapitaleinsatz“ statthaft, ebenso Aufnahme eines „**Jungarztes**“ ohne **Kapitalbeteiligung**

Immaterielles Gesellschaftsvermögen

- Für die Annahme einer gemeinschaftlichen Berufsausübung nach § 33 Abs. 2 Ärzte-ZV ist grundsätzlich eine **Beteiligung am immateriellen Wert der Praxis erforderlich** (als Ausfluss der mit einer Tätigkeit in „freier Praxis“ verbundenen Chancen).
- vertragliche Beschränkung der Beteiligung auf Anspruch auf Abfindungszahlung im Ausscheidensfall zulässig
- Ausnahme für „**Probezeit**“ (vgl. BGH, Urt. v. 22.7.2002, II ZR 90/01)?

Personalhoheit/Sachherrschaft

- Vertragsarzt muss neben der **freien Gestaltung des medizinischen Auftrages** und neben der **Personalhoheit** (fachliches Weisungsrecht) auch – in einem „gewissen Umfang“ – die **„Sachherrschaft“** über die Praxis und deren Inventar haben.
- **Personalhoheit/Weisungsbefugnis** wird vom BSG faktisch unterstellt („geht nicht anders“), mithin kein Argument pro „freie Praxis“.

Keine Tatbestandswirkung im Verhältnis zur KV

- Der sachlich-rechnerischen Berechtigung steht nicht entgegen, dass die Zulassung des Vertragsarztes und die Genehmigung der Berufsausübungsgemeinschaft **nicht mit Wirkung für die Vergangenheit** (hierzu: BSG, Urt. v. 31.5.2006, B 6 KA 7/05 R) aufgehoben werden können.
- Arzt muss **„materiell berechtigt“** sein, Leistungen in der vertragsärztlichen Versorgung zu erbringen (Gleichstellung mit „Nichtarzt-Urteil“ v. 13.11.1974, 6 RKA 39/73).
- Im Verhältnis zur Kassenärztlichen Vereinigung keine **Drittbindungs-/Tatbestandswirkung** der Zulassung. Relevanz insoweit nur im Verhältnis zu Dritten, insbesondere zum Patienten (wirksame Verordnungen, etc.). Vgl. aber BSG Urt. v. 21.6.1995, 6 RKA 60/94 zum **Schadensersatzanspruch der Kassen** im Verordnungsbereich!

**Tätigkeit in „freier Praxis“
und
„Freiberuflichkeit“:**

Soziologie oder Jura?

„Freie Praxis“

- Formulierung in Ärzte-ZV unverändert seit 1957. Vgl. auch § 368c Abs. 3 RVO i.d.F. des GKAR 1955 („Grundsätze des freien Berufs“).
- Historisch betrachtet dient die Formulierung „in freier Praxis“ im Sinne eines Programmsatzes der **Absage an die „Verstaatlichung“** der Tätigkeit der Kassenärzte, insbesondere hinsichtlich einer Anstellung der Ärzte bei den Krankenkassen (vgl. etwa *Preißler/Sozietät Dr. Rehborn, Ärztliche Gemeinschaftspraxis vs. Scheingesellschaft*, 2002, S. 54f, 65; *Isringhaus/Kroel/ Wendland, MVZ-Beratungshandbuch*, 2004, S. 2).

„Freie Praxis“

- Der „freie Beruf“ ist ein **soziologisch** geprägter Begriff, welcher seine Genese im **politischen Liberalismus** des frühen 19. Jahrhunderts hat und aus dem sich **keine präzisen normativen Wirkungen** ableiten lassen (BVerfGE 10, 354, 364, woran m.E. auch Erwähnung in Ärzte-ZV und SGB V nichts ändern kann, da dort keine normative Konkretisierung im Sinne des **Bestimmtheitsgebotes**).
- Bei allen maßgeblichen (und zum Teil vom BSG erwähnten) Entscheidungen des BVerfG zum „freien Beruf“ beschäftigt sich das BVerfG vordergründig mit der Frage der **Verstaatlichung des Arztberufes**.
- Buchempfehlung: *Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe

„Freie Praxis“

- **Sachliche Rechtfertigung** des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG (Honorarrückforderungen)?
- BSG sieht **„ausreichende Gründe des Gemeinwohls“**, insbesondere sei im Rahmen einer Beschäftigung von Angestellten und Assistenten eine Ausweitung der Leistungsmenge nur begrenzt möglich!
- Stimmt so im Lichte des **GMG (MVZ)** und des **VÄndG** (Anstellung von Ärzten bei Ärzten) als Rechtfertigung für den Eingriff m.E. nach nicht (jedenfalls im Hinblick auf die automatische Existenzvernichtung des Betroffenen äußerst „dünn“).

„Arbeitnehmer“ und „Gesellschafter“:

Zivilrecht vs. Vertragsarztrecht

Arbeitnehmer im Sinne des Vertragsarztrechts

- Das BSG subsumiert den Terminus „angestellter Arzt“ nicht unter Rückgriff etwa auf die Rechtsprechung des BAG, sondern konstruiert diesen aus seiner eigenen Rechtsprechung zu den Anforderungen an den (selbständigen) „Vertragsarzt“ in Abgrenzung zum Angestellten („freier Mitarbeiter“ unbekannt).
- **Rechtsprechung des BFH** (wonach eine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen jedenfalls nicht zwingend Voraussetzung für eine „**Mitunternehmerschaft**“ ist, vgl. unlängst Urt. v. 1.7.2010, IV R 100/06 zur stillen Gesellschaft)?

Einheit der Rechtsordnung?

- „Einheit der Rechtsordnung“ versus „**Relativität der Rechtsbegriffe**“
- **Mehrdimensionalität der Rechtsbegriffe**, d.h. Sinnbestimmung der Begriffe durch den jeweiligen Kontext der verschiedenen Rechtszweige
- **BVerfG** (Beschl. v. 27.12.1991 – 2 BvR 72/90) zum Verhältnis **Zivilrecht/Steuerrecht**:
 - kein Vorrang der zivilrechtlichen Würdigung
 - gleichrangige Rechtsgebiete mit eigenen Perspektiven und Wertungsgesichtspunkten
 - Verwendung eigener steuerlicher Tatbestände mit zivilrechtlichen Begrifflichkeiten

Denkbare Gestaltungsvarianten

-

die „**obiter dicta**“

Beteiligung am materiellen Gesellschaftsvermögen?

- Nach dem BSG **nicht „ausnahmslos“** notwendig!
- Relevanz von § 17 Abs. 1 MBO (Niederlassung in einer Praxis anstelle von eigener Praxis)?
- jedenfalls dann nicht erforderlich, sofern die Übernahme eines „wirtschaftlichen Risikos“ vorliegt
- **Auffangkriterium im Rahmen einer im Einzelfall durchzuführenden Gesamtbetrachtung?**

Beteiligung am immateriellen Gesellschaftsvermögen

- **Ausschluss** für die Dauer einer „**Probezeit**“ statthaft?
- Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 22.7.2002, II ZR 90/01:

Eine gesellschaftsvertragliche Regelung, die dem neu eingetretenen Vertragsarzt für den Fall, dass er freiwillig aus der Gemeinschaftspraxis ausscheidet, die Pflicht auferlegt, auf seine Zulassung als Kassenarzt zu verzichten, ist statthaft, **wenn der Ausscheidende wegen der relativ kurzen Zeit seiner Mitarbeit die Gemeinschaftspraxis noch nicht entscheidend mitprägen konnte.**

- BSG wird die wirtschaftlichen Realitäten nicht leugnen können

Zahlung fester Gewinnanteile?

- Laut BSG „Festgehalt“ unzulässig!
- Statthaftigkeit der Zahlung eines Festgewinnanteils offen gelassen
- Diktion der Urteilsgründe **spricht** m.E. nach **dafür**, dass die Zahlung eines **Gewinnfixums** statthaft sein soll.
- Ggf. auch hier „**Gesamtbetrachtung**“ notwendig (z.B. unbedenklich, wenn Beteiligung am materiellen Gesellschaftsvermögen gegeben).

Job-Sharing-Gemeinschaftspraxis

- Urteil des BSG **differenziert nicht** explizit zwischen regulärer und Job-Sharing-Gemeinschaftspraxis.
- Dogmatisch dürfte „**freie Praxis**“ auch für den im Wege des Job-Sharings gem. § 101 Abs. 1 Nr. 4 SGB V zugelassenen Vertragsarzt gelten (in Abgrenzung zu § 101 Abs. 1 Nr. 5 SGB V).
- **aber:** Berücksichtigung der **Job-Sharing-Besonderheiten** (insb. vinkulierte Zulassung, Leistungsbeschränkungen, kein nach § 103 Abs. 4 SGB V verwertbares Eigentum), ergo **teleologische Reduktion** notwendig.
- M. E. nach daher jedenfalls **keine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen** zu fordern (da öffentlich-rechtlich kein nach Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes Eigentum erworben wird und infolge der Obergrenzen ein immaterieller Wertzuwachs zumindest problematisch ist), aber auch hier wohl **Festgehalt ausgeschlossen**.

**Rechtslage bei
vorgelegtem, indes nicht der
„freien Praxis“ entsprechendem
Gemeinschaftspraxisvertrag?**

**Honorarrückforderungen bei genehmigten
Verträgen?**

- **Nein, denn Vertrauensschutz, Art. 20 Abs. 3 GG!**
- Vertrauensschutz kann (als Ausnahme von der Regel) Relevanz im Rahmen sachlich-rechnerischer Richtigstellungen haben („**Verbrauch der Richtigstellungsmöglichkeit**“):

„Die sich aus den Bundesmantelverträgen ergebende umfassende Befugnis der Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen zur sachlich-rechnerischen Richtigstellung von Honorarbescheiden ist **in besonderen Konstellationen durch Vertrauensschutz** zu Gunsten der Vertrags(zahn)ärzte **begrenzt.**“ (BSG, Urt. v. 14.12.2005, B 6 KA 17/05 R, vgl. auch unlängst: BSG, Beschl. v. 3.2.2010, B 6 KA 22/09 B- juris)

Nichtigkeit des Vertrages?

- über § 134 BGB i.V.m. **StGB** (-)
- § 32 Abs. 1 Satz 1 und § 33 Abs. 2 Ärzte-ZV als **Verbotsgesetze**?
zu § 33 Abs. 2 Ärzte-ZV vgl.: OLG München, Urt. v. 12.9.2005, 21 U 2982/05; LG Hamburg,
Urt. v. 21.7.2004, 322 O 136/04; OLG Hamm, Urt. v. 18.12.1992, 26 U 141/92 mit
unterschiedlichen Ergebnissen
- **Genehmigungspflichtiges Rechtsgeschäft** wird mit erteilter Genehmigung
zivilrechtlich **vollwirksam** (BGH, Urt. v. 15.6.1960, V ZR 105/59);
hierdurch **Heilung**?
- **Ausnahme nur**, wenn alle Vertragsparteien den genehmigten Vertrag in
„**Umgehungsabsicht**“ abgeschlossen haben („Schubladenvertrag“, vgl.
hierzu BGH, Urt. v. 28.6.1968, V ZR 77/65)

Schlusswort

„Wenn ein Arzt von Gewinn, Vermögen und Geschäftsführung seiner Gemeinschaftspraxis auf Dauer ausgeschlossen ist, wird nur der Beobachter kein zwingendes Indiz für eine Tätigkeit im Angestelltenverhältnis sehen, der bei der Unterscheidung von Kreis und Rechteck so lange über die generelle Irrelevanz von Ecken zu schreiben vermag, dass er am Ende selbst glaubt, auf die Ecken als Unterscheidungsmerkmal könne notfalls verzichtet werden.“

**Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!**

RA Carsten Reiter
Sozietät Dr. Rehborn
0231-9159981
vorz.reiter@rehborn-do.de