

Prof. Dr. Dr. Thomas Ufer  
Rechtsanwalt und Arzt  
Fachanwalt für Medizinrecht



CAUSA CONCILIO

RECHTSANWÄLTE . NOTARE



## Der Honorararzt – Ein Auslaufmodell? (Straf-) Rechtliche Schwierigkeiten in der Gestaltung der honorarärztlichen Tätigkeit

**Prof. Dr. Dr. Thomas Ufer**

Rechtsanwalt und Arzt  
Fachanwalt für Medizinrecht  
Ordentlicher Professor an der IB-Hochschule Berlin

**ARBEITSGEMEINSCHAFT MEDIZINRECHT IM DEUTSCHEN ANWALTVEREIN (DAV) E.V.**  
**16. Herbsttagung Medizinrecht** vom 16. bis 17. September 2016 in Berlin  
- Arbeitsgruppe Medizinstrafrecht -

Der Honorararzt - Ein Auslaufmodell?

1

# Agenda



1. Einleitung
2. Definition des Honorararztes
3. Differenzierung – Arten von honorarärztlicher Tätigkeit
4. (Straf-) Rechtliche Problembereiche
  - a) Compliance-rechtliche Überlegungen
  - b) Erbringung von (allgemeinen) Krankenhausleistungen
  - c) Erbringung von Wahlleistungen
    - (1) Liquidationsrecht für den Honorararzt
    - (2) Einbeziehung qua Individualvereinbarung
  - d) Sozialversicherungsrechtliche Einstufung
5. Resümee

# Einleitung



„Ein Honorararzt (auch Leiharzt) ist ein Arzt, der **als selbständiger Unternehmer** bei wechselnden Auftraggebern (meist Praxen und **Kliniken**) auf eigene Rechnung gegen Honorar tätig wird.

In nennenswerten Dimensionen werden Honorarärzte in Deutschland seit ca. 2006/2007 eingesetzt. Verlässliche Angaben zum Ausmaß des Einsatzes von Honorarärzten in Deutschland gibt es dabei nicht: Schätzungen sprechen von 2000 bis 5000 honorarärztlich tätigen Ärzten (2010). Die Tendenz ist steigend: mittlerweile gibt es auch bei Ärzten einen Fachkräftemangel. ...

Das Phänomen Honorararzt wird zweischneidig beurteilt: **Einerseits können Ärzte, die kurzfristig und flexibel einsetzbar sind, insbesondere in strukturschwachen Regionen Versorgungslücken vorbeugen.** Außerdem bedeutet diese Art der Tätigkeit aufgrund der mit ihr verbundenen höheren Eigenständigkeit und Wertschätzung für viele Ärzte eine deutlich höhere Arbeitszufriedenheit.

**Andererseits verstärkt der Einsatz von externen Auftragnehmern zu scheinbar besseren Konditionen häufig die Unzufriedenheit der Mitarbeiter beim jeweiligen Auftraggeber:** Fälschlicherweise wird häufig der Umsatz eines Honorararztes mit dem Gehalt eines angestellten Arztes verglichen; der Selbständige jedoch muss sich selbst versichern, seine Alters- und andere Vorsorgeleistungen selbst erbringen usw.

Der Einsatz von Honorarärzten kann dabei allerdings nicht zur Behebung von bestehenden, beispielsweise strukturellen, Defiziten dienen.

Die meisten Honorarärzte lassen sich von spezialisierten Agenturen vermitteln. Mit der Entstehung eines Marktes für Honorarärzte hat die Anzahl der Agenturen seit 2009 deutlich zugenommen.“

## Agenda



1. Einleitung
2. **Definition des Honorararztes**
3. Differenzierung – Arten von honorarärztlicher Tätigkeit
4. (Straf-) Rechtliche Problembereiche
  - a) Compliance-rechtliche Überlegungen
  - b) Erbringung von (allgemeinen) Krankenhausleistungen
  - c) Erbringung von Wahlleistungen
    - (1) Liquidationsrecht für den Honorararzt
    - (2) Einbeziehung qua Individualvereinbarung
  - d) Sozialversicherungsrechtliche Einstufung
5. Resümee

## Der Honorararzt?! - Definition



**„Die Bundesärztekammer definiert im Jahr 2011: Honorarärzte sind Fachärztinnen und Fachärzte, die in medizinischen Einrichtungen zeitlich befristet freiberuflich auf Honorarbasis tätig sind. Der BV-H e.V. erweitert die Definition 2012 um den Honorarvertretungsarzt, den Honorarkooperationsarzt, den Honorarkonsiliararzt und den Honorarbelegarzt als eigenständige Form der honorarärztlichen Tätigkeit. Der Terminus "zeitlich befristet" sollte daher in der Definition aus dem Jahr 2011 nicht mehr verwendet werden.“**

*„Das DKI veröffentlicht im Oktober 2013 ... aktuelle Daten zum Einsatz von Honorarärzten in deutschen Krankenhäusern. Demnach haben **zwei von drei Krankenhäusern** (66%) im Jahr 2012 Honorarärzte beschäftigt. Gegenüber 2010 (mit 71% der Krankenhäuser) hat der Einsatz von Honorarärzten im Krankenhaus leicht abgenommen. Die Beschäftigung von Honorarärzten entsprach damit einem Stellenäquivalent von durchschnittlich 2,4 ärztlichen Vollkräften pro Krankenhaus, entsprechend rund 2.200 ärztlichen Vollkräften bundesweit.“*

## Der Honorararzt?! - Definition



Mittlerweile gerichtlich geklärt, vgl. **BGH, Urteil vom 16.10.2014 – III ZR 85/14:**

*„Darunter ist ein Facharzt zu verstehen, der im stationären und/oder ambulanten Bereich des Krankenhauses ärztliche Leistungen für den Krankenhausträger erbringt, **ohne bei diesem angestellt oder als Belegarzt oder Konsiliararzt tätig zu sein**. Er wird zeitlich befristet freiberuflich auf Honorarbasis tätig, wobei das Honorar mit dem Krankenhausträger frei und unabhängig von den Vorgaben der Gebührenordnung für Ärzte vereinbart wird und mangels Anstellung des Honorararztes keinen tarifvertraglichen Bindungen unterliegt.“*

*„Während die Abrechnung ergänzender Leistungen als Wahlleistungen durch externe **„Honorarkonsiliarärzte“** gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG unumstritten war, wurde die Frage hinsichtlich der **„Honorarkooperationsärzte“** kontrovers beurteilt und von den unterinstanzlichen Gerichten entschieden.“*

## Agenda



1. Einleitung
2. Definition des Honorararztes
3. **Differenzierung – Arten von honorarärztlicher Tätigkeit**
4. (Straf-) Rechtliche Problembereiche
  - a) Compliance-rechtliche Überlegungen
  - b) Erbringung von (allgemeinen) Krankenhausleistungen
  - c) Erbringung von Wahlleistungen
    - (1) Liquidationsrecht für den Honorararzt
    - (2) Einbeziehung qua Individualvereinbarung
  - d) Sozialversicherungsrechtliche Einstufung
5. Resümee

## Differenzierung – Arten von honorarärztlicher Tätigkeit



### ( 1. Konsiliararzt )

„Der Konsiliararzt ist gesetzlich nicht definiert. Er erschließt sich letztlich nur aus dem Verständnis von § 2 Abs. 2 KHEntgG. Nach dieser Vorschrift zählen zu den allgemeinen Krankenhausleistungen die Leistungen, die unter Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des Krankenhauses im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit medizinisch/zweckmäßig und ausreichende Versorgung des Patienten notwendig sind. Damit hat im Ergebnis der Gesetzgeber innerhalb der stationären Versorgung einen umfassenden medizinischen Versorgungsauftrag für das Krankenhaus aufgestellt. **Da jedoch in der Praxis ein Krankenhaus nicht zwingend sämtliche Abteilungen führt, kann es erforderlich sein, externe Ärzte in die Versorgung einzubinden.**“

Schroeder-Printzen, in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen,  
Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2. Auflage 2013, § 10 Rn. 58

Vgl. auch SG Gelsenkirchen, Urteil vom 29.09.2005 – S 16 KA 15/04

Der Honorararzt - Ein Auslaufmodell?

8

## Differenzierung – Arten von honorarärztlicher Tätigkeit



### ( 2. Belegarzt )

„(2) Belegärzte im Sinne dieses Gesetzbooks sind **nicht am Krankenhaus angestellte Vertragsärzte**, die berechtigt sind, ihre Patienten (Belegpatienten) im Krankenhaus unter Inanspruchnahme der hierfür bereitgestellten Dienste, Einrichtungen und Mittel vollstationär oder teilstationär zu behandeln, **ohne hierfür vom Krankenhaus eine Vergütung zu erhalten.**“ ( § 121 Abs. 2 SGB V)

→ Auch möglich in der Form des **Honorar-Belegarztes** (vgl. § 121 Abs. 5 SGB V)

„Abweichend von den Vergütungsregelungen in Absatz 2 bis 4 können Krankenhäuser mit Belegbetten zur Vergütung der belegärztlichen Leistungen **mit Belegärzten Honorarverträge** schließen.“

→ Abrechnung des Belegarztes nicht mehr über KV,  
sondern vom Krankenhausträger.

→ Totaler Krankenhausaufnahmevertrag

→ Honorar-Belegarzt faktisch ähnlich dem angestellten Krankenhausarzt.

Vgl. Schroeder-Printzen, in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch  
Medizinrecht, 2. Auflage 2013, § 10 Rn. 66; Makoski, GesR 2009, 225, 226 f. sowie 229 f.

Der Honorararzt - Ein Auslaufmodell?

9

## Differenzierung – Arten von honorarärztlicher Tätigkeit



### 3. Honorararzt

#### a) **Honorarvertretungsarzt**

„Honorarärzte sind zu Beginn des neuen Jahrzehnts schwerpunktmäßig als Vertretungsärzte tätig. Das zeigten 2010 geführte Gespräche mit Institutionen, Verbänden und Einrichtungen. Für diese Einschätzung spricht auch die Verteilung der Mitglieder im Berufsverband der Honorarärzte sowie die erhobenen Studiendaten (...). 60,5 % der Studienteilnehmer arbeiten auf honorarärztlicher Basis in der stationären Versorgung, 29,4 % in der Notdienstversorgung und 17,8 % in Praxisvertretungen. **Die aktuellen Einschätzungen der Bundesärztekammer werden sich daher zum größten Teil auf den Typus Honorararzt als Vertretungsarzt beziehen.**“

## Differenzierung – Arten von honorarärztlicher Tätigkeit



### 3. Honorararzt

#### b) **Honorarkooperationsarzt**

„Kooperationsärzte sind in der Regel **niedergelassene Ärzte**, die gegen Honorar in medizinischen Einrichtungen arbeiten und z. B. für Kliniken die Hauptbehandlungs- bzw. wesentlichen Leistungen erbringen. Verstärktes Interesse in operativen Fachdisziplinen besteht insbesondere nach dem Wandel nach der G-DRG-Einführung von Budget- in Richtung Mengenverhandlungen sowie durch die Vorgaben von Mindestmengen.“

## Agenda



1. Einleitung
2. Definition des Honorararztes
3. Differenzierung – Arten von honorarärztlicher Tätigkeit
4. **(Straf-) Rechtliche Problembereiche**
  - a) **Compliance-rechtliche Überlegungen**
  - b) Erbringung von (allgemeinen) Krankenhausleistungen
  - c) Erbringung von Wahlleistungen
    - (1) Liquidationsrecht für den Honorararzt
    - (2) Einbeziehung qua Individualvereinbarung
  - d) Sozialversicherungsrechtliche Einstufung
5. Resümee

## **(Straf-) Rechtliche Problembereiche** **a) Compliance-rechtliche Überlegungen**



### AUSWIRKUNGEN DER KORRUPTION IM GESUNDHEITSWESEN

Von ca.

**1 Billion EURO,**

die jedes Jahr für Gesundheit in der EU ausgegeben werden, gehen ca.

**650 Millionen EURO oder 5,6%**

auf Grund von **Fehlern, Betrug oder Korruption** verloren.

(Straf-) Rechtliche Problembereiche  
a) Compliance-rechtliche Überlegungen



BILD,  
Bochum,  
11.01.2015 →



(HTTP://WWW.BILD.DE)

ÄRZTE SOLLTEN ANGEBLICH GELD BEKOMMEN, WENN SIE KRANKE ÜBERWEISEN

Zahlt Prof. Grönemeyer Kopfgeld für  
Patienten?



Dietrich Grönemeyer ist der Bruder von Herbert  
Foto: SCHROEWIG

Der Honorararzt - Ein Auslaufmodell?

14

(Straf-) Rechtliche Problembereiche  
a) Compliance-rechtliche Überlegungen



Definition „Korruption“

„Korruption bezeichnet den **Missbrauch** einer **besonderen Vertrauensstellung** in einer Funktion in Wirtschaft, Verwaltung, Politik, Justiz oder auch nichtwirtschaftlichen Organisationen und Vereinigungen. Korruption **zielt darauf ab**, einen **materiellen oder immateriellen Vorteil** zu erlangen, auf den **kein rechtlich oder sachlich-objektiv begründeter Anspruch** besteht. Mit dem Begriff Korruption gehen die → Straftatbestände der → Bestechung und → Bestechlichkeit gegenüber → Amtsträgern ( § § 332, 334 StGB) und im geschäftlichen Verkehr ( § 299 StGB) sowie die → Vorteilsannahme ( § 331 StGB) und die → Vorteilsgewährung ( § 333 StGB) einher.“

vgl. Grützner/Jakob, in: Grützner/Jakob, Compliance von A-Z, 2. Auflage 2015 unter „Korruption“

Der Honorararzt - Ein Auslaufmodell?

15



(Straf-) Rechtliche Problembereiche  
a) Compliance-rechtliche Überlegungen



**Korruption im Gesundheitswesen  
Rechtsgrundlagen**

- Berufsrecht, § § 30 ff. MBO-Ä
- Vertragsarztrecht, § 73 Abs. 7 sowie § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V
- Strafrecht?

(Straf-) Rechtliche Problembereiche  
a) Compliance-rechtliche Überlegungen



**§ 30 ff. (Muster-)Berufsordnung**  
für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997 –\*  
in der Fassung des Beschlusses des  
118. Deutschen Ärztetages 2015 in Frankfurt am Main

**§ 30 MBO-Ä:**

„Ärztinnen und Ärzte sind verpflichtet, in allen vertraglichen und sonstigen beruflichen Beziehungen zu Dritten ihre ärztliche Unabhängigkeit für die Behandlung der Patientinnen und Patienten zu wahren.“

**§ 31 Abs. 1 MBO-Ä:**

„Ärztinnen und Ärzten ist es nicht gestattet, für die Zuweisung von Patientinnen und Patienten oder Untersuchungsmaterial oder für die Verordnung oder den Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.“

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche



### a) Compliance-rechtliche Überlegungen

#### § 73 Abs. 7 SGB V

##### Unzulässige Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten

„Es ist Vertragsärzten nicht gestattet, für die Zuweisung von Versicherten ein Entgelt oder sonstige wirtschaftliche Vorteile sich versprechen oder sich gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren. § 128 Absatz 2 Satz 3 gilt entsprechend.“

#### § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V

„Unzulässige Zuwendungen ... sind auch die entgeltliche oder verbilligte Überlassung von Geräten und Materialien und Durchführung von Schulungsmaßnahmen, die Gestellung von Räumlichkeiten oder Personal oder die Beteiligung an den Kosten hierfür sowie Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern, die Vertragsärzte durch ihr Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen.“

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche



### a) Compliance-rechtliche Überlegungen

#### § 128 Abs. 2 SGB V

##### Unzulässige Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten

„Leistungserbringer dürfen Vertragsärzte sowie Ärzte in Krankenhäusern ... nicht gegen Entgelt oder Gewährung sonstiger wirtschaftlicher Vorteile an der Durchführung der Versorgung mit **Hilfsmitteln** beteiligen oder solche Zuwendungen im Zusammenhang mit der Verordnung von Hilfsmitteln gewähren. ...“

#### Abs. 5

→ gilt entsprechend für die Versorgung mit **Heilmitteln**

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### a) Compliance-rechtliche Überlegungen



#### Vertragsarztrechtliche Konsequenzen?

##### ➤ Honorarrückforderungen?

Garantieerklärung des Vertragsarztes,  
vgl. auch **LSG Niedersachsen, Urteil vom 08.06.2016 – L 3 KA 6/13:**

*„Richtigstellungen der Honoraransätze erfolgen auch bei Missbrauch vertragsärztlicher Kooperationsformen. ... **Leistungen sind schließlich auch sachlich-rechnerisch richtigzustellen, wenn sie unter Verletzung grundsätzlicher berufsethischer Pflichten erbracht worden sind.**“*



##### ➤ Disziplinarverfahren

##### ➤ Zulassungsentziehung

§ 95 Abs. 6 SGB V:

*„Die Zulassung **ist** zu entziehen, wenn (...) der Vertragsarzt (...) seine vertragsärztlichen Pflichten gröblich verletzt.“*

→ gebundene Entscheidung, also: kein Ermessen!

Der Honorararzt - Ein Auslaufmodell?

20

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### a) Compliance-rechtliche Überlegungen



#### Rechtliche und Politische Rahmenbedingungen

- nach bisheriger Rechtslage -

##### **BGH, Beschluss vom 29.03.2012 – GSSt 2/11:**

Vertragsarzt ist kein Beauftragter der Krankenkassen

→ keine Strafbarkeit des Vertragsarztes wegen Bestechlichkeit

→ **Hinweis an Gesetzgeber, Strafbarkeitslücke zu schließen!**

*„Der Appell des Großen Senates für Strafsachen, die Korruption im Gesundheitswesen strafrechtlich einzudämmen, ist bisher ungehört verhallt. Tatsächlich ist der Gesetzgeber gehalten, der skrupellosen Bereicherung auf Kosten der Solidargemeinschaft, die den Gesundheitsmarkt in nennenswertem Ausmaß prägt, mit dem Strafrecht entgegenzutreten. Die „Selbstheilungskräfte“ des Systems oder viel gepriesene „Compliance“-Programme werden ohne einen tatsächlich spürbaren Einsatz des Strafrechts keine Abhilfe schaffen.“*

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche



### a) Compliance-rechtliche Überlegungen

#### § 299 a StGB – Bestechlichkeit im Gesundheitswesen

§ 299 b entsprechend  
(„Bestechung ...“)

„Wer als Angehöriger eines **Heilberufs**, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, **im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs** einen Vorteil für sich oder einen Dritten als **Gegenleistung** dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er

1. **bei der Verordnung** von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,
2. **bei dem Bezug** von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder
3. **bei der Zuführung von Patienten** oder Untersuchungsmaterial

Ihn oder einen anderen **im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugen**, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche



### a) Compliance-rechtliche Überlegungen

#### Adressatenkreis

Strukturell auf  
Honorarärzte  
anwendbar

#### 1. Akademische Heilberufe (Voraussetzung: Approbation)

- **Ärzte**
- Zahn-/Tierärzte
- Psychologische Psychotherapeuten
- Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten
- Apotheker

#### 2. Gesundheitsfachberufe, z.B.

- Gesundheits- und Krankenpfleger
- Physiotherapeuten
- Ergotherapeuten
- Logopäden

#### 3. Dritte (der „Bestecher“); Beispiele:

- Heil- und Hilfsmittellieferanten oder –hersteller
- Pharmaunternehmen
- **Krankenhäuser**
- Sanitätshäuser
- Ärzte

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### a) Compliance-rechtliche Überlegungen



#### Vorteilsbegriff:

„Unter den Tatbestand fallen **sämtliche Vorteile**, unabhängig davon, ob es sich um materielle oder immaterielle Zuwendungen handelt ...“

(BT-Drs. 18/6446, S. 16)

„Der Vorteilsbegriff deckt **jede Zuwendung** ab, **auf die der Täter keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage objektiv verbessert.**“

(BGH, Urteil vom 11.04.2001 – 3 StR 503/00)

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### a) Compliance-rechtliche Überlegungen



#### Vorteil – Beispiele des Gesetzgebers:

- Kick-Back-Zahlungen
- Ehrungen und Ehrenämter
- Einladungen zu Kongressen, Fortbildungsveranstaltungen
- Einräumung von Gewinn-/Umsatzbeteiligungen
- Abschluss eines Vertrags
- Auch: **Zuwendungen aus grundsätzlich zulässiger Kooperation**

- Verschaffen einer Verdienstmöglichkeit durch Zuweisung von Patienten als verabredete Gegenleistung für vorausgegangene Zuweisung des Vorteilsnehmers?



vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 01.09.2009 – I-20 U 121/08

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche



### a) Compliance-rechtliche Überlegungen

„...“

3. Die Empfehlung eines Arztes für ein bestimmtes Krankenhaus, die **auch** darauf beruht, dass ihm **ein Vorteil zufließt**, ist mit dem Grundsatz einer **allein nach ärztlichen Gesichtspunkten zu treffenden Entscheidung** nicht zu vereinbaren. Für die Vorteilsgewährung reicht aus, **dass für den Arzt die Möglichkeit einer für ihn lukrativen Beauftragung** (hier: Abrechnung von prä-/poststationären Leistungen nach GOÄ) **besteht**.

4. Unwirksam ist auch ein Geschäft, das einen verbotenen Erfolg durch Verwendung von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zu erreichen sucht, die scheinbar nicht von der Verbotsnorm erfasst werden.“

„Nach § 31 BO ist es Ärzten **nicht gestattet**, sich für die Zuweisung von Patienten ein Entgelt oder einen anderen Vorteil versprechen oder gewähren zu lassen. Die Vorschrift ist Ausdruck der Verpflichtung des Arztes, die Entscheidung darüber, an wen er den Patienten verweist, **allein nach ärztlichen Gesichtspunkten zu treffen**. Die Entscheidung darf **nicht aufgrund eigener Interessen des Arztes getroffen werden, insbesondere nicht danach, ob ihm für die Überweisung eine Gegenleistung zufließt oder nicht ...“**

Leitsätze des Bearbeiters, MedR 2009, 664 sowie  
Urteil des OLG Düsseldorf, MedR 2009, 664, 669

Der Honorararzt - Ein Auslaufmodell?

26

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche



### a) Compliance-rechtliche Überlegungen

#### Unrechtsvereinbarung:

- Bloßes Annehmen eines Vorteils reicht nicht aus für Strafbarkeit nach § 299a StGB
  - **inhaltliche Verknüpfung von Vorteil und Gegenleistung** erforderlich.
  - Täter muss Vorteil gerade als Gegenleistung für eine zumindest intendierte unlautere Bevorzugung im Wettbewerb oder für zumindest intendierten Verstoß gegen berufsrechtliche Pflichten fordern, sich versprechen lassen oder annehmen.
  - § 299a StGB (-), wenn Bevorzugung in der Vergangenheit liegt und danach wirtschaftlicher Vorteil gewährt wird.

Ausnahme: Unrechtsvereinbarung ist vorausgegangen

Vgl. Tsambikakis, medstra 2016, 131, 134f.

Der Honorararzt - Ein Auslaufmodell?

27

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### a) Compliance-rechtliche Überlegungen



#### (II-) Legale Kooperationsformen?

##### ➤ Kooperationen mit Kliniken

##### ➤ [Anwendungsbeobachtungen ( § 67 AMG)]

kann straffrei sein, es sei denn, die vorgesehene Vergütung entschädigt nicht für zusätzlichen Aufwand, sondern für die bevorzugte Verordnung bestimmter Präparate und damit unlautere Bevorzugung des Vorteilsgebers.

➔ dann Unrechtsvereinbarung (+)

Anhaltspunkte hierfür:

- keine erkennbare ärztliche Gegenleistung
- Entschädigung übersteigt den geleisteten Aufwand deutlich

➔ Wichtig! Äquivalenz Entschädigung vs. Ärztliche Leistung

##### ➤ [Beteiligung an Unternehmen im Gesundheitswesen?]

➔ unzulässig, wenn Arzt durch seine Patientenzuführung spürbaren Einfluss auf den Ertrag aus Beteiligung nimmt (nehmen kann?).

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### a) Compliance-rechtliche Überlegungen



#### Grundsätze zur Vermeidung einer Unrechtsvereinbarung

##### ➤ Transparenzprinzip:

Offenlegung rechtlicher und tatsächlicher Leistungsbeziehungen gegenüber Arbeitgeber/Dienstherrn/Körperschaften (Clearingstelle) – unabhängig von arbeitsvertraglichen oder dienstrechtlichen Offenlegungspflichten –

##### ➤ Äquivalenzprinzip:

Angemessener Verhältnis von Leistung und Gegenleistung

##### ➤ Trennungsprinzip:

Unabhängigkeit entgeltlicher oder unentgeltlicher Zuwendungen von Beschaffungsentscheidungen bzw. Umsatzgeschäften

##### ➤ Dokumentationsprinzip:

Schriftliche Fixierung von Leistung und Gegenleistung

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### a) Compliance-rechtliche Überlegungen



#### Angewendet auf

- Honorarvertretungsarzt → kein/kaum Spannungsverhältnis
- **Honorarkooperationsarzt** → strafrechtliche Relevanz
  - Insbesondere: **Überschneidung des Patientenkontexts** zwischen ambulanter und stationärer Versorgung?
  - Insbesondere: **Leistungsäquivalenz** der gezahlten Vergütung?
- Übernahme von Funktionen im Krankenhaus
- Berechtigung zu einer eigenen Leistungserbringung
  - im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistung
  - im Rahmen der Wahlleistung

} **hierzu  
später**

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### a) Compliance-rechtliche Überlegungen



#### I. Historie

#### Ärztmangel vs. Selbstzuweisung

- Früher strikte organisatorische und personelle Trennung zwischen ambulant vertragsärztlicher Versorgung und stationärer Versorgung. Niedergelassene Ärzte waren **für** das Krankenhaus ausschließlich als Konsiliarärzte tätig sowie **im** Krankenhaus als Belegärzte.
- Vertragsarztrechtliche Öffnung: Wegen Ärztemangels ist Tätigkeit in oder die Zusammenarbeit mit Krankenhaus seit **01.01.2007** gem. § 20 Abs. 2 Satz 2 Ärzte-ZV mit vertragsärztlicher Tätigkeit vereinbar.
- Krankenhausrechtliche Klarstellung in § 2 Abs. 1 KHEntgG zum **01.01.2013**
  - ➔ **Vertragsarzt verordnet Krankenhausbehandlung (§ 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V) und nimmt an ihr teil!**



## (Straf-) Rechtliche Problembereiche



### a) Compliance-rechtliche Überlegungen

#### II. Gesetzgeberischer Wille

„Soweit Verdienstmöglichkeiten im Rahmen der beruflichen Zusammenarbeit eingeräumt werden, ist zu berücksichtigen, dass die berufliche Zusammenarbeit **gesundheitspolitisch** grundsätzlich **gewollt** ist und auch im Interesse des Patienten liegt (vgl. Halbe, *Moderne Versorgungsstrukturen: Kooperation oder Korruption?*, MedR 2015, 168), **so etwa** Kooperationsvereinbarungen über die Durchführung von vor- und nachstationären Behandlungen (§ 115a SGB V), über die Durchführung ambulanter Behandlungen (§ 115b SGB V) und über die Durchführung ambulanter spezialfachärztlicher Versorgung (§ 116b SGB V) sowie die in den § 140a SGB V ff. geregelte sektorenübergreifende Versorgungsform (integrierte Versorgung), bei der Leistungserbringer aus verschiedenen Versorgungsbereichen (beispielsweise Arzt und Krankenhaus) bei der Behandlung von Patienten miteinander kooperieren. Die Gewährung **angemessener Entgelte für die in diesem Rahmen erbrachten heilberuflichen Leistungen** und dementsprechend die Verschaffung entsprechender Verdienstmöglichkeiten sind zulässig; dies gilt beispielsweise bei einem angemessenen Entgelt für eine ambulante Operation in einem Krankenhaus durch einen niedergelassenen Vertragsarzt nach § 115b Absatz 1 Satz 4 SGB V, der den Patienten dem Krankenhaus zuvor zugewiesen hat (zur Vereinbarkeit mit dem sozialrechtlichen Verbot von Zuweisungsprämien, Nebendahl, in Spickhoff, *Medizinrecht*, 2. Auflage 2014, § 73 SGB V, Rn. 20). [...] Etwas anderes gilt, wenn festgestellt wird, dass das Entgelt nicht entsprechend dem Wert der erbrachten heilberuflichen Leistung **in wirtschaftlich angemessener Höhe nachvollziehbar festgelegt** worden ist und es eine verdeckte „Zuweisungsprämie“ enthält (vgl. Nebendahl, in Spickhoff, *Medizinrecht*, 2. Auflage 2014, § 73 SGB V, Rn. 20).“

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche



### a) Compliance-rechtliche Überlegungen

#### III. Angemessene Entgelte

- **Angemessene Entgelte oder Kick-back?**
  - Entgelt muss in angemessenem Verhältnis zur erbrachten Leistung stehen.
  - Gesetzesbegründung lässt offen, wann ein Entgelt als angemessen zu bewerten ist.
  - GOÄ nach **BGH-Urteil vom 12.11.2009 (III ZR 110/09)** im Verhältnis Honorararzt/Krankenhaus nicht zwingend anwendbar.
  - **Welches Entgelt wird für die Leistung üblicherweise gezahlt?**
  - EBM, InEK-Kalkulation, GOÄ?

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche



### a) Compliance-rechtliche Überlegungen

#### III. Angemessene Entgelte

##### 1. EBM

- **LSG Baden-Württemberg (Beschluss vom 04.11.2014 – L 5 KR 141/14 ER-B)** hat die vereinbarte pauschale Vergütung i.H.v. 60,00 € für Wundkontrolle, Verbandwechsel und Fadenziehen mit der Vergütung nach EBM 02300 i.H.v. 5,61 € verglichen.

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche



### a) Compliance-rechtliche Überlegungen

#### III. Angemessene Entgelte

##### 1. EBM

- Gesetzliche Vorgabe in § 72 SGB V:  
*„Die vertragsärztliche Versorgung ist (...) so zu regeln, daß eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse gewährleistet ist und die ärztlichen Leistungen **angemessen vergütet** werden.“*
- Subjektives Recht auf höheres Honorar kommt nach BSG erst dann in Betracht, wenn kein ausreichender finanzieller Anreiz mehr bestünde, vertragsärztlich tätig zu werden, und deshalb die Funktionsfähigkeit der vertragsärztlichen Versorgung gefährdet ist.
- **BSG:** „Bei der Beurteilung, ob die Vergütung der vertragsärztlichen Leistungen einer Arztgruppe unangemessen niedrig ist, sind auch die Einnahmen aus privatärztlicher oder sonstiger Tätigkeit zu berücksichtigen.“ (u.a. **Urteil vom 08.12.2010 – B 6 KA 42/09 R**)
- Vergütung nach EBM rechtfertigt sich durch eine Mischkalkulation!

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### a) Compliance-rechtliche Überlegungen



## 2. InEK

## III. Angemessene Entgelte

G-DRG-Report-Browser 2015

DRG-Filter: DRG-Filev, MCC, Hauptdiagnoo, Nebendiagnoo, Prozedur, Abteilung, Hauptabteilung

DRG: F04, Koronare Bypass-Operation mit mehrschichtigen Koronären OP-Prozeduren, mit koronärer Kontraktion oder Koronargefäß

Kennzeichen: F BEA

MCC 05 Krankeiten und Störungen des Kreislaufsystems

Anc. DRG: 145 N: 398 420

Fallzahl	Verweildauer	Geschlecht	PCCL	Alter (%)	
von MCC	0,91%	Normaler	58,46%	Männlich	81,58%
von gesamt	0,80%	Längiger	24,82%	Weiblich	18,42%
		1 Tag mit Abschlag	0	Unbestimmt	0,00%
		1 Tag mit zusätzlichem Entgelt	40		
Bewertungsrelation	10,790	Mittlere arithmetische Verweildauer	28,2	Fallkosten	
		Standardabweichung Verweildauer	8,9	Kontingenzkosten	39,887
				Standardabweichung	8,211

Hauptdiagnoo	Nebendiagnoo	Prozeduren	Kosten
01. Nominatation	916,93	1.975,52	111,85
02. Interventation	948,84	2.263,18	41,24
03. OP-Bereich	1.798,92		1.778,22
04. Anästhesie	1.096,33		676,92
05. Endoskopische Diagnostik / Therapie	74,01		94,31
06. Radiologie	123,77		152,51
07. Laboration	119,64		446,52
11. Übrige diagnostische und therapeutische Bereiche	137,93	0,43	225,87
<b>Summe</b>	<b>5.220,75</b>	<b>4.293,13</b>	<b>3.541,72</b>

Der Honorararzt - Ein Auslaufmodell? 36

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### a) Compliance-rechtliche Überlegungen



## III. Angemessene Entgelte

### 3. GOÄ

#### a) Gebührenrahmen nach § 5 GOÄ: 1 bis 3,5fach

- **BGH (Urteil vom 08.11.2007 – III ZR 54/07)** sieht keinen Ermessensfehlergebrauch darin, wenn persönlich-ärztliche Leistungen, die sich in einem Bereich durchschnittlicher Schwierigkeit befinden, zum Schwellenwert des 2,3fachen abgerechnet werden.
- 90 % der Leistungen werden zum sog. Schwellenwert abgerechnet.\*
- Überschreiten des 2,3fachen des Gebührensatzes nur zulässig, wenn Schwierigkeit und Zeitaufwand dies rechtfertigen. In der Leistungsbeschreibung berücksichtigte Bemessungskriterien können eine über dem Regelhöchstsatz liegende Vergütung nicht rechtfertigen.

#### b) Gebührenminderung nach § 6a GOÄ (25% - Krankenhausärzte / 15% - Vertragsärzte)?

\* hierzu Spickhoff, Abrechnung persönlich-ärztlicher und medizinisch-technischer Leistungen mit dem Höchstsatz der Regelspanne – Ermessensausübung des Arztes, NJW-RR 2008, 436

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche



### a) Compliance-rechtliche Überlegungen

#### III. Angemessene Entgelte

#### 4. „Korridortheorie“

- Bildung einer Unter- und Obergrenze angemessener Vergütung nach GOÄ, EBM und InEK
- Innerhalb dieser Grenze liegt Vergütung im Ermessen der Vertragsparteien.

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche



### a) Compliance-rechtliche Überlegungen

#### III. Angemessene Entgelte

#### 5. Festlegung der Entgelte nach Kostenkalkulation

##### Beispiel:

##### **Gemeinsamer Betrieb eines Linksherzkathetermessplatzes**

- Praxis mietet Räumlichkeiten im KH
- Nutzung der Geräte durch die Vertragsärzte im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung (Zweigpraxis) und zur Erbringung von Krankenhausleistungen für das Krankenhaus
- Nachgeordnetes Personal der Praxis ist in die Leistungserbringung eingebunden

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche



### a) Compliance-rechtliche Überlegungen

#### III. Angemessene Entgelte

#### 6. Anstellungsverhältnis

- **Niedergelassener Vertragsarzt als Chefarzt im Kollegialsystem**
  - Orientierung an den Entgelten anderer Chefärzte?  
(Maßstab: Ärzte dieser Klinik, Ärzte in vergleichbarer Position ...)
  - Variable Vergütung, Zielvereinbarungen?
  
- **Oberarzt mit Sektionsleitung**

Orientierung an der Vergütung der anderen angestellten Ärzte der Klinik,  
ggf. Tarifvertrag

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche



### a) Compliance-rechtliche Überlegungen

#### Strategien zur Risikominimierung

1. Leistungsanteile klar definieren!
2. Entgelte im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses sollten vereinbart werden auf der Basis
  - von GOÄ, InEK-Kalkulation oder EBM oder
  - einer betriebswirtschaftlich nachvollziehbaren und transparenten Kalkulation, welche zum Gegenstand des Vertrages gemacht werden sollte.

#### **Kontroll-Überlegung:**

Wäre eine zu prüfender Vertrag mit entsprechenden Konditionen auch mit einem „Dritten“ abgeschlossen worden.

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### a) Compliance-rechtliche Überlegungen



#### „WÜRZBURGER ERKLÄRUNG“\*

„Nach Überzeugung der Verfasser ist jedenfalls eine **Vergütung innerhalb dieses Vergütungskorridors** in jedem Fall noch angemessen und kann nicht als „unlauterer Vorteil“ im Sinne der §§ 299 a und b StGB kriminalisiert werden. Unzulässig wäre es nach Ansicht der Verfasser auch, einfach einen Durchschnittswert der möglichen Kalkulationsansätze zu bilden und nur diesen Durchschnittswert als „angemessen“ zu bezeichnen. Auch diese Vorgehensweise widerspräche der Berufsfreiheit und den jeweiligen gesetzgeberischen Zielen der GOÄ, des EBM, des KHG und des KHEntgG einerseits sowie dem politischen Wunsch nach sinnvollen medizinischen Kooperationen im Interesse der Patienten andererseits. ...

... **Im Zweifel darf zunächst davon ausgegangen werden, dass solche Kooperationen dem Interesse einer guten Patientenversorgung dienen. Wirtschaftliche Interessen oder gar Gewinnerzielungsabsichten der beteiligten Player schließen diese Zielrichtung nicht aus, sondern sind zur Aufrechterhaltung eines guten Gesundheitswesens zulässig und unabdingbar. ...**“

\* Würzburger Erklärung zur Angemessenheit der ärztlichen Vergütung innerhalb von medizinischen Kooperationen  
Verfasser: Beate Bahner, Fachanwaltskanzlei BAHNER, Heidelberg; Dr. Oliver Bechtler, HFBP Rechtsanwälte, Frankfurt am Main; Karl Hartmannsgruber, Sozietät HGA Hartmannsgruber Gemke Argyrakis & Partner Rechtsanwälte, München; Dr. Mareike Piltz, HFBP Rechtsanwälte, Hannover; Rita Schulz-Hillenbrand, Anwaltskanzlei Schulz-Hillenbrand, Würzburg – Stand: 3. August 2016

Abrufbar unter: <http://www.beatebahner.de/lib.medien/Wuerzburger%20Erklaerung.pdf>

Der Honorararzt - Ein Auslaufmodell?

42

## Agenda



1. Einleitung
2. Definition des Honorararztes
3. Differenzierung – Arten von honorarärztlicher Tätigkeit
4. **(Straf-) Rechtliche Problembereiche**
  - a) Compliance-rechtliche Überlegungen
  - b) Erbringung von (allgemeinen) Krankenhausleistungen**
  - c) Erbringung von Wahlleistungen
    - (1) Liquidationsrecht für den Honorararzt
    - (2) Einbeziehung qua Individualvereinbarung
  - d) Sozialversicherungsrechtliche Einstufung
5. Resümee

Der Honorararzt - Ein Auslaufmodell?

43

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### b) Erbringung von (allgemeinen) KH-Leistungen



#### Arzt erbringt Leistungen für ein Krankenhaus

(unabhängig, ob **Honorarvertretungs-** oder **Honorarkooperationsarzt**):

- Ausdrücklich **zulässig** für
  - **Vor- und nachstationäre Krankenhausleistungen**, § 115a SGB V
  - **Ambulante Operationen des Krankenhauses**, § 115b SGB V
  - **Stationäre allgemeine Krankenhausleistungen**, § 2 KHEntgG
  - **Entlassmanagement**, § 39 Abs. 1a Satz 2 SGB V
  
- Also ungeachtet dessen, ob abhängige Beschäftigung besteht oder freies Dienstverhältnis, vgl. etwa **§ 2 Abs. 1 KHEntgG** (i.d.F. des PsychEntgG):  
„Krankenhausleistungen nach § 1 Abs. 1 sind insbesondere ärztliche Behandlung, **auch durch nicht fest angestellte Ärztinnen und Ärzte, ...**“
- (Aber:) **§ 2 Abs. 3 KHEntgG**:  
„Bei der Erbringung von allgemeinen Krankenhausleistungen durch nicht im Krankenhaus fest angestellte Ärztinnen und Ärzte hat das Krankenhaus sicherzustellen, dass diese für ihre Tätigkeit im Krankenhaus die gleichen Anforderungen erfüllen, wie sie auch für fest im Krankenhaus angestellte Ärztinnen und Ärzte gelten.“

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### b) Erbringung von (allgemeinen) KH-Leistungen



#### Jedenfalls:

- **Leistungsfähigkeit des Krankenhauses** [problematisiert in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit der Wahrnehmung von Pflichten des Krankenhauses durch Honorarärzte]
- **Notwendigkeit der Krankenhausbehandlung** [vgl. § 39 Abs. 1 Satz 2 SGB V]
- **Gesamtverantwortung des Krankenhauses**
- **Einhaltung des Versorgungsauftrages** [relevant insbesondere bei Leistungen an dessen Rand, diskutiert etwa für Neurochirurgische Leistungen in einer (unfall-) chirurgischen bzw. orthopädischen Abteilung]
- **Zulässigkeit nach vertragsarztrechtlichen Regeln** [→ aufgrund von § 20 Abs. 2 Satz 2 Ärzte-ZV (+)]

## Agenda



1. Einleitung
2. Definition des Honorararztes
3. Differenzierung – Arten von honorarärztlicher Tätigkeit
4. **(Straf-) Rechtliche Problembereiche**
  - a) Compliance-rechtliche Überlegungen
  - b) Erbringung von (allgemeinen) Krankenhausleistungen
  - c) **Erbringung von Wahlleistungen**
    - (1) Liquidationsrecht für den Honorararzt
    - (2) Einbeziehung qua Individualvereinbarung
  - d) Sozialversicherungsrechtliche Einstufung
5. Resümee

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### c) Erbringung von Wahlleistungen



Ausgangspunkt:

#### § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG

*„Eine Vereinbarung über wahlärztliche Leistungen erstreckt sich **auf alle an der Behandlung des Patienten beteiligten angestellten oder beamteten Ärzte des Krankenhauses**, soweit diese zur gesonderten Berechnung ihrer Leistungen im Rahmen der vollstationären und teilstationären sowie einer vor- und nachstationären Behandlung ( § 115a des Fünften Buches Sozialgesetzbuch) **berechtig** sind, einschließlich der von diesen Ärzten veranlassten Leistungen von Ärzten und ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses; darauf ist in der Vereinbarung hinzuweisen.“*

Umstritten, ob Anwendbarkeit für Honorarärzte besteht, entweder

- im Rahmen eines **originären Liquidationsrechtes** (Honorararzt als Wahlarzt) oder
- durch individuelle Einbeziehung als „**gewünschter Vertreter**“ qua Individualvereinbarung (Honorararzt als Vertreter des liquidationsberechtigten Arztes)



## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### c) Erbringung von Wahlleistungen



#### LG Kempten, Urt. v. 30.04.2014

*Auch ein niedergelassener Vertragsarzt, der stationäre Leistungen erbringt (...), kann liquidationsberechtigt für Wahlleistungen sein, ohne am Krankenhaus angestellt oder beamtet tätig zu sein. (51 S 1227/13)*

ebenso LG Würzburg, Urt. v. 22.5.2012 - 42 S 409/12; LG Heidelberg, Urt. v. 21.12.2012 - 3 S 16/12; LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 5.3.2012 - 11 S 9701/11

#### LG Düsseldorf, Urt. v. 03.03.2014

Wer als externer Arzt Leistungen im Krankenhaus erbringt, ist darauf verwiesen, sich bezüglich der Abrechnung an den Träger des Krankenhauses zu halten, wenn er am Krankenhaus weder als Angestellter noch als Beamter beschäftigt ist. (21 S 187/12)

ebenso LG Kiel, Urt. v. 31.5.2013 - 1 S 75/12

#### **BGH, Urteil vom 16.10.2014 – III ZR 85/14:**

*„§ 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG legt den Kreis der liquidationsberechtigten Wahlärzte abschließend fest. Eine Wahlleistungsvereinbarung mit dem Krankenhausträger oder eine gesonderte Vergütungsvereinbarung mit dem behandelnden Arzt (hier: mit einem Honorararzt), die davon abweichen, sind gemäß § 134 BGB nichtig.“*

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### c) Erbringung von Wahlleistungen



#### **Auslegung § 17 Abs. 3 KHEntgG:**

*„§ 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG legt den Kreis der liquidationsberechtigten Wahlärzte abschließend fest. Es handelt sich um eine dem Schutz des Privatpatienten dienende zwingende preisrechtliche Norm (vgl. Bender, a. a. O., S. 453). Hiervon kann auch nicht im Wege einer unmittelbar zwischen dem behandelnden (nicht liquidationsberechtigten) Honorararzt und dem Patienten zustande gekommenen individuellen Vergütungsabrede abgewichen werden.“*

- Keine Erstreckung des **§ 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG** auf nicht angestellte Ärzte.
- Keine Erstreckung auf externe Ärzte i.S.d. **§ 17 Abs. 3 letzter Hs. KHEntgG**
- Keine Erweiterung gemäß **§ 17 Abs. 1 Satz 2 KHEntgG**, weil auf wahlärztliche Leistungen nicht anwendbar (Fall der sog. medizinischen Wahlleistungen)

#### **Honorararzt als gewünschter Vertreter?**

*„In der Wahlleistungsvereinbarung v. 12. 3. 2010 ist er weder als Wahlarzt noch als „gewünschter“ Stellvertreter des Wahlarztes aufgeführt (dazu Bender, a. a. O., S. 452; vgl. allgemein zur Möglichkeit einer Stellvertreterregelung in Wahlleistungsvereinbarungen: Senatsurt. v. 20. 12. 2007 – III ZR 144/07 –, BGHZ 175, 76, 79 ff.).“*

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### c) Erbringung von Wahlleistungen



Gegen die Entscheidung des BGH wurde **Verfassungsbeschwerde** eingelegt → nicht zur Entscheidung angenommen (BVerfG, Beschluss vom 03.03.2015 – 1 BvR 3226/14):

„1. Die für die Beurteilung der Abrechnung wahlärztlicher Leistungen durch Honorarärzte maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen sind im Hinblick auf die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und die durch Art 20 Abs. 3 GG gezogenen Grenzen geklärt.

2. Leistungserbringer der Wahlleistungen ist das Krankenhaus, nicht der ausführende Arzt; das Gesetz räumt dem insoweit vom Krankenhaus berechtigten Wahlarzt lediglich ein Liquidationsrecht für die von ihm durchgeführten wahlärztlichen Leistungen unmittelbar gegenüber den Patienten ein.

3. Ein Honorararzt erbringt auf Grund eines Dienstvertrages im stationären oder ambulanten Bereich des Krankenhauses ärztliche Leistungen für den Krankenhausträger, ohne bei diesem angestellt oder als Belegarzt oder Konsiliararzt tätig zu sein.

4. Ohne Angaben zum Anteil der Einnahmen aus der nebenberuflichen Honorararztstätigkeit im Verhältnis zu den Gesamteinkünften als Arzt lässt sich nicht feststellen, in welchem Ausmaß ein Beschwerdeführer in seiner Berufsausübungsfreiheit beeinträchtigt ist.

5. **Es ist ohne weiteres vertretbar, § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntg nicht im Wege der erweiternden Auslegung auf Honorarärzte, die auf Veranlassung des Krankenhausträgers die ärztliche (Haupt-)leistung im Krankenhaus erbringen, anzuwenden. ...**

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### c) Erbringung von Wahlleistungen



6. Mit der Regelung in § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntg kommt zunächst zum Ausdruck, dass wahlärztliche Leistungen „als Einheit“ angeboten und erbracht werden, um abrechnungstechnische Schwierigkeiten zu vermeiden.

7. Die Annahme, dass die Erbringung und Abrechnung wahlärztlicher Leistungen nicht unter Umgehung des § 17 KHEntg durch privatärztlichen Vertrag zwischen Honorararzt und Patient vereinbart werden kann, ist ohne weiteres vertretbar.

8. Der **Grund für die Ungleichbehandlung** von angestellten oder beamteten Ärzten gegenüber Honorarärzten **liegt nicht in einer unzutreffenden Annahme des Gesetzgebers zu unterschiedlicher fachlicher Qualität der jeweils betroffenen Ärzte.**

→ Aber:

„Die Argumentation des Bf. geht schon im Ansatz fehl, **weil sie der Entscheidung des BGH einen unzutreffenden Inhalt beimisst.** Die angegriffene Entscheidung beruht nicht auf der Annahme, ein Honorararzt könne (generell) keine wahlärztlichen Leistungen abrechnen. Nach den Tatsachenfeststellungen, die der BGH seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat und die vom Bf. nicht angegriffen werden, ist der Bf. in der Wahlleistungsvereinbarung zwischen Krankenhaus und Patientin weder als Wahlarzt noch als „gewünschter“ Stellvertreter eines Wahlarztes aufgeführt. **Der BGH hat sich deshalb folgerichtig nicht mit der Frage befasst, ob ein Honorararzt in der Wahlleistungsvereinbarung zwischen Krankenhausträger und Patient als solcher bestimmt werden und in dieser Eigenschaft Leistungen abrechnen kann. ...**“

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### c) Erbringung von Wahlleistungen



Hieraufhin weiter streitig, ob Honorararzt ein **originäres Liquidationsrecht** eingeräumt werden kann.

- **Streitig**, ob **Wortlaut des § 17 Abs. 3 KHEntgG** ausschließlich Wahlartzkette regelt
- **Streitig**, ob Klärung der Berechtigung zur originären Aufnahme des Honorararztes in die Wahlleistungsvereinbarung nicht **§ 17 Abs. 1 Satz 1 KHEntgG** bietet.

<b>Dafür</b>	<p>z.B. <b>Theodoridis</b>, Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG, ZMGR 2015, 121 ff.</p> <p><i>„Die Intention des Gesetzgebers kann eindeutiger nicht sein: Das Krankenhaus entscheidet selbst, welche Leistungen als Wahlleistungen angeboten werden. Solange die allgemeinen Krankenhausleistungen nicht beeinträchtigt werden und der Patient mit einem konkreten Angebot einverstanden ist, können die vereinbarten Wahlleistungen gesondert berechnet werden.“</i></p>
<b>Dagegen</b>	<p>z.B. <b>Clausen</b>, Die Teilnahme des niedergelassenen Vertragsarztes an der stationären Behandlung im Krankenhaus – Schnittstellen zwischen Arbeits-, Sozial- und Medizinrecht, ZMGR 2014, 396 ff.</p> <p><i>„Honorarärzte werden durch den Wortlaut des § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG ausdrücklich nicht erfasst, ...“</i></p>

Vgl. etwa auch Bäune, Die Persönliche Leistungserbringung im Krankenhaus, MedR 2014, 76, 84.

Der Honorararzt - Ein Auslaufmodell?

52

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### c) Erbringung von Wahlleistungen



#### Einbeziehung des Honorararztes durch (Individual-)Vereinbarung mit Patienten

- **Vertretung** ist **grundsätzlich möglich** (s. auch BGH, Urteil vom 11.05.2010 – VI ZR 252/08, Rn. 7: *„sofern er mit dem Patienten nicht eine Ausführung seiner Kernleistungen durch einen Stellvertreter wirksam vereinbart hat“*).
- Vertreterklauseln in Wahlleistungsvereinbarungen = AGB; nur bei unvorhersehbarer Verhinderung und durch namentlich genannten ständigen ärztlichen Vertreter wirksam.
- Die Durchführung der OP durch einen **Stellvertreter** ist, selbst wenn dieser in der Wahlleistungsvereinbarung genannt ist, nicht von der Einwilligung des Patienten umfasst, wenn er nicht über die Substitution unterrichtet wurde.
- bislang streitig, so etwa **OLG Braunschweig, Urteil vom 25.09.2013 – 1 U 24/12**; a.A. bisher **OLG Hamm, Urteil vom 02.09.2014 – 26 U 30/13** (*„Will der Patient nur durch einen bestimmten Arzt, z. B. einen bestimmten Chefarzt, behandelt werden, so muss der Patient den Behandlungsausschluss durch andere Ärzte hinreichend deutlich machen.“*)
- jetzt **BGH, Urteil vom 19.07.2016 – VI ZR 75/15**:
  - „1. Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens, der darauf zielt, der Patient sei mit der Vornahme des Eingriffs durch einen anderen Operateur einverstanden gewesen, ist nicht erheblich, weil dies dem Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses bei ärztlichen Eingriffen widerspricht (§ 823 Abs. 1 BGB). (amtlicher Leitsatz)*
  - 2. Der Wahlarzt muss die seine Disziplin prägende Kernleistung persönlich und eigenhändig erbringen, sofern er mit dem Patienten nicht eine Ausführung seiner Kernleistung durch einen Stellvertreter wirksam vereinbart hat. (redaktioneller Leitsatz)“*

Der Honorararzt - Ein Auslaufmodell?

53

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### c) Erbringung von Wahlleistungen



→ **Vertreter**, vgl. BGH, Urteil vom 20.12.2007 – III ZR 144/07

„1. Klauseln in einer formularmäßigen Wahlleistungsvereinbarung, durch die die einem Wahlarzt obliegende Leistung im Fall seiner Verhinderung durch einen Vertreter erbracht werden darf, sind nur wirksam, wenn sie auf die Fälle beschränkt sind, in denen die Verhinderung im Zeitpunkt des Abschlusses der Wahlleistungsvereinbarung nicht bereits feststeht, und wenn als Vertreter der namentlich benannte ständige ärztliche Vertreter im Sinne des § 4 Abs. 2 Satz 3 und 4, § 5 Abs. 5 GOÄ bestimmt ist.

2. Wird eine Stellvertretervereinbarung im Wege der **Individualabrede** geschlossen, bestehen gegenüber dem Patienten **besondere Aufklärungspflichten, bei deren Verletzung dem Honoraranspruch des Wahlarztes der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegensteht.**“

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### c) Erbringung von Wahlleistungen



→ **Aufklärungspflichten bei Individualvereinbarung**, vgl. BGH, Urteil vom 20.12.2007 – III ZR 144/07:

- Patient möglichst früh über die Verhinderung des Wahlarztes zu unterrichten.
- Ihm ist das Angebot zu unterbreiten, dass an dessen Stelle ein bestimmter Vertreter zu den vereinbarten Bedingungen die wahlärztlichen Leistungen erbringt.
- Weiter ist der Patient über die alternative Option zu unterrichten, auf die Inanspruchnahme wahlärztlicher Leistungen zu verzichten und sich ohne Zuzahlung von dem jeweils diensthabenden Arzt behandeln zu lassen.
- Ist die jeweilige Maßnahme bis zum Ende der Verhinderung des Wahlarztes verschiebbar, ist dem Patienten auch dies zur Wahl zu stellen

**Bei Leistungserbringung durch Dritten (nicht Wahlarzt oder ständiger ärztlicher Vertreter) → Reduzierung des Steigerungssatzes gem. § 5 Abs. 5 GOÄ**

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### c) Erbringung von Wahlleistungen



→ **gewillkürte Vertretung/Anwesenheitsvertretung** möglich?

→ **PRO:** die gewünschte, oder „Anwesenheitsvertretung“ ist Ausdruck der Patientenautonomie und der freien Arztwahl (vgl. Andreas, ArztR 2009, 177; Bender, GesR 2013, 453; OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.04.1998 – 8 U 171/97).

→ Aber: nur durch Individualvereinbarung.

→ **KONTRA:** unzulässige Erweiterung des Kreises der in § 17 Abs. 3 KHEntgG genannten Wahlärzte, d.h. Umgehung?

Im Fall des BGH (Urteil vom 16.10.2014 – III ZR 85/14) war die Vereinbarung über Behandlung gegen Privatabrechnung nichtig. Dort wurde aber versucht, den Arzt auch zum Wahlarzt zu machen (und zwar durch Vereinbarung zwischen Arzt und Patient). Bei gewillkürter Vertretung wäre er Vertreter.

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### c) Erbringung von Wahlleistungen



→ **gewillkürte Vertretung/Anwesenheitsvertretung** möglich?

→ **Wie ist die gewillkürte Vertretung zu vereinbaren?**

Vgl. **AG Hamburg(-Mitte), Urteil vom 31.07.2013 – 8a C 342/12:**

Wenn die

*„Angaben zum Patienten ... mit einem Aufkleber eingefügt werden ... (und) die Vereinbarung an verschiedenen Stellen mit Pünktchen gekennzeichnete Bereiche (enthält), ... Verhaltensalternativen einer Verschiebung der Operation ... allgemein formuliert und nicht auf den Einzelfall zugeschnitten ..., dem äußeren Anschein nach vorgedruckt (sind)“,*

soll es sich nicht um eine wirksame Individualvereinbarung handeln.

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### c) Erbringung von Wahlleistungen



#### STRAFRECHTLICHE RELEVANZ?

CAVE: Gefahr des Abrechnungsbetrugs

Vgl. **LG Aschaffenburg, Beschluss vom 29. November 2013 – KLS 104 Js 13948/07:**

- Strafverfahren wegen gewerbsmäßigen Abrechnungsbetrugs durch „falsche“ Wahlleistungsvereinbarungen, die mehrere statt nur eines ständigen ärztlichen Vertreters benannten.
- Einstellung des Strafverfahrens gegen Geldauflage i.H.v. 150.000,00 €
- Die dort diskutierte Rechtsfrage über die höchstmögliche Anzahl von ständigen ärztlichen Vertretern ist vorliegend irrelevant.
- hier: bei Behandlung durch den „falschen“ Leistungserbringer werden nicht abrechenbare Leistungen (aufgrund Verstoßes gegen den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung) zur Abrechnung gebracht.
- Vgl. **BGH, Beschluss vom 25.01.2012 – 1 StR 45/11:**  
*„Ein Arzt, der ärztliche Leistungen als eigene abrechnen lässt, behauptet nicht nur, zu deren Abrechnung berechtigt zu sein, sondern - zumindest konkludent - auch, dass die Voraussetzungen der den Abrechnungen zugrunde liegenden Rechtsvorschriften eingehalten sind. Die zum Abrechnungsbetrag bei Vertragsärzten entwickelten Grundsätze gelten in gleicher Weise für privatliquidierende Ärzte.“*

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### c) Erbringung von Wahlleistungen



#### STRAFRECHTLICHE RELEVANZ?

CAVE: Gefahr des Körperverletzungsvorwurfes

Vgl. **BGH, Urteil vom 19.07.2016 - VI ZR 75/15:**

*„Im vorliegenden Fall tritt ferner hinzu, dass der Kläger ausweislich der mit der Beklagten zu 3 geschlossenen Wahlleistungsvereinbarung nur unter der Voraussetzung einer Behandlung durch den Chefarzt zur Einwilligung bereit war, § BGB § 823 Abs. BGB § 823 Absatz 1 BGB. **Der Patient schließt einen solchen Vertrag im Vertrauen auf die besonderen Erfahrungen und die herausgehobene medizinische Kompetenz des von ihm ausgewählten Arztes**, die er sich in Sorge um seine Gesundheit gegen Entrichtung eines zusätzlichen Honorars für die Heilbehandlung sichern will. Demzufolge muss der Wahlarzt die seine Disziplin prägende Kernleistung persönlich und eigenhändig erbringen (Senat, Urteil vom 11. Mai 2010 - VI ZR 252/08, NJW 2010, 2580 Rn. 7). Insbesondere muss der als Wahlarzt verpflichtete Chirurg die geschuldete Operation grundsätzlich selbst durchführen, sofern er mit dem Patienten nicht eine Ausführung seiner Kernleistung durch einen Stellvertreter wirksam vereinbart hat (vgl. zu den an eine solche Vereinbarung anzulegenden Maßstäben BGH, Urteil vom 20. Dezember 2007 - III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 Rn. 7 ff.). Vor diesem Hintergrund ist im Streitfall zudem das Vertrauen des Klägers, das dieser in die mit der Beklagten zu 3 geschlossene Wahlleistungsvereinbarung und damit auch in die besonderen Erfahrungen und die herausgehobene medizinische Kompetenz des Beklagten zu 1 gesetzt hat, enttäuscht worden.“*

## Agenda



1. Einleitung
2. Definition des Honorararztes
3. Differenzierung – Arten von honorarärztlicher Tätigkeit
4. **(Straf-) Rechtliche Problembereiche**
  - a) Compliance-rechtliche Überlegungen
  - b) Erbringung von (allgemeinen) Krankenhausleistungen
  - c) Erbringung von Wahlleistungen
    - (1) Liquidationsrecht für den Honorararzt
    - (2) Einbeziehung qua Individualvereinbarung
  - d) **Sozialversicherungsrechtliche Einstufung**
5. Resümee

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche d) Sozialversicherungsrechtliche Einstufung



Vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 17.04.2013 – L 5 R 3755/11:

1. Die Ausübung des ärztlichen Berufs erfolgt - vom Beamtenverhältnis abgesehen - entweder in freier Niederlassung oder im Angestelltenverhältnis.
2. Krankenhausärzte sind weiterhin in der Regel angestellte Ärzte.
3. Nicht niedergelassenen Ärzten kann die Berechtigung zur Ausübung des ärztlichen Berufs in Form der stationären Behandlung von Krankenhauspatienten in Hauptabteilungen - beschränkt auf ein bestimmtes Krankenhaus - **nur durch die Anstellung bei diesem** vermittelt werden.
4. Die **selbständige Tätigkeit** eines Arztes in einem Krankenhaus im Rahmen einer Kooperation mit diesem **setzt** zumindest eine vorhandene Berechtigung zur Behandlung von eigenen Patienten und damit **die Niederlassung** des Arztes voraus.
5. Die Aneinanderreihung zeitlich befristeter Beschäftigungen eines - nicht niedergelassenen - Arztes an einem oder mehreren Krankenhäusern auf der Grundlage eines Rahmenvertrags ist arbeitsrechtlich zulässig und verstößt nicht gegen das Verbot der Ausübung des ärztlichen Berufs im Umherziehen. **Sie unterfällt der Sozialversicherungspflicht**, in der Regel einschließlich der Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung, da sie regelmäßig nicht als unständige Beschäftigung zu qualifizieren sein wird.“

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### d) Sozialversicherungsrechtliche Einstufung



Vgl. **SG Kassel, Urteil vom 20.02.2013 – S 12 KR 69/12:**

„Zur Versicherungs- und Beitragspflicht eines in einem Krankenhaus/einer Rehabilitationsklinik auf Stundenbasis in Vollzeit vermeintlich als Honorararzt freiberuflich selbstständig Tätigen ärztlichen Psychotherapeuten **bei regulärer Einbindung in den fremdbestimmten Klinikalltag** unter Zugrundelegung des Behandlungskonzeptes der Klinik sowie ihres konkreten Behandlungsplanes/ Versorgungsauftrages.“

→ Im Ergebnis: **Annahme sozialversicherungspflichtiger Anstellung**

Vgl. **LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 20.08.2015 - L 4 R 1001/15:**

„1. Ein Arzt, der nach dem zwischen ihm und dem Krankenhaus geschlossenen Vertrag **in die Rufbereitschaft einer Sektion einer Abteilung eines Krankenhauses eingebunden** ist, ist **abhängig beschäftigt**.“

Vgl. **SG Dortmund, Urteil vom 20.02.2015 – S 34 R 2153/13:**

„**Stationsärzte** einer Klinik sind keine freiberuflichen Honorarkräfte, sondern abhängig beschäftigt, wenn sie in die **Arbeitsorganisation** der Station **eingegliedert** sind und **kein Unternehmerrisiko** tragen.“ (Leitsatz, nach NZS 2015, 307)

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### d) Sozialversicherungsrechtliche Einstufung



Vgl. **SG Kassel, Urteil vom 10.02.2012 - S 208 KR 102/09, NZS 2012, 627:**

„1. Im Rahmen des Antragsverfahrens nach § 7a SGB IV ist ein Feststellungsinteresse der Beteiligten vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BSG (vgl. BSG, Urt. v. 11. 3. 2009 – B 12 R 11/07 R) auch dann zu bejahen, wenn Versicherungsfreiheit in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung aufgrund von Versicherungsfreiheitstatbeständen (u.a. § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI) besteht.

2. Trotz Vorliegens von Indizien, die für ein Beschäftigungsverhältnis sprechen, überwiegen in dem Fall, indem ein Anästhesist als Honorararzt im Krankenhaus tätig wird, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechenden Umstände.“

Vgl. **SG Augsburg, Urteil vom 13.05.2016 - S 2 R 954/14, BeckRS 2016, 72177:**

„Nach Auffassung der Kammer überwiegen vorliegend die Merkmale für eine selbstständige Tätigkeit. Die Tätigkeit der Beigeladenen für die Klägerin **unterschied sich** von der Tätigkeit im Vergleich zu festgestellten Ärzten. Die Arbeitseinsätze der Beigeladenen erfolgten jeweils **nach Vereinbarung** zwischen der Klägerin und der Beigeladenen. Die Beigeladene konnte daher nur dann zu einem konkreten Zeitpunkt zu einem Dienst herangezogen werden, wenn es mit ihr entsprechend vereinbart worden war. **Gegen ihren Willen war eine Übernahme bestimmter Dienste nicht möglich**. Die Beigeladene war daher nicht verpflichtet, Dienste zu übernehmen, sondern es wurde im Einzelfall konkret vereinbart, wann sie tätig wurde. Nach § 1 des Konsiliararztvertrages zwischen der Klägerin und der Beigeladenen erbringt die Ärztin im Fachgebiet Anästhesie und Notfallmedizin nach Absprache die vom Krankenhaus jeweils angeforderten konsiliarärztlichen Leistungen.“



## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### d) Sozialversicherungsrechtliche Einstufung



Gewichtung anhand der im Sozialrecht etablierten **Kriterien**, wie

- Persönliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber (mehrere Auftraggeber!)
- Eingliederung in den Betrieb
- Weisungsrecht des Arbeitgebers zu
  - Zeit
  - Dauer
  - Ort
  - Art
- Unternehmerrisiko
- Vorhandensein eigener Betriebsstätte
- Verfügungsmöglichkeit über eigene Arbeitskraft
- Freie Gestaltbarkeit von Tätigkeit und Arbeitszeit

Vgl. Porten, Zur Eingehung von „Scheinarbeitsverhältnissen“ im Gesundheitswesen, MedR 2015, 327 ff.

Der Honorararzt - Ein Auslaufmodell?

64

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### d) Sozialversicherungsrechtliche Einstufung



#### Fazit in der Literatur:

- **Reiserer**, Honorarärzte in Kliniken: Sozialversicherungspflichtige Beschäftigung oder Selbständigkeit?, MedR 2012, 102, 105:

*„Für Kliniken ist bei der Beschäftigung von Honorarärzten weiterhin Vorsicht geboten, denn eine einheitliche Rechtsprechung zum Status dieser Vertragsverhältnisse fehlt bis heute. Hohe Anforderungen sind aus Sicht der Kliniken vor allem an die Vertragsgestaltung, aber auch an die Durchführung der Zusammenarbeit mit den Honorarärzten zu stellen. Eine große Erleichterung bieten Statusfeststellungsverfahren, die bei der Deutschen Rentenversicherung Bund durchgeführt werden und die eine rechtzeitige und verbindliche Klärung zum Vertragsstatus des Honorararztes sicherstellen können.“*

- **Hanau**, Der rechtliche Status von Honorarärzten im Krankenhaus, MedR 2015, 77, 84 f.:

1. Die Honorarärzte stehen in Rechtsverhältnissen zu den Krankenhausträgern und den Sozialversicherungsträgern. **Für beide Rechtsverhältnisse ist die Abgrenzung zwischen selbständiger und abhängiger Tätigkeit entscheidend**; sie erfolgt im Wesentlichen nach den gleichen Grundsätzen.
2. Nach der Rechtsprechung des BVerfG hat die Abgrenzung nach der typologischen Methode zu erfolgen.
3. Im Krankenhausrecht ist die Tätigkeit von Honorarärzten als Typus selbständiger Tätigkeit anerkannt, wie er sich aus der sozialen Wirklichkeit ergibt. Dafür reicht allerdings die Bezeichnung als Honorararzt nicht aus; vielmehr muss sich die Tätigkeit im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben erkennbar von der eines Arbeitnehmers unterscheiden. Diese Vorgaben dürfen aber nicht so verstanden werden, dass für den anerkannten Typ des selbständigen Honorararztes im Krankenhaus kein Raum bleibt.
4. Den gemeinsamen Bestimmungen der §§ 611–630 BGB für den freien und abhängigen Dienstvertrag lässt sich nicht entnehmen, wie beide Vertragstypen abzugrenzen sind, wohl aber, was für ihre Abgrenzung nicht bedeutsam sein kann, weil es beiden Vertragstypen gemeinsam ist.

...

Der Honorararzt - Ein Auslaufmodell?

65

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### d) Sozialversicherungsrechtliche Einstufung



#### Fazit in der Literatur:

5. Wenn die **tatsächliche Handhabung** eines als frei vereinbarten Dienstvertrages nicht zwingend für ein Arbeitsverhältnis spricht, ist der von den Parteien gewählte Vertragstyp maßgeblich. Enthält der Dienstvertrag dagegen keine Festlegung auf einen Vertragstyp, kann sich seine Beurteilung nur nach der tatsächlichen Durchführung richten.

6. Aufgrund der allgemeinen Abgrenzungsgrundsätze und ihrer Anwendung auf Tätigkeiten in fremden Organisationen, insbesondere von Ärzten in Krankenhäusern, ist die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zu einem klaren und einheitlichen Ergebnis gelangt. Die Tätigkeit von Krankenhausärzten **kann** ebenso wie die von Ärzten im Rettungsdienst und Betriebsärzten **selbständig oder abhängig** sein. Abhängige Tätigkeit ist vor allem durch Weisungsgebundenheit in Bezug auf Dauer und Lage der Arbeitszeit gekennzeichnet, daneben in Bezug auf den Inhalt der Tätigkeit, während dies bei freien Dienstverträgen entweder vom Dienstnehmer bestimmt oder vertraglich geregelt wird. Bei der vertraglichen Regelung darf es sich nicht um ein einseitiges Vertragsdiktat des Dienstgebers handeln, sondern die Bestimmungen müssen im Wesentlichen verhandelbar sein. Ebenso reicht es aus, dass der Arzt fortlaufend entscheiden kann, ob er einzelne Einsätze übernimmt oder nicht. Führen diese Kriterien nicht zu einem bestimmten Ergebnis, entscheidet die vertragliche Zuordnung.

7. Auch die Abgrenzung von selbständiger und abhängiger Tätigkeit in § 7 Abs. 1 SGB IV stellt vor allem auf die **Weisungsgebundenheit bzw. ihr Fehlen** ab. Andere vom BSG genannte Kriterien haben angesichts der gesetzlichen Regelung geringere Bedeutung und werden vom BSG entsprechend gewichtet.

8. Die Sozialgerichte gehen bei der Beurteilung des Rechtsverhältnisses der (so bezeichneten) Honorarärzte von einer selbständigen Tätigkeit aus, solange nicht der faktische Arbeitnehmerstatus feststeht. **Sprechen gleich gewichtige Gründe für Selbständigkeit bzw. Abhängigkeit, wird dem Willen der Vertragsparteien Vorrang eingeräumt.**

...

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### d) Sozialversicherungsrechtliche Einstufung



#### Fazit in der Literatur:

Vgl. aber

➤ **Thorsten Diepenbrock\***: Selbständigkeit und Arbeitnehmereigenschaft im Sozialrecht, NZS 2016, 127:

„Alles in Allem lässt sich zusammenfassen, dass die bisherige sozialgerichtliche Rechtsprechung **kaum einen Spielraum für die nicht sozialversicherungspflichtige Beschäftigung von Honorarärzten** lässt. Nur schwer überwinden lässt sich dabei die Hürde der Eingliederung in den Betrieb als Hauptkriterium für die Annahme eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nach § 7 Abs. 1 SGB IV. Die Erfüllung des Versorgungsauftrags der Krankenhäuser und Kliniken dürfte jedoch nur möglich sein, wenn das **Fremdpersonal in Form der Honorarärzte weitestgehend in die bestehenden betrieblichen Strukturen eingebunden wird**. Das gilt vor allem vor dem Hintergrund des § 2 Abs. 3 KHEntG. Soweit § 2 Abs. 2 KHEntG von der Leistungserbringung durch „nicht festangestellte Ärzte“ spricht, scheint das angesichts der hier dargestellten Rechtsprechung in einem deutlichen Widerspruch zu den Bewertungsmaßstäben des § 7 Abs. 1 SGB IV zu stehen. **Nicht zu erwarten ist in diesem Zusammenhang, dass sich die beitragsrechtliche Rechtsprechung zu Gunsten der krankenhausrrechtlichen Regeln beugt** und von den genannten Prinzipien abweicht, zumal das KHEntG lediglich die Vergütungsansprüche von Krankenhäusern regelt, aber keine Aussagen zum sozialversicherungsrechtlichen Status von im Krankenhaus tätigen Personen trifft. Vor diesem Hintergrund erscheint die Beschäftigung von Honorarärzten insbesondere zur Vertretung von Chef-, Ober- und Assistenzärzten als besonders problematisch, da diese sich bei praxisnaher Betrachtung zwingend in den Krankenhausalltag einzufügen haben und entweder selbst Weisungen von vorgesetzten Ärzten unterliegen oder Weisungen an untergeordnete Ärzte und das Krankenhauspersonal erteilen. ...“

\* Leiter des Betriebsprüfendienstes der Deutschen Rentenversicherung Westfalen

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### d) Sozialversicherungsrechtliche Einstufung



#### STRAFRECHTLICHE RELEVANZ?

CAVE: § 266a StGB

Vgl. BGH, Urteil vom 13.06.2001 – 3 StR 126/01 („Lohnschlachter“-Entscheidung):

„Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen eine Arbeitgeberstellung des Angeklagten im Sinne von § 266 a Abs. 1 StGB. Die zwischen den Firmen des Angeklagten und den Zerlegebetrieben abgeschlossenen „Werkverträge“ hatten jeweils **die Überlassung von Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung zum Gegenstand**. Denn sämtliche vom Angeklagten in der beschriebenen Weise eingesetzten „Selbständigen“ einschließlich der „Subunternehmer“ waren **nach den allein maßgeblichen tatsächlichen Verhältnissen** - umfassende **Weisungsgebundenheit, Entlohnung nach festen Stundensätzen, Einbindung in den Betriebsablauf** des jeweiligen Zerlegebetriebes, **kein eigenes unternehmerisches Risiko - Arbeitnehmer in einem sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnis**. Trotz der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung gilt der Angeklagte als lohnzahlender Verleiher gemäß § 10 Abs. 3 AÜG, § 28 e Abs. 2 Sätze 3 und 4 SGB IV gegenüber der Einzugsstelle als Arbeitgeber und hat neben dem Entleiher für den auf das Arbeitsentgelt entfallenden Gesamtsozialversicherungsbeitrag einzutreten (vgl. Gribbohm in LK 11. Aufl. § 266 a Rdn. 16 m.w. Nachw.).“

## (Straf-) Rechtliche Problembereiche

### d) Sozialversicherungsrechtliche Einstufung



#### STRAFRECHTLICHE RELEVANZ?

So auch BGH, Urteil vom 16.04.2014 – 1 StR 516/13, NZA-RR 2014, 367, 369 (RN 37):

„... ist die Strafkammer entgegen der Auffassung der Revision zutreffend davon ausgegangen, dass **„illegale Beschäftigungsverhältnisse“** iSv § 14 II 2 SGB IV vorlagen und eine Hochrechnung auf ein Bruttoentgelt vorzunehmen war. Die Urteilsfeststellungen ergeben nämlich objektiv eine Verletzung von zentralen arbeitgeberbezogenen Pflichten des Sozialversicherungsrechts durch die Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen (vgl. §§ 28 d, 28 e SGB IV) und die Verletzung von Meldepflichten (vgl. § 28 a SGB IV) sowie subjektiv einen auf die Verletzung dieser Arbeitgeberpflichten gerichteten (bedingten) Vorsatz (vgl. zu den Voraussetzungen der Annahme eines illegalen Beschäftigungsverhältnisses BSGE 109, 254 = NZA-RR 2012, 539).“

→ Hierzu:

„3. Die Ausführungen des Senats belegen freilich zugleich, dass das Ergebnis der vorzunehmenden Abwägung gerade in Fällen, in denen eine sog. Scheinselbständigkeit in Rede steht, vor dem Hintergrund, dass über den „Aussagegehalt“ einzelner Merkmale zum Teil keine Einigkeit besteht und es zudem an einer eindeutigen Gewichtung der einzelnen Merkmale untereinander fehlt, **nicht immer sicher vorhersehbar sein dürfte**.“

→ Statusfeststellungsverfahren (§ 7a SGB IV) anzuraten

## Agenda



1. Einleitung
2. Definition des Honorararztes
3. Differenzierung – Arten von honorarärztlicher Tätigkeit
4. (Straf-) Rechtliche Problembereiche
  - a) Compliance-rechtliche Überlegungen
  - b) Erbringung von (allgemeinen) Krankenhausleistungen
  - c) Erbringung von Wahlleistungen
    - (1) Liquidationsrecht für den Honorararzt
    - (2) Einbeziehung qua Individualvereinbarung
  - d) Sozialversicherungsrechtliche Einstufung
5. Resümee

## Resümee



### Der Einsatz von Honorärärzten im Krankenhaus begegnet rechtlichen Fragestellungen auf verschiedenen Gebieten:

1. Die Fragen der **vertragsarztrechtlichen** und **krankenhausrechtlichen** Zulässigkeit, was die Erbringung von **Krankenhausleistungen** (ohne den Bereich der Wahlleistungen) angeht, sind zwischenzeitlich durch Änderungen von Ärzte-ZV und KHEntgG positivrechtlich normiert.
2. Ungeklärt ist weiterhin die Zulässigkeit der **Erbringung von Wahlleistungen** durch Honorarärzte, entweder aufgrund eines originären oder aber bloß abgeleiteten Liquidationsrechtes als Vertreter liquidationsberechtigter Ärzte aufgrund des Abschlusses gewillkürter Vertretungen, welche in jedem Falle individualvertraglich mit dem Patienten zu vereinbaren sind.

Hinsichtlich erstgenannten Option (originäres Liquidationsrecht) ist die Rechtslage umstritten, der zweitgenannten Option (gewillkürte Vertretung) mögen tatsächliche Schwierigkeiten bei Abschluss entsprechender individueller Vereinbarungen mit den jeweiligen Patienten bestehen.
3. Entsprechende honorarärztliche Tätigkeiten sind nur unter Wahrung von **Transparenz, Äquivalenz** der Gegenleistung, **Trennung** zu sonstigen Beschaffungsentscheidungen bzw. Umsatzgeschäften und einer ausreichenden **Dokumentation** zulässig.
4. Trotz deren Einhaltung wird gerade bei dem Einsatz von **Honorarkooperationsärzten** für ein Krankenhaus der Eindruck einer (Mit-)Veranlassung deren Zuweisungspotentials für den Vertragsschluss zwischen Arzt und Krankenhaus jedenfalls dann kaum zu entkräften sein, wenn man einen strengen Maßstab anlegt, wie teilweise in früherer Rechtsprechung formuliert.
5. Folgt man der Doktrin einer **rein am Willen des Patienten** ausgerichteten ärztlichen Entscheidungsmaxime ohne jegliche Gefahr einer monetären (Mit-)Beeinflussung derselben, so resultierte schon alleine hieraus – bei einem überschneidenden Patientenkontext in beiden Tätigkeitsfelder – das faktische Aus jéglichen Einsatzes von **Honorarkooperationsärzten**.

Prof. Dr. Dr. Thomas Ufer  
Rechtsanwalt und Arzt  
Fachanwalt für Medizinrecht

[ufer@cc-recht.de](mailto:ufer@cc-recht.de)  
Tel. 040 / 355372 - 235  
Fax 040 / 355372 - 55 235

HERZLICHEN DANK  
FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT!

  
CAUSACONCILIO  
RECHTSANWÄLTE . NOTARE

