

# **Erfüllung des Versorgungsauftrags durch Einsatz von Ärztinnen und Ärzten eines anderen Krankenhauses**

(Vortrag anlässlich der Frühjahrstagung der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht des Deutschen Anwaltvereins e.V. in Wiesbaden am 1. und 2. April 2022)

## **1. Einführung und Inhalt des Vortrags**

Der Vortrag hat den Titel: Erfüllung des Versorgungsauftrags durch Einsatz von Ärztinnen und Ärzten eines anderen Krankenhauses. Damit bildet die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Februar 2020 selbstverständlich einen Schwerpunkt meiner Überlegungen.

Ich möchte indessen das Thema des Vortrags ein wenig erweitern. Über die Frage, ob und in welchem Umfang der Versorgungsauftrag eines Krankenhauses auch mit zur Verfügung gestelltem Personal eines anderen Krankenhauses erfüllt werden kann hinaus, möchte ich die generelle Frage nach Möglichkeiten und Grenzen von Kooperationsmöglichkeiten im Rahmen der Zurverfügungstellung von Personal erörtern.

Dabei liegt der Schwerpunkt der Überlegungen bei der Kooperation zwischen Krankenhäusern. Diese können allerdings auch sinngemäß auf die Kooperation zwischen Krankenhaus und einem größeren ambulanten Leistungserbringer, insbesondere einem MVZ mit angestellten Ärzten übertragen werden.

Die Kooperation von medizinischen Leistungserbringern sowohl im stationären Bereich als auch sektorenübergreifend ist seit langem gelebte Praxis und vom Gesetzgeber auch gewünscht und begünstigt. Zahlreiche gesetzliche Neuregelungen, namentlich das Vertragsarztrechtsänderungsgesetz und das Gesetz zur Einführung eines pauschalierten Entgeltsystems für psychiatrische und somatische Einrichtungen (PsychEntgG) intendierten die Erweiterung des Kreises der im Krankenhaus tätigen Ärzte. Die Neuregelung in § 20 Abs. 2 S. 2 Ärzte-ZV postuliert ausdrücklich die Vereinbarkeit vertragsärztlichen ambulanten Tätigkeit mit einer Tätigkeit in Krankenhäusern und anderen stationären Einrichtungen.

Entgegen teilweise anderslautender Kritik an der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts haben auch die Entscheidungen des BSG vom 4. Juni 2019 an dieser Öffnung auch nichts Grundsätzliches geändert. Das BSG hat in den Honorararzt-Entscheidungen letztendlich nur die Rahmenbedingungen zur Sozialversicherungspflicht auf einzelne Kooperationsmodelle zwischen Krankenhäusern und Ärzten, insbesondere niedergelassenen Vertragsärzten präzisiert. Letztendlich haben die Entscheidungen vom 4. Juni 2019 keinen Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts bedeutet; vielmehr hat das BSG lediglich die zur Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen eines unselbstständigen Beschäftigungsverhältnisses im sozialversicherungsrechtlichen Sinn auf einzelne Fallkonstellationen im Gesundheitswesen angewandt. Auch wenn damit die wirtschaftliche Attraktivität einer Kooperation mit Honorarärzten leiden mag, so ist damit keine Änderung der Rechtsprechung im Hinblick auf die Sozialversicherungspflichtigkeit verbunden.

Was hierbei häufig übersehen wird, ist der Umstand, dass die Feststellung der Sozialversicherungspflicht im Rahmen einer nicht selbstständigen Beschäftigung nicht auch zwingend zu einem Arbeitsverhältnis führen muss, sodass auch in Zukunft Kooperationen mit einzelnen Ärzten durchaus denkbar und im Hinblick auf die im freien Beschäftigungsverhältnissen möglichen Öffnungen betreffend Arbeitszeiten, fehlende Tarifbindung, fehlender Kündigungsschutz einschließlich dem Sonderkündigungsschutz durchaus denkbar und möglicherweise wirtschaftlich gleichwohl noch interessant sind.

Aber zurück zur Kooperation zwischen Krankenhäusern unter der Gestellung von Arbeitnehmern.

Der Bedarf der artigen Kooperationen ist vielfältig und resultiert sowohl aus Gründen der Optimierung des Versorgungsangebots, Erweiterung des Behandlungsspektrums durch spezielle Expertise wie auch der optimalen Auslastung und Nutzung der jeweiligen, personellen Ressourcen.

## 2. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Februar 2020, 3 C

14/18

### **Leitsatz:**

**Ein Krankenhaus kann die zur Aufnahme in den Krankenhausplan erforderliche personelle Leistungsfähigkeit auch mit ärztlichem Personal sicherstellen, das von einem anderen Krankenhaus zur Verfügung gestellt wird. Voraussetzung ist, dass die jederzeitige Verfügbarkeit des zur Erfüllung des Versorgungsauftrags notwendigen ärztlichen Personals im Krankenhaus auf Dauer rechtlich gesichert ist. Außerdem muss gewährleistet sein, dass dieselben Qualitätsstandards eingehalten werden wie bei der Erbringung der Krankenhausleistungen durch eigenes ärztliches Personal.**

Bei der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Februar 2020 ging es vorrangig nicht um die generelle Frage der Zulässigkeit und Grenzen von Kooperationen zwischen Krankenhäusern.

Streitentscheidend war vielmehr die grundsätzliche Frage, ob im Rahmen der Krankenhausplanung ein Krankenhaus auch dann zu berücksichtigen ist, wenn es nach der eigenen Planung die im Krankenhaus erbrachten ärztlichen Leistungen nicht selbst erbringt, sondern im Rahmen einer Kooperationsvereinbarung die komplette ärztliche Leistung bei einem anderen Krankenhaus einkauft.

Verkürzt ging es also um die Frage, ob ein Krankenhaus auch dann ein Krankenhaus ist, wenn es keine eigenen verbeamteten oder angestellten Ärzte hat.

Die Legaldefinition des Krankenhauses ist uneinheitlich.

**§ 2 Nr. 1 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes definiert Krankenhäuser als**

**Einrichtungen, in denen durch ärztliche und pflegerische Hilfeleistung Krankheiten, Leiden oder Körperschäden festgestellt, geheilt oder gelindert**

**werden sollen oder Geburtshilfe geleistet wird und in denen die zu versorgenden Personen untergebracht und gepflegt werden können.**

Demgegenüber ist die Legaldefinition des Krankenhauses im Sinne des Sozialversicherungsrechts weitergehender und stellt zusätzliche inhaltliche Anforderungen an Begriff des Krankenhauses

So definiert § 107 Abs. 1 SGB V Krankenhäuser als

**§ 107 Abs. 1 SGB V**

- **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. mit Hilfe 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**
- 4. in denen die Patienten untergebracht und gepflegt werden können.**

In dem wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) zur Revision zugelassenen Verfahren (Beschluss vom 23.7.2018, 3 B 27/17) hatte sich das Bundesverwaltungsgericht nun mit der Frage zu befassen, ob ein Krankenhaus die erforderliche Leistungsfähigkeit für die Aufnahme in den Krankenhausplan (§ 1 Abs. 1, § 8 Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 KHG) auch dann erfüllt, wenn es zur Sicherung seiner ärztlichen Personalausstattung

eine Kooperation mit einem anderen Krankenhaus eingeht und die Erbringung der ärztlichen Behandlungsleistungen durch ärztliches Personal des Kooperationspartners erfolgt.

Ausgangspunkt des Verfahrens war die Konkurrentenklage eines privaten Krankenhausträgers gegen die Nichtaufnahme in den Krankenhausplan des Landes Thüringen zugunsten eines Krankenhauses in gemeinnütziger kirchlicher Trägerschaft, der Beigeladenen im Verfahren. Die Klägerin hatte – wie die Beigeladene – die Aufnahme in den Krankenhausplan für eine kinder- und jugendpsychiatrische Tagesklinik mit zwölf Plätzen beantragt.

Mithin handelte es sich um eine vergleichsweise kleine Einrichtung. Dies wird bei der weiteren Beurteilung der Möglichkeiten und Grenzen einer derartigen Kooperation im Rahmen der weiteren Jungen noch eine Rolle spielen müssen.

Wesentliche Rechtsfrage des Verfahrens war, ob die Beigeladene das für die Aufnahme in den Krankenhausplan relevante Tatbestandsmerkmal der Leistungsfähigkeit im Sinne von § 1 Abs. 1 KHG auch dann erfülle, wenn sie die ärztlichen Leistungen nicht mit eigenem Personal, sondern auf der Grundlage eines Kooperationsvertrages mit einem anderen Krankenhaus – hier eines Universitätsklinikums – mit von diesem gestellten ärztlichen und psychotherapeutischen Personal erbringe.

Das Konzept der Zusammenarbeit zwischen der Beigeladenen und dem Universitätsklinikum ging im Rahmen einer Kooperationsvereinbarung dahin,

- dass die zur Erfüllung des Versorgungsauftrages erforderlichen 2,5 ärztlichen und eine kinder- und jugendpsychotherapeutische Stelle durch Mitarbeiter der Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie des Universitätsklinikums besetzt würden,
- die medizinische Leitung der Klinik und die Verpflichtung zur Sicherstellung des Versorgungsauftrags von den Ärzten und Psychologen des Universitätsklinikums übernommen werde,
- eine Weisungsbefugnis des Krankenhauses gegenüber den entsandten Ärzten des Universitätsklinikums nicht bestehe und
- das nichtärztliche Personal (10-12 Mitarbeiter) vom Krankenhaus gestellt werde.

Weitere Regelungsinhalte des Kooperationsvertrages betrafen die

- Rechtsfolgen bei Vertragsverstöße der gestellten Ärzte,
- Mitwirkungspflichten der Kooperationspartner,
- die genaue Ausgestaltung der Zusammenarbeit mit dem nichtärztlichen Personal des Krankenhauses, die Berechtigung des Krankenhauses bei der Auswahl sowie einem möglichen Austausch der gestellten Ärzte sowie
- Regelungen über die Qualitätssicherung.

Die Beigeladene war darüber hinaus auch berechtigt,

- eigenes ärztliches Personal in die Behandlung mit einzubinden, was durch die dauerhafte Gestellung einer bei der beigeladenen angestellten Fachärztin für Kinder und Jugendpsychiatrie auch praktisch umgesetzt wurde.
- Die Kooperationsvereinbarung war auf unbefristete Dauer mit einer Kündigungsfrist von drei Jahren zum Jahresende angelegt.

Die gesamte Behandlungsverantwortung für die Leistungen der Tagesklinik sollte nach den Regelungen des Kooperationsvertrages nicht beim Universitätsklinikum, sondern beim Krankenhaus liegen.

Der klagende Krankenhausträger hatte im Verfahren eingewandt, die Entscheidung zugunsten des beigeladenen Krankenhauses verletze ihn in seinen Rechten aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG; die von der beigeladenen geplante Tagesklinik sei nicht als Krankenhaus im Sinne der §§ 2 Abs. 1 KHG, 107 Abs. 1 SGB V anzusehen. Die jederzeitige Verfügbarkeit im Sinne von § 107 Abs. 1 Nr. 3 SGB V sei nur gegeben, wenn der Krankenhausträger seine Leistungen im Regelfall durch eigenes Personal erbringt. Dies sei insbesondere nur dann gegeben, wenn er gegenüber dem beschäftigten Personal, insbesondere dem ärztlichen Personal ein jederzeitiges

Direktionsrecht habe. Dies entspreche auch der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. Insbesondere ergebe sich auch aus § 2 Abs. 1 und Abs. 3 KHEntgG i.d.F. des Psych-Entgeltgesetzes nichts Abweichendes. Im Gegenteil ergebe sich auch aus dieser Neuregelung die gesetzgeberische Vorstellung, dass im Krankenhaus überwiegend angestellte bzw. verbeamtete Ärzte des Krankenhausträgers zu beschäftigen seien.

### **3. Aus den Entscheidungsgründen**

Dieser Auffassung ist das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 26. Februar 2020 nicht gefolgt.

Vielmehr hat es die Auffassung vertreten, dass die Leistungsfähigkeit eines Krankenhauses im Sinne von § 1 Abs. 1 KHG auch dann gegeben sei, wenn das Krankenhaus sich die ärztliche Leistung im Wege einer Kooperationsvereinbarung wie im vorliegenden Fall hinzukaufe. Soweit sich der Kooperationspartner verpflichtet, durch einen leitenden Arzt sowie die nachgeordneten Ärzte und Psychologen die medizinische Versorgung sicherzustellen und entsprechende Qualitätsstandards einzuhalten, sei die personelle Leistungsfähigkeit im Sinne von § 1 Abs. 1 KHG gewährleistet und die Voraussetzungen von § 107 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 SGB V erfüllt. Auch dann stünde das Krankenhaus fachlich medizinisch unter ständiger ärztlicher Leistung und es sei das ärztliche, Pflege-, Funktion- und medizinisch-technische Personal jederzeit verfügbar im Sinne von § 107 Abs. 1 Nr. 3 SGB V.

Das Bundesverwaltungsgericht begründet diese Auffassung damit, dass nach dem traditionellen Leitbild eines Krankenhauses die medizinische Leistungserbringung zwar zunächst grundsätzlich durch eigenes Personal erfolgen solle. In diesem Zusammenhang weist es insbesondere auf die Entscheidungen des Bundessozialgerichts vom 23. März 2011 (B 6 KA 11/10 R) und vom 19. September 2013 (B 3 KR 8/12 R) hin, aus denen sich ergebe, dass die Leistungserbringung durch eigenes Personal des Krankenhauses dem Ziele der Qualitätssicherung entspreche.

Allerdings habe der Gesetzgeber durch die Erweiterung der Möglichkeiten einer Zusammenarbeit zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern durch das Vertragsarztrechtsänderungsgesetz-VÄndG vom 22. Dezember 2006 wie auch durch das

Gesetz zur Einführung eines pauschalierenden Entgeltsystems für psychiatrische und psychosomatische Einrichtungen (PsychEntgG) vom 21. Juli 2012 ausdrücklich festgelegt, dass Krankenhäuser ihre allgemeinen Krankenhausleistungen auch durch nicht fest im Krankenhaus angestellte Ärztinnen und Ärzte erbringen können, soweit durch die Flexibilisierung bei den Kooperationsmöglichkeiten keine Minderung der Qualität der Leistungserbringung erfolgt (Rn. 33). Dies sei durch die Regelungsinhalte des Kooperationsvertrages zwischen der Beigeladenen und dem Universitätsklinikum nach den berufungsgerichtlichen Feststellungen der Vorinstanz gewährleistet.

Die Zulässigkeit einer derartigen Kooperation zwischen zwei Krankenhäusern stehe auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. Weder aus der Rechtsprechung des Ersten und Dritten Senates (Urteil vom 17. November 2015, B 1 KR 12/15; Urteil vom 19. September 2013, B 3 KR 8/12 R) noch aus der Rechtsprechung des Sechsten Senates, insbesondere dessen Rechtsprechung zur Versicherungspflicht bei honorarärztlichen Tätigkeiten am Krankenhaus (Urteile vom 4. Juni 2019, B 12 R 11/18 u.ö.) ergebe sich eine gegenteilige Rechtsauffassung (Rn. 35).

#### **4. Kritik und Hinweise für die Praxis**

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts begegnet sowohl hinsichtlich ihrer rechtlichen Begründung als auch im Hinblick auf die praktische Umsetzbarkeit sowie der aus einer derartigen Kooperation folgenden, rechtlichen Konsequenzen erheblichen Bedenken.

So ist bereits die tragende Begründung, wonach durch die Öffnung der Kooperationsmöglichkeiten zwischen Krankenhaus und niedergelassenen Ärzten durch das VÄndG, das PsychEntgG und das KHEntgG der gesetzgeberische Wille zur Zulassung von Kooperationsmöglichkeiten zwischen zwei Krankenhäusern zum Ausdruck komme, keineswegs zwingend. Sowohl § 20 Abs. 2 S. 2 Ärzte-ZV als auch die Regelungen in § 2 Abs. 1 KHEntgG und § 2 Abs. 1 BpflV dienen nach ihrem Wortlaut wie auch nach der ausdrücklichen gesetzgeberischen Zielrichtung (vgl. BT-Drucks. 17/9992, S.23, 26) der Flexibilisierung der Zusammenarbeit zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern und damit der Öffnung des Regel – Ausnahmeverhältnisses im Hinblick auf die

Leistungserbringung und Abrechnungsmöglichkeit durch Angestellte bzw. verbeamtete Ärzte. Eine generelle Öffnung auf jede Kooperationsform lässt sich weder dem Gesetzestext noch der amtlichen Begründung entnehmen.

Auch die weitere Begründung, wonach derartige Kooperationsformen mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts in Einklang stünden, trägt nicht. So weist Wahl (in Schlegel/Voelzke, juris PK-SGB V, 4. Aufl., § 107 SGB V; Stand 21.12.2020, Rn. 30) mit überzeugenden Gründen und unter Hinweis auf die Rechtsprechung „*sämtlicher mit dem Krankenversicherungsrecht befasster Senate des BSG*“ (zit. aaO.) darauf hin, dass das Krankenhaus seine Leistungen im Regelfall durch eigenes Personal erbringen muss (BSG v. 04.06.2019, B 12 R 11/18 juris Rn. 26 u.ö.). Im Übrigen sei die Entscheidung des BVerwG bedenklich, weil unerfindlich bleiben, wie ein Krankenhaus die Gesamtverantwortung für die Behandlung der Patienten tragen können soll, wenn es keinerlei Weisungsrecht gegenüber den dabei eingesetzten Ärzten hat, die ihrerseits wiederum zu fachlich-medizinischen Weisungen gegenüber dem Pflegepersonal des Krankenhauses berechtigt sind.

Darüber hinaus stelle sich die Frage, ob in einer derartigen Konstellation Vergütungsansprüche gegen die Krankenkasse des behandelten Patienten überhaupt bestehen können (Wahl, aaO. m.V.a. BSG v. 17.11.2015, B 1 KR 12/15 R juris Rn. 15). Zu diesem zusätzlichen Gesichtspunkt werde ich am Ende noch auf eine aktuelle Entscheidung des Landessozialgerichts Baden-Württemberg zurückkommen.

Den rechtlichen Bedenken von Wahl ist in vollem Umfang zuzustimmen. Auch wenn aus gesundheitspolitischen Gründen und angesichts des Ärztemangels insbesondere in der stationären Versorgung die Förderung von Kooperationen zwischen einzelnen Leistungserbringern „begrüßenswert“ sein mag (so Korthus, Anm. zu BVerwG 3 C 14/18 in KH 2020, 1008), so sind Kooperationen wie in dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall aus Rechtsgründen wie auch aus Gründen mangelnder trennscharf abzugrenzender Umsetzung abzulehnen..

So ist es bereits mit dem Synallagma aus dem Behandlungsvertrag zwischen Krankenhaussträger und Patienten schwer zu vereinbaren, wenn der Krankenhaussträger seine vertragliche Hauptleistungspflicht, nämlich den kompletten Kernbereich seiner Behandlungspflicht auf einen Dritten überträgt, ohne auf dessen Leistungserbringung eine direkte Einflussnahmemöglichkeit im Sinne eines Weisungsrechtes zu haben. Auch wenn bei der Behandlung im Krankenhaus regelmäßig zumindest stillschweigend die von § 613 S. 1 BGB abweichende Leistung durch die dort angestellten Ärzte als Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) vereinbart ist, wird man nicht ohne weiteres annehmen können, dass der Patient damit einverstanden ist, von Ärzten behandelt zu werden, die in keinerlei direkter Vertragsbeziehung zum Krankenhaussträger stehen.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass im vom BVerwG entschiedenen Fall das nichtärztliche Personal sowie eine nachgeordnete Ärztin beim Krankenhaussträger angestellt ist; im Gegenteil unterliegen diese Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter angesichts der vom Universitätsklinikum übernommenen medizinischen Leitung und Übernahme des Versorgungsauftrags im Rahmen der Delegation dem Direktionsrecht des vom Universitätsklinikum gestellten ärztlichen Leiters.

Konsequent weitergedacht würde dies angesichts der im Kooperationsvertrag vereinbarten medizinischen Gesamtverantwortung der vom Universitätsklinikum gestellten Ärzte dazu führen, dass sowohl die nachgeordnete, bei der Beigeladenen angestellte Ärztin als auch das nichtärztliche Personal in die betrieblichen Abläufe des Universitätsklinikums im Rahmen seiner Verpflichtungen aus dem Kooperationsvertrag eingegliedert wären, was zu dem sicherlich nicht gewünschten Ergebnis einer Personalgestellung des beigeladenen Krankenhauses an das Universitätsklinikum führen könnte.

Darüber hinaus ist die rechtliche Grundlage der Kooperation zwischen der Beigeladenen und dem Universitätsklinikum völlig offen. Nach der im Kooperationsvertrag vorgesehenen Regelung bleibt die medizinische Gesamtverantwortung trotz der im Innenverhältnis auf das Universitätsklinikum übertragenen medizinischen Leitung bei dem Krankenhaus als alleinigem Vertragspartner. Die Tagesklinik soll nach den im Tatbestand der Entscheidung des

Bundesverwaltungsgerichts sowie der Vorinstanzen dargestellten Regelungen des Kooperationsvertrages kein Gemeinschaftsbetrieb im arbeitsrechtlichen Sinn sein.

Die Kooperation dient nicht der Erreichung eines einheitlichen arbeitstechnischen Zwecks wie beispielsweise einer gemeinsam geführten ambulanten Dialyseeinrichtung (vgl. hierzu LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 13.06.2017 unter umfassender Darstellung der Rechtsprechung des BAG zum Gemeinschaftsbetrieb Rn. 106 ff.), sondern erschöpft sich letztendlich in der Gestellung ärztlichen Personals und stellt sich damit letztendlich als Arbeitnehmerüberlassung mit allen aus dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) resultierenden Konsequenzen und Einschränkungen dar.

Dem widerspricht auch nicht die im Kooperationsvertrag enthaltene Regelung, wonach die Beigeladene nicht zu Weisungen gegenüber den von dem Universitätsklinikum gestellten Ärzten berechtigt sei. Einerseits ist dem in der Entscheidung wiedergegebenen Sachverhalt nicht zu entnehmen, ob tatsächlich ein umfassender Ausschluss der Weisungsbefugnis der Beigeladenen gegenüber den gestellten Ärzten vereinbart wurde oder ob es sich insoweit nicht lediglich um die auch bei angestellten Ärzten übliche Einschränkung handelt, wonach eine Weisungsbefugnis in den Kernbereich der ärztlichen Leistungserbringung nicht gegeben ist. Ein umfassender Ausschluss der Weisungsbefugnis des Krankenhausträgers dürfte jedenfalls – soweit er tatsächlich vertraglich vereinbart sein sollte – praktisch schon aus Gründen der organisatorischen Umsetzung (Dienstplangestaltung, Urlaubsplanung, Organisation des Bereitschaftsdienstes etc.) nicht umsetzbar sein.

Insgesamt ist die vom Bundesverwaltungsgericht für zulässig erachtete Konstruktion der vollständigen Ausgliederung der medizinischen Gesamtverantwortung eines Krankenhauses auf bei einem anderen Krankenhaus angestellte Ärzte im Wege eines Kooperationsvertrags abzulehnen. Abgesehen von den erheblichen Bedenken im Hinblick auf die Erfüllung eines Status als Krankenhaus und den daraus resultierenden Risiken für die Abrechnungsfähigkeit der erbrachten medizinischen Leistungen beinhaltet sie erhebliche wirtschaftliche und rechtliche Risiken wegen möglicherweise unzulässiger Arbeitnehmerüberlassung sowie in kollektiv- oder individualarbeitsrechtlichen Konfliktlagen. Mag dies in einer vergleichsweise kleinen Einheit (vorliegend ging es nur um eine Tagesklinik mit zwölf Betten und 2,5 Arzt- und

Psychotherapeutenstellen) hinnehmbar sein, so ist die Übertragung eines derartigen Konzeptes auf eine größere Abteilung oder gar ein ganzes Krankenhaus nicht praktikabel.

Spätestens bei der Frage der Abrechnungsfähigkeit wahlärztlicher Leistungen kommt ein derartiges Konstrukt ohnehin nicht mehr in Betracht. § 17 Abs. 3 KHEntgG beschränkte Abrechnungsfähigkeit derartiger Leistungen ausdrücklich auf die Angestellten oder beamteten Ärzte des Krankenhauses.

Im Übrigen stellt die Verpflichtung über die komplette ärztliche Verantwortung für das Krankenhaus für einen Zeitraum von mindestens drei Jahren auch ein erhebliches Haftungsrisiko dar. Mag es sein, dass die jederzeitige Verfügbarkeit über eigene Personalressourcen im Verhältnis zwischen dem Universitätsklinikum und einer vergleichsweise kleinen Tagesklinik ohne weiteres gegeben ist, so würde spätestens bei einer größeren Einheit das Risiko bestehen, dass der Kooperationspartner nicht ausreichend entsprechend leistungsfähiges Personal stellen kann und damit der Versorgungsauftrag und der Bestand des Krankenhauses nicht mehr gewährleistet ist.

## **5. Rechtliche Möglichkeiten einer Kooperationsvereinbarung**

Der Begriff des Kooperationsvertrages ist gesetzlich nicht normiert. Angesichts der Vielzahl denkbarer Vertragsinhalte ist auch eine einheitliche Bewertung nicht möglich.

Ausgehend von dem letztendlich immer angestrebten Ziel einer sachgerechten Behandlung der Patienten sind sowohl Vereinbarungen über die gemeinsame Behandlung von Patienten, gegebenenfalls auch in der Form eines aus gegründeten Gemeinschaftsunternehmens als auch die personelle und/oder sachliche Unterstützung des einen Kooperationspartner bei der Behandlung der Patienten des anderen Kooperationspartners.

Als Vertragsgrundlage für den Personaleinsatz von Angestellten eines anderen Krankenhauses werden Dienst- bzw. Werkverträge und sogenannte Dienstverschaffungsverträge, insbesondere

in der Form der Arbeitnehmerüberlassung einerseits und andererseits gesellschaftsrechtliche Kooperationsformen (Gemeinschaftsbetrieb, Gemeinschaftsunternehmen) diskutiert.

Dabei dürfte indessen aufgrund der Grundsätze des Behandlungsvertrags ein Werkvertrag auch im Verhältnis zu den Mitarbeitern des kooperierenden Krankenhauses regelmäßig ausgeschlossen sein.

In Betracht kommt mithin nur ein Vertrag als Dienstvertrag oder ein sogenannter Dienstverschaffungsvertrag oder eine gesellschaftsrechtliche Kooperation im Sinne eines Gemeinschaftsbetriebs oder Gemeinschaftsunternehmens.

Beim Dienstverschaffungsvertrag verpflichtet sich der Schuldner, also das entsendende Krankenhaus, nicht wie im Falle des Dienstvertrags zur persönlichen Leistungserbringung der Dienste, sondern dazu, seinem Vertragspartner die Dienste Dritter, mithin seiner Arbeitnehmer zu beschaffen.

Als Dienstvertrag in diesem Sinne wurde beispielsweise vom Bundesarbeitsgericht der Vertrag zwischen einem Bundeswehrstandort und einem Bewachungsunternehmen angesehen.

Letztendlich erfolgt die Abgrenzung über die Frage, welchem der beiden Kooperationspartner das Weisungsrecht gegenüber den Personen zusteht, die die Dienste erbringen.

Organisiert der das Personal stellende Kooperationspartner die zur Erbringung der Leistungen notwendigen Handlungen selbst und erteilt diesen seinen Mitarbeitern als Erfüllungsgehilfen die notwendigen Weisungen, so liegt ein Dienstvertrag vor.

Werden demgegenüber lediglich geeignete Arbeitskräfte gestellt, die dann entsprechend den betrieblichen Erfordernissen im Betrieb des Vertragspartners eingesetzt werden und dieser das Weisungsrecht entweder ausdrücklich oder faktisch erteilt bekommt, so handelt es sich um einen Dienstverschaffungsvertrag. Als Beispiele für derartige Dienstverschaffungsverträge

werden Verträge über die Gestellung von Großgeräten mit dem entsprechenden Bedienungspersonal u.ä. benannt, vor allem aber die klassischen **Arbeitnehmerüberlassungsverträge**.

Damit besteht bei Kooperationsvereinbarungen, die sich ihrem Schwerpunkt nach auf die Zurverfügungstellung von ärztlichem Personal beziehen, generell das Risiko einer unzulässigen Arbeitnehmerüberlassung, soweit die Kooperationsvereinbarung nicht ausdrücklich als solche bezeichnet ist (§ 1 Abs. 1 S. 5, S. 6 AÜG).

### **Arbeitnehmerüberlassung vs. Gemeinschaftsbetrieb /Rechtsfolgen unwirksamer Arbeitnehmerüberlassung**

Überlassung zur Arbeitsleistung/Arbeitnehmerüberlassung liegt nach § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 AÜG vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen, während die personelle und soziale Leitungsmacht beim Vertrags Arbeitgeber verbleibt.

Gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG ist ein Arbeitsvertrag zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern unwirksam, wenn die zulässige Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten nach § 1 Abs. 1b AÜG überschritten wird. Rechtsfolge hiervon ist, dass gemäß § 10 Abs. 1 AÜG das Zustandekommen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer zudem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen gilt.

Weitere Folge des so zustande gekommenen Arbeitsverhältnisses ist der Umstand, dass sich Inhalt und Dauer des Arbeitsverhältnisses nach den für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen bestimmt mit der Maßgabe, dass jedenfalls keine schlechteren als die bei dem Verleiher geltenden Vergütungsregelungen zugrunde zu legen sind (§ 10 Abs. 1 S. 4 AÜG).

Die Arbeitnehmerüberlassung stellt eine Ordnungswidrigkeit mit Geldbußen von bis zu 30.000 € pro Fall dar (§ 16 AÜG).

Die Prüfung, ob es sich um Arbeitnehmerüberlassung handelt, erfolgt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in drei Stufen:

- In der ersten Stufe werden die ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien untersucht, wonach es auf deren tatsächlichen Geschäftsinhalt und nicht auf die von den Parteien gewünschten Rechtsfolgen oder die Bezeichnung des Vertrags abgestellt wird
  
- In der zweiten Stufe wird die tatsächliche Vertragsdurchführung geprüft; weicht diese von den vertraglichen Vereinbarungen ab, so entscheidet die tatsächliche Handhabung über deren rechtliche Einordnung. Dabei ist indessen auf die Kenntnis oder zumindest Duldung der zum Vertragsabschluss berechtigten abzuheben; deshalb wäre es für die Einordnung des Vertrages unerheblich, wenn beispielsweise bei einem freien Dienstvertrag gleichwohl auf der operativen Ebene Weisungen erteilt würden, dies aber den Vertragsschließenden selbst nicht bekannt und/oder von ihnen ausdrücklich nicht gewollt war.
  
- In der dritten Stufe erfolgt dann noch eine wertende Gesamtbetrachtung.

Dabei werden regelmäßig folgende Gesichtspunkte geprüft:

- Liegt dem Vertrag ein konkreter, abgrenzbarer werk- oder dienstvertragfähiger Leistungsgegenstand zugrunde oder richten sich die Leistungen nach dem jeweiligen Bedarf des Auftraggebers,
  
- verfügt der Auftragnehmer über eine eigene Betriebsorganisation und fachliche Kompetenz, die es ihm ermöglicht, die Tätigkeiten seiner Mitarbeiter im und für den Einsatzbetrieb eigenverantwortlich zu organisieren,
  
- wer übt das arbeitsvertragliche Weisungsrecht gegenüber den Mitarbeitern aus,

- erfolgt ein arbeitsteiliger Einsatz der zur Verfügung gestellten Mitarbeiter und der Mitarbeiter des Einsatzbetriebes,
- wer trägt das Unternehmerrisiko (Gewährleistung)
- wie erfolgt die Abrechnung –

Wendet man diese Prüfungskriterien auf den der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zugrunde liegenden Sachverhalt an, so sprechen die ganz überwiegenden Gesichtspunkte meines Erachtens für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung:

Im einzelnen gilt:

- Ob dem Vertrag ein konkreter und abgrenzbarer Leistungsgegenstand zugrunde liegt, der vom Klinikum zu erbringen ist, ist bereits fraglich. Ausweislich des Sachverhalts sollte zwar die komplette medizinische Leistung sowie die Sicherstellung des Versorgungsauftrags von Ärzten des Universitätsklinikums übernommen werden; gleichzeitig war aber in die Behandlung eigenes nichtärztliches und selbstärztliches Personal des Krankenhauses ausdrücklich eingebunden;
- vermutlich zur Vermeidung des Risikos einer unzulässigen Arbeitnehmerüberlassung wurde ausdrücklich vereinbart, dass kein Weisungsrecht des Krankenhauses gegenüber den entsandten Ärzten des Universitätsklinikums bestehe – die Folge wäre, dass eine Eingliederung des überlassenen Personals in die betrieblichen Abläufe nicht vorläge. Nun wird man mit einiger Berechtigung bereits fragen können, ob und wie dies in der Praxis überhaupt umgesetzt werden soll; selbstverständlich besteht im Kernbereich der ärztlichen Leistungserbringung regelmäßig ohnehin kein arbeitgeberseitiges Weisungsrecht; wie der im Vertrag postulierte Ausschluss jeglichen Weisungsrechts im Hinblick auf die Gesamtorganisation des Krankenhauses, insbesondere in Fragen des Bereitschaftsdienstes, der Dienstplanung, der Urlaubsplanung S sowie dem allgemeinen Verhalten in der Klinik praktisch umgesetzt werden soll, ist völlig unklar.

Darüber hinaus ergibt sich folgendes Problem: Tatsächlich wird die Eingliederung in fremde betriebliche Abläufe regelmäßig verneint, wenn kein arbeitgeberseitiges Weisungsrecht besteht; vorliegend wird aber im Kooperationsvertrag das dem Krankenhaus zustehende Weisungsrechte gegenüber dem nichtärztlichen Personal gerade den Ärzten des Universitätsklinikums und ihnen damit die Arbeitgeberrolle gegenüber dem nachgeordneten Personal übertragen. Eine Einbindung in fremde betriebliche Abläufe ist aber gerade auch in Fällen denkbar, in denen die eingesetzte Person Arbeitgeberfunktionen faktisch übernimmt.

- Hinzukommt, dass neben den gestellten Ärztinnen und Ärzten auch noch klinikeigenes ärztliches Personal mit in die Behandlungsabläufe eingebunden werden sollte, sodass eine trennscharfe Abgrenzung im Hinblick auf einen selbstständigen Dienstvertrag endgültig ausgeschlossen wäre, wollte man nicht annehmen, dass nun umgekehrt die vom Krankenhaus gestellte Ärztin ihrerseits im Wege der Arbeitnehmerüberlassung mit dem Universitätsklinikum zur Verfügung gestellt wäre mit der Folge, dass sie nach Ablauf von 18 Monaten einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit dem Universitätsklinikum hätte; ähnliches wäre dann die Folge beim nichtärztlichen Personal.

### **Gemeinschaftsbetrieb**

Ein gemeinsamer Betrieb/Gemeinschaftsbetrieb liegt vor, wenn mindestens zwei Unternehmen die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Mittel für einen oder mehrere einheitliche arbeitstechnische Zwecke zusammenfassen, ordnen, einsetzen und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. Hierzu müssen sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbinden. (Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 19. Aufl. 2021 § 17, Rn. 5).

**Der Einsatz von Arbeitnehmern als Leiharbeitnehmer im Wege der Arbeitnehmerüberlassung und ihr Einsatz durch den Vertragsarbeitgeber in einem Gemeinschaftsbetrieb schließen sich gegenseitig aus.**

Über die Begründung eines gemeinsamen Betriebs – auch als BGB Innengesellschaft – Können die vorgenannten Probleme im Zusammenhang mit einer möglicherweise unzulässigen Arbeitnehmerüberlassung umgangen werden.

Indessen bietet der Gemeinschaftsbetrieb sowohl bei der Gründung als auch in der praktischen Umsetzbarkeit unter Umständen arbeitsrechtliche Schwierigkeiten, insbesondere im Bereich der Betriebsverfassung sowie des Kündigungsschutzes.

Einen sehr informativen Überblick über die Rahmenbedingungen eines Gemeinschaftsbetriebs im Gesundheitswesen eingehender Darstellung der Rechtsbrechung des Bundesarbeitsgerichts bietet die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 16. Juni 2017 (5 Sa 209/16) zur Kooperation über eine gemeinsam geführte ambulante Dialyseeinrichtung.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass im Augenblick beim Bundesarbeitsgericht in Verfahren anhängig ist, in welchem es im Zusammenhang mit einer Kooperation zur Überleitung einer ursprünglich gelebten Arbeitnehmerüberlassung in einen Gemeinschaftsbetrieb kam. Das Verfahren ist auf den 24. Mai 2022 terminiert (Az.: 9 AZR 338/21).

**6. Ausblick/Konsequenzen aus der Aufnahme einer – gemeinsamen – Einrichtung  
in den Krankenhausplan  
(LSG Ba-Wü. 02.06.2021 L 5 KR 2088/19).**

Das Landessozialgericht Baden-Württemberg hatte jüngst einen Fall zu entscheiden, in welchem zwei Krankenhäuser im Wege einer Kooperationsvereinbarung Operationen von einem Operationsteam des einen Krankenhauses in den Räumlichkeiten des anderen Krankenhauses durchgeführt wurde (gemeinsame Einrichtung gemäß Richtlinie des G-BA zur Herzchirurgischen Versorgung von Kindern und Jugendlichen)

Die beiden Krankenhäuser waren ausdrücklich als gemeinsame Einrichtung in den Krankenhausplan aufgenommen. Die Abrechnung der Leistungen erfolgte über das Krankenhaus, in dessen Räumlichkeiten die abgerechneten Leistungen erbracht wurden.

Im Rahmen eines Vergütungsrechtsstreits hatte die beklagte Krankenkasse eingewandt, die im klagenden Krankenhaus erbrachten Leistungen würden nicht die institutionellen Voraussetzungen der Krankenhausbehandlung erfüllen, da § 2 Abs. 1 S. 1 KHEntgG verlangen, dass Krankenhausleistungen, sofern sie ärztliche Behandlungen betreffen, durch angestellte Ärztinnen und Ärzte des Krankenhauses erbracht werden müsse. Der Vergütungsanspruch des Krankenhauses setze voraus, dass die Hauptleistung durch eigenes Personal erbracht werde.

Dem ist das Landessozialgericht nicht gefolgt. Die krankenhauserplanerische Anerkennung der Kooperation zwischen den beiden Krankenhäusern es sei für das Sozialgericht bindend. § 2 Abs. 1 S. 1 KHEntgG schränke die Möglichkeiten einer Kooperation zwischen Krankenhausträgern im Rahmen einer planerisch anerkannten gemeinsamen Einrichtung nicht ein. Im Rahmen einer derartigen gemeinsamen Einrichtung seien die von dem anderen Krankenhaus gestellten Ärztinnen und Ärzte nicht als Dritte anzusehen. Die Feststellungen der Krankenhausplanungsbehörde seien für die Beteiligten bindend und im sozialgerichtlichen Verfahren über den Vergütungsrechtsstreit nicht zur Überprüfung zu stellen.

Übertragen auf die vom Bundesverwaltungsgericht entschiedene Konstellation dürfte dies im Ergebnis bedeuten, dass die in dem Krankenhaus erbrachten Leistungen auch dann abrechnungsfähig sind, wenn der hinsichtlich der Zulässigkeit und Wirksamkeit der zwischen den beiden Krankenhäusern geschlossenen Kooperation arbeitsrechtliche oder im Sinne der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts bestehende sozialversicherungsrechtliche Bedenken gegen die Anerkennung als Krankenhaus bestehen.

Ulrich Gruler  
Rechtsanwalt

Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Fachanwalt für Medizinrecht