

Der freie Dienstvertrag des Honorararztes

1. Krankenhausleistungen werden nicht nur von Beamten und Arbeitnehmern, sondern zunehmend auch von sog. Honorarärzten auf Grund freier Dienstverträge erbracht. Gesetze (u.a. § 2 KrankenhausentgeltG) und Rechtsprechung (zuletzt BVerfG 3.3.2015, 1 BvR 3226/14; BGH 16.10.2014, III ZR 85/14) gehen davon als selbstverständlich aus. Definition des BVerfG: Ein Honorararzt erbringt aufgrund eines Dienstvertrages im stationären oder ambulanten Bereich ärztliche Leistungen für den Krankenhausträger, ohne bei diesem angestellt oder Beleg- oder Konsiliararzt tätig zu sein. Dies kommt den Flexibilisierungsinteressen sowohl der Krankenhausträger als auch der Honorarärzte entgegen. Diese Entscheidung des BVerfG lässt es sogar als möglich erscheinen, dass Honorarärzte vom Krankenhausträger zu Wahlleistungen ermächtigt werden (Skeptisch Dr. Bonvie, Anmerkung zu der Entscheidung bei Juris).

2. Die Abgrenzung der freien Dienstverträge von unselbstständiger Beschäftigung, insbesondere Arbeitsverträgen, richtet sich arbeits- und sozialversicherungsrechtlich nach allgemeinen Grundsätzen, nach denen der freie Dienstvertrag durch die freie Vereinbarung von Zeit und Art der Arbeit gekennzeichnet ist; die Einfügung in einen vorgegebenen betrieblichen Arbeitsprozess ist dann unschädlich. So besonders markant BAG 13.5.2014 (1 ABR 50/12 Rn. 21) und BSG 28.5.2008 (B 12 R 13/07 R, Rn. 23) zu den als „Freelancer“ tätigen Flugzeugführern). Dies muss auch für die Honorarärzte gelten, selbst wenn sich ihre Tätigkeit in den allgemeinen Krankenhausbetrieb einfügt. Davon geht auch die Rechtsprechung der Arbeits- und Sozialgerichte aus, wenngleich es noch keine Entscheidung des BAG und des BSG gibt (s. die eingehende Darstellung der Rechtsprechung bei Hanau, MedizinR 2015, 77). Bei den Sozialgerichten besteht allerdings eine gewisse Unsicherheit, weil sie sich von der gesetzlichen Definition der unselbstständigen Beschäftigung in § 7 Abs. 1 SGB gelöst haben. Auch die Entscheidung des BVerfG vom 3.3.2015 (Rn. 24) weckt Zweifel, denn danach besteht „mangels arbeitsteiligen Zusammenwirkens“ kein Grund, den Honorararzt an der Privatliquidation der Chefärzte zu beteiligen. Dagegen hält es das BVerfG für denkbar, dass ein Honorararzt wahlärztlich tätig wird, wenn er die Hauptleistung, z.B. Operation, erbringt und nicht nachgeordnet tätig wird. Dies gehört aber nicht zu der generellen Definition des BVerfG. Zudem hat das BVerfG in einer Entscheidung vom 20.5.1996, (1 BvR 21/96) ausgesprochen, dass sich die Abgrenzung von selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit im Rahmen des § 7 Abs. 1 SGB IV an den Typen orientieren muss, die in der sozialen Wirklichkeit im Normal- oder Durchschnittsfall vorliegen. Dies

muss auch für den Typ des Honorararztes gelten, der sich in der Praxis herausgebildet hat. Die Sozialversicherungsträger scheinen allerdings bestrebt, dem Honorararzt den Garaus zu machen.

Ob die im Koalitionsvertrag 2013 vorgesehene, als Referentenentwurf wohl bald zu erwartende gesetzliche Übernahme der bisherigen Rechtsprechungskriterien zur Abgrenzung von Werkverträgen und unselbstständiger Beschäftigung Auswirkungen auf die Abgrenzung der freien Dienstverträge haben wird, bleibt abzuwarten.

Zur Bindungswirkung ausländischer Bescheinigungen über den sozialversicherungsrechtlichen Status eines grenzüberschreitend Beschäftigten Brors/Böning NZA 2015, 846, 848.

3. Der Inhalt des freien Dienstverhältnisses ist allgemein in §§ 611 bis 630 BGB (abdingbar, außer bei § 619) geregelt, soweit diese Bestimmungen nicht ausdrücklich auf Arbeitsverträge beschränkt sind. Hervorzuheben sind § 613 S. 1 (persönliche Dienstleistung) § 615 (Vergütung bei Annahmeverzug), § 616 (Vergütung trotz vorübergehender Verhinderung), § 620 (Dienstverhältnis kann befristet oder unbefristet sein), § 627 (jederzeitige fristlose Kündigung). Da diese Bestimmungen auch für freie Dienstverträge gelten, kann ihre vertragliche Übernahme nicht als Indiz für unselbstständige Beschäftigung gelten. In der Regel nicht anwendbar ist dagegen § 630 (Zeugnisanspruch nur bei dauerndem Dienstverhältnis).

4. Die vertraglichen Vereinbarungen müssen sich im Rahmen dieser gesetzlichen Regelung halten und auf die Übernahme rein arbeitsrechtlicher Bestimmungen, wie Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und im Erholungsurlaub, verzichten. Zeithonorare sind dagegen unschädlich, wie die Praxis der Anwaltschaft zeigt. Eine über das Gesetz hinausgehende Abkehr vom Arbeits- und Dienstvertragsrecht kann dagegen die Einstufung als freier Dienstvertrag erleichtern. So sind das vertragliche Recht, die Dienste nicht persönlich zu leisten, oder der Wegfall von Entgelt bei Annahmeverzug. Die bloße Bezeichnung als Dienst- oder Honorarvertrag reicht für die entsprechende Einstufung nicht aus, hat aber indizielle Bedeutung, wenn sie dem tatsächlichen Vertragsvollzug nicht offensichtlich widerspricht, BSG 28.5.2008, B 12 KR 13/07 R, Rn. 16.

Am wichtigsten sind die Vereinbarungen über Zeit und Art der Arbeitseinsätze. Eine dauernde Beschäftigung lässt sich am besten als selbstständig vereinbaren und praktizieren, wenn Rahmenvertrag über die allgemeinen Vertragsbedingungen mit Einzelverträgen über Zeit und Art der einzelnen Einsätze verbunden wird (z.B. BSG aaO.; SG Duisburg 22.3.2013, S 21 R 1532/12; SG Detmold 17.11.2009, S 8 (2) R 2119/06; LAG Rheinland-Pfalz

3.5.2010, 11 Ta 163/09). Wird eine dauernde Beschäftigung dagegen von vornherein zeitlich festgelegt, rückt sie so sehr in die Nähe eines typischen Arbeitsverhältnisses, dass sie nur unter besonderen Voraussetzungen als selbstständig gelten kann, so bei weitestgehender Freiheit bei der Arbeit (so schon BSG 27.5.1959, 3 RK 18/55, zu einem Praxisvertreter) oder bei weitgehender Abkehr vom typischen Arbeitsverhältnis durch das Recht Termine abzulehnen oder einen Vertreter zu bestellen, und den Wegfall des Entgelts bei Annahmeverzug.

5. Gegenüber den Patienten haftet der Honorararzt wie der angestellte Arzt außer für Wahlleistungen nicht aus Vertrag, sondern nur aus Delikt. Nicht anwendbar ist deshalb die Regelung des Behandlungsvertrages in § 630a ff. BGB, die nur für den Vertragspartner des Patienten gilt, allerdings weithin allgemeine Grundsätze enthält, die auch für die deliktische Haftung bestimmend sind. Der behandelnde Arzt dürfte aber vertraglich verpflichtet sein, alles zu tun, damit der Krankenhausträger seine gesetzlichen Pflichten gegenüber den Patienten erfüllen kann.

Die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung auf mittlere und grobe Fahrlässigkeit gilt zugunsten der Honorarärzte nicht, soweit sie nicht ganz ausnahmsweise von einem Auftraggeber wirtschaftlich abhängig und damit arbeitnehmerähnlich sind.

Umgekehrt haftet der Krankenhausträger dem Patienten für ein Verschulden des Honorararztes nur aus Vertrag (§278 BGB), weil dieser kein Verrichtungsgehilfe iSd. § 831 BGB ist.

6. Gesetzliche oder vertragliche Regelungen, die sich **auf im Betrieb Beschäftigte oder Betriebsangehörige** beziehen, gelten im Zweifel nicht für Honorarärzte. Ausdrückliche (subsidiäre) Einbeziehung der Honorarkräfte in der Klinikpolice 01/08 und in manchen Versicherungsbedingungen für Krankenhäuser.