



## Forschungsstelle Recht der Gesundheitswirtschaft

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht

Fakultät für Rechtswissenschaft - Universität Bielefeld

Professor Dr. Oliver Ricken

Wiss. Mit.: Denis Hedermann • Johannes Rehm • Bastian Reuter • Mandy Zibolka

### Entscheidung des Monats 6/2012

**LSG NRW, Urt. v. 09.11.2011 – L 11 KA 35/10:  
Vertragsarztrecht – Keine vertragsärztliche Ermächtigung bei  
nur geringfügiger Klinikttätigkeit**

#### Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten um die Ermächtigung des Klägers zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung als Krankenhausarzt mit abgeschlossener Weiterbildung nach § 116 SGB V bzw. § 31a Ärzte-ZV im Zeitraum ab dem 01.12.2007.

Der Kläger, Facharzt für Innere Medizin mit Schwerpunkt Rheumatologie, leitete bis zum 30.11.2007 eine Rheumaklinik. Ab dem 01.12.2007 war er auf der Basis eines „Dienstvertrages mit geringfügiger Beschäftigung“, für konsiliarische Untersuchungen von Patienten, Weiter- und Fortbildung von Mitarbeitern, Öffentlichkeitsarbeit im Bereich Rheumatologie sowie Beratung des Klinikträgers bei der Entwicklung medizinischer Konzepte dort angestellt. Die Arbeitszeit betrug vier Stunden je Woche, die Vergütung 400 Euro monatlich. Der Kläger war mehrfach als Krankenhausarzt ermächtigt worden, zuletzt für die Zeit vom 01.10.2006 bis 30.09.2008. Davon umfasst waren die konsiliarische Beratung niedergelassener Fachärzte auf dem Gebiet der Rheumatologie und die Durchführung bestimmter Untersuchungs- und Behandlungsmethoden.

#### Entscheidung:

Nach übereinstimmender Auffassung der Instanzen war der Kläger damit seit dem 01.12.2007 kein Krankenhausarzt mehr, so dass eine Ermächtigung nach § 116 SGB V nicht in Betracht kam.

Zwar ergebe sich weder aus dem Gesetz noch aus der Rechtsprechung eine Definition des Begriffs „Krankenhausarzt“ und daher werde auch im Schrifttum als solcher zumeist jeder bei einem Krankenhausträger beschäftigte Arzt angesehen.<sup>1</sup> Allerdings ergebe sich nach teleologischer Auslegung der Normen des § 116 SGB V / § 31a Ärzte-VZ, dass die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung nur ergänzender Natur sein dürfe und daher als Nebentätigkeit in zeitlicher und organisatorischer Hinsicht der Tätigkeit im Krankenhaus untergeordnet sein müsse.<sup>2</sup> Das Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen der bereits niedergelassenen Vertragsärzte, insbesondere im Hinblick auf eine über das dem Vertragsarztrecht immanente Maß hinausgehende Einschränkung ihrer Erwerbsmöglichkeiten, würde unterlaufen, wenn eine wirtschaftlich betrachtet eher vordergründige Anknüpfung an den Krankenhausträger ausreichte, die Eigenschaft als Krankenhausarzt zu begründen und den Weg zur Ermächtigung zu eröffnen.

Auch im Verhältnis zum Krankenhausträger stelle sich die erforderliche Zustimmung aus beamten- oder arbeitsrechtlicher Sicht ganz regelmäßig als Genehmigung einer Nebentätigkeit dar.<sup>3</sup> Ein nicht durch die zeitlichen und wirtschaftlichen Grenzen des Nebentätigkeitsrechts eingeschränkter Arzt wäre in der Lage, zu den Vertragsärzten in erheblich stärkerem Maß in Konkurrenz zu treten als die üblicherweise nach § 116 SGB V ermächtigten Ärzte. Er geriete wirtschaftlich in die Rolle eines niedergelassenen Arztes, sei jedoch von den Personal- und Investitionskosten und somit von einem wesentlichen Anteil des unternehmerischen Risikos befreit, woran auch ein an den Krankenhausträger zu entrichtendes Nutzungsentgelt nichts ändern würde. Der in einem solchen Fall vorliegende Zustand entspreche nicht dem von § 116 SGB V vorgegebenen Bild eines ermächtigten Krankenhausarztes und könne deswegen nicht unter diese Vorschrift subsumiert werden.

Das LSG stütze seine Ansicht darüber hinaus unter Bezugnahme auf § 107 SGB V auf die nach dem Dienstvertrag für die geringfügige Beschäftigung vereinbarten Tätigkeiten. Es reiche nicht etwa

irgendeine Tätigkeit in einem Krankenhaus, es müsse sich vielmehr um eine Behandlungstätigkeit handeln. Ziel und Zweck der Ermächtigung sei es, Krankenhausärzte für bestimmte Untersuchungs- und Behandlungsmethoden zu ermächtigen, die diese beherrschen und im Krankenhaus auch persönlich erbringen.<sup>4</sup> Daher könne von einem Krankenhausarzt nur die Rede sein, wenn er im Rahmen seines vertraglichen Verhältnisses nicht nur einfach Behandlungstätigkeiten ausübt, sondern darüber hinaus besondere diagnostische und therapeutische Untersuchungsmethoden, für die eine Ermächtigung in Betracht kommt, persönlich erbringt und deshalb beherrscht. Sofern konsiliarische Tätigkeiten dafür überhaupt ausreichend seien, würden diese vorliegend angesichts der weiteren Aufgaben des Klägers einen derart geringen Umfang einnehmen, dass allein schon wegen fehlender ständiger praktischer Ausübung keine Tätigkeit als Krankenhausarzt vorliege.

#### Anmerkung:

Die Erwägungen zur Frage der „Haupttätigkeit“ sind aus mehreren Gründen problematisch. Zwar dürfte es sich rein tatsächlich regelmäßig um eine Nebentätigkeit handeln<sup>5</sup>, aus dem Wortlaut der Normen ist dieses Erfordernis aber (so) nicht herauszulesen. Nach ihrem Sinn und Zweck sind diese auch nicht in erster Linie konzipiert, niedergelassene Vertragsärzte vor Konkurrenz zu schützen, sondern die vertragsärztliche Versorgung sicherzustellen.<sup>6</sup> Zudem bleibt das Abstellen auf die Frage der „Nebentätigkeit“ insgesamt undeutlich, insbesondere bleibt unklar, wo genau die Grenze liegen soll. Hier werden dienstrechtliche Aspekte in die Überlegungen eingestellt, wobei ersichtlich insoweit kein Verstoß vorlag (der im Übrigen auch keine Schutzwirkung für Konkurrenten etwa im Falle der Konkurrentenklage<sup>7</sup> durch einen niedergelassenen Vertragsarzt entfalten dürfte). Eine einmal ausgesprochene Ermächtigung würde zudem auch im Falle des Vorliegens eines solchen Verstoßes nicht etwa hinfällig. Ob die Tatsache, dass (im sozialversicherungsrechtlichen Sinne) Geringfügigkeit vorliegt, als Indiz dafür, dass es sich um eine „Nebentätigkeit“ handelt, angesehen werden kann, ist ebenfalls zweifelhaft. Die Unterordnung der einen unter die andere Tätigkeit dürfte sich (soweit man dies im Rahmen des § 116 SGB V überhaupt verlangen kann) allenfalls aus der Relativität des zeitlichen und wirtschaftlichen Umfangs der beiden Tätigkeiten zueinander ergeben. Insoweit ist auch die „quasi-typologische“ Betrachtungsweise des „Bildes vom ermächtigten Krankenhausarzt“ zumindest für sich genommen nicht ausreichend, die Versagung der Ermächtigung zu tragen. Es ist zwar ein berechtigtes Anliegen, missbräuchliche Fallgestaltungen zu verhindern, in denen die Krankenhaustätigkeit nur vereinbart wird, um auf diesem Wege zur Ermächtigung zu gelangen. Die Grenze dürfte aber auch erst dann erreicht sein, wenn ein solcher Missbrauch tatsächlich vorliegt. Dahingehende Erwägungen wurden jedoch von den Gerichten nicht angestellt.

Nachvollziehbarer und deutlich tragfähiger sind dagegen die Ausführungen des LSG zur inhaltlichen Ausgestaltung der Tätigkeit. Diese vermögen es im Ergebnis zu rechtfertigen, eine Tätigkeit als „Krankenhausarzt“ vorliegend abzulehnen.

Es bleibt abzuwarten, wie das BSG in dieser Sache entscheidet und ob man sich dort der Frage zum Umfang der Tätigkeiten überhaupt annahmen wird. Die (durchaus tragfähigen) Ausführungen zur inhaltlichen Ausgestaltung der Tätigkeit im Krankenhaus wären für sich genommen bereits ausreichend, die Ermächtigung zu versagen, so dass es insoweit einer Auseinandersetzung mit dem zeitlichen Umfang gar nicht mehr bedürfte. Gleichwohl wäre es zu begrüßen, wenn das BSG sich auch hierzu äußern würde.

**Autor: D. Hedermann (Tel. 0521-106-3177)**

<sup>1</sup> Vgl. nur LPK-SGB V/Hänlein, 3. Aufl., § 116, Rn. 9; Hauck/Noftz/Hohnholz, SGB V, § 116, Rn. 7; Becker/Kingreen/Becker, SGB V, 2. Aufl., § 116, Rn. 12.

<sup>2</sup> Für eine „Hauptberuflichkeit“ u.a. auch Hencke in Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Band II, 19. Aufl., § 116, Rn. 2.

<sup>3</sup> Vgl. BVerfG 28.09.2007 - 2 BvR 112/06, ZBR 2008, 171; BSG 01.07.1998 - B 6 KA 11/98 R, SozR 3-5520 § 31 Nr. 8.

<sup>4</sup> So noch Schallen in der 7. Auflage, Zulassungsverordnung, § 31a Rn. 3.

<sup>5</sup> Vgl. Hauck/Noftz/Hohnholz, SGB V, § 116, Rn. 10.

<sup>6</sup> Vgl. juris-PK SGB V/Köhler-Hohmann, 2. Aufl., § 116, Rn. 15; Spickhoff/Walter, Medizinrecht, 1. Aufl., § 116 SGB V, Rn. 1.

<sup>7</sup> Vgl. dazu Schallen, Zulassungsverordnung, 8. Aufl., § 31 a, Rn. 63 ff.