

Deutsche Gesellschaft für Kassenarztrecht e.V.
Symposium

Referat:
Freiberufliche Tätigkeit im Lichte der
Rechtsprechung der verschiedenen
Gerichtszweige

Dr. Ole Ziegler
Fachanwalt für Medizinrecht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Mediator

Berlin, am 24.04.2018

Überblick

- A. Begriff der freiberuflichen Tätigkeit**
- B. Disparate Rechtsprechung**
- C. Methodische Betrachtungsweise: Vereinbarkeit mit dem sog. Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung?**
- D. Weiterentwicklung des Berufsbildes des Vertragsarztes?**

A. Begriff der freiberuflichen Tätigkeit

- § 1 Abs. 2 BÄO:
„Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe; er ist seiner Natur nach ein freier Beruf.“
- § 1 Abs. 1 Satz 2 MBO-Ä:
„ Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe. Es ist seiner Natur nach ein freier Beruf.“
- Es gibt keine gesetzliche Definition des freien Berufs
 - Allerdings Erwägungsgrund 43 der EU-Richtlinie 2005/36/EG vom 07.09.2005: „Freie Berufe werden gemäß den Bestimmungen dieser Richtlinie auf der Grundlage einschlägiger Berufsqualifikationen persönlich, in verantwortungsbewusster Weise und fachlich unabhängig von Personen ausgeübt, die für ihre Kunden und die Allgemeinheit geistig und planerische Dienstleistungen erbringen.“

- Dem Fehlen einer gesetzlichen Definition entspricht es, dass das BVerfG den Begriff des freien Berufs nicht für einen Rechtsbegriff, sondern für einen soziologischen Terminus hält (BVerfGE 10, 354, 364)

B. Disparate Rechtsprechung

- Cursorischer Überblick über die Rechtsprechung
- **Bundesverfassungsgericht**
 - Auch beim Vertragsarzt handelt es sich um einen freien Beruf
 - „Er trägt das ganze wirtschaftliche Risiko seines Berufs selbst; die Kassenzulassung bietet ihm nur eine besondere Chance. Es hängt von ihm und der Gunst der Verhältnisse ab, ob es ihm gelingt, sich eine auskömmliche Kassenpraxis aufzubauen“ (BVerfGE 11, 30, 40)
- **Strafgerichtsbarkeit**
 - Abrechnungsbetrug, § 263 Abs. 1 StGB
 - Akzessorietät zu den sozialrechtlichen Vorgaben an eine ordnungsgemäße Abrechnung vertragsärztlicher Tätigkeit
 - Streng formale Betrachtungsweise des Sozialversicherungsrechts: Normativer Schadensbegriff
 - Vertragsarzt als Beauftragter im Sinne von §299 StGB a.F.?

- Finanzgerichtsbarkeit

- Einkommenssteuerrecht

- Anforderungen an eine sogenannte Mitunternehmerstellung eines Vertragsarztes in einer ärztlichen Berufsausübungsgemeinschaft (BFH – Ur. v. 03.11.2015 – VIII R 62/13 und VIII R 63/13):
Eine Personengesellschaft entfaltet nur dann eine Tätigkeit, die die Ausübung eines freien Berufs im Sinne von § 18 EStG darstellt, wenn sämtliche Gesellschafter die **Merkmale eines freien Berufs** erfüllen.
- Dies ist **nicht** der Fall, wenn ein Gesellschafter „eine von der Gewinnsituation abhängige, nur nach dem eigenen Umsatz bemessene Vergütung“ erhält, er „zudem von einer Teilhabe an den stillen Reserven der Gesellschaft ausgeschlossen“ ist und ferner keine „besonders ausgeprägte Mitunternehmerinitiative“ hat, weil zwar eine gemeinsame Geschäftsführungsbefugnis besteht, von dieser aber tatsächlich wesentliche Bereiche ausgenommen sind (BFH – Ur. v. 03.11.2015 – VIII R 63/13).

- Problematisch ist in gewerbesteuerlicher Hinsicht, wenn ein Arzt, der keine Mitunternehmerstellung hat, nicht unter der Leitung der anderen Gesellschafter tätig wird
- Zwar ist die ärztliche Tätigkeit grundsätzlich freiberuflich und daher gewerbesteuerfrei.
- Aber: „**Stempeltheorie**“ (BFH – Urt. v. 16.07.2014 – VIII R 41/12):
 - „1. Selbständige Ärzte üben ihren Beruf grundsätzlich auch dann leitend und eigenverantwortlich aus, wenn sie ärztliche Leistungen von angestellten Ärzten erbringen lassen.
 - 2. Voraussetzung dafür ist, dass sie hier aufgrund ihrer Fachkenntnisse durch regelmäßige und eingehende Kontrolle maßgeblich auf die Tätigkeit ihres angestellten Fachpersonals – patientenbezogen – Einfluss nehmen, so dass die Leistung den „Stempel der Persönlichkeit“ des Steuerpflichtigen trägt.
 - 3. Führt ein selbständiger Arzt die jeweils anstehenden Voruntersuchungen bei dem Patienten durch, legt er für den Einzelfall die Behandlungsmethode fest und behält er sich die Behandlung „problematischer Fälle“ vor, ist die Erbringung der ärztlichen Leistung durch angestellte Ärzte regelmäßig als Ausübung leitender eigenverantwortlicher freiberuflicher Tätigkeit im Rahmen des § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG anzusehen.“

- Bedient sich der Angehörige eines freien Berufs einer entsprechenden Mithilfe, muss er aufgrund eigener Fachkenntnisse leitend eigenverantwortlich tätig werden.
- An einer solchen Prägung fehlt es, wenn ein Arzt eigenverantwortlich behandelt und die (übrigen) Gesellschafter einer Ärzte-GbR nicht in der Lage sind, darauf im Einzelfall – patientenbezogen – einzuwirken.
- Ist der betreffende, nicht unter Leitung der Gesellschafter stehende Arzt auch nicht als Mitunternehmer anzusehen, sind die aus seiner ärztlichen Tätigkeit erzielten Einkünfte solche aus Gewerbebetrieb und unterfallen der Gewerbesteuerpflicht
- Folge: Sämtliche Einkünfte der Berufsausübungsgemeinschaft sind gem. § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG solche aus Gewerbebetrieb („Abfärbung“).

- Zivilrecht

- Anforderungen an Praxisübergabeverträge (Schweigepflicht etc.)
- Anforderungen an Gesellschaftsverträge (dazu Meschke und Wodarz)
- Sog. „öffentlich-rechtliche“ Überlagerung
- Direktionsrecht und Freier Beruf?
- BGH (NJW 1978, 589): „Die Aussage des Gesetzgebers, dass der Arztberuf ein „freier Beruf“ sei, hat nichts an der Realität ändern sollen, dass viele Ärzte den Beruf in abhängiger Stellung – insbesondere als angestellte Ärzte in Krankenhäusern – ausüben und insoweit (organisatorischen) Weisungen ihres Arbeitgebers bzw. ihrer Vorgesetzten unterliegen. Der Zusatz, er sei „seiner Natur nach“ ein freier Beruf, soll nur den für den Arztberuf charakteristischen Umstand zum Ausdruck bringen, dass der Arzt bei seiner eigentlichen Heilbehandlungstätigkeit unabhängig und weisungsfrei ist, wobei es gerade nicht darauf ankommt, in welchen Rechtsverhältnissen und in welcher wirtschaftlichen Form er den Beruf ausübt“.

- Sozialgerichtsbarkeit: Paradigmatische Entscheidungen für Frage der Freiberuflichkeit im Kontext der Einheit der Rechtsordnung
 - Vertragsarztrecht, 6. Senat des BSG
 - BSG – Urt. v. 23.6.2010 – B 6 KA 7/09 R –
 - vertragsarztrechtlich geprägte „Verschärfung“ der Anforderungen an die Beteiligungsverhältnisse eines Partners einer ärztlichen Berufsausübungsgemeinschaft
 - Rechtliche Anknüpfung an § 32 Abs. 1 Ärzte-ZV:
Vertragsärztliche Tätigkeit in „freier Praxis“

- im Unterschied zu einem Angestelltenverhältnis, § 32 b Ärzte-ZV
- „Mehr, als nach den §§ 705 ff. BGB für die Stellung als Gesellschafter erforderlich ist“ (BSG, Rdnr. 38)
 - „in beruflicher und persönlicher Selbständigkeit gesicherte“ Tätigkeit
 - „erhebliche Einflussnahmen Dritter müssen ausgeschlossen sein“

- Tragen eines wirtschaftlichen Risikos, Teilhabe an Gewinn und Verlust; dies kann nicht „für die Dauer einer „Probezeit“ suspendiert werden“ (BSG, Rdnr. 42)
- Chance auf Verwertung des erarbeiteten Praxiswertes (Beteiligung am good will grundsätzlich erforderlich; ggf. für Probezeit entbehrlich, BSG, Rdnr. 50)
- Befugnis, den „medizinischen Auftrag nach eigenem Ermessen zu gestalten“
- Disposition oder Mitwirkung an der Disposition über die „räumlichen und sächlichen Mittel“

- BSG – Urt. v. 29.11.2017 – B 6 KA 31/16 R: „Freiberufler-MVZ“
(dazu Referat von Dr. Wodarz)

- Sozialversicherungsrecht, insbesondere 12. Senat des BSG
 - „Gemeinsamer“ Ausgangspunkt der sozialgerichtlichen Rechtsprechung ist die Entscheidung des 6. Senats des BSG vom 23.06.2010, wonach es trotz bestandskräftiger Entscheidungen der Zulassungsgremien unter dem Gesichtspunkt eines sog. „Gestaltungsmisbrauchs“ statthaft ist, einer Berufsausübungsgemeinschaft sozialrechtlich die Anerkennung ex post zu versagen.

- Auf dieser Linie liegt es, wenn das [LSG Baden-Württemberg](#) in einer Entscheidung vom [23.11.2016 \(L 5 R 1176/15\)](#) ungeachtet bestandskräftiger Entscheidungen der Zulassungsgremien hinsichtlich der Frage einer abhängigen Beschäftigung einer Zahnärztin die „Autonomie“ des Sozialversicherungsrechts gegenüber Einordnungen des Vertragsarztrechts betont und sich dabei auf eine Entscheidung des 12. Senats des BSG vom 11.11.2015 bezieht.
- Daher ist eine nähere Beschäftigung mit der Entscheidung des LSG Baden-Württemberg aufschlussreich ...

Entscheidung des LSG Baden-Württemberg vom 23.11.2016

- **Fallkonstellation:** Durch Zulassungsausschuss genehmigte zahnärztliche Berufsausübungsgemeinschaft; nach dem Gesellschaftsvertrag erhält eine Gesellschafterin 30 % „aus dem von ihr veranlassten zahnärztlichen Honorar“; den nach Abzug der Praxiskosten von den Einnahmen verbleibenden Gewinn sollte ausschließlich der andere Gesellschafter erhalten, welcher seinen bisherigen Patientenstamm in die Berufsausübungsgemeinschaft eingebracht hatte; im Außenverhältnis ist jeder Gesellschafter vertretungsbefugt, im Innenverhältnis bedarf die Zahnärztin der vorherigen Zustimmung des anderen Gesellschafters für alle Rechtsgeschäfte, welche die Gesellschaft über einen Betrag von 2.500 € hinaus im Einzelfall verpflichten
- Das LSG Baden-Württemberg meint, die Zahnärztin habe in der Zahnarztpraxis eine versicherungspflichtige Beschäftigung, § 7 Abs. 1 SGB IV, ausgeübt

- Wörtlich heißt es in **Rn. 71** der Entscheidungsgründe:
„Die **rechtlichen Einordnungen des Vertrags(zahn-)arztrechts (ebenso des zahnärztlichen Berufsrechts)** sind für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung nach § 7 Abs. 1 SGB IV freilich **nicht bindend** und hierfür nicht strikt zu übernehmen (...). Die rechtlichen Einordnungen des Vertrags(zahn-)arztrechts können (für die Maßgaben eines ggf. einschlägigen Leistungserbringerrechts ...) nur als weiterer, wenngleich durchaus gewichtiger Gesichtspunkt in die eingangs beschriebene Gesamtabwägung einfließen. Insoweit gilt im Ausgangspunkt nichts anderes als für gesellschaftsrechtliche Wertungen und Gestaltungen, die für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung **ebenfalls nicht strikt** übernommen werden dürfen; eine uneingeschränkte Parallelität gibt es insoweit nicht (...).“
- „Entscheidungen der vertrags(zahn-)ärztlichen **Zulassungsgremien**, namentlich die Genehmigung einer Berufsausübungsgemeinschaft (§ 33 Abs. 3 Ärzte-ZV/Zahnärzte-ZV), sind für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung oder die Nachforderung von Sozialabgaben aber **nicht bindend**; Tatbestandswirkung kommt ihnen insoweit nicht zu.“

- Das LSG Baden-Württemberg lässt die Frage offen, was gelte, wenn kein „Gleichklang“ zwischen der sozialversicherungsrechtlichen und der vertragszahnärztlichen Bewertung einer Gestaltung besteht (Rn. 77 der Entscheidungsgründe)
- Es stützt sich für seine Auffassung, die Einordnungen des Vertragszahnarztrechts und des ärztlichen Berufsrechts stellen lediglich einen Gesichtspunkt in der Abwägung dar, auf eine Entscheidung des [Bundessozialgerichts \(Urt. v. 11.11.2015 – B 12 KR 13/14 R\)](#), Rn. 71 der Entscheidungsgründe des LSG Baden-Württemberg
- Das [Bundessozialgericht](#) hatte in der zitierten Entscheidung über die Frage einer abhängigen Beschäftigung eines GmbH-Geschäftsführers zu befinden und dabei unter anderem folgenden [Leitsatz](#) formuliert:
„Gestaltungen in der Gesellschaftsrechts- bzw. Gesellschaftsvertragsrechtsslage prägen die Abwägungsentscheidung zum sozialversicherungsrechtlichen Status nicht i.S. einer strikten Parallelwertung zwingend vor, sondern haben lediglich Indizfunktion“.
Es ging darum, ob es (sozialversicherungsrechtlich) einer notariellen Beurkundung eines Stimmbindungsvertrages bedurfte.

- Der 12. Senat des BSG bringt es auf folgende Formel:

„Indessen ist (...) nicht all dasjenige, was sich gesellschaftsrechtlich im Rahmen des auf diesem Rechtsgebiet Zulässigen bewegt, auch hinsichtlich mittelbarer sozialversicherungsrechtlicher Folgewirkungen ohne weiteres hinzunehmen und nahtlos zu übertragen.“

- **Zwischenergebnis:**

- Die vertragsärztliche Tätigkeit wird durch verschiedene Regelungsmaterien bestimmt.
- Entscheidend ist, in welchem (Rang-)Verhältnis die verschiedenen Regelungskreise zueinander stehen. Insbesondere: Determinieren Vertragsarztrecht und/oder Berufsrecht andere Rechtsgebiete? Oder gilt auf der Linie der Entscheidung des LSG Baden-Württemberg und des 12. Senats des BSG, dass die Einordnungen und Wertungen des Vertragsarztrechts und ärztlichen Berufsrechts allenfalls indizielle Wirkung haben?

C. Methodische Betrachtungsweise: Vereinbarkeit mit dem sog. Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung?

- Die disparate Rechtsprechung, insbesondere die Emanzipation der sozialversicherungsrechtlichen Judikatur von Einordnungen des Vertragsarztrechts und des ärztlichen Berufsrechts (LSG Baden-Württemberg), wirft die Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit dem sog. Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung auf
- Das LSG Baden-Württemberg „ignoriert“ in seinem Urteil diesen Gesichtspunkt, zitiert allerdings eine Entscheidung des BSG vom 11.11.2015 (B 12 KR 13/14 R), welches zumindest das Spannungsverhältnis anspricht...

- Das Bundessozialgericht (Urt. v. 11.11.2015 – B 12 KR 13/14 R, Rn. 24) führt folgendes aus:
„Zwar fordert das **Gebot der Wahrung der Einheit der Rechtsordnung** durchaus die Schaffung von Kohärenz, in seiner schwächeren Erscheinungsform jedenfalls die Herstellung von Konsistenz und (inhaltlicher) Widerspruchsfreiheit (von Teilbereichen) der Gesamtrechtsordnung. Jedoch ist es unabdingbar, den Sonderrechtsbereich, dessen Begrifflichkeiten, Strukturmerkmale und konstruktive (dogmatische) Eigenheiten in concreto angeknüpft werden soll – hier an das Gesellschaftsrecht -, daraufhin zu untersuchen, an welchen **praktischen Bedürfnissen** die dortigen Regelungen ausgerichtet sind, und ob für deren Übernahme in das andere Rechtsgebiet – hier das Versicherungsrecht der Sozialversicherung – tragfähige Gemeinsamkeiten oder Überschneidungen in den **grundsätzlichen Wertungen** bestehen“.

- Das **Bundessozialgericht** meint, das Recht der Pflichtversicherung in der Sozialversicherung sei durch das „Postulat der Vorhersehbarkeit“ derart geprägt, dass es sich von Wertungen des Gesellschaftsrechts gänzlich unterscheide.
- Das **LSG Baden-Württemberg** überträgt diese Auffassung auf das Verhältnis zwischen Vertragsarztrecht und ärztliches Berufsrecht einerseits sowie sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung andererseits.
- Ist diese Herleitung (methodisch) haltbar?

Verstoß gegen sog. Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung?

- Erstmalige juristische Begründung durch Engisch (Heidelberger Antrittsvorlesung: „Einheit der Rechtsordnung“)
- Streitig ist, ob und ggf. inwieweit das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung überhaupt verbindlich ist (vgl. dazu Deinert, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, S. 72 ff.; Felix, Einheit der Rechtsordnung, S. 7 ff. und S. 383 ff.)
- Meines Erachtens ist ein – wie auch immer gearteter - Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung **nicht verfassungsrechtlich abgesichert**, da der Gesetzgeber selbstverständlich zu verschiedenen Regelungsmaterien unterschiedliche Regelungszwecke verfolgen darf
- Der Streit um Existenz, Inhalt und Reichweite der Figur der Einheit der Rechtsordnung ist daher wenig zielführend

- **Aber: Methodenfragen sind Verfassungsfragen**
- Es stellt sich gerade in einem **Rechtsstaat** die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die **Judikatur** das Verhältnis der unterschiedlichen Regelungsmaterien zueinander gewichten darf, um etwaige **Widersprüche** „aufzulösen“
- Insoweit trifft es nicht zu, dass die Beachtung der Grundwertungen anderer Rechtsgebiete lediglich eine rechtspolitische Forderung ist, ohne dass ihr verfassungsrechtliche Relevanz zukommt (so aber Raupach, Festschrift Tipke, 1995, S. 105, 123)
- Denn richterliche Tätigkeit ist gemäß **Art. 97 Abs. 1 GG** ausschließlich an das Gesetz gebunden
- Die rechtsschöpferische Tätigkeit eines Richters ist nur verfassungskonform, wenn der Richter methodisch darlegen kann, dass seine Entscheidung der Rechtsnorm, auf die er sich beruft, und die Rechtsnorm ihrerseits wiederum dem Normtext, von dem der Richter ausgegangen ist, korrektermaßen zuzuordnen ist (Friedrich Müller, Juristische Methodik, 5. Auflage 1993, S. 140)

- Was bedeutet das hier?
- Grundlage muss bei der richterlichen Tätigkeit ein **Parlamentsgesetz** sein, aus dem sich ableiten lässt, dass eine andere parlamentarische Regelung zurückzustehen hat
- Bei Missachtung der Vorgaben handelt ein Richter unter Verstoß gegen Art. 97 Abs. 1 GG (Friedrich Müller, Juristische Methodik, S. 92)
- Vor diesem Hintergrund sind Fragen der Methodenlehre in einem Rechtsstaat **Verfassungsfragen**, da sie das Verhältnis zwischen Legislative einerseits und Judikative andererseits tangieren.
- Mit anderen Worten: Die Rechtsprechung des BSG und des LSG Baden-Württemberg wirft die Frage einer **gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung** auf, wenn die Wertungen und Einordnungen des Vertragsarztrechts und ärztlichen Berufsrechts im Zusammenhang mit der sozialversicherungsrechtlichen Statusbeurteilung für ein im Rahmen der Abwägung zwar zu beachtendes, nicht aber bindendes Indiz erklärt werden.

- Die Antwort auf die Frage einer gesetzesübersteigenden, mithin unter dem Gesichtspunkt von Art. 97 Abs. 1 GG nicht hinnehmbaren Judikatur hängt daher davon ab, wie die Gerichte die angeblich lediglich indizielle Bedeutung begründen und **ob die Begründung auf eine parlamentarische Rechtsnorm gestützt** werden kann.
- Wie wird diese lediglich indizielle Bedeutung begründet?:
 - LSG Baden-Württemberg begründet seine Auffassung vom **Regelungszweck des Sozialversicherungsrechts** her, der vom Zweck des Vertragsarztrechts zu unterscheiden sei:
„Zumal § 32 Abs. 1 Satz 1 Ärzte-ZV/Zahnärzte-ZV mit der persönlichen und wirtschaftlichen Unabhängigkeit des frei praktizierenden (Zahn-)Arztes zur **Qualität der vertrags(zahn)ärztlichen Versorgung** beitragen will (...); um Fragen des Schutzbedarfs durch die gesetzliche Sozialversicherung geht es nicht.“
(Rn. 71 der Entscheidungsgründe).

- Auch das BSG (Urt. v. 11.11.2015) argumentiert mit der „Ausrichtung“ der Regelungen:

„Jedoch ist es unabdingbar, den Sonderrechtsbereich, wenn dessen Begrifflichkeiten, Strukturmerkmale und konstruktive (dogmatische) Eigenheiten in concreto angeknüpft werden soll -, darauf hin zu untersuchen, an welchen praktischen Bedürfnissen die dortigen Regelungen ausgerichtet sind, und ob für deren Übernahme in das andere Rechtsgebiet – hier das Versicherungsrecht der Sozialversicherung – tragfähige Gemeinsamkeiten oder Überschneidungen in den grundsätzlichen Wertungen bestehen“ (Rn. 24 der Entscheidungsgründe)

„Schon in der Vergangenheit hat der 12. Senat des BSG wiederholt darauf hingewiesen, dass im Interesse aller Beteiligten – der Versicherten und der Versicherungsträger – liegt, die Frage der Versicherungspflicht bzw. fehlender Versicherungspflicht wegen Selbständigkeit schon zu Beginn der Tätigkeit zu klären, weil diese nicht nur für die Entrichtung der Beiträge, sondern auch für die Leistungspflichten der Sozialversicherungsträger und die Leistungsansprüche des Betroffenen von entscheidender Bedeutung sein kann (...).“ (Rn. 27 der Entscheidungsgründe)

„Gerade dieses **Postulat der Vorhersehbarkeit** ist es, dass das Recht der Pflichtversicherung in der Sozialversicherung prägt und von Wertungen des – an ganz anderen praktischen Bedürfnissen ausgerichteten – Gesellschaftsrechts unterscheidet. Daran ist auch für die vorliegende rechtliche Konstellation festzuhalten.“ (Rn. 27 der Entscheidungsgründe)

- **Bernsdorff** (DB 2014, 1551, 1554 f.), auf den in der Entscheidung des BSG vom 11.11.2015 (selbstreferentiell) verwiesen wird, meint, es bedürfe deshalb keiner „harmonisierenden“ Auslegung von Normen des Pflichtversicherungsrechts, da es dem **Willen des Parlamentsgesetzgebers** entspreche, die diesen Themenkreis betreffenden Fragen „ausschließlich und allein nach Maßgabe sozialversicherungsrechtlicher Kriterien“ zu beantworten.
- Der Gesetzgeber habe den Rechtsanwender spezialgesetzlich von der Herstellung von Rechtseinheit entbunden, indem er darauf verzichtet habe, an „Begriffe/Strukturmerkmale/Eigenheiten des Gesellschaftsrechts“ in diesem Zusammenhang anzuknüpfen (DB 2014, 1551, 1552 und 1554).

- Bemerkenswert an der sozialversicherungsrechtlichen Judikatur und den Ausführungen von Bernsdorff ist, dass diese zwar den Willen des Parlamentsgesetzgebers anführen, sich aber weder die Mühe machen, durch Analyse der Gesetzgebungsmaterialien und zugänglicher Quellen nachzuweisen, dass der Wille des Gesetzgebers tatsächlich dahin geht. Vielmehr erschöpft sich die Judikatur in einer **selbstreferenziellen Bezugnahme** auf (eigene) Rechtsprechung und allgemein den Regelungszweck des Sozialversicherungsrechts.
- Damit bleibt als „Argument“ übrig, die Rechtsprechung diene der Vorhersehbarkeit der Beitrags- und Leistungspflichten im Interesse der Versicherten und der Träger, wohingegen Vertragsarztrecht und ärztliches Berufsrecht der qualitätsgestützten gesundheitlichen Versorgung zugute kommen sollen.
- Aus dieser unterschiedlichen „Zweckrichtung“ leitet das LSG Baden-Württemberg letztlich seine Judikatur ab.
- Wird dadurch aber methodisch sauber im Sinne von Art. 97 Abs. 1 GG an ein Parlamentsgesetz angeknüpft?

- These: Die Wertungen des Sozialversicherungsrechts und des Vertragsarztrechts stehen sich **gleichgewichtig** gegenüber.
- Einer vollständigen Emanzipation des Sozialversicherungsrechts von Wertungen anderer (Teil-)rechtsgebiete ist zumindest dann eine Absage zu erteilen, wenn dafür kein entsprechender gesetzgeberischer Wille nachgewiesen werden kann, sondern bloß aus der Unterschiedlichkeit der Regelungsmaterien, z.B. von Vertragsarztrecht und Sozialversicherungsrecht, „konstruiert“ wird.
- Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sich wertungsmäßig widersprechende Regelungen vermeiden möchte (sog. Vermutung der Widerspruchsfreiheit, vgl. Deinert, S. 73 f.).
- Gleichwohl kommen Wertungswidersprüche vor

- Dann stellt sich die in einem Rechtsstaat entscheidende Frage, ob ein Fall des Widerspruchs „mit gutem Grund“ vorliegt
 - Unter dem Gesichtspunkt der Trennung der Gewalten ist zuvörderst der Gesetzgeber befugt, derartige „gute Gründe“ festzulegen
 - Dies ergibt sich für das Verhältnis zwischen sozialrechtlichen und privatrechtlichen Belangen aus der Wesentlichkeitsdoktrin des BVerfG (Deinert, S. 86)
 - Im Verhältnis öffentlicher Belange zueinander (Wertungen des Vertragsarztrechts einerseits, Wertungen des Sozialversicherungsrechts andererseits) ergibt sich dies aus dem Verhältnis von Parlamentsgesetzgeber und Judikative
 - Der Gesetzgeber lässt für das Verhältnis von Sozialversicherungsrecht und Vertragsarztrecht **keine Präferenz für sozialversicherungsrechtliche Wertungen** erkennen
 - Das Gegenteil ist der Fall:

- Die Charakterisierung des Vertragsarztes als freier Beruf erfolgt mit „gutem Grund“
 - BGH (Großer Senat für Strafsachen – Beschl. v. 29.3.2012 – GSSt 2/11):

„Der Vertragsarzt ist nicht Angestellter oder bloßer Funktionsträger einer öffentlichen Behörde; er wird im konkreten Fall nicht aufgrund einer in einer hierarchisch strukturintegrierten Dienststellung tätig, sondern aufgrund der individuellen, freien Auswahl der versicherten Person. Er nimmt damit einem Konzept der gesetzlichen Krankenversicherung vorgesehene, speziell ausgestaltete Zwischenposition ein, die ihn von dem in einem öffentlichen Krankenhaus angestellten Arzt, aber auch von solchen Ärzten unterscheidet, die in einem staatlichen System ambulanter Heilfürsorge nach dem Modell eines Poliklinik-Systems tätig sind.“ (Rn. 19)

„Das Verhältnis des Versicherten zum Vertragsarzt wird wesentlich bestimmt von Elementen persönlichen Vertrauens und einer der Bestimmung durch die Krankenkassen entzogenen Gestaltungsfreiheit:

Nach § 76 Abs. 1 Satz 1 SGB V können die Versicherten unter den zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzten (und anderen Leistungserbringern) frei wählen. Sowohl der Gegenstand als auch die Form und die Dauer der Behandlung sind einem bestimmenden Einfluss der Krankenkasse entzogen und ergeben sich allein in dem jeweils persönlich geprägten Verhältnis zwischen Patient und Vertragsarzt. In diesem Verhältnis steht der Gesichtspunkt der individuell geprägten, auf Vertrauen sowie frei Auswahl und Gestaltung beruhenden persönlichen Beziehung in einem solchen Maß im Vordergrund, dass weder aus der subjektiven Sicht der Beteiligten noch nach objektiven Gesichtspunkten die Einbindung des Vertragsarztes in das System öffentlicher, staatlich gelenkter Daseinsfürsorge überwiegt und die vertragsärztliche Tätigkeit den Charakter einer hoheitlich gesteuerten Verwaltungsausübung gewinnt.“ (Rn. 20)

- Dann aber stellt sich die Judikatur des 12. Senats des BSG gegen diese mit „gutem Grund“ getroffenen Wertungen, ohne sich dabei auf „Mehr“ stützen zu können als den Regelungszweck des Sozialversicherungsrechts.
- Ein „Mehr“ an Begründung ist aber nach meiner Auffassung methodisch und verfassungsrechtlich (Art. 97 Abs. 1 GG) erforderlich.

D. Weiterentwicklung des Berufsbildes des Vertragsarztes?

- Parallel zu den Beschränkungen und Eingrenzungen der vertragsärztlichen Tätigkeit durch die Rechtsprechung entfaltet der Gesetzgeber gerade im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung erhebliche Aktivitäten.
- Zurecht weisen Ratzel/Knüpper (in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, Kapitel 5, Rn. 21 f.) darauf hin, dass die Kriterien der Freiberuflichkeit im System der gesetzlichen Krankenversicherung dadurch infrage gestellt werden.
- Ratzel/Knüpper beziehen ihre Auffassung insbesondere auf Beschränkungen durch den Gesetzgeber, wenn dieser anstelle der ärztlichen Selbstverwaltung (berufs-)rechtliche Regelungen trifft.

- Schon diese Entwicklung ist bedauerlich, da die ärztliche Selbstverwaltung und die mit ihr verbundene „Definitions-macht“ der ärztlichen Leistungserbringer eher in der Lage ist, einer qualitätsgestützten Versorgung der Bevölkerung in einem durch persönliches Vertrauen geprägten Verhältnis zwischen Arzt und Patient gerecht zu werden.
- Die gesetzgeberischen Beschränkungen des Vertragsarztes werden auf die „Spitze getrieben“, wenn die sozial(versicherungs-)rechtliche Judikatur Wertungen des Gesellschaftsrechts, des Vertragsarztrechts und des Berufsrechts zu Indizien erklärt, denen im Rahmen einer sozial(versicherungs-)rechtlichen Betrachtung nur untergeordnete Bedeutung zukommen soll.
- Deshalb ist nicht „nur“ eine Einschränkung der „Definitionshoheit“ der ärztlichen Selbstverwaltung für ihr Handlungsgebiet seitens des Gesetzgebers zu bedauern, sondern auch eine methodisch angreifbare und verfassungsrechtlich problematische Judikatur, die anstelle des Gesetzgebers Wertungen vornimmt, welche dem Typus des freien Berufs zuwider laufen, ohne dass der Gesetzgeber dafür nachgewiesenermaßen eine Legimitationsbasis in Form eines „guten Grundes“ gelegt hat.

- Zugespitzt stellt sich die Frage, ob die sozialrechtliche Judikatur, die mit BSG – Urt. v. 23.6.2010 – B 6 KA 7/09 R – ihren Ausgang nahm und ihren vorläufigen Kulminationspunkt in der Rechtsprechung des LSG Baden-Württemberg vom 23.11.2016 (L 5 R 1176/15) erreichte, zu einer **qualitätsgestützten gesundheitlichen Versorgung der Bevölkerung** und der „individuell geprägten, auf Vertrauen sowie freie Auswahl und Gestaltung beruhenden persönlichen Beziehung“ zwischen Vertragsarzt und Versichertem **beiträgt oder dieser abträglich** ist.
- Meines Erachtens ist **keine „Weiterentwicklung** des Berufsbildes des Vertragsarztes“ im Sinne einer begrüßenswerten Fortführung zu verzeichnen, sondern eine insbesondere durch eine auf den je eigenen Beritt blickende Judikatur geprägte, wenig übersichtliches Terrain
- Dies verweist den Vertragsarzt im Ergebnis in erheblichem Maße auf die **„Hilfestellung“ durch Juristen und Ökonomen.**
- Diese sind es letztlich, welche dem vermeintlich freiberuflich tätigen (Vertrags-)arzt zu dem verhelfen, was juristisch-ökonomisch dann noch als „freier Beruf“ verbleibt.

- Insofern steht die Zuordnung des Vertragsarztes zum „freien Beruf“ infrage. [Quaas/Zuck](#) (Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, § 17, Rn. 15 ff.) hatten angesichts dessen den „Vertragsarztberuf“ als einen von der sonstigen ärztlichen Tätigkeit zu unterscheidenden, eigenständigen Beruf angesehen. (Freilich in der 3. Aufl. 2014, § 18, Rn. 43 wieder aufgegebene Auffassung).
- „Blinder Fleck“ ist und damit ausgeblendet wird, ob die Beschränkungen für eine qualitätsgestützte Versorgung der Bevölkerung wünschenswert sind/sein können.
- [Selbstüberprüfung](#) von Juristen und Ökonomen als „Beteiligte“ im Gesundheitswesen ist vonnöten: [Judicial self-restraint?](#)
- Ich beschränke mich jetzt auch, und zwar auf diese Ausführungen und danke für Ihre Aufmerksamkeit.

Dr. Ole Ziegler

Fachanwalt für Medizinrecht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Mediator

Niederneu 13-19

60325 Frankfurt am Main

) 069/971 20 641

☎ 069/72 55 86

@ ole.ziegler@plagemann-rae.de

@ www.plagemann-rae.de