

## JUS-Letter

Dezember 2023 | Jahrgang 23 | Ausgabe 4

# BDAktuell

### In dieser Ausgabe:

„No show“ – Unter welchen Voraussetzungen können Ärztinnen und Ärzte ein Ausfallhonorar bei Terminversäumnis verlangen?	V259
Insolvenz im Krankenhaus	V261
Neues aus der Gesetzgebung – das MoPeG zum 01.01.2024	V262

### „No show“ – Unter welchen Voraussetzungen können Ärztinnen und Ärzte ein Ausfallhonorar bei Terminversäumnis verlangen?

#### RAin Vera Sperber, Nürnberg

Nicht nur in der Gastronomie oder im Hotelgewerbe, sondern zunehmend auch in Arztpraxen und OP-Zentren kommt es vor, dass Patientinnen und Patienten einen Termin vereinbaren, dann aber nicht erscheinen. Lassen sich die Termine nicht kurzfristig anderweitig vergeben, führt dies zu einem Umsatzausfall. Die Vereinbarung eines Ausfallhonorars ist hier grundsätzlich möglich, es sind aber einige rechtliche Fallstricke zu beachten, die nachfolgend dargestellt werden sollen.

#### Rechtliche Grundlagen

a)

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH)<sup>1</sup> kann grundsätzlich ein **Anspruch auf Zahlung bis zur Höhe des im konkreten Fall entgangenen Honorars** (natürlich auch eines geringeren Betrags) abzüglich etwaig ersparter Aufwendungen bestehen, jedenfalls dann, wenn der Patient/die Patientin gar nicht erscheint oder den Termin erst am Behandlungstag absagt oder verlegen möchte. Der Fall betraf eine Ergotherapiepraxis, die als **reine Bestellpraxis** Exklusivtermine vergab und

mit den Patientinnen und Patienten über die Anmeldeformulare eine schriftliche Vereinbarung schloss, wonach für diese jedenfalls **aufgrund des ausdrücklichen Hinweises in der Vereinbarung erkennbar** war,

- dass die Behandlungszeit minuten genau exklusiv reserviert war,
- dass bei einer Absage weniger als 24 Stunden vor dem Termin oder Nichterscheinen dieser Termin nicht mehr anderweitig vergeben werden konnte,
- dass es sich bei dem Termin nicht nur um eine unverbindliche Absprache, sondern um eine rechtsverbindliche Vereinbarung handelt.

Der BGH leitet bei diesem Sachverhalt den Anspruch – etwas kompliziert – aus den §§ 630b, 615, 296 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ab. Voraussetzung für den Anspruch ist eine „kalendermäßige Bestimmung“ im Sinne des § 296 BGB. Nur dann kann ein Ausfallhonorar vereinbart werden. Der BGH hat im genannten Urteil entschieden, dass bei der Beurteilung der Frage, ob die Vereinbarung eines Behandlungstermins eine solche „kalendermäßige Bestimmung“ im Sinne des § 296 S. 1 BGB darstellt, sämtliche Umstände des jeweiligen Falls, insbesondere die Interessenlage der Parteien und die Organisation der Terminvergabe durch den Behandelnden sowie deren Erkennbarkeit für die Patientinnen und Patienten, zu berücksichtigen sind.



**Berufsverband Deutscher Anästhesistinnen und Anästhesisten e. V.**

- Justitiare -

Neuwieder Straße 9  
90411 Nürnberg

Telefon: 0911 93378 17  
0911 93378 19  
0911 93378 27

Internet: [www.bda.de](http://www.bda.de)

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 12.05.2022, Az.: III ZR 78/21, abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=130312&pos=0&anz=1>.

Wenn Ärztinnen und Ärzte Exklusivtermine vergeben, die kurzfristig nicht anderweitig vergeben werden können, was insbesondere im Bereich der Schmerztherapie oder bei längeren Operationen der Fall sein dürfte, und auf diese Exklusivität auch hinweisen, kommt also grundsätzlich die Vereinbarung eines Ausfallhonorars in Betracht. Anders wäre der Fall beispielsweise bei einer Praxisorganisation zu beurteilen, bei der die nächste Patientin bzw. der nächste Patient regelmäßig bereits im Wartezimmer wartet und unproblematisch „vorgezogen werden“ kann.

b)

Der BGH äußerte sich in dem genannten Urteil auch zu der Frage, ob auch gegenüber einem **gesetzlich versicherten Patienten** ein Ausfallhonorar geltend gemacht werden kann, da Vertragsärztinnen und -ärzte nach den gesetzlichen Regelungen einen Vergütungsanspruch nur gegen die gesetzliche Krankenversicherung, nicht aber direkt gegenüber den Versicherten haben. Der BGH hat diese Frage bejaht, denn der Vergütungsanspruch gegen die GKV bestehe nur, wenn und soweit die Behandlung tatsächlich stattgefunden habe. Der BGH wörtlich:

*„Das vergebliche Warten des Behandelnden auf einen zu bestimmter Zeit bestellten Kassenpatienten unterliegt hingegen nicht der Vergütungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung. Insofern fehlt es an einer Leistung des Behandelnden, die dem Versicherten nach den gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren ist. Die Versichertengemeinschaft hat nicht für Leistungsstörungen einzustehen, die in den persönlichen Verantwortungsbereich des einzelnen Versicherten fallen (BSGE 31, 33 (36f.) = NJW 1970, 1252). Im Fall des Annahmeverzugs verbleibt es daher bei der aus § 630a I BGB folgenden Pflicht des Kassenpatienten, dem Behandelnden die versprochene Vergütung zu gewähren. Mithin richtet sich ein etwaiger Vergütungsanspruch aus § 615 BGB auch gegen gesetzlich krankenversicherte Patienten...“*

Damit ist zugleich auch entschieden, dass ein Anspruch auf die tatsächlich entgangene Vergütung (abzüglich der

im konkreten Einzelfall ersparten Aufwendungen) besteht. Das Honorar ist jedoch auch bei Kassenpatientinnen und -patienten privat in Rechnung zu stellen, also nach GOÄ (ohne erhöhten Steigerungsfaktor) abzurechnen. Allerdings dürfte der Anspruch auf den Betrag beschränkt sein, den Ärztinnen und Ärzte auf der Grundlage der EBM-Abrechnung tatsächlich erhalten hätten.

### Gesonderte Vereinbarung eines Ausfallhonorars in Text- oder Schriftform

Über das Ausfallhonorar muss eine gesonderte Vereinbarung in Text- oder Schriftform geschlossen werden.

Die Notwendigkeit einer gesonderten Vereinbarung ergibt sich aus § 630c BGB, in dem die Verpflichtung formuliert ist, den Patienten über eventuell entstehende Kosten, deren Übernahme durch Dritte (Krankenversicherung etc.) nicht gesichert ist, in Textform (§ 126b BGB, d. h. E-Mail oder Fax würden ausreichen) zu informieren. Dies ist beim Ausfallhonorar der Fall.

Im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung gilt zudem § 18 Abs. 8 Nr. 3 BMV-Ä, wonach für Leistungen außerhalb der vertragsärztlichen Versorgung im Vorfeld die schriftliche (vgl. § 126 BGB, d. h. Originalunterschrift ist erforderlich, bei GKV-Patientinnen und -patienten reichen E-Mail oder Fax also **nicht** aus) Zustimmung des Versicherten eingeholt und dieser auf die Pflicht zur Übernahme der Kosten hingewiesen werden muss.

### Weitere Anforderungen an die Vereinbarung des Ausfallhonorars

Da Patientinnen und Patienten „Verbraucher“ sind, muss sich eine Ausfallhonorarvereinbarung an den strengen Vorgaben des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das in den §§ 307 ff. BGB geregelt ist, messen lassen. Sie muss daher, so der gegenwärtige Stand der Literatur und aus anderen Urteilen des BGH, mindestens folgende Voraussetzungen erfüllen:

a)

Die Vereinbarung darf nicht dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung zu-

widerlaufen. Aus diesem Grund fordert der BGH in ständiger Rechtsprechung, dass solche Vereinbarungen das nach §§ 630b, 627 Abs. 1 BGB bestehende jederzeitige fristlose Kündigungsrecht der Patientenseite, das überdies ohne Begründung möglich ist, gar nicht oder allenfalls nur geringfügig bzw. maßvoll einschränken dürfen<sup>2</sup>. Danach dürfen Patientinnen und Patienten nicht davon abgehalten werden, von einer Behandlung, für die sie sich einmal entschieden haben, doch noch Abstand zu nehmen, also den Behandlungsvertrag zu kündigen. Der BGH hat in diesem Urteil weiter formuliert (Hervorh. d. Verf.):

**Ob und inwieweit Ausnahmen bei geringfügigen (maßvollen) Einschränkungen des Kündigungsrechts in Betracht kommen können** (z. B. bei kurzfristiger Absage vereinbarter Arzttermine; vgl. dazu AG Bremen NJW-RR 1996, 818 [819]; AG Nettetal NJW-RR 2007, 1216 [1217]; AG München BeckRS 2016, 8072; Poelzig VersR 2007, 1608), **braucht hier nicht vertieft zu werden** (s. auch BGHZ 106, 341 [346] = NJW 1989, 1479, wonach eine differenzierte Betrachtungsweise nicht ausgeschlossen erscheint).

Was eine „maßvolle“ Einschränkung des Kündigungsrechts ist, hat der BGH also im Jahr 2020 bewusst offengelassen. Zumeist wird ein Zeitraum zwischen 24<sup>3</sup> und längstens 48 Stunden<sup>4</sup> bzw. einem Werktag<sup>5</sup> zwischen Absage und dem vereinbarten Termin angenommen.

In dem oben bereits genannten neueren Urteil vom 12.05.2022 (s. o.) hat der BGH klargestellt, dass die **bloße Absage mit der Bitte um Verlegung** (also mit der Bitte um einen Ersatztermin) **keine Kündigung des Behandlungsvertrags** darstellt. Dasselbe dürfte für den Fall des Nichterscheins gelten.

Wenn Sie die Vereinbarung also auf diese beiden Fallkonstellationen (Nichterscheinen; zu kurzfristige Bitte um

2 BGH, Urteil vom 08.10.2020, Az.: III AZR 80/20.

3 AG Bremen, Urteil vom 02.06.1995, Az.: 24 C 72/1995.

4 AG Nettetal, Urteil vom 12.09.2006, Az.: 17 C 71/03.

5 AG Hamburg Wandsbek, Urteil vom 20.12.2018, Az.: 713 C 238/18.

Verlegung) beschränken, dürften Sie sich auf der einigermaßen sicheren Seite bewegen.

Wenn Ärztinnen und Ärzte den sichersten Weg wählen möchten, können sie die Patientenseite zusätzlich darauf hinweisen, dass, wenn die Behandlung komplett ohne Ersatztermin abgesagt werden soll, also der Behandlungsvertrag gänzlich gekündigt werden soll, dies auch ohne Einhaltung einer Frist vor dem Termin jederzeit möglich ist, ohne dass dann ein Ausfallhonorar fällig wird, dass aber diese Kündigung dann ausdrücklich so erklärt werden muss (mündlich oder zu Beweis Zwecken in Textform, § 126b BGB – das Verlangen nach der strengeren Schriftform würde wegen § 309 Nr. 13b BGB die Vereinbarung unwirksam machen). Zugleich sollte dann auch darauf hingewiesen werden, dass lediglich eine Terminabsage oder Nichterscheinen keine Kündigung des Behandlungsvertrags darstellt.

b)

Es darf überdies nur für den Fall das Ausfallhonorar verlangt werden, dass der Patient bzw. die Patientin den Ausfall zu vertreten, also eine **Pflichtverletzung** begangen hat (§ 280 Abs. 1 BGB), da dies sonst eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, § 307 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB, darstellen würde.

Eine Pflichtverletzung liegt bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Handeln vor. Dies wäre beispielsweise nicht der Fall, wenn der Patient/die Patientin kurzfristig erkrankt ist oder sonst aus Gründen, die nicht in seinem/ihrer Verantwortungsbereich liegen, den Termin nicht wahrnehmen kann.

Das Landgericht Berlin<sup>6</sup> hat vorgeschlagen die Formulierung „es sei denn, das Nichterscheinen ist unverschuldet“ zu verwenden. Diese Formulierung zeigt im Übrigen auch, dass es die Patientenseite ist, die das fehlende Verschulden beweisen muss. Das Amtsgericht Hamburg-Wandsbek hält in dem oben zitierten Urteil keine solche ausdrückliche Formulierung für notwendig, da sie aber

sehr einfach in die Vereinbarung eingefügt werden kann, ist sie aus Gründen der Rechtssicherheit empfehlenswert.

c)

Das Ausfallhonorar darf ferner keinesfalls höher sein als der nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge zu erwartende Schaden (vgl. § 309 Nr. 5a) BGB). Dieser Schaden kann auch geringer sein als das Honorar (z. B., weil Ärztinnen und Ärzte Aufwendungen ersparen, idealerweise wird daher hier ein pauschaler Abzug von z. B. 20–30 % des Honorars vorgenommen). Dem Patienten/Der Patientin muss überdies ermöglicht werden, nachzuweisen, dass ein geringerer Schaden als der geltend gemachte Schaden entstanden ist, und auf diese Möglichkeit ist in der Vereinbarung auch hinzuweisen (§ 309 Nr. 5b) BGB).

d)

Nach § 12 Abs. 4 der Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte und der für sie geltenden entsprechenden Kammerregelung müssen sie in der Vereinbarung auf die Höhe des zu erwartenden Ausfallhonorars sowie darauf hinweisen, dass das Ausfallhonorar nicht von der gesetzlichen Krankenversicherung oder einen anderen Kostenträger übernommen wird, sondern dass der Patient/die Patientin dieses selbst zahlen muss.

### Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es durchaus möglich ist, mit Patientinnen und Patienten ein Ausfallhonorar zu vereinbaren. Das Formulieren einer solchen Vereinbarung, die dann eine Vielzahl von Fällen formularmäßig abdecken soll, ist allerdings nicht ganz einfach und muss stets an die geltende Rechtsprechung angepasst, also regelmäßig überprüft und ggf. aktualisiert werden. Idealerweise lassen Ärztinnen und Ärzte sich daher hierzu anwaltlich beraten. Die Kosten hierfür werden von der Rechtsschutzversicherung des BDA allerdings nicht übernommen.

<sup>6</sup> Urteil vom 15.04.2005, Az.: 55 S 310/04.

## Insolvenz im Krankenhaus

**RA Stefan Griebeling, Ulsenheimer-Friederich Rechtsanwälte PartGmbH, München**

Der wirtschaftliche Druck im Krankenhaussektor nimmt zu. Manche privatwirtschaftlich betriebenen Kliniken außerhalb kommunaler Trägerschaft sind nicht mehr in der Lage, ihren Zahlungsverpflichtungen nachzukommen oder es droht voraussichtlich Zahlungsunfähigkeit innerhalb der nächsten 2 Jahre. Liegen diese Voraussetzungen vor, muss der Krankenhausträger Insolvenz beantragen, die bei drohender Zahlungsunfähigkeit auch in einer sogenannten Eigenverwaltung bestehen kann.

Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Schuldner durch Verwertung des Vermögens zu befriedigen oder unter anderem in einem Insolvenzplan eine Regelung zum Erhalt des Unternehmens zu treffen (Sanierungsplan, Schutzschirm). Dies kann Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse der angestellten Ärztinnen und Ärzte haben.

1. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens berührt den Bestand der Arbeitsverhältnisse zunächst nicht. Die vertraglichen/tarifvertraglichen Regelungen bleiben unverändert bestehen. Werden der Krankenhausbetrieb gänzlich oder einzelne Abteilungen eingestellt, dürfte allerdings eine betriebsbedingte Arbeitgeberkündigung nicht zu vermeiden sein. Abweichend von den tarifvertraglich/arbeitsvertraglich vereinbarten Kündigungsfristen gilt dann aber ab Eröffnung des Verfahrens eine Kündigungsfrist von 3 Monaten zum Monatsende, sofern keine kürzere Frist zugrunde zu legen ist.

Das Insolvenzverfahren als solches stellt jedoch keinen Kündigungsgrund durch den Krankenhausträger dar. Und auch die angestellten Ärztinnen und Ärzte können nicht außerordentlich/fristlos kündigen. Denn die Tatsache, dass das Krankenhaus Insolvenz angemeldet hat, stellt keinen wichtigen Grund für eine solche Kündigung dar.

2. Im Zuge der (vorläufigen) Eigenverwaltung bleibt der laufende Krankenhausbetrieb aufrechterhalten. Die Geschäftsführung führt die Geschäfte unter Aufsicht eines neutralen „Sachwalters“ als Aufsichtsperson in Eigenregie weiter, um eine erfolgreiche Sanierung anzustreben.
3. Beantragt der Krankenhausträger Insolvenz, so ist die Vergütung für die Dauer von 3 Monaten durch das sogenannte Insolvenzgeld gesichert. Dieses wird von der Agentur für Arbeit gezahlt. Eine gesonderte Antragstellung ist nicht erforderlich. Im Eigenverwaltungsverfahren erfolgt die Auszahlung des Insolvenzgeldes für die vergangenen drei Monate ab Eröffnung des Verfahrens bei Gericht. Um das Insolvenzgeld gleichwohl zeitnah an die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auszahlen zu können, erfolgt in diesen Fällen regelmäßig mit Zustimmung der Agentur für Arbeit eine Vorfinanzierung der Gehälter durch ein Bankinstitut. In diesen Fällen ist es erforderlich, dass die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ihre Ansprüche auf das Netto-Arbeitsentgelt an die vorfinanzierende Bank verkaufen bzw. abtreten, begrenzt auf die jeweilige Beitragsbemessungsgrenze in der Arbeitslosenversicherung. Die finanzierende Bank zahlt dann die Gehälter aus.
4. Das Insolvenzgeld berechnet sich nach dem bisherigen monatlichen Bruttogehalt abzüglich Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge. Es ist allerdings auf die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung begrenzt (€ 7.300,00 brutto monatlich West, € 7.100,00 brutto monatlich Ost). Das heißt, insbesondere bei Leitenden Ärztinnen und Ärzten deckt das Insolvenzgeld nicht die vollständige Vergütung ab, wenn der Bruttolohn über der Beitragsbemessungsgrenze liegt. Möglich ist zwar eine „freiwillige“ Zahlung der nicht vom Insolvenzgeld gedeckten Gehaltsbestandteile durch das Unternehmen. Dies setzt aber die Zustimmung des Gläubigerausschusses und des Sachwalters voraus.

5. Durch das Insolvenzgeld sind neben der Grundvergütung auch Nacht- und Sonntagszuschläge, Überstundenvergütung und -zuschläge sowie vermögenswirksame Leistungen abgesichert.
6. Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung werden bei der Abrechnung der Insolvenzgeldzahlung automatisch abgeführt. Bei freiwillig gesetzlich Krankenversicherten und privat Krankenversicherten wird der Arbeitgeberzuschuss aber nicht direkt an die Krankenversicherung abgeführt, sondern über das Insolvenzgeld ausgezahlt. Die Beiträge sind dann eigenständig an die private Krankenversicherung abzuführen bzw. bei freiwillig gesetzlich Versicherten stellt die Krankenkasse die Zahlungen auf „Selbstzahler“ um. Hier sollte die gesetzliche Krankenversicherung entsprechend informiert werden.  
Bei berufsständigen Altersversorgungen wird der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmeranteil unmittelbar an die Mitarbeiterin bzw. den Mitarbeiter ausgezahlt. Dementsprechend ist der gesamte Altersversorgungsbeitrag direkt von der Mitarbeiterin bzw. dem Mitarbeiter an das berufsständige Versorgungswerk zu zahlen. Eine Abführung durch den Arbeitgeber erfolgt jedenfalls während des Insolvenzgeldzeitraumes nicht. Es empfiehlt sich daher, sich mit der jeweiligen Versorgungseinrichtung in Verbindung zu setzen.
7. Beiträge zur betrieblichen Altersversorgung im Zuge einer Entgeltumwandlung werden nicht mehr automatisch abgeführt, sondern in die Berechnungsgrundlage des Insolvenzgeldes einbezogen und unmittelbar an die Mitarbeiterin bzw. den Mitarbeiter ausgezahlt. Es finden

daher keine regulären Beitragszahlungen durch den Krankenhausträger mehr statt. Man sollte sich mit der Versorgungseinrichtung in Verbindung zu setzen und eruieren, ob Beiträge unmittelbar durch die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter abgeführt werden können.

8. Während des Insolvenzgeldzeitraumes geleistete Mehrarbeit wird über das Insolvenzgeld abgerechnet und ausgezahlt. Es erfolgt keine Gutsschrift auf den Arbeitszeitkonten.
9. Ansprüche auf Erholungsurlaub bleiben wie bisher bestehen, Urlaub kann auch während des Insolvenzzeitraums weiterhin genommen werden.

Grundsätzlich sollte man sich bei Zweifelsfragen bei der Agentur für Arbeit weitergehend beraten lassen.

### Neues aus der Gesetzgebung – das MoPeG zum 01.01.2024

#### RAin Andrea Pfundstein, Nürnberg

Zum 01.01.2024 greift – ohne Übergangsfrist – das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, kurz MoPeG, das bereits im August 2021 beschlossen und verkündet worden war. Diese Reform hat unmittelbare Auswirkungen auf ärztliche Kooperationsgemeinschaften, die in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) bereits bestehen oder nach diesem Stichtag gegründet werden. Einen ersten Überblick bietet der Oktober-Vortrag in der neuen Webinarreihe „Recht – erklärt“, auf den BDA-Mitglieder kostenlos jederzeit unter <https://www.bda.de/fortbildung/recht-erklart.html> Zugriff haben. Zudem empfiehlt sich noch im Kalenderjahr 2023 eine individuelle Rechts- und Steuerberatung.

#### Kontakt Daten BDA-Rechtsabteilung

Bitte richten Sie Ihre Rechtsfragen an folgende E-Mail-Adressen, zugeordnet entsprechend dem Anfangsbuchstaben Ihres Nachnamens. Dies sind auch telefonisch bereits Ihre Ansprechpartnerinnen in der Geschäftsstelle.

##### Sekretariat:

Gabriele Schneider-Trautmann (A–K)	Tel.: 0911-93378-27	E-Mail: <a href="mailto:gschneider@bda-ev.de">gschneider@bda-ev.de</a>
Simone Schmitt (L–R)	Tel.: 0911-93378-17	E-Mail: <a href="mailto:sschmitt@bda-ev.de">sschmitt@bda-ev.de</a>
Filiz Özgün (S–Z)	Tel.: 0911-93378-19	E-Mail: <a href="mailto:foezguen@bda-ev.de">foezguen@bda-ev.de</a>