



### Selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit?

# Worauf Kaderärztinnen und -ärzte unbedingt achten müssen

Thomas Eichenberger<sup>a</sup>, Patrick Mettler<sup>b</sup>

<sup>a</sup> Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner, Kellerhals Carrard Bern KIG, Geschäftsführer Chefärzte und Leitende Spitalärzte Schweiz (VLSS), Sekretär Ärztesgesellschaft des Kantons Bern (BEKAG); <sup>b</sup> MLaw, Rechtsanwalt, Kellerhals Carrard Bern KIG

Das Thema ist nicht neu, jedoch wieder hochaktuell: Die sozialversicherungsrechtliche Stellung von Kaderärztinnen und Kaderärzten am Spital wird seit Jahren kontrovers diskutiert. Nun zeigt sich eine klare Tendenz: Die ambulante privatärztliche Tätigkeit am Spital wie auch die Belegarztztätigkeit sind in der Schweiz nur noch unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen und bei entsprechenden Vorkehrungen sozialversicherungsrechtlich als selbständige Erwerbstätigkeit qualifizierbar.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat in einem Urteil vom 2. August 2021 entschieden, dass die «private Sprechstundentätigkeit» einer Kaderärztin resp. eines Kaderarztes an einem Spital als unselbständige Erwerbstätigkeit bzw. als «Behandlung von ambulanten Spitalpatienten» zu qualifizieren sei [2]. Dies stellt keinen Einzelfall dar. In einem praktisch identischen Entscheid kam das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden zuvor bereits zum selben Schluss [3].

### **Erste Auswirkungen**

Es ist feststellbar, dass verschiedene Kantons- und Universitätsspitäler das Vertragsregime in letzter Zeit insofern umgestellt haben, als zumindest die früher als selbständig qualifizierte Erwerbstätigkeit bei Kaderärztinnen und -ärzten in Form von Beteiligungen an ambulanten Honoraren gestrichen wurde und in einem Gesamtvergütungssystem durch unselbstän-

dige Lohnzahlungen (z.B. in Form von Marktzulagen sowie variablen Lohnbestandteilen zusätzlich zum Grundgehalt) ersetzt wurde.

Schliesslich zeigt sich der neue Zeitgeist bzw. die «neue» Rechtsauffassung auch bereits in gesetzlichen Bestrebungen. So z.B. im Kanton Zürich, wo im Rahmen der Revision des Spitalplanungs- und Finanzierungsgesetzes (SPFG) nebst einer Lohnobergrenze versucht wurde, die Vergabe der Leistungsaufträge an Lohnsysteme zu knüpfen, welche «keine Fehlanreize

### Die Krankenversicherungsgesetzgebung fördert die Entwicklung in Richtung Unselbständigkeit noch zusätzlich.

für Überarztung» setzen sollen. Der Gesetzgeber ging offenbar davon aus, dass insbesondere die privatärztliche Tätigkeit von Kaderärztinnen und Kaderärzten geeignet ist, solche Fehlanreize zu setzen.

Auch die Krankenversicherungsgesetzgebung fördert die Entwicklung in Richtung Unselbständigkeit noch zusätzlich, indem auf Verordnungsstufe die von der internationalen Expertenkommission betreffend Kostendämpfungsmassnahmen zur Entlastung der obligatorischen Krankenversicherung vorgeschlagene Massnahme O3 [4] umgesetzt werden soll.

Gemäss Art. 58f Abs. 7 der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV) müssen die Spitallisten vorsehen, dass die Leistungsaufträge für Spitäler als Auflage das Verbot ökonomischer Anreizsysteme enthalten, die zu einer medizinisch nicht gerechtfertigten Mengenausweitung zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung oder zur Umgehung der Aufnahmepflicht nach Art. 41a Krankenversicherungsgesetz (KVG) führen.

Damit hat der Verordnungsgesetzgeber die Auszahlung von Honoraren und/oder Boni anvisiert, welche inskünftig nicht mehr zulässig sein sollen. Derartige Honorare oder Boni sind inskünftig aber unseres Erachtens nur unzulässig, wenn sie sich negativ auf die Versorgung auswirken. Die erwähnte Verordnungsbestimmung tritt per 1. Januar 2022 in Kraft.

### Selbständig vs. unselbständig

Die sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht Erwerbstätiger richtet sich u.a. danach, ob das in einem bestimmten Zeitraum erzielte Erwerbseinkommen als solches aus selbständiger oder aus unselbständiger Erwerbstätigkeit qualifiziert.

Diese Differenzierung ist deshalb für den Einzelnen relevant, weil Selbständigerwerbende die Sozialversicherungsbeiträge gesamthaft selber tragen müssen,

wogegen Unselbständigerwerbende nur für den Arbeitnehmeranteil aufzukommen haben und die andere Hälfte vom Arbeitgeber zu tragen ist.

Unselbständig erwerbend ist, wer kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt sowie von einem Arbeitgeber in wirtschaftlicher und arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts beurteilt sich die Frage, ob eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, aufgrund der wirtschaftlichen Gegebenheiten und nicht aufgrund der vertraglichen Qualifikation oder der steuerrechtlichen Deklaration und Behandlung der Steuerbehörden. Abzustellen ist auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse im Einzelfall [1]. Die vertragliche Qualifikation kann einzig als Indiz gewertet werden.

Die ausschlaggebenden Abgrenzungskriterien sind folglich erstens das Unternehmerrisiko, zweitens das arbeitsorganisatorische Abhängigkeitsverhältnis und drittens die wirtschaftliche Abhängigkeit.

#### Unternehmensrisiko:

- Tätigen erheblicher Investitionen
- Tragen der effektiven Unkosten
- Verlust-, Inkasso- und Delkredererisiko
- Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung

#### Abhängigkeitsverhältnis:

- Allgemeine vertragliche oder faktische Vorgaben, welche arbeitsorganisatorisch einschränkend wirken
- Handeln in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung
- Fehlender Einbezug der Ärztin oder des Arztes im Rahmen des Abrechnungsprozesses
- Spitalseitige Einsatzplanung
- Rechtsverhältnis zwischen dem Spital und der Patientin oder dem Patienten (als schwaches Indiz)

Die *wirtschaftliche Abhängigkeit* als drittes Abgrenzungsmerkmal ist bei Kaderärztinnen und Kaderärzten in der Regel von keiner oder nur von untergeordneter Relevanz. Eine solche Abhängigkeit könnte aber beispielsweise darin liegen, dass Honorare oder Beteiligungen an Honoraren ab einer gewissen Freigrenze abgeschöpft werden, was für eine wirtschaftliche Fremdbestimmung spricht.

Für die Frage, ob eine selbständige oder eine unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, müssen die Kriterien im Einzelfall geprüft und schliesslich jene, welche für eine selbständige Erwerbstätigkeit sprechen, gegenüber jenen, welche für eine unselbständige Erwerbstätigkeit sprechen, abgewogen werden.



Um die privatärztliche Tätigkeit weiterhin sicherzustellen, müssen vertragliche Vorkehrungen getroffen werden.

## Zu treffende Vorkehrungen

Damit entgegen den laufenden Entwicklungen die privatärztliche Tätigkeit von Kaderärztinnen und -ärzten nach wie vor als selbständige Erwerbstätigkeit eingestuft werden kann, sind einerseits gewisse vertragliche Vorkehrungen zu treffen. Andererseits müssen diese aber dann effektiv umgesetzt werden, damit das gewünschte Ziel einer Qualifikation als selbständige Erwerbstätigkeit nach wie vor erreicht werden kann.

Folgende Aspekte gilt es dabei zu beachten:

- **Investitionen:** Zentral ist, dass die Ärztin oder der Arzt Investitionen tätigt. Der Form der Investition sind kaum Grenzen gesetzt (Praxiskauf, Kauf von Büromaterial, Anstellung von Personal etc.).
- **Kosten:** Allgemein sowie im Zusammenhang mit diesen Investitionen ist sodann von entscheidender Bedeutung, dass der Kostenanfall unabhängig vom persönlichen Arbeitserfolg anfällt. Wird der Person ein pauschaler Prozentbetrag vom Honorar für das vom Spital zur Verfügung gestellte Personal oder für die Infrastruktur abgezogen, so ist dies nicht als unternehmerisches Risiko zu qualifizieren, da solche Kosten nicht Grundlage für die Erwerbstätigkeit bilden, sondern lediglich eine finanzielle Folge davon sind. Ein unternehmerisches Risiko besteht nur dann, wenn z.B. die Miete für die Praxisräumlichkeiten oder der Lohn für das angestellte Personal auch dann anfallen, wenn die Kaderärztin oder der Kaderarzt (z.B. während Ferienabwesenheiten) keine ärztlichen Leistungen erbringt.
- **Verlust-, Inkasso- und Delkredererisiko:** Hier scheint es unseres Erachtens zulässig, dass Leistun-

gen in diesem Zusammenhang (zu denken ist in erster Linie an das Inkasso) gegen ein Entgelt an das Spital delegiert werden. Wichtig ist jedoch, dass das Verlustrisiko so oder anders von der Ärztin resp. dem Arzt getragen wird. Wird eine Patientenrechnung nicht beglichen, so darf kein Honorar für diese Leistung ausbezahlt werden.

- **Rechnungsstellung:** Im Zusammenhang mit dem Merkmal «Handeln auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung» ist von Bedeutung, dass die Person über eine eigene Zahlstellenregister-Nummer abrechnet. Gleichzeitig muss gegen aussen klar ersichtlich sein, dass es sich um eine Leistung/Rechnung der entsprechenden Ärztin bzw. des entsprechenden Arztes handelt und nicht um eine des Spitals. Dies kann mit den Beschriftungen der Praxis, dem Entwurf und der Verwendung eines eigenen Logos, welches auf dem Briefpapier etc. verwendet wird, und vielen weiteren ähnlichen Massnahmen erreicht werden.
- **Arbeitsplanung:** Die vertragliche Ausgestaltung und die effektive Handhabung sind so zu wählen, dass die Kaderärztin oder der Kaderarzt in der Freiheit als selbständigerwerbende Person nicht zu stark eingeschränkt wird (zu unterlassen sind etwa Regelungen zum Konkurrenzverbot, zur Pflicht zur Vornahme der ärztlichen Tätigkeit an einem bestimmten Ort sowie zur Pflicht zur persönlichen Vornahme der ärztlichen Leistung). Zu denken ist hierbei ganz allgemein auch an die Arbeitsplanung, welche möglichst keine Vorgaben machen sollte (wobei klar ist, dass dies bei gewissen Fachärztergruppen leichter und bei anderen kaum möglich ist). Zudem ist wichtig, dass die Ärztin oder der Arzt auf die entsprechende Arbeitsplanung Einfluss nehmen kann und die Einsätze nicht über ein (Chefarzt-)Sekretariat, welches organisatorisch und personell zum Spital gehört, einseitig festgelegt werden.

Sofern diese Kriterien im Einzelfall erfüllt oder zumindest überwiegend erfüllt sind, kann die privatärztliche Tätigkeit von Kaderärztinnen und Kaderärzten auch heute noch als selbständige Erwerbstätigkeit qualifizieren. Ist dies nicht der Fall, so qualifiziert die Tätigkeit als unselbständige Erwerbstätigkeit, und der Arbeitgeber hat für die sozialversicherungsrechtlichen Arbeitgeberbeiträge und damit für die Hälfte der Sozialversicherungsbeiträge aufzukommen.

Bei einem bestehenden Rechtsverhältnis kann eine Änderung des sozialversicherungsrechtlichen Beitragsstatus nicht ohne weiteres rückwirkend erfolgen. Jedoch kann dies bei Erhalt einer definitiven Beitragsverfügung für ein konkretes Jahr im Rahmen einer

Einsprache innert der Einsprachefrist gegenüber der Sozialversicherungsanstalt geltend gemacht werden. Es ist aber fraglich, ob eine selbständige Erwerbstätigkeit von Kaderärztinnen und Kaderärzten im Spital mit dem per 1. Januar 2022 in Kraft tretenden Art. 58f Abs. 7 KVV überhaupt noch kompatibel sein wird.

### Und bei Belegärztinnen und -ärzten?

Auch bei den Belegärztinnen und Belegärzten sind entsprechende Bestrebungen der Behörden im Gange, um die selbständige Erwerbstätigkeit dieser Ärztegruppe in eine unselbständige Erwerbstätigkeit zu überführen. Zumindest in einem Kanton wurden die Spitäler von der kantonalen Sozialversicherungsanstalt angeschrieben, und es wurde ihnen mitgeteilt, dass die belegärztliche Tätigkeit *pro futuro* grundsätzlich nicht mehr als selbständige Erwerbstätigkeit akzeptiert würde. Handkehrum hat ein anderer den Autoren bekannter Kanton die Frage des sozialversicherungsrechtlichen Beitragsstatuts der Belegärzte gerade umgekehrt entschieden und die Tätigkeit der Belegärztinnen und -ärzte grundsätzlich als selbständige Erwerbstätigkeit eingestuft. Dieser Umstand bzw. diese kantonalen Divergenzen zeigen exemplarisch die Gratwanderung der Abgrenzung und die damit verbundene Bedeutsamkeit der effektiven Handhabe im Einzelfall, sofern nach wie vor eine selbständige Erwerbstätigkeit angestrebt wird.

Zusätzlich zum Gesagten wird sich mit der bereits erwähnten Revision der KVV ab 1. Januar 2022 die Frage

stellen, ob und unter welchen Voraussetzungen allenfalls auch die belegärztlichen Honorare als ökonomische Anreizsysteme zu qualifizieren sind, die zu einer medizinisch nicht gerechtfertigten Mengenausweitung zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung oder zur Umgehung der Aufnahme-pflicht nach Art. 41a KVG führen könnten.

So oder anders muss das oben zur kaderärztlichen Situation Ausgeführte sinngemäss auch für die Belegärz-

### Auch bei Belegärztinnen und -ärzten laufen Bestrebungen, um die selbständige Erwerbstätigkeit in eine unselbständige zu überführen.

tinnen und Belegärzte gelten: Damit die belegärztliche Tätigkeit sozialversicherungsrechtlich noch als selbständige Erwerbstätigkeit qualifizieren kann, müssen auch bei ihnen die besprochenen Vorkehrungen getroffen werden [3].

#### Bildnachweis

SJ Objio / Unsplash

Scott Graham / Unsplash

#### Literatur

- 1 BGE 122 V 281, E. 3.
- 2 Urteil 200 20 194 AHV des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 2. August 2021.
- 3 Urteil S 18 50 des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 15. Januar 2020.
- 4 Bericht der Expertengruppe (beauftragt vom EDI), Kostendämpfungsmaßnahmen zur Entlastung der obligatorischen Krankenversicherung, 24. August 2017.

Dr. iur. Thomas Eichenberger  
Kellerhals Carrard Bern KIG  
Effingerstrasse 1  
Postfach  
CH-3001 Bern

### Das Wichtigste in Kürze

- Die aktuelle Rechtsprechung verschiedener Kantone sowie die vorgesehene Änderung von Art. 58f Abs. 7 der Krankenversicherungsverordnung ab 1. Januar 2022 erschweren eine selbständige Erwerbstätigkeit von Kaderärztinnen und -ärzten am Spital.
- Entscheidend für die Einordnung als unselbständige bzw. selbständige Erwerbstätigkeit sind das Unternehmerrisiko, das arbeitsorganisatorische Abhängigkeitsverhältnis und die wirtschaftliche Abhängigkeit.
- Damit die ambulante privatärztliche Tätigkeit von Kaderärztinnen und -ärzten als selbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert werden kann, müssen mehrere vertragliche Vorkehrungen getroffen und praktisch umgesetzt werden.

### L'essentiel en bref

- La jurisprudence actuelle de différents cantons ainsi que la modification prévue de l'art. 58f al. 7 de l'ordonnance sur l'assurance-maladie à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2022 rendent plus difficile l'exercice d'une activité indépendante par les médecins-cadres.
- Les critères de classification pour une activité salariée, respectivement indépendante, sont le risque entrepreneurial, le rapport de dépendance lié à l'organisation du travail et la dépendance économique.
- Pour continuer à exercer une activité indépendante, plusieurs dispositions contractuelles doivent être prises et mises en pratique.