

## Beschäftigung ausländischer Ärztinnen und Ärzte

### Teil 1 Fallgruppen und deren juristische Bewertung

Viele ausländische Ärztinnen und Ärzte, die in deutschen Kliniken oder ambulanten Einrichtungen an der Krankenversorgung teilnehmen, sind sich über die rechtliche Einordnung ihrer jeweiligen Tätigkeit und die Folgen nicht im Klaren. Handelt es sich um eine Hospitation, ein Praktikum oder ein reguläres Arbeitsverhältnis?

Aber auch Betriebs- und Personalräte an Einrichtungen der stationären und ambulanten Versorgung müssen sich seit einiger Zeit verstärkt damit befassen, wie sie mit ihren betrieblichen Mitbestimmungsrechten bei der Bewerbung, Auswahl und Einstellung von ausländischen Ärztinnen und Ärzten umgehen. Die Zahl dieser Kolleginnen und Kollegen nimmt als Folge der politischen und wirtschaftlichen Instabilität in vielen Ländern und des Fachkräftemangels in Deutschland stetig zu.

Nach der Statistik der Bundesärztekammer ist die Zahl der gemeldeten ausländischen Ärztinnen und Ärzte im Jahr 2015 um 2.943 auf 42.604 gestiegen. Die Zunahme der berufstätigen ausländischen Ärztinnen und Ärzte lag im Jahr 2015 bei 9,1% (2014: 11,1 %). Die stärksten Zuwächse verzeichnen mit 1.421 die Ärztinnen und Ärzte aus den europäischen Staaten und aus Asien mit 1.079. Der größte Zustrom konnte aus Syrien (+493) verzeichnet werden, es folgen Serbien (+206), Rumänien (+205), Russland (+159), Bulgarien (+127) und Ägypten (+125). Einen größeren Rückgang gab es nur bei Ärzten aus Österreich (-122). Die größte Zahl ausländischer Ärzte kommt aus Rumänien (4.062), Griechenland (3.017), Österreich (2.573) und Syrien (2.149). Insgesamt kommen 70,6 % aller ausländischen Ärzte aus Europa, 19,6 % aus Asien, 6,1 % aus Afrika und 3 % aus Amerika.

„Gerade in ländlichen Regionen leisten die Ärztinnen und Ärzte aus dem Ausland einen wichtigen Beitrag zur Aufrechterhaltung der medizinischen Versorgung. In vielen Kliniken käme es ohne sie zu erheblichen personellen Engpässen“ (Prof. Montgomery, Präsident der BÄK).

Dieses Merkblatt soll den ausländischen Ärztinnen und Ärzten selbst, aber auch der Mitarbeitervertretung vor Ort den Umgang mit den verschiedenen Konstellationen erleichtern und Argumentationshilfen zur Verfügung stellen.

### Fallbeispiele

#### 1. Ärztinnen und Ärzte, die eine Weiterbildung absolvieren und die deutsche Facharztprüfung anstreben („Gastärzte“)

Es ist gelebte Praxis, dass ausländische Ärztinnen und Ärzte, insbesondere aus Drittstaaten, nach Deutschland kommen, um ihre Weiterbildung zum Facharzt zu durchlaufen. Sie erhalten oft finanzielle Leistungen („Stipendien“) in unterschiedlicher Höhe von ihren Heimatländern. Hintergrund sind zumeist bilaterale Vereinbarungen zwischen Klinikträger und Heimatland oder Länderabkommen. Die Ärztinnen und Ärzte arbeiten entweder mit einer Berufserlaubnis (nach dem Anerkennungsgesetz auf maximal 2 Jahre befristet, vor allem zur Vorbereitung auf die Kenntnisprüfung bei fehlender Gleichwertigkeit der Ausbildung) oder mit Approbation (bei Gleichwertigkeit der Ausbildung).

**Gruppe 1:** Gastärzte, die ein „Stipendium“ direkt von ihrem Heimatland erhalten und daher aus Sicht des Arbeitgebers/Krankenhausträgers keine (tarifliche) Vergütung erhalten sollen. Oft wird der Betriebs-/Personalrat von der Bewerbung bzw. Einstellung gar nicht unterrichtet. Der Arbeitsvertrag – wenn überhaupt vorhanden – enthält bei der Vergütungsabrede lediglich einen Hinweis auf das Stipendium. Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuer werden demzufolge nicht abgeführt. Oft finden sich auch bei anderen Arbeitsbedingungen Unterschiede zu regulär beschäftigten Kollegen, beispielsweise ist eine Teilnahme an Diensten nicht vorgesehen etc.

#### Rechtliche Bewertung:

Die Gastärzte befinden sich mit Beginn ihrer Beschäftigung nicht nur in einem (verwaltungsrechtlichen) Weiterbildungsverhältnis, sondern auch in einem Arbeitsverhältnis und damit sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtigen Beschäftigungsverhältnis. Für die einzelnen Rechtsgebiete ergibt sich daraus:

- Weiterbildungsrecht: Die Weiterbildungsordnungen der Ärztekammern regeln, dass die Weiterbildung im Rahmen angemessen vergüteter ärztlicher Berufstätigkeit (vgl. § 4 Abs. 1 S. 3 M-WBO) erfolgen und damit die Vergütung der vergleichbarer inländischer Arbeitnehmer entsprechen muss. Im Krankenhausbereich bedeutet dies das einschlägige Tarifgehalt. Wenn diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, wird die Ärztin/der Arzt in vielen Kammern nicht zur Facharztprüfung zugelassen.
- Arbeitsrecht: Aus dem Anstellungsverhältnis und dem einschlägigen Tarifvertrag bzw. § 612 BGB („übliche Vergütung“) ergibt sich ein Anspruch auf tarifgerechte Entlohnung.
- Sozialversicherungs- und Steuerrecht: Auf das geschuldete (Tarif)Gehalt müssen Sozialabgaben und Lohnsteuer entrichtet werden.

Zu diesen drei Punkten herrscht inzwischen Einvernehmen zwischen MB und der Deutschen Krankenhausgesellschaft (siehe Rundschreiben der DKG Nr. 032/2015 an ihre Mitgliedsverbände vom 20.1.2015, Artikel „Ausländische Gastärzte in deutschen Kliniken“, das Krankenhaus 6.2015, dazu auch Artikel Dr. jur. Eufinger, „Die rechtliche Stellung des Gastarztes im Krankenhaus“, GesR 1/2016, S. 8 ff).

**Gruppe 2:** Gastärzte, bei deren Einstellung/Beschäftigung die Kliniken den Empfehlungen der DKG folgen und sich das Gehalt von dem jeweiligen Heimatland „refinanzieren“ lassen (siehe Rundschreiben 32/15 a.a.O.).

Die DKG plädiert hier für die Lösung, sich die kompletten Lohnkosten (Bruttoentgelt plus Arbeitgeberanteile Sozialversicherung) vom Heimatland erstatten zu lassen, den Nettobetrag an den Gastarzt auszuzahlen und die Lohnsteuer sowie Sozialversicherungsbeiträge abzuführen. Die Alternativlösung der DKG sieht die Rücküberweisung des Nettogehaltes an das Heimatland vor, so dass es von dort aus an den Gastarzt gezahlt werden kann.

#### Rechtliche Bewertung:

Grundsätzlich ist eine Zahlung des Arbeitsentgeltes durch Dritte zulässig. Zumindest in Krankenhäusern, die sich – unabhängig von ihrer Rechtsform – überwiegend in öffentlicher Hand befinden, können jedoch die Kriterien bei der Vergabe von (Weiterbildungs-) Stellen als Ausfluss aus Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz nur „Eignung, Befähigung und fachliche Leistung“ der Bewerber sein, nicht aber ökonomische Gründe (wie Refinanzierung der Lohnkosten).

## 2. **Ärztinnen und Ärzte, die für einen begrenzten Zeitraum zur Erweiterung ihrer Kenntnisse und Fähigkeiten eingesetzt werden (Abgrenzung Arbeitnehmer – Hospitanten - Praktikanten) – Anwendbarkeit des Mindestlohngesetzes**

Ausländische Ärztinnen und Ärzten werden in Kliniken auch oft für mehrere Wochen/Monate eingesetzt, ohne dass dies ausdrücklich mit dem Ziel einer Facharztanerkennung verbunden ist.

Unterscheiden lassen sich hier verschiedene Fallgruppen (beispielhaft, nicht abschließend):

**Gruppe 1:** Kliniken beschäftigen ausländische Ärztinnen und Ärzte ohne Facharztanerkennung, zumeist aus Drittstaaten, im Rahmen einer mehrmonatigen „Hospitanz“ bzw. eines „Praktikums“ (die Bezeichnung variiert). Wie in einer Art Probezeit soll geklärt werden, ob sich der Hospitant/Praktikant als Bewerber für eine spätere Weiterbildung an dem betreffenden Haus eignet. Die Ärztin/der Arzt erhält für den entsprechenden Zeitraum einen Vertrag, aber keine Vergütung. Offiziell begleitet sie/er den Klinikalltag nur, wird aber selbst – zumindest laut Vertrag - nicht ärztlich tätig (vgl. Bremer Pilotprojekt, Weser-Kurier vom 1.3.2015, „Kliniken suchen junge Ärzte“; Nur Hospitanz – Arzt aus Syrien darf nicht arbeiten“, WAZ online 6.4.16).

**Gruppe 2:** Ärztinnen und Ärzte aus Drittstaaten machen während der Zeit, in der sie (wegen fehlender Gleichwertigkeit ihrer Ausbildung) auf ihren Termin zur Kenntnisprüfung und/oder einen Termin zur Sprachprüfung warten, ein „Praktikum“ (oder eine „Hospitanz“) von mindestens dreimonatiger Dauer.

**Gruppe 3:** Die Hospitanz/das Praktikum/die Tätigkeit findet statt, um der/dem ausländischen (Fach-)Ärztin/Arzt zu ermöglichen, ihre/seine Kenntnisse und Fähigkeiten im klinischen Alltag zu erweitern (Sehen und Erlernen bestimmter Operationsmethoden / Techniken / Untersuchungsverfahren, Vertiefen vorhandener Kenntnisse etc.).

### Rechtliche Bewertung:

Eine **Abgrenzung zwischen Hospitanz und Praktikum bzw. Arbeitsverhältnis** lässt sich nach folgenden Kriterien vornehmen:

**Hospitanz:** Eine Legaldefinition zum Begriff der Hospitanz im der Medizin gibt es bisher nicht, jedoch verwertbare Rechtsprechung. Danach ist Hospitation „eine lediglich beobachtende Tätigkeit von nicht bereits Approbierten, bei der allenfalls *Teile des ärztlichen Handlungsgeschehens im Sinne eines Erlernens* vorgenommen werden und die in der Regel allenfalls Tage oder Wochen dauert“ (SG Marburg v. 26.11.2008 – S 12 KA 459/07).

Diese Definition deckt sich in der Grundaussage mit der des allgemeinen Sprachgebrauchs: Hospitation bedeutet „einem Stelleninhaber bei der Arbeit zusehen, mit dem Ziel, etwas über die Ausübung dieser Funktion zu erfahren“ (onpulson Wirtschaftslexikon) oder den „Empfehlungen zur ärztlichen Fortbildung“ der Bundesärztekammer (Stand 24.4.2015): „Hospitationen dienen der Aneignung, Vertiefung und Vervollkommnung von Fachwissen und Fertigkeiten... Hospitanten nehmen *unentgeltlich* ganz oder teilweise am Berufsalltag ihrer Hospitationsstätte teil.“

Für die Definition dieses „**work shadowing**“ ist also ausschlaggebend, dass der Hospitant in erster Linie beobachtet und nicht im Sinne einer ärztlichen Behandlung am Patienten arbeitet (s. auch PM der ÄK Bremen 18.1.16 und Schreiben Bremer Wirtschaftssenator, „Nur Begleiten und Beobachten ist erlaubt“ – Stichwort: „Hände auf den Rücken“)

#### Rechtsfolge:

Ein Vergütungsanspruch entsteht nicht, auch nicht auf den Mindestlohn nach § 22 MiLoG (dazu auch im Folgenden unter „Praktikum“). Die Ärztin/der Arzt erhält zumeist einen Hospitationsvertrag.

Die DKG hat sich ebenfalls mit der Thematik beschäftigt und empfiehlt aufgrund der noch fehlenden Rechtsprechung zum Mindestlohngesetz (MiLoG) den Kliniken eine Zahlung des Mindestlohns auch bei Hospitationen (vgl. DKG Rundschreiben 32/15 a.a.O.).

**Praktikum:** Da das Mindestlohngesetz erst zum 1.1.2015 in Kraft getreten ist, gibt es zur Klärung der Frage, ob im Einzelfall ein Praktikum vorliegt, das den Anspruch auf Mindestlohn nach § 22 Abs. 1 MiLoG iVm § 26 Bundesbildungsgesetz (BBiG) begründet, keine Rechtsprechung und wenig Literatur.

Nach der neuen gesetzlichen Definition ist Praktikant, „wer sich ... für eine begrenzte Dauer zum Erwerb praktischer Kenntnisse und Erfahrungen einer bestimmten betrieblichen Tätigkeit zur Vorbereitung auf eine berufliche Tätigkeit unterzieht, ohne dass es sich dabei um eine Berufsausbildung im Sinne des Berufsbildungsgesetzes oder um eine damit vergleichbare praktische Ausbildung handelt.“

Folgende Abgrenzungskriterien zwischen Praktikum und Hospitation bzw. Arbeitsverhältnis können herangezogen werden:

- Praktikanten sind dem *Weisungsrecht* des Betriebsinhabers unterworfen. Keine Praktikanten sind daher Hospitanten, die sich „keiner betrieblichen Tätigkeit unterziehen, sondern nur als Außenstehende in einem Betrieb gastieren, um Arbeitsweisen und –methoden kennenzulernen, ohne selbst tätig zu werden. Beim Hospitationsverhältnis steht die Möglichkeit im Vordergrund, Kenntnisse und Fähigkeiten durch Beobachtung und Erläuterungen zu erwerben. Sie unterliegen nur dem Hausrecht, nicht aber dem Direktionsrecht des Betriebsinhabers.“ (Richert/Nimmerjahn, Kommentar zum MiLoG 2015, § 22 Rdnr. 34)
- Im Gegensatz zum „echten“ Arbeitsverhältnis steht beim Praktikum der *Ausbildungszweck*, also die *Vermittlung* der notwendigen beruflichen Fertigkeiten, Kenntnisse, Fähigkeiten sowie Erfahrungen, und nicht die Erbringung der Arbeitsleistung im Vordergrund (vgl. Picker/Sausmikat, „Ausnahmsweise Mindestlohn?“, NZA 17/2014, 942)
- Für eine Arbeitnehmertätigkeit und gegen die Annahme eines Praktikums (und erst recht einer Hospitation) spricht auch, wenn die jeweilige ärztliche Tätigkeit für die jeweils betreuten Kranken unentbehrlich sowie für die Aufrechterhaltung der ärztlichen Versorgung notwendig ist, und die/der ausländische Ärztin/Arzt somit unter Verwendung ihrer/seiner bereits erworbenen Fähigkeiten anstelle eines (Assistenz)Arztes eingesetzt wird ( BAG v. 27.10.1960 - 5 AZR 427/59).

**Rechtsfolge:** Aus der Bejahung eines – freiwilligen – Praktikums nach den obenstehenden Kriterien folgt grundsätzlich ein Anspruch auf Mindestlohn. Es muss allerdings mindestens eine Berufserlaubnis vorliegen.

**Ausnahmen:** Nicht mindestlohnpflichtig sind (freiwillige) **Praktika im Rahmen bestimmter Vorbereitungskurse**, die beispielsweise der Vorbereitung auf die Kenntnisprüfung dienen.

Bei diesen berufspraktischen Phasen im Rahmen von Maßnahmen der aktiven Arbeitsförderung nach dem SGB III handelt es sich um Maßnahmebestandteile, bei denen die Integration in den Ausbildungs- und Arbeitsmarkt im Vordergrund steht. Maßnahmen nach dem Dritten Sozialgesetzbuch sind solche, bei denen entweder die Kunden der BA einem Bildungsträger zugewiesen werden oder einen Kurs bei einem Bildungsträger besuchen, dessen Förderung durch die BA mittels des sogenannten Bildungsgutscheins zugesichert wurde. Der Gesetzgeber hat es als entbehrlich erachtet, diese berufspraktischen Phasen in den Katalog des § 22 Abs. 1 Satz 2 aufzunehmen.

Vor diesem Hintergrund hat der gesetzliche Mindestlohn bei Förderungen der beruflichen Weiterbildung nach §§ 81 ff SGB III keine Auswirkungen. Personen, die im Rahmen einer beruflichen Weiterbildung eine betriebliche Lernphase gemäß § 180 SGB III absolvieren, fallen nach der Gesetzesgründung zu § 22 MiLoG nicht unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes.

Voraussetzung für eine Förderung ist, dass der Träger (oder Anbieter der Maßnahme) nach § 176 SGB III über eine Zulassung verfügt und die Maßnahme nach §§ 179, 180 SGB III zugelassen worden ist. Konkret bedeutet dies, dass ein Maßnahmeträger (wie z.B. das VIA-Institut) eine Maßnahme konzipieren kann, die aus der Vermittlung von theoretischem Wissen und berufspraktischen Phasen bestehen kann, und die durch eine fachkundige Stelle zugelassen wird. Diese berufspraktischen Phasen unterliegen dann nicht der Pflicht zur Zahlung des Mindestlohnes.

Gleiches gilt bei **Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung** nach § 45 SGB III. Auch hier hat der geltende gesetzliche Mindestlohn keine Auswirkungen auf die Maßnahme bzw. Maßnahmeteile, die von oder bei einem Arbeitgeber durchgeführt werden. Sie begründen kein Beschäftigungsverhältnis und werden auch nicht analog eines Praktikums durchgeführt.

**Arbeitnehmertätigkeit:** In allen Fällen, in denen keine Hospitation und kein Praktikum vorliegen, ist ein Arbeitsverhältnis mit den entsprechenden Rechtsfolgen zu bejahen.