

Kurzgutachten

Für: DPtV Deutsche PsychotherapeutenVereinigung

Akte: 129/23

Von: Federführende Bearbeitung: Rechtsanwältin Larissa Wocken, weitere Mitarbeit: Rechtsanwalt Malte Fritsch und Rechtsanwalt Dr. Markus Plantholz

Betreff: Kurzgutachten zu § 117 Abs. 3c SGB V

Datum: 28. Mai 2023

Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Mit § 117 Abs. 3c SGB V ist keine Abbedingung der gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse intendiert.
2. Anders als die bisherigen Ausbildungsverhältnisse der Ausbildungsteilnehmenden an der bisherigen Ausbildung zur Psychologischen Psychotherapeutin, zum Psychologischen Psychotherapeuten, zur Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeutin und zum Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten sind die Weiterbildungsverhältnisse zwischen den Weiterbildungsteilnehmenden zur Fachpsychotherapeutin / zum Fachpsychotherapeuten mit den Trägern der Ambulanzen nach § 117 Abs. 3b SGB V Arbeitsverhältnisse.
3. Der daraus folgende Vergütungsanspruch der Weiterbildungsteilnehmenden nach § 612 BGB kann nicht durch eine rein am erzielten Umsatz bemessene variable Vergütung erfolgen. Zwischen der Arbeitsleistung und der Vergütung darf kein auffälliges Missverhältnis bestehen. Mit einer rein variablen Vergütung (in Höhe von 40 % des von der/dem jeweiligen Weiterbildungsteilnehmenden erzielten Umsatz) ist nicht gesichert, dass die Grenze zur Sittenwidrigkeit unterschritten wird; im Einzelfall können sogar Mindestlohnbestimmungen berührt sein.
4. Das Bundesarbeitsgericht geht von einem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung aus, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal 2/3 eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohnes erreicht. Eine arbeitsvertragliche Regelung, nach der sich die Vergütung in der Weitergabe von 40 % der erzielten Umsätze (als Arbeitnehmerbrutto) erschöpft, ist im Einzelfall sittenwidrig.

5. Bei der Durchführung der Arbeitsverhältnisse sind das Entgeltfortzahlungs- und das Referenzprinzip zu beachten. Das EFZG und das BUrlG gebieten die prinzipielle Fortzahlung auch variabler Gehaltsbestandteile im Krankheits- und im Urlaubsfall.

A. Problemstellung

§ 117 Abs. 3c SGB V wurde durch Art. 2 des Gesetzes zur Reform der Psychotherapeutenausbildung v. 15. November 2019 (BGBl. I S. 1604) eingefügt und sah bereits vor, dass für die Leistungsvergütung der Ambulanzen nach § 120 SGB V

„ein Anteil an der Vergütung zu vereinbaren ist, mit dem die von den Ausbildungs- oder Weiterbildungsteilnehmern geleistete Krankenbehandlung angemessen abgegolten wird; der zu vereinbarende Anteil beträgt mindestens 40 Prozent der Vergütung.“

Eine Differenzierung zwischen Ausbildungs- und Weiterbildungsteilnehmenden wurde nicht vorgenommen. Zuletzt geändert wurde § 117 Abs. 3c durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG) v. 11. Juli 2021 (BGBl. I S. 2754):

„Die Ambulanzen sind verpflichtet, von der Vergütung, die sie von den Krankenkassen für die durch einen Aus- oder Weiterbildungsteilnehmenden erbrachte Leistung erhalten, jeweils einen Anteil in Höhe von mindestens 40 % an die jeweiligen Aus- oder Weiterbildungsteilnehmenden ausbezahlen.“

Ausweislich der Gesetzesbegründung geht es dabei u.a. darum, dass alle Aus- und Weiterbildungsteilnehmenden Anspruch auf einen Anteil an derjenigen Leistungsvergütung der Krankenkassen von mindestens 40 % haben, die auf von ihnen persönlich erbrachten Leistungen beruht.

Bereits mit ihrer Stellungnahme vom 20. November 2020 zum Referentenentwurf des GVWG hat die DPTV vorgeschlagen, § 117 Abs. 3c SGB V zu verändern. Zur Begründung wurde vom DPTV ausgeführt, dass die Regelung de lege lata den veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen der Weiterbildung nicht gerecht wird. Hierbei wurden vier wesentliche Aspekte benannt:

- Die Regelung unterscheidet nicht zwischen einer Ausbildung zur psychologischen Psychotherapeutin, zum psychologischen Psychotherapeuten bzw. zu Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeutinnen und -psychotherapeuten einerseits und einer Weiterbildung zu Erlangung einer Gebietsbezeichnung einer Fachpsychotherapeutin oder eines Fachpsychotherapeuten. Anders als mit den Ausbildungsteilnehmenden bestehen mit den Weiterbildungsteilnehmenden aber sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse, bei denen folglich auch eine Verpflichtung zur Lohnfortzahlung auch variabler

Vergütungsbestandteile im Krankheits- und Urlaubsfall gilt. Die Krankenkassenverbände ziehen sich aktuell in den Verhandlungen nach § 120 SGB V über eine differenzierte Leistungsvergütung für Leistungen von Weiterbildungsteilnehmenden auf genau den Standpunkt zurück, dass der Gesetzgeber die Leistungsvergütung für Ausbildungs- und Weiterbildungsteilnehmende ineingesetzt habe.

- Mit der Regelung in § 117 Absatz 3c Satz 3 SGB V in der jetzigen Fassung wird faktisch ein Anreiz geschaffen, mehr vergütungsfähige Leistungen zu erbringen. Um einer daraus resultierenden Verringerung der für Selbsterfahrung, Supervision, Fallbesprechungen und allen weiteren indirekten Tätigkeiten aufgewendeten Arbeitszeit entgegenzuwirken, sollte die Vergütung der Träger der Weiterbildungsstätten nach § 120 Absatz 2 Satz 1 SGB V auf der Grundlage eines angemessenen Anteils an der Arbeitszeit zur Erbringung vergütungsfähiger Leistungen je Vollzeitstellenäquivalent bemessen sein.
- Drittens ist davon auszugehen, dass die Kosten für die im Rahmen der Weiterbildung notwendige Supervision und Selbsterfahrung und für die Theorievermittlung nicht von den Weiterbildungsteilnehmenden, sondern vom Arbeitgeber getragen werden müssen. Auch insoweit muss die Vergütung nach § 120 SGB V den Träger der Weiterbildungsstätte in die Lage versetzen, diese Vorgabe bei wirtschaftlicher Haushaltsführung zu erfüllen.
- Dabei kann viertens eine Entlohnung der Weiterbildungsteilnehmenden, wie sie im Krankenhaus üblich ist, nicht unwirtschaftlich sein. Dieser Gedanke liegt auch § 75a Absatz 1 Satz 2 SGB V für die Förderung von Weiterbildungsstellen im System der vertragsärztlichen Versorgung zugrunde.

Die Ambulanzen der psychotherapeutischen Ausbildungs- und Weiterbildungsinstitute haben mit Stand April 2023 die aktuelle Höhe der Ausbildungskosten sowie den Anteil der Vergütung, der von ihnen an die Ausbildungsteilnehmer*innen ausgezahlt wird, mitgeteilt (§ 117 Absatz 3c SGB V), er ist in der von der Bundestherapeutenkammer nach Bundesland sortierten Übersicht zu ersehen. Eine Übersicht über die Weiterbildungskosten kann erst ab 2023 erstellt werden, wenn für die Absolvent*innen des neuen Psychotherapie-Studiums Ambulanzen als Weiterbildungsstätten zugelassen sein werden.

B. Bewertung

Auch weiterhin findet keine Unterscheidung zwischen Aus- und Weiterbildung statt, obwohl sich die rechtlichen Rahmenbedingungen zwischen Aus- und Weiterbildung auch nach der Reform der Psychotherapeutenausbildung massiv unterscheiden:

Sowohl die Weiterbildung, die nach der bisherigen psychotherapeutischen Ausbildung erfolgt und zur Führung zusätzlicher Bezeichnungen berechtigt, wie auch die Weiterbildung nach abgeschlossenem Masterstudiengang der klinischen Psychologie und Psychotherapie sowie erteilter Approbation, die zu

unterschiedlichen Qualifikationen als Fachpsychotherapeut*in führt, setzen auf einer Ausbildung/Studium auf. Die Weiterzubildenden schließen jedoch mit der Weiterbildungsstätte einen Arbeitsvertrag; ggf. ist auch die Bezeichnung als Weiterbildungsvertrag unschädlich, wenn der Inhalt der eines Arbeitsverhältnisses ist, dies stellt § 611a Abs. 1 Satz 5 BGB ausdrücklich klar.

1. Anwendbarkeit von Arbeitsrecht auf Aus- und Weiterzubildende

1.1. Soll die Rechtsstellung der Aus- und Weiterzubildenden, mithin der rechtliche Rahmen der zwischen ihnen und den Ambulanzen beziehungsweise den Aus- und Weiterbildungsstätten zu begründenden Rechtsbeziehungen, konturiert werden, ist zunächst zu hinterfragen, ob Gesetzgeber mit § 117 Abs. 3c SGB V für die Weiterzubildenden eine in sich abschließende Regelung vornehmen wollte, die im Verhältnis etwa zu den §§ 611 ff BGB oder sonstigen Bestimmungen für Aus- und Weiterbildungs- sowie Arbeitsverhältnisse ein eigenständiges, in sich abgeschlossenes System bildet.

Dem Bericht des Gesundheitsausschusses des Deutschen Bundestags, auf dessen Beschlussempfehlung hin die jetzige Regelung - wie schon die vorangegangene Einführung eines neuen Absatzes 3c in § 117 SGB V - Eingang in das Gesetzgebungsverfahren und schließlich in die aktuelle Fassung des § 117 Abs. 3c SGB V gefunden hat, ist eindeutig zu entnehmen, dass dies nicht der Fall ist:

*„Sofern die Ambulanzen ihrer Verpflichtung zur Auszahlung des Vergütungsanteils nicht nachkommen, können die Aus- und Weiterbildungsteilnehmenden diesen Anspruch im Rahmen ihrer privatrechtlichen, vertraglichen Beziehungen mit den Ambulanzen beziehungsweise mit den Aus- und Weiterbildungsstätten geltend machen. Zwar regelt der § 117 Absatz 3c SGB V nicht das Rechtsverhältnis zwischen den Ambulanzen beziehungsweise den Aus- und Weiterbildungsstätten und den Aus- und Weiterbildungsteilnehmenden, da dieses Verhältnis zivilrechtlicher Natur ist und deshalb nicht im SGB V und damit im Bereich des öffentlichen Rechts geregelt werden kann. **Gleichwohl ist stets geltendes Recht** und somit auch die in § 117 Absatz 3c SGB V enthaltene Verpflichtung zur Auszahlung eines Vergütungsanteils **zu berücksichtigen**“* (BT-Drs. 19/30560, S. 42; Hervorhebung durch die Verfasserin).

§ 117 Abs. 3c S. 3 SGB V stellt danach schon keine Anspruchsgrundlage für Aus- und Weiterbildungsteilnehmenden für einen Vergütungsanspruch dar. Erst recht regelt § 117 Abs. 3c SGB V nicht abschließend die Rechtsbeziehungen zwischen den Aus- und Weiterzubildenden und den Ambulanzen beziehungsweise den Aus- und Weiterbildungsstätten.

So ist bereits der Begründung zu der mit Wirkung vom 23.11.2019 durch Art. 2 des Gesetzes vom 15.11.2019 (BGBl. I S. 1604) eingeführten Regelung in § 117 Abs. 3c S. 1 Nr. 2 SGB V des Gesundheitsausschusses Folgendes zu entnehmen:

„Mit der Ergänzung in Satz 1 Nummer 2 werden die Vertragspartner (die Ausbildungsstätten bzw. später auch die Weiterbildungsstätten sowie die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen) verpflichtet, auch einen Vergütungsanteil zu vereinbaren, mit dem die von den Aus- und Weiterbildungsteilnehmerinnen und -teilnehmern erbrachten Behandlungsleistungen angemessen abgegolten werden. Bei der Festlegung dieses Anteils haben die Vertragspartner die Interessen der Aus- und Weiterbildungsteilnehmerinnen und -teilnehmer an leistungsgerechter Teilhabe einerseits und die Interessen der Aus- und Weiterbildungsstätten an einer Kostendeckung bei wirtschaftlicher Betriebsführung andererseits zu berücksichtigen und in einen angemessenen Ausgleich zu bringen“ (BT-Drs. 19/13585, S. 88).

Begründet wurde mit der Regelung ein Pflichtenprogramm für die Vertragspartner (die Ausbildungsstätten bzw. später auch die Weiterbildungsstätten sowie die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen); die Aus- und Weiterbildungsteilnehmerinnen und -teilnehmer sind nach der gesetzgeberischen Intention Dritte, die außerhalb dieser Rechtsbeziehung stehen, deren Interessen aber berührt und daher angemessen zu berücksichtigen sind.

- 1.2. Anders als die Stellung der bisherigen Ausbildungsteilnehmenden ist die Stellung der Weiterbildungsteilnehmerinnen und -teilnehmer zudem mit der Stellung ärztlicher Weiterbildungsassistenten und -assistentinnen zu vergleichen. Weiterbildungsassistenten und -assistentinnen gem. § 32 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Ärzte-ZV, die nach Genehmigung durch die Kassenärztliche Vereinigung zum Zwecke der Weiterbildung zur Erlangung der Facharztkompetenz befristet in der vertragsärztlichen Versorgung beschäftigt werden, arbeiten auf Grundlage eines Arbeitsverhältnisses. Das Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung (ÄArbVtrG) legt die Weiterbildungsdauer als Befristungsgrund ausdrücklich fest. Einen solchen sachlichen Grund für eine Befristung bedarf es jedoch nur in einem Arbeitsverhältnis. Das ÄArbVtrG ist insofern *lex specialis* gegenüber § 14 TzBfG für die ärztliche Weiterbildung. Nach § 1 Abs. 1 ÄArbVtrG liegt ein sachlicher und die Befristung eines Arbeitsvertrages mit einem Arzt rechtfertigender Grund dann vor, wenn die Beschäftigung des Arztes seiner zeitlich und inhaltlich strukturierten Weiterbildung zum Facharzt oder dem Erwerb einer Anerkennung für einen Schwerpunkt oder dem Erwerb einer Zusatzbezeichnung, eines Fachkundenachweises oder einer Bescheinigung über eine fakultative Weiterbildung dient. Die Regelung des § 117 SGB V, welche die Weiterbildung der Psychotherapeuten nach Maßgabe der Muster WBO regelt, knüpft inhaltlich genau daran an.

So lässt sich die Rechtsprechung zur Zulässigkeit einer Befristung des Arbeitsverhältnisses mit ärztlichen Weiterbildungsassistenten (*z.B. ArbG Heilbronn, Urt. v. 28.1.2015 – 4 Ca 299/14; BAG, Urt. v. 2.9.2021 – 7 AZR 300/20*), die ein Bestehen eines Arbeitsverhältnisses nicht in Frage stellt, übertragen.

Nach § 4 Absatz 4 S. 2 MWBO (Musterweiterbildungsordnung der Ärzte) sowie in den Weiterbildungsordnungen (WBOen) der Kammern sind die in der Weiterbildungsordnung

festgelegten Weiterbildungszeiten Mindestzeiten. Stets aber ist kennzeichnend für die Weiterbildung die vertiefende Anwendung ärztlicher Kenntnisse in der Berufsausübung. Eine Weiterbildung im Rahmen freier Mitarbeiterschaft wäre tatsächlich nicht ausgeschlossen, wird jedoch von den Weiterbildungsordnungen ausdrücklich ausgeschlossen, denn sie liefe auch dem Zweck der Weiterbildung sowie deren Ausgestaltung als weisungsabhängiger und angeleiteter Tätigkeit zuwider. Häufig nehmen die Verträge dennoch die Anwendung des Arbeitsrechts ausdrücklich auf (z.B. https://www.kwwl.de/fileadmin/user_upload/pdf/Mitglieder/Niederlassung/Foerderung/Weiterbildungen/Muster_Befristeter_Weiterbildungsanstellungsvertrag.pdf)

Die Muster-WBO der Bundespsychotherapeutenkammer regelt ebenso, dass die Weiterbildung im Rahmen angemessen vergüteter Berufstätigkeit erfolgt, d.h. auch sie geht von der Ausübung einer vergütungspflichtigen Tätigkeit aus, wenngleich die Inhalte auch solche mit weiterbildendem Charakter sind. Es wäre nicht zu erklären, wenn hier eine Differenzierung zwischen ärztlicher Weiterbildung und der zur Fachpsychotherapeutin bzw. zum Fachpsychotherapeut vorgenommen würde – aus dem Wortlaut der Regelungen ergibt sich dies gerade nicht.

- 1.3. Da mit § 117 Abs. 3c SGB V somit keine abschließende Regelung für die die Rechtsbeziehungen zwischen den Aus- und insbesondere Weiterzubildenden und den Ambulanzen beziehungsweise den Aus- und Weiterbildungsstätten besteht, kann, soweit deren Anwendung nicht ausgeschlossen ist, auf die allgemeinen Bestimmungen für Aus-, Weiterbildungs- und Arbeitsverhältnisse sowie entsprechende Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Es gilt der europarechtliche Arbeitnehmerbegriff, wie und soweit er durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) konkretisiert worden ist (*EuGH, Urt. v. 11.10.2010 – C-232/09; EuGH EuGH,; . BSG, Urt. v. 27.1.2021, B 14 AS 25/20 R, Rdnr. 19*). Der europarechtliche Arbeitnehmerbegriff reicht weiter als der bundesdeutsche findet auch im nationalen Recht bei Gesetzen Anwendung, die auf eine Richtlinie der europäischen Union zurückzuführen sind., wie z.B. das Bundesurlaubsgesetz, das Arbeitszeitgesetz. „Arbeitnehmer/in ist nach der Rechtsprechung,
- (i) wer eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen, und
 - (ii) während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.

Zentral als Kriterium für die Abgrenzung zwischen Arbeits- und Ausbildungsverhältnis ist die Frage, in wessen Interesse die Tätigkeit überwiegend erfolgt. Ein Arbeitsverhältnis ist zu verneinen, wenn bei einer Gegenüberstellung der Anteile „Ausbildungszweck“ und „für den Betrieb erbrachte

Leistungen und Arbeitsergebnisse“ das Erlernen praktischer Kenntnisse und Erfahrungen deutlich überwiegt, so das ArbG Hamburg (*Urt. v. 16.10.12 - 21 Ca 43/12*) die Ausbildung einer Psychotherapeutin betreffend.

Ebenso unterscheidet das LAG Hamm (*Urt. v. 29.11.2012 - 11 Sa 74/12*) bezüglich der Ausbildung einer Psychotherapeutin:

„Es ist in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt, dass eine übliche Vergütung nach § 612 Abs. Absatz 2 BGB beansprucht werden kann, wenn eine Beschäftigte im Rahmen eines Praktikantenvertrags auf Weisung des Arbeitgebers über einen längeren Zeitraum Leistungen erbringt, die nicht vorrangig ihrer Aus- und Fortbildung dienen, sondern ganz überwiegend im betrieblichen Interesse liegen. Überwiegt der Ausbildungszweck nicht deutlich die für den Betrieb erbrachten Leistungen und Arbeitsergebnisse, ist die Vereinbarung einer Unentgeltlichkeit der Tätigkeit sittenwidrig. An die Stelle der nach § 138 BGB unwirksamen Vereinbarung der Unentgeltlichkeit tritt der Anspruch auf eine Vergütung in üblicher Höhe nach § 612 Absatz 2 BGB (LAG Berlin-Brandenburg, 24.06.2011 – LAG Berlin-Brandenburg, Aktenzeichen 6SA44411 6 Sa 444/11 u. 456/11 - ; LAG Baden-Württemberg 08.02.2008 – LAG Baden-Württemberg, Aktenzeichen 5SA4507 5 Sa 45/07 - NZA 2008, NZA Jahr 2008 Seite 768; LAG Sachsen-Anhalt 18.05.2009 – LAG Sachsen-Anhalt, Aktenzeichen 6SA43208 6 Sa 432/08 - ; Maties, Generation Praktikum, RdA 2007, RDA Jahr 2007 Seite 135, RDA Jahr 2007 139; ErfK-Preis, 13. Aufl. 2013 § 612 BGB Rn. ERFKOARBR 13 BGB § 612 Randnummer 2, ERFKOARBR 13 BGB § 612 Randnummer 3 m. w. N.).“

Im Einzelfall wird anhand der Dienst- und Arbeitspläne sowie der Ausbildungsdokumentation zu überprüfen sein, ob die Arbeitssituation, Arbeitsinhalt und Arbeitsorganisation mit anderen fest angestellten Beschäftigten vergleichbar ist, ob die Tätigkeit überwiegend selbstständig und eigenverantwortlich oder unter Aufsicht und Anleitung erfolgt. Eine feste Vertretungsregelung für Betroffene kann z.B. für eine Vergleichbarkeit mit anderen Beschäftigten und eine eigenverantwortliche Arbeitsweise sprechen.

Für das seinerzeit nach der Approbationsordnung für Ärzte vorgeschriebene zwölfmonatige praktische Klinikjahr hat das BAG (*Urt. v. 25.03.1981 - 5 AZR 353/79*) entschieden, dass er sich hinsichtlich der Frage einer Vergütung nicht von anderen Lehrveranstaltungen der Hochschule wie Vorlesungen und Übungen unterscheidet, die praktische Ausbildung also Teil des Studiums und Unterrichtsveranstaltung ist (*BAG, Urteil vom 25.03.1981 - 5 AZR 353/79*). Aus- und Weiterbildung von Psychotherapeutinnen und -therapeuten setzen aber den erfolgreichen Abschluss des Studiums voraus, sodass nicht allein aufgrund der Ausgestaltung als Teil des Studiums von einem Ausbildungsverhältnis ausgegangen werden kann. Andererseits kann auch bei Psychotherapeutinnen und -therapeuten in Ausbildung ein Arbeitsverhältnis vorliegen (*vgl. ArbG Hamburg a.a.O.*), was allerdings Schwierigkeiten bei der Anerkennung der Ausbildungstätigkeit zur Folge haben kann.

Im Regelfall wird danach bei Psychotherapeutinnen und -therapeuten in Ausbildung ein Ausbildungsverhältnis vorliegen, da ihre praktische Tätigkeit nach der gesetzgeberischen Intention dazu dient, ihnen Wissen zu vermitteln und ihnen zu ermöglichen, unter Aufsicht praktische Erfahrungen zu sammeln.

„Im Hinblick auf die Praktische Tätigkeit in den Ausbildungseinrichtungen soll ein möglichst breites Spektrum von Einrichtungen, in denen psychotherapeutische Behandlungen durchgeführt werden können, zur Verfügung stehen. Der Ausbildungsteilnehmer soll während der Ausbildung unter Aufsicht und Anleitung am Patienten praktisch tätig sein“ (BT-Drs. 13/8035, S. 14).

„Die praktische Tätigkeit in den genannten Einrichtungen ist erforderlich, damit der Ausbildungsteilnehmer hinreichend mit den Krankheitsbildern der dort behandelten Patienten, die je nach Ausbildung Erwachsene (bei Psychologischen Psychotherapeuten) oder Kinder und Jugendliche (bei Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten) sind, vertraut gemacht wird und Erfahrungen in der Krankenbehandlung sammelt“ (BT-Drs. 13/8035, S. 19).

Nach § 9 Abs. 2 der Musterweiterbildungsordnung (MWBO), die der Deutsche Psychotherapeutentag auf seiner 38. und 39. Sitzung (April und November 2021) erlassen hat, erfolgt die Weiterbildung demgegenüber in Hauptberuflichkeit; die MWBO definiert dies als eine entgeltliche Tätigkeit, die den überwiegenden Teil der Arbeitszeit beansprucht. Maßstab für den Begriff „überwiegend“ sind nicht allein abrechnungsfähige Leistungen.

- 1.4. Eindeutig sind danach auf die hier in Rede stehenden Weiterbildungsverhältnisse die Bestimmungen des Arbeitsrechts anzuwenden. Dem Gesetzgeber stand dies auch vor Augen, denn mit Art. 3 des Gesetzes zur Reform der Psychotherapeutenausbildung v. 15.11.2019 hat er für die Weiterbildung zur Fachpsychotherapeutin bzw. zum Fachpsychotherapeuten eine Ergänzung des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in Weiterbildung angepasst wird, sodass es „auch für die Beschäftigung eines Psychotherapeuten im Rahmen einer zeitlich und inhaltlich strukturierten Weiterbildung zum Fachpsychotherapeuten“ anwendbar wird.

Die Deutsche Rentenversicherung Bund ist (abermals) 2016 in einer Abstimmung mit den anderen Sozialversicherungsträgern zur Erkenntnis gelangt, dass die Tätigkeit der Ausbildungsteilnehmenden an den Ausbildungsstätten nach § 6 PsychThG a.F. keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung darstellt. Das ändert sich jedoch automatisch, wenn ein Vertrag über die Weiterbildung geschlossen wird. Verträge mit Weiterbildungsteilnehmenden stellen unstreitig stets sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse dar.

2. Rechtsfolgen der Anwendung von Arbeitsrecht

Ist Arbeitsrecht anwendbar, sind – nicht abschließend, aber insbesondere - folgende Aspekte zu beachten:

2.1. Vergütungsanspruch

Es besteht ein Vergütungsanspruch nach § 612 BGB. Die Höhe der Vergütung richtet sich nach dem Tarifrecht, wenn der Arbeitgeber einer Tarifbindung unterliegt. Bei einem Arbeitgeber ohne Tarifbindung ist eine „angemessenen und übliche Vergütung“ zu zahlen.

2.1.1. Grundsätzlich ist unter dem Begriff „übliche“ diejenige Vergütung zu verstehen, die im gleichen Gewerbe oder Beruf an dem betreffenden Ort für eine entsprechende Arbeit gezahlt zu werden pflegt, wobei die persönlichen Verhältnisse des Dienstverpflichteten wie dessen Alter, Berufserfahrung, Familienstand und Kinderzahl zu berücksichtigen sind. Maßgebend ist die übliche Vergütung im vergleichbaren Wirtschaftskreis (*BAG, Urt. v. 20.4.2011 - 5 AZR 171/10*). Soweit nun nach der Fassung des § 117 Abs. 3c SGB V 40 % der Leistungsvergütung „auszuzahlen“ sind, ist schon unklar, ob es sich um Arbeitnehmerbrutto- oder Arbeitnehmernettobeträge handeln soll.

„Zudem wird durch die neue Formulierung deutlich gemacht, dass die oder der Aus- und Weiterbildungsteilnehmende für jede konkret erbrachte Leistung den Anteil von der Vergütung im Rahmen eines Individualanspruchs“ erhält, die die Krankenkassen an die Ambulanz für die jeweilige Leistung entrichten. Damit partizipieren die Aus- und Weiterbildungsteilnehmenden an der Vergütung für genau die Leistungen, die sie oder er erbracht haben. Es ist folglich eine konkrete Berechnung vorzunehmen, für eine pauschale Berechnung des Anteils bleibt kein Raum. Die Auszahlung des Vergütungsanteils haben die Ambulanzen den Krankenkassen gegenüber nachzuweisen“ (BT-Drs. 19/30560, S. 42).

Ist davon auszugehen, dass es sich um Arbeitnehmerbruttobeträge handelt, gilt: Die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung werden nicht ausgezahlt, sondern von vorneherein in Abzug gebracht, die finanzielle Belastung der Weiterbildungsträger erhöht sich ausschließlich um die Arbeitgeberanteile. Wären die 40 % der Leistungsvergütung als Arbeitnehmer *nettobetrag* an die Weiterbildenden auszukehren, wären sowohl die Arbeitnehmer- als auch die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung auf diese Beträge aufzuschlagen. Die Mehrbelastung wäre für die Weiterbildungsträger in diesem Fall noch deutlich erhöht. Für die Bewertung nach der angemessenen und üblichen Vergütung i.S.d. § 612 BGB wird stets von einem Arbeitnehmerbruttobetrag ausgegangen.

2.1.2. Die übliche Vergütung ist unterschritten, wenn eine Aufteilung zwischen Grundvergütung und von den eigenen Leistungen abhängigen variablen Vergütung der Weiterbildungsteilnehmenden in der Weise erfolgt, dass eine rein variable, von den eigenen

Leistungen abhängige Vergütung ohne Grundvergütung gezahlt werden soll. Hier liegt nicht nur ein Verstoß gegen die Pflicht zur Zahlung der angemessenen und üblichen Vergütung vor, sondern daneben auch gegebenenfalls – in wohl eher seltenen Einzelfällen - ein Verstoß gegen das Mindestlohngesetz. Der Mindestlohn stellt einen Mindestentgeltsatz im Sinne des § 2 Abs. 1 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) dar. Vergütungsregelungen müssen den gesetzlichen oder tariflichen Mindestlohn unberührt lassen. Sie dürfen aber variable Vergütungsbestandteile vereinbaren, die auf den Mindestlohn angerechnet werden können. Bei der Berechnung des Mindestlohnes bleiben Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung außer Betracht.

Alle im Austauschverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer stehenden Geldleistungen des Arbeitgebers sind also geeignet, den Mindestlohnanspruch der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers zu erfüllen. Von den im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachten Entgeltzahlungen des Arbeitgebers fehlt nur solchen die Erfüllungswirkung, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruhen. Nach der Rechtsprechung des BAG sollen nur die Entgeltzahlungen den Mindestlohnanspruch erfüllen, die dem Arbeitnehmer „endgültig verbleiben“ (*BAG, Urt. v. 25.5.2016 - 5 AZR 135/16*). Die Zahlungen müssen vorbehaltlos und unwiderruflich gewährt werden.

- 2.1.3. Ein erfolgsabhängiges Entgelt ist auch im Arbeitsverhältnis grundsätzlich zulässig. Ein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) liegt vor, wenn es dem Arbeitnehmer trotz vollen Einsatzes seiner Arbeitskraft nicht möglich ist, ein ausreichendes Einkommen zu erzielen. Besteht zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis (die Vergütung erreicht nicht 2/3 eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblichen Tariflohns), ist die Regelung sittenwidrig (*BAG, Urt. v. 16.2.2012 - 8 AZR 242/11*). Das auffällige Missverhältnis bestimmt sich nach dem objektiven Wert der Leistung des Arbeitnehmers. Ausgangspunkt der Wertbestimmung sind in der Regel die Tariflöhne des jeweiligen Wirtschaftszweiges. Sie drücken den objektiven Wert der Arbeitsleistung aus, wenn sie in dem betreffenden Wirtschaftsgebiet üblicherweise gezahlt werden. Dabei kann eine Üblichkeit der Tarifvergütung angenommen werden, wenn mehr als 50 % der Arbeitgeber eines Wirtschaftsgebietes tarifgebunden sind oder wenn die organisierten Arbeitgeber mehr als 50 % der Arbeitnehmer eines Wirtschaftsgebietes beschäftigen. Im Ergebnis geht es deshalb in der Regel eben gerade nicht, die Vergütung von Weiterbildungsteilnehmer*innen zum Fachpsychotherapeuten oder zur Fachpsychotherapeutin rein variabel anhand des Umsatzes aus im Rahmen der Weiterbildung erbrachten psychotherapeutischen Leistungen zu bemessen.

2.2. Entgeltausfallprinzip / Referenzprinzip

2.2.1. Für Arbeitnehmer gilt im Krankheitsfall das sich aus § 4 des Gesetzes über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (nachfolgend „EFZG“) ergebende Entgeltausfallprinzip. Sofern die Arbeitsverträge so gestaltet werden, dass ein Grundgehalt und ein von der erwirtschafteten Leistungsvergütung abhängiger Bonus gezahlt werden, umfasst die Entgeltfortzahlung auch die Boni als „regelmäßiges Arbeitsentgelt“. Es ist also das Entgelt auszus zahlen, welches gezahlt worden wäre, hätten die Weiterbildungsteilnehmenden gearbeitet. Wenn bei angenommenen 20 Sitzungen der Psychotherapie mit einer Leistungsdauer von mindestens 50 Minuten (die Plausibilitätsprüfzeit nach Anhang 3 EBM beträgt 70 Minuten je Sitzung) zusammen mit den Strukturzuschlägen ein Umsatz von 2.400 € in einer Arbeitswoche bei vollzeitiger Weiterbildung erzielt würde und ein*e Weiterbildungsteilnehmer*in sohin in den vergangenen drei Monaten durchschnittlich Umsätze von ca. 10.300 € je Monat erzielt hätte, dann aber für einen Monat erkrankte, bestünde ein Anspruch auf Lohnfortzahlung in Höhe von € 4.160 als Arbeitnehmerbrutto, ohne dass dem Träger der Ambulanz hierfür gegenwärtig eine Refinanzierung zukommt.

2.2.2. Im Falle des Urlaubs gilt für Arbeitnehmer das Referenzprinzip. Für die Berechnung des sog. „Urlaubsentgelts“, d.h. der Entgeltfortzahlung im Urlaub, besteht in § 11 BUrlG die Regelung, dass das Arbeitsentgelt aus den letzten dreizehn Wochen zugrunde zu legen ist, also vor jedem Urlaub ein neuer Referenzzeitraum gebildet wird. Auch hier ist für das Arbeitsentgelt die aufgrund von § 116 Abs. 3c SGB V ausgezahlte Vergütung zu berücksichtigen. Die Höhe des Urlaubsentgelts ist bei überwiegend (oder hier ausschließlich) variablen Vergütungen damit immer von den erbrachten Leistungen der vorherigen 13 Wochen abhängig. Während der Urlaubszeit werden jedoch keine Leistungen erbracht und damit auch keine Umsätze erwirtschaftet. Begriffe man § 117 Abs. 3c SGB V als abschließende Regelung – was sie nicht ist, s.o. unter 1. – bestünde nun gar kein Vergütungsanspruch der Weiterbildungsteilnehmenden. Tatsächlich besteht der Anspruch aber selbst bei einer zu 100 % variablen Vergütung – die so im Regelfall nicht zulässig ist, s.o. unter 2.1. – fort,

2.2.3. Verfahren der Sozialversicherungsträger, in denen auch die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung für bisher gezahlte und dann bei Krankheit und Urlaub ausgefallene Bonus- oder Tantiemehzahlungen geltend gemacht werden, sind gang und gäbe.

Daraus folgt: eine Regelung in Arbeitsverträgen mit Weiterbildungsteilnehmenden, die nur die Weitergabe von 40 % der jeweils aufgrund von Leistungen der oder des Weiterbildungsteilnehmenden Vergütungen, aber keine Entgeltfortzahlung im Krankheits- oder

Urlaubsfall vorsieht, ist wegen Verstoßes gegen das Bundesurlaubsgesetz sowie des Entgeltfortzahlungsgesetzes rechtswidrig. Damit müssen aber auch die Träger der Weiterbildung finanziell in die Lage versetzt werden, rechtmäßige Arbeitsverträge zu schließen.

2.3. Sittenwidrigkeit

Die Entgeltabrede im Arbeitsvertrag darf nicht sittenwidrig sein. Das Bundesarbeitsgericht geht von einem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung aus, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal $\frac{2}{3}$ eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohnes erreicht. Maßgebend ist der Vergleich mit der tariflichen Stunden- oder Monatsvergütung ohne Zulagen und Zuschläge, wobei auch die besonderen Umstände des Falles zu berücksichtigen sind. Eine bei Abschluss des Arbeitsvertrags danach nicht zu beanstandende Vergütung kann durch die Entwicklung des Tariflohns wucherisch werden (*BAG, Ur. v. 22.4.2009 - 5 AZR 436/08*).

Eine Regelung für eine Ausbildungsteilnehmerin zur Psychotherapeutin ohne Vergütungsabrede ist nur deshalb von der Rechtsprechung als nicht sittenwidrig erachtet worden, weil die zwar die Tätigkeiten fest angestellter Psychologen ausgeübt wurde, die Ausbildung aber im Vordergrund gesehen wurde (*LAG Hamm, Ur. v. 29.11.12 - 11 Sa 74/12, Arbeitsgericht Köln, Ur. v. 18.9.2014 - 11 Ca 10331/13*). Überwiegt der Ausbildungszweck nicht deutlich die für den Betrieb erbrachten Leistungen und Arbeitsergebnisse, ist die Vereinbarung einer Unentgeltlichkeit der Tätigkeit sittenwidrig. An die Stelle der nach § 138 BGB unwirksamen Vereinbarung der Unentgeltlichkeit tritt der Anspruch auf eine Vergütung in üblicher Höhe nach § 612 Abs. 2 BGB (*LAG Berlin-Brandenburg, Ur. v. 24.6.2011 - 6 Sa 444/11 und 456/11; LAG Baden-Württemberg, Ur. v. 8.2.2008 - 5 Sa 45/07; LAG Sachsen-Anhalt, Ur. v. 18.05.2009 - 6 Sa 432/08*) Die Weiterbildung aber entspricht gerade nicht einem vorrangigen Ausbildungszweck.

Auch wenn im Einzelfall über die weiteren Voraussetzungen des Lohnwuchers nach § 138 Abs. 2 BGB befunden werden muss, versteht sich, dass eine gesetzliche Regelung, die einem solchen Missverhältnis Vorschub leistete, nicht tragbar wäre. Eine Klarstellung ist vor diesem Hintergrund zwingend erforderlich.

C. Handlungsbedarf

Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist daher angezeigt, dass die sich durch das GVWG noch manifestierende einheitliche Betrachtung Aus- und Weiterbildung in Rahmen des § 117 Abs. 3c SGB V geändert wird. Die Weiterbildungsteilnehmenden haben Anspruch auf eine Vergütung, die den Regelungen des Arbeitsrechts

Rechnung trägt. Der Ansatz einer ausschließlich variablen, von den eigenen vergütungsfähigen Leistungen abhängigen Entlohnung ist für sich besehen nicht tragfähig. Zugleich müssen die Träger der Weiterbildungsstätten nach § 117 Abs. 3c i.V.m. § 120 SGB XI in die Lage versetzt werden, ein angemessenes Grundgehalt unter Einschluss der Lohnfortzahlung und der Beiträge zur Sozialversicherung zu refinanzieren. Dies kann durch eine entsprechende Leistungsvergütung nach § 120 SGB V oder durch Förderung geschehen.

Hamburg, den 28. Mai 2023

Larissa Wocken
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Malte Fritsch
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Dr. Markus Plantholz
Fachanwalt für Medizinrecht