

BD Aktuell | JUS-Letter

März 2009
Jahrgang 9
Ausgabe 1

In dieser Ausgabe:

- 183 Höchst brisant: Der Einsatz von „Pseudopraxisvertretern“!
- 186 EU: Bereitschaftsdienst bleibt Arbeitszeit
- 186 Surftipp: Jusletter – Themenindex



**Berufsverband
Deutscher Anästhesisten**

- Justitiare -
Roritzerstraße 27
90419 Nürnberg

Tel.: 0911 93378-17 / -27
Fax: 0911 3938195

E-Mail:
Justitiare@bda-ev.de

Internet:
www.bda.de

Höchst brisant: Der Einsatz von „Pseudo- praxisvertretern“!

Dr. Philip Schelling, Rechtsanwalt/Fachanwalt für Medizinrecht, Kanzlei Ulsenheimer – Friederich, München;
Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung besteht nicht nur bei der Behandlung von stationären Wahlleistungspatienten¹, sondern u.U. auch bei der Versorgung von ambulanten GKV-Patienten. Werden diese Leistungen aufgrund einer Zulassung oder Ermächtigung erbracht, sind die Vorgaben der Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV)² zu beachten, die die Einsatzmöglichkeit von Vertretern stark reglementieren.

Es ist immer wieder festzustellen, dass ermächtigte Chefärzte anästhesiologischer Abteilungen, aber auch niedergelassene Anästhesisten, aufgrund personeller Engpässe und zur Vermeidung von Parallelnarkosen die Durchführung von Anästhesien - ohne Vorliegen eines Vertretungsgrundes - auf Kollegen übertragen und diese anschließend gegenüber der KV als eigene Leistungen abrechnen. Dass ein solcher Verstoß gegen den elementaren Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung nicht nur die Rückforderung von Honorar zur Folge, sondern auch weitreichende straf-, approbations-, berufs- und disziplinarrechtliche Konsequenzen haben kann, zeigt folgender Fall aus der anwaltlichen Praxis:

Sachverhalt

Ein niedergelassener Anästhesist betreibt ein OP-Zentrum (2 OP-Säle) und war in Schwierigkeiten

§ 32 Abs. 1 Ärzte-ZV

„Der Vertragsarzt hat die vertragsärztliche Tätigkeit persönlich in freier Praxis auszuüben. Bei Krankheit, Urlaub oder Teilnahme an ärztlicher Fortbildung oder an einer Wehrübung kann er sich innerhalb von zwölf Monaten bis zu einer Dauer von drei Monaten vertreten lassen. Eine Vertragsärztin kann sich in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit einer Entbindung bis zu einer Dauer von sechs Monaten vertreten lassen; die Vertretungszeiten dürfen zusammen mit den Vertretungszeiten nach Satz 2 innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten eine Dauer von sechs Monaten nicht überschreiten. Dauert die Vertretung länger als eine Woche, so ist sie der Kassenärztlichen Vereinigung mitzuteilen. Der Vertragsarzt darf sich grundsätzlich nur durch einen anderen Vertragsarzt oder durch einen Arzt, der die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 erfüllt, vertreten lassen.“

§ 32a Ärzte-ZV

„Der ermächtigte Arzt hat die in dem Ermächtigungsbeschluss bestimmte vertragsärztliche Tätigkeit persönlich auszuüben. Bei Krankheit, Urlaub oder Teilnahme an ärztlicher Fortbildung oder an einer Wehrübung kann er sich innerhalb von 12 Monaten bis zur Dauer von drei Monaten vertreten lassen....“.

¹ dazu genauer:

Ulsenheimer K., Biermann E., Bock R.-W.: Wahlleistungen – Update, Anästh Intensivmed 2008, S. 654 ff.

² www.kbv.de/rechtsquellen/2568.html

geraten, als ein Praxispartner aus der Gemeinschaftspraxis plötzlich ausschied. Auf sich alleine gestellt, versuchte er, die Operateure zu einer flexibleren Gestaltung der OP-Pläne zu bewegen, leider ohne Erfolg. Auch der Versuch, zeitnah einen Job-Sharing-Partner zu finden, scheiterte.

Um die operativen Kollegen als Kooperationspartner nicht zu verlieren, beauftragte der Anästhesist gelegentlich Fachkollegen aus den benachbarten Krankenhäusern gegen eine Pauschalvergütung mit der Durchführung von Anästhesien, um weiterhin beide OP-Säle auszulasten. Neben den von ihm selbst erbrachten Anästhesien rechnete er in drei Quartalen auch die von den Kollegen zeitgleich erbrachten Narkosen gegenüber der KV ab.

Plausibilitätsverfahren

Die KV leitete gegen den Anästhesisten ein Plausibilitätsverfahren ein. Die Überprüfung der angeforderten Anästhesieprotokolle ergab, dass zahlreiche Anästhesieprotokolle nicht von ihm unterschrieben waren, obwohl er an den entsprechenden Behandlungstagen zeitgleich selbst Narkosen durchgeführt hatte.

Seine in einem Schreiben an die KV vorgetragene Argumentation, wonach die in der Zulassungsverordnung genannten Fälle einer zulässigen Vertretung nicht abschließend seien und ausnahmsweise auch ein „personeller Notstand“ eine Vertretung rechtfertige, erkannte die KV ebenso wenig an wie seinen Hinweis, die Anästhesien der Kollegen seien qualitativ nicht zu beanstanden. Auch mit seinem Einwand, ein wirtschaftlicher Schaden sei de facto nicht entstanden, da die von den Kollegen durchgeführten Anästhesien in jedem Fall angefallen wären, wurde er nicht gehört.

Die KV erließ gegenüber dem Anästhesisten einen Honoraraufhebungs- und Neufestsetzungsbescheid, aus dem sich eine Honorarrückforderung i.H.v. rd. 10.000 € ergab. Durch den bewussten Verstoß gegen den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung sei der „innerste Kernbereich“ der vertragsärztlichen Sicherstellung verletzt worden und damit die Garantiefunktion der Sammelerklärung weggefallen.

Die KV informierte dann auch gemäß § 81a SGB V die Staatsanwaltschaft über den Sachverhalt.

§ 81a Abs. 4 SGB V

„Die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Kassenärztliche Bundesvereinigung sollen die Staatsanwaltschaft unverzüglich unterrichten, wenn die Prüfung ergibt, dass ein Anfangsverdacht auf strafbare Handlungen mit nicht nur geringfügiger Bedeutung für die gesetzliche Krankenversicherung bestehen könnte.“

Strafverfahren

Die zuständige Staatsanwaltschaft ordnete wegen des Verdachts des „gewerbsmäßigen Abrechnungsbetruges“ die Durchsuchung der Praxisräume und Beschlagnahme der Behandlungsunterlagen an.

Die Stellungnahme des Anästhesisten gegenüber der KV interpretierte die Staatsanwaltschaft als Geständnis und drohte mit Anklageerhebung. Zur Vermeidung einer belastenden Hauptverhandlung mit negativer Berichterstattung in den Medien akzeptierte der Anästhesist schließlich eine Verurteilung im Strafbefehlsverfahren wegen Betruges zu einer - zur Bewährung ausgesetzten -

Gesamtfreiheitsstrafe von 9 Monaten sowie einer Geldbuße i.H.v. 3.000 €.

Über dieses Strafverfahren informierte die Staatsanwaltschaft auch die Approbationsbehörde auf dem Dienstweg³.

Art. 26 MiStra Strafsachen gegen Angehörige der Heilberufe

(1) In Strafsachen gegen
– Ärztinnen und Ärzte,

–

sind, wenn der Tatvorwurf auf eine Verletzung von Pflichten schließen lässt, die bei der Ausübung des Berufes zu beachten sind, oder er in anderer Weise geeignet ist, Zweifel an der Eignung, Zuverlässigkeit oder Befähigung hervorzurufen, mitzuteilen

1. der Erlass und der Vollzug eines Haft- oder Unterbringungsbefehls,

2. die Entscheidung, durch die ein vorläufiges Berufsverbot angeordnet oder ein solches aufgehoben worden ist,

3. die Erhebung der öffentlichen Klage,

4. der Ausgang des Verfahrens, wenn eine Mitteilung nach den Ziffern 1 bis 3 zu machen war.

(2)

(3) Die Mitteilungen sind zu richten an

1. die zuständige Behörde und
2. die zuständige Berufskammer, wenn eine solche als Körperschaft des öffentlichen Rechts besteht.

³ In der „Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen“ (MiStra) ist geregelt, in welchen Fällen Strafgerichte/Staatsanwaltschaften Informationen aus Strafverfahren an Dritte weitergeben dürfen.

Approbationsverfahren

Kurz darauf erhielt der Anästhesist von der Regierung als Approbationsbehörde die Mitteilung, aufgrund des im Strafbefehls dargestellten Sachverhalts müsse von seiner „Unwürdigkeit“ und „Unzuverlässigkeit“ zur Ausübung des ärztlichen Berufes ausgegangen werden, weshalb beabsichtigt sei, die Approbation zu widerrufen.

§ 5 Abs. 2 BÄrzteO

„Die Approbation ist zu widerrufen, wenn nachträglich die Voraussetzung nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 weggefallen ist. ...“



§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BÄrzteO

„Die Approbation als Arzt ist auf Antrag zu erteilen, wenn der Antragsteller

...

2. sich nicht eines Verhaltens schuldig gemacht hat, aus dem sich seine Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs ergibt, ...“

Unwürdigkeit im Sinne der Bundesärzteordnung (BÄrzteO) liegt vor, wenn der Arzt durch sein Verhalten nicht mehr das zur Ausübung des ärztlichen Berufes erforderliche Ansehen und Vertrauen seiner Patienten besitzt. *Unzuverlässig* ist, wer künftig nicht mehr die charakterliche Gewähr für die ordnungsgemäße und integere Ausübung des ärztlichen Berufs bietet⁴. Während das Kriterium der Unwürdigkeit aufgrund eines in der Vergangenheit liegenden Verhaltens ermittelt wird, erfordert das Kriterium der Unzuverlässigkeit eine Prognose in die Zukunft. Es müssen Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Arzt künftig die berufsspezifischen Vorschriften nicht einhalten wird.

Nur mit großer Mühe und anwaltlicher Unterstützung gelang es schließlich im Anhörungstermin,

die Regierung davon zu überzeugen, dass der Anästhesist vom strafrechtlichen Verfahren „nachhaltig beeindruckt“ und somit die Annahme gerechtfertigt ist, er werde seinen Beruf „in Zukunft mit der erforderlichen Zuverlässigkeit ausüben“, weshalb das Verfahren eingestellt wurde.

Berufsrechtliches Verfahren

Als bald wurde der Anästhesist aber auch vom zuständigen ärztlichen Bezirksverband zur Stellungnahme aufgefordert, weil der Anästhesist gegen seine Berufspflichten verstoßen habe.

Ein solches berufsrechtliches Verfahren wird eingeleitet, wenn eine schuldhaft Verletzung der dem Arzt obliegenden Berufspflichten vorliegt und dadurch das Ansehen des ärztlichen Berufsstandes beschädigt wird. Sofern die Berufspflichtverletzung zugleich einen Straftatbestand erfüllt, ist das Verbot der Doppelbestrafung (Art. 103 Abs. 3 Grundgesetz) und vor diesem Hintergrund der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Eine zusätzliche Sanktion durch das Berufsgericht ist in diesem Fall davon abhängig, dass ein im Strafverfahren nicht erfasster „berufsrechtlicher Überhang“ anzunehmen ist.

Unter einem „berufsrechtlichen Überhang“ wird der Teil des Verhaltens eines Arztes verstanden, der von der strafrechtlichen Ahndung eines Vorfalls noch nicht erfasst ist.

Bei Verstößen gegen die ärztliche Berufsordnung drohen dem Arzt nach dem Heilberufekammergesetz ein Verweis, eine Geldbuße bis 50.000 € oder der Entzug von Mitgliedschaftsrechten.

Insbesondere mit dem Hinweis, dass die Verletzung des Grundsatzes der persönlichen Lei-

stungserbringung schon strafrechtlich hinreichend sanktioniert wurde und der erforderliche „berufsrechtliche Überhang“ nicht bestehe, konnte auch der Bezirksverband dazu bewegt werden, von berufsaufsichtsrechtlichen Maßnahmen abzusehen.

Zulassungsentzug, Disziplinarverfahren

Eine Verurteilung wegen Abrechnungsbetrugs nehmen die Krankenkassen regelmäßig zum Anlass, mit dem Hinweis auf das zerstörte Vertrauen zum Vertragsarzt beim Zulassungsausschuss den Entzug der Kassenzulassung oder Ermächtigung zu beantragen. Auch disziplinarrechtliche Sanktionen sind denkbar.

Die möglichen disziplinarrechtlichen Sanktionen bei der Verletzung vertragsärztlicher Pflichten reichen von der Verwarnung über den Verweis oder eine Geldbuße bis zu 10.000 € bis hin zum Ruhen der Zulassung für die Dauer von zwei Jahren (vgl. § 81 V SGB V i.V.m. den jeweiligen Disziplinarordnungen der KVen).

Bleibt zu hoffen, dass dem Anästhesisten wenigstens dieser Gang erspart bleibt.

Fazit

Insbesondere im Hinblick darauf, dass der Anästhesist in der Wahl seiner Termine nicht frei ist, sondern sich in der Regel nach dem Programm der Operateure zu richten hat⁵, ist der Einsatz von „Pseudopraxisvertretern“ zum Teil „unvermeidbar“; dies gilt auch für den ermächtigten Krankenhausarzt, der häufig Schwierigkeiten hat, die Arbeit im Rahmen seines Ermächtigungskatalogs neben

⁴ vgl. Ulsenheimer K.: Arztstrafrecht in der Praxis, 4. neubearbeitete und erweiterte Aufl. 2008, Rdn. 516 m.w.N.

⁵ vgl. auch OLG Celle, Urt. v. 22.03.1982, NJW 1982, 2129 (2130)

seinen Hauptaufgaben als meist leitender Krankenhausarzt überhaupt bewältigen zu können.

Der dargestellte Fall zeigt jedoch gleichzeitig, dass ohne Vorliegen der in der Zulassungsverordnung abschließend genannten Vertretungsgründe von dem Einsatz von „Pseudopraxisvertretern“ abgeraten werden muss. Ansonsten drohen nicht nur eine strafgerichtliche Verurteilung wegen Abrechnungsbetrugs und empfindliche standes- und disziplinarrechtliche Sanktionen, sondern auch der Entzug der Approbation und Kassenzulassung und damit die Zerstörung der beruflichen Existenz.

Verzichtet der Arzt auf die Abrechnung der von dem „Pseudopraxisvertreter“ erbrachten Leistungen, könnte dies zu wettbewerbsrechtlichen Sanktionen führen. Unabhängig davon sind „Gratis-Narkosen“ berufsrechtlich nur in sehr eingeschränktem Umfang erlaubt.

EU: Bereitschaftsdienst bleibt Arbeitszeit

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Aus der EU-Arbeitszeitrichtlinie, die dem Arbeitszeitgesetz (ArbZG) zugrundeliegt, lässt sich ableiten, dass der Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit zu werten ist.

Artikel 2 Nr. 1 EU-Richtlinie 93/104/EG

„Arbeitszeit: jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt“.

Dies hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in mehreren Entscheidungen bestätigt⁶.

In den vergangenen Jahren gab es auf EU-Ebene immer wieder Bestrebungen, die Arbeitszeitrichtlinie zu ändern. Wesentliche Streitpunkte waren die Bewertung des Bereitschaftsdienstes und die Opt-out-Regelungen. Am 10. Juni 2008 haben sich die Arbeits- und Sozialminister der Europäischen Union auf eine Änderung der europäischen Arbeitszeitregelung geeinigt. Dabei sollte zukünftig bei dem Bereitschaftsdienst zwischen „aktiver“ und „inaktiver“ Zeit unterschieden werden.

In der Pressemitteilung wird dazu ausgeführt⁷:

„Die aktive Zeit während des Bereitschaftsdienstes wird definiert als die Zeit, in der der Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz zur Verfügung stehen muss, aber von seinem Arbeitgeber nicht zur effektiven Ausübung seiner Tätigkeit oder effektiven Wahrnehmung seiner Aufgaben aufgefordert wird. Die aktive Zeit während des Bereitschaftsdienstes zählt nach wie vor als Arbeitszeit und kann gemäß dem Urteil des Gerichtshofs in den Rechtssachen SIMAP bzw. Jaeger nicht als Ruhezeit behandelt werden.

Die inaktive Zeit während des Bereitschaftsdienstes muss nicht als Arbeitszeit angesehen werden, es sei denn, dies ist in einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder im

Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten in Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern vorgesehen.“

Eine Änderung der Richtlinie bedarf der Zustimmung des EU-Parlaments. Das EU-Parlament hat am 16.12.2008 den Beschluss des Ministerrates abgelehnt. Somit ist die Richtlinienänderung vorläufig gescheitert, und es muss ein „Gemeinsamer Standpunkt“ von Parlament, Kommission und Ministerrat erarbeitet werden. Mit diesem Kompromiss ist nicht vor Juni 2009 zu rechnen.

Selbst wenn die Richtlinie nach den Vorgaben des Ministerrates geändert werden sollte, besteht keine Notwendigkeit für wesentliche Änderungen des ArbZG, wie der Bundesarbeitsminister Olaf Scholz bereits letztes Jahr betonte. Denn die Richtlinie enthalte Mindeststandards, und das ArbZG schreibe vor, Bereitschaftsdienstzeiten vollständig auf die Arbeitszeit anzurechnen.

Surftipp: Jusletter – Themenindex

Alle bisher erschienenen BDAktuell JUS-Letter sind auf der BDA-Homepage abrufbar.

Es besteht nun auch die Möglichkeit, in einem alphabetischen Stichwortverzeichnis (Themenindex) gezielt nach einzelnen Themen in allen Jahrgängen zu suchen.

Einfach mal reinklicken:
www.bda.de/03_2jusletter.htm

BDA BERUFSVERBAND
DEUTSCHER
ANÄSTHESISTEN

⁶ EuGH, Urteil vom 3.10.2000 (SIMAP), Az. C-303/98; EuGH, Urteil vom 9.09.2003 (Jäger), Az. C-151/02

(Volltext: www.bda.de/urteile/db/)

⁷ Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung 10414/08 (Presse 166) vom 9./10.06.2008, www.consilium.europa.eu/Newsroom

BDA-Seminar „Rechtsfragen in der Anästhesie und Intensivmedizin“
am 20. Juni 2009 in Hamburg-Altona

Nähere Infos und Anmeldeformular: www.bda.de, Anästh Intensivmed 2009, S. 187