

Berlin, im Februar 2010
Stellungnahme Nr. 8/2010

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Medizinrechtsausschuss

zu

anstehenden Gesetzesänderungen im Gesundheitswesen

Mitglieder des Medizinrechtsausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Bernd Luxenburger, Saarbrücken (Vorsitzender)

Rechtsanwältin Dr. Ulrike Brucklacher, Reutlingen

Rechtsanwalt Dr. Franz-Josef Dahm, Essen

Rechtsanwalt Dr. Karl-Heinz Möller, Düsseldorf

Rechtsanwalt Reinhold Preißler, Fürth (Berichterstatter)

Rechtsanwalt Dr. Rudolf Ratzel, München (Berichterstatter)

Rechtsanwalt Arno Schubach, Koblenz

Rechtsanwalt Christoph Stegers, Berlin

zusätzliche Berichterstatter für den Medizinrechtsausschuss:

Rechtsanwalt Rainer Beeretz, Freiburg

Rechtsanwalt Dirk Griebau, Fürth

Leiter der Arbeitsgruppe Leistungs- und Vergütungsrecht der
Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht des DAV

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Dr. Katharina Freytag

Verteiler:

- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium für Gesundheit
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Gesundheit(des Deutschen Bundestags)
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
- Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion die Linke im Deutschen Bundestag
- Rechtsausschuss des Bundesrates
- Ministerien für Gesundheit und Soziales der Länder
- Bundesärztekammer
- NJW
- MedizinRecht.de
- Gesundheitsrecht (Zeitschrift von Otto Schmidt)
- MedR - Medizinrecht
- Bundesverband der Freien Berufe
- Bundesgerichtshof, Bibliothek
- Vorstand und Geschäftsführung des DAV
- Landesverbände des DAV
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht
- Arbeitskreis Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Steuerberaterverband
- Vorsitzende des FORUMs Junge Anwaltschaft
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Deutscher Juristinnenbund
- Kassenärztliche Bundesvereinigung
- Deutscher Ärztinnenbund
- Bundesvereinigung Deutscher Ärzteverbände (BDÄ)
- Hartmannbund Verband der Ärzte Deutschlands e. V.
- Deutscher Kassenarztverband e. V.
- Bundesverband der Knappschaftsärzte e. V.
- Marburger Bund
- ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Bund und Länder, Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Vorbemerkung:

Der Koalitionsvertrag der schwarz-gelben Bundesregierung enthält programmatische Äußerungen zum Gesundheitswesen, die eine Überarbeitung verschiedener Gesetze erwarten lassen. Der DAV nimmt nachfolgend keine politische Bewertung der Aussagen im Koalitionsvertrag vor. Gegenstand der Äußerung sind vielmehr Empfehlungen zur Überarbeitung bestimmter gesetzlicher Regelungen, die in der Vergangenheit im Hinblick auf die Gesetzesanwendung zu unerwünschten Ergebnissen, Unklarheiten und Auslegungsproblemen geführt haben.

Die Stellungnahme ist thematisch gegliedert.

A. Zusammenfassung der vorgeschlagenen Änderungen

1. Medizinische Versorgungszentren

Die Regelung zur Rechtsform für MVZ-Träger sollte präzisiert werden. Zur Absicherung von Forderungen gegen MVZ-Träger sollten neben der selbstschuldnerischen Bürgschaft auch andere Sicherheiten möglich sein. Die Veräußerung, Übertragung und die Übertragung von Zulassung und Vertragsarztsitz eines MVZ sind im Gesetz bisher nur unvollständig geregelt. Hier sollte eine Klarstellung erfolgen, ob und in welchem Umfang Zulassung und Vertragsarztsitz verkehrsfähig sind. Die Voraussetzung der fachübergreifenden Tätigkeit sollte hinsichtlich des zeitlichen Umfangs präzisiert werden. Die Jobsharing-Regelungen für MVZ bedürfen der Anpassung. Die Vorschläge zur Einschränkung von Zulassungsvoraussetzungen für MVZ im Koalitionsvertrag bedürfen einer genauen verfassungsrechtlichen Überprüfung.

2. Anstellung von Ärzten bei Vertragsärzten

Die Anstellungsregelungen der Ärzte-ZV führen in der Praxis zu erheblichen arbeits- und gesellschaftsrechtlichen Problemen. Eine entsprechende Änderung wird empfohlen.

3. Regelleistungsvolumina

Regelleistungsvolumina haben den einzigen gesetzlichen Zweck der Verhinderung der übermäßigen Ausdehnung der Tätigkeit des Arztes. Die Systematiken der Regelleistungsvolumen widersprechen dem gesetzlichen Zweck und sind durch die Ermächtigungsnorm nicht gedeckt. Der Ausschuss empfiehlt die Abschaffung des Regelleistungsvolumens.

Die Bereinigung von RLV um Leistungen in Selektivverträgen behindert den Abschluss derartiger Verträge.

4. Vertragsärztliche Filialen

Filialgenehmigungen sollten aus rechtstechnischen Gründen geändert werden.

5. Sonderbedarfszulassung

Die Regelungen zu Sonderbedarfszulassungen unterscheiden sich ohne besonderen Grund von der Systematik anderer Ausnahmetatbestände.

6. Zulassung und Nachbesetzung

Die Kriterien im Nachbesetzungsverfahren sollten geändert werden.

7. Überörtliche Teilberufsausübungsgemeinschaften

Teilberufsausübungsgemeinschaften dienen im Wesentlichen der Umgehung des Verbots der Zuweisung gegen Entgelt und sollten zukünftig nicht mehr gestattet sein.

8. Bedarfsplanung

Die an Verhältniszahlen orientierte Bedarfsplanung sollte zugunsten einer flexiblen regionalen Bedarfssteuerung geändert werden.

9. Arzneimittelversorgung

In der GKV sind gesetzliche Regelungen erforderlich, die den Zugang von Arzneimitteln zur GKV unabhängig vom Arzneimittelgesetz regeln. Durch die Zulassung von Medikamenten im Off label use lassen sich Wirtschaftlichkeitsreserven nutzen.

10. Ärztliche Verrechnungsstellen der GKV

Die Übergangsregelung des § 295 Abs. 1 b SGB V bedarf einer dauerhaften Regelung.

11. Direktanspruch aus § 115 VVG

Leistungserbringern im Gesundheitswesen sollte ermöglicht werden, Rechtsstreitigkeiten über Privatabrechnungen unmittelbar mit privaten Krankenversicherungen austragen zu können.

12. Privatabrechnung von Leistungen fachfremd angestellter Ärzte

§ 4 Abs. 2 Satz 1 GOÄ ist im Hinblick auf die Anstellungsmöglichkeiten fachfremder Ärzte in der GKV zu aktualisieren.

13. Rechtsprechungskorrektur zu § 6 a Abs. 1 Satz 2 GOÄ

Durch BGH-Entscheidung (NJW 2002, 2948) wurde der gesetzgeberische Zweck von § 6 a Abs. 1 Satz 2 GOÄ entstellt, so dass eine gesetzgeberische Klarstellung erforderlich ist.

14. Analogbewertung

§ 6 GOÄ / GOZ bedürfen einer gesetzgeberischen Lösung zur Kostenvergleichbarkeit von Original- und Analogziffer, um medizinischen Fortschritt nicht zu behindern.

15. Delegation und Substitution ärztlicher Leistungen

Umfang und Grenzen der Delegationsfähigkeit ärztlicher Leistungen müssen deutlicher definiert und an die tatsächlichen Gegebenheiten angepasst werden

16. Patientenrechtegesetz

Die Schaffung eines Patientenrechtegesetzes ist angesichts der klaren gesetzlichen Regelungen, der gefestigten Rechtsprechung des BGH und der täglichen Praxis überflüssig.

1. Thema: Medizinische Versorgungszentren (MVZ)

Auch nach Auffassung des BMG haben sich MVZ inzwischen in der ambulanten ärztlichen Versorgung etabliert (www.bmg.bund.de/Stichwort:mvz). Im zweiten Quartal 2009 waren über 1.300 MVZ zugelassen. Davon 51,3% in der Trägerschaft von Vertragsärzten, 38,3% in der Trägerschaft eines Krankenhauses und 10,4% in Händen sonstiger Träger. Vorwiegende Rechtsform war neben der Personengesellschaft vor allem die GmbH in insgesamt 692 Fällen.

In der Rechtspraxis ergeben sich folgende Anwendungs- und Auslegungsprobleme, die durch entsprechende Gesetzesänderungen beseitigt werden sollten:

1. Rechtsform für MVZ-Träger

„Die medizinischen Versorgungszentren können sich aller zulässigen Organisationsformen bedienen; sie können von den Leistungserbringern, die aufgrund von Zulassung, Ermächtigung oder Vertrag an der medizinischen Versorgung der Versicherten teilnehmen, gegründet werden.“ (§ 95 Abs. 1 Satz 6 SGB V)

In der Praxis der Zulassungsausschüsse ist eine Tendenz feststellbar, dass aus dieser Formulierung bei MVZ-Gründern, die nicht Vertragsärzte sind, gefordert wird, dass der Betrieb des MVZ in einer eigenen Gesellschaft durchgeführt werden muss.

§ 95 Abs. 1 Satz 6 SGB V gewährt den Gründern das Recht, sich aller zulässigen Organisationsformen zu bedienen. Es verpflichtet die Gründer nicht zu bestimmten Organisationsformen. Der Begriff „Organisationsform“ ist nicht identisch mit dem Begriff „Rechtsform“. Die Forderung, der MVZ-Betrieb müsse in einer vom Gründer getrennten eigenen Rechtsform betrieben werden, ist aus dem Gesetzestext nicht ableitbar. Diese Auslegung kollidiert sogar mit dem Wortlaut, denn bei wortlautgetreuer Auslegung der Vorschrift sind nur diejenigen Leistungserbringer zur Gründung und zum Betrieb eines MVZ berechtigt, die durch Zulassung, Vertrag oder Ermächtigung an der medizinischen Versorgung der Versicherten teilnehmen. Eine beispielsweise von einem Krankenhaus-träger gegründete Tochter-GmbH würde aber diese Zulassungsbedingungen über-

haupt nicht erfüllen, da nur die Muttergesellschaft, aber nicht diese Tochter-Gesellschaft an der medizinischen Versorgung teilnimmt.

Es empfiehlt sich eine redaktionelle Klarstellung dahingehend, dass der Begriff des Gründers mit dem des Betreibers gleichgesetzt wird und eine Klarstellung dahingehend, wie der Begriff der Organisationsform zu verstehen ist und, ob es sich dabei um ein Recht oder eine Pflicht handelt.

Formulierungsvorschlag für § 95 Abs. 1 Satz 6 SGB V:

„Die medizinischen Versorgungszentren können von den Leistungserbringern, die aufgrund von Zulassung, Ermächtigung oder Vertrag an der medizinischen Versorgung der Versicherten teilnehmen, gegründet und betrieben werden. Der Betrieb durch eine Tochtergesellschaft der Betreiber ist zulässig.“

2. Selbstschuldnerische Bürgschaft

§ 95 Abs. 2 Satz 6 SGB V lautet in der derzeitigen Fassung:

„Für die Zulassung eines medizinischen Versorgungszentrums in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts ist außerdem Voraussetzung, dass die Gesellschafter selbstschuldnerische Bürgschaftserklärungen für Forderungen von Kassenärztlichen Vereinigungen und Krankenkassen gegen das medizinische Versorgungszentrum aus dessen vertragsärztlicher Tätigkeit abgeben; dies gilt auch für Forderungen, die erst nach Auflösung des medizinischen Versorgungszentrums fällig werden.“

Die Forderung nach einer selbstschuldnerischen Bürgschaft des - nach dem Wortlaut des § 95 Abs. 2 Satz 6 SGB V - „Gesellschafters“ stößt bei allen Rechtsformen, die keine Gesellschaftsverhältnisse sind, auf Auslegungsprobleme. Vor allem nichtärztliche Betreiber, wie Krankenhäuser werden auch in Rechtsformen betrieben, die keine Gesellschaftsverhältnisse sind. Beispielsweise zu nennen sind kommunale Gebietskörperschaften oder Stiftungen. Bei Publikumsgesellschaften, wie beispielsweise Aktiengesellschaften stellt sich etwa die Frage, ob jeder Aktionär eine Bürgschaft zu stellen hat.

Es wird deshalb empfohlen, zur Absicherung der genannten Forderungen nicht die bestimmte Sicherungsform der selbstschuldnerischen Bürgschaft verpflichtend vorzugeben, sondern auf das Sicherheitenrecht des BGB (§ 232 BGB) Bezug zu nehmen.

Formulierungsvorschlag für § 95 Abs 2 Satz 6 SGB V:

„Für die Zulassung eines medizinischen Versorgungszentrums in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts ist außerdem Voraussetzung, dass der Gründer nach seiner Wahl eine selbstschuldnerische Bürgschaft oder eine nach § 232 BGB zulässige Sicherheit in angemessener Höhe leistet für Forderungen von Kassenärztlichen Vereinigungen und Krankenkassen gegen das medizinische Versorgungszentrum aus dessen vertragsärztlicher Tätigkeit; dies gilt auch für Forderungen, die erst nach Auflösung des medizinischen Versorgungszentrums fällig werden.“

3. Veräußerung und Übertragung

Dem Gründer wird eine Zulassung für das MVZ erteilt. Soweit im MVZ Vertragsärzte tätig sind, kann deren Zulassung nach § 103 SGB V auf einen Nachfolger übertragen werden, mit der Folge, dass damit auch die MVZ-Zulassung übertragbar ist.

Soweit in einem MVZ im gesperrten Planungsbereich Angestellte tätig sind, ist die Übertragbarkeit von „Angestelltensitzen“ in einem MVZ nicht geregelt, da die formale Anstellungsgenehmigung des Angestellten nicht übertragbar ist.

Der Gesetzgeber ging bei der Einführung des MVZ davon aus, dass Ärzte, die zu einem späteren Zeitpunkt als selbständige Vertragsärzte tätig werden wollen, auf ihre Zulassung verzichten können, um als Angestellte in einem MVZ Erfahrungen in der vertragsärztlichen Praxis sammeln zu können. Mangels gesetzlicher Regelungen für die „Rückumwandlung“ eines Anstellungssitzes in einen Vertragsarztsitz, ist dieser Weg in der Praxis angesichts bestehender Zulassungsbeschränkungen allerdings nahezu vollständig verbaut.

Ebenfalls nicht geregelt ist der Sachverhalt, dass ein MVZ sich beispielsweise von einem Fachgebiet, das mit Angestellten besetzt ist, trennen möchte, um zukünftig in einem anderen Schwerpunkt tätig zu sein. Es ist nicht geregelt, ob und wie ein MVZ diesen nicht benötigten Betriebsteil beispielsweise auf Vertragsärzte oder ein anderes MVZ übertragen kann, bzw. seinerseits einen Fachbereich von einem anderen MVZ übernehmen kann.

Es empfiehlt sich eine gesetzliche Klarstellung, in welchen Fällen

- MVZ-Zulassungen von Betreibern, die nicht Vertragsärzte sind, ganz oder teilweise auf andere Betreiber übertragen werden können,
- Anstellungsgenehmigungen (Sitze) eines MVZ entweder an Dritte oder an den auf diesen Sitz angestellten Arzt übertragen werden können,
- auf welchem Wege (Ausschreibung?) eine solche Übertragung geschehen soll.

4. Fachübergreifende Tätigkeit

§ 95 Abs. 1 Satz 3 SGB V beschreibt den Begriff „fachübergreifend“ damit, dass Ärzte mit verschiedenen Facharzt- oder Schwerpunktbezeichnungen tätig sind. Das Gesetz enthält keine Vorgaben für den zeitlichen Umfang der Tätigkeit von Ärzten mit verschiedenen Facharztbezeichnungen. In der Praxis der Zulassungsausschüsse wird gefordert, dass beide Ärzte vollzeitlich im MVZ tätig sein müssen. Nach Meinung des Ausschusses steht diese Forderung nach Einführung der „Teilzulassung“ (Beschränkung des Versorgungsauftrags) nicht im Einklang mit dem Wortlaut der Regelung. Es empfiehlt sich eine Klarstellung, ob ein MVZ auch mit zwei „halben“ Zulassungen gebildet werden kann.

5. Jobsharing-Begrenzung für MVZ

Nach § 101 Abs. 1 Nr. 4 SGB V gelten Leistungsmengenbegrenzungen bei der Anstellung von Ärzten in einem MVZ entsprechend für das gesamte MVZ.

Dies ist im Hinblick auf die Notwendigkeit einer fachübergreifenden Tätigkeit im MVZ unangemessen, da die Anstellung eines Arztes in einem Fachgebiet damit auch Auswirkungen auf Fachgebiete hat, in denen der angestellte Arzt gar nicht tätig werden kann.

Es empfiehlt sich deshalb, § 101 Abs. 1 Nr. 4 SGB V dahingehend zu ändern, dass die Leistungsmengenbegrenzung nur für das Fachgebiet angeordnet wird, in dem der anzustellende Arzt tätig wird.

Formulierungsvorschlag für § 101 Abs 1 Nr. 4 vorletzter Halbsatz:

„ ... dies gilt für die Anstellung eines Arztes in einer Einrichtung nach § 311 Abs. 2 Satz 1 und in einem MVZ für das jeweilige Fachgebiet entsprechend...“

6. Vorschläge zur Einschränkung der Zulassungsvoraussetzungen für MVZ im Koalitionsvertrag

Im Koalitionsvertrag ist unter Nr. 9.1. vorgesehen, dass Geschäftsanteile an MVZ nur noch von zugelassenen Ärzten und Krankenhäusern betrieben werden dürfen, wobei in jedem Fall die Ärzte die Mehrheit der Geschäftsanteile und Stimmrechte halten müssen.

Eine derartige gesetzliche Verschärfung der Zulassungsbedingungen für MVZ ist als Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG und des Eigentumsrecht aus Art. 14 Abs 1 GG nur aus wichtigen Gründen des Allgemeinwohls zulässig. Solche Gründe können z. B. in der Unzuverlässigkeit nichtärztlicher Betreiber, einer Gefährdung der Gesundheitsversorgung oder der finanziellen Stabilität der GKV liegen.

Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass seit dem Jahr 2004 eine Vielzahl nicht-ärztlicher Leistungserbringer MVZ betreibt. Allein 39% aller MVZ sind in Händen der alleinigen Trägerschaft von Krankenhäusern ohne Beteiligung von Vertragsärzten. Insofern stellt sich hier die Frage, ob durch diesen Umstand in den vergangenen fünf Jahren wichtige Gründe des Allgemeinwohls gefährdet worden sind. Die geplante Verschärfung des Zulassungsrechts für MVZ bedarf deshalb einer verfassungsrechtlichen Überprüfung vor dem Hintergrund der Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG. In jedem Fall ist für bestehende MVZ eine das Vertrauen und den Bestandschutz sichernde Regelung erforderlich.

Dabei hat der Gesetzgeber zu bedenken, dass die im Koalitionsvertrag enthaltene Regelung faktisch das Ende von Krankenhaus-MVZ bedeuten kann, da diese aus den verschiedensten, z. B. organschaftlichen oder kommunalrechtlichen Gründen, nicht in der Lage sind, auf die Mehrheit in einer MVZ-Gesellschaft zu verzichten.

2. Thema: Anstellung von Ärzten

§ 32 b Abs. 1 Ärzte-ZV lautet:

„Der Vertragsarzt kann Ärzte nach Maßgabe des § 95 Abs. 9 und 9 a des SGB V anstellen.“

§ 95 Abs. 9 Satz 1 SGB V lautet:

„Der Vertragsarzt kann mit Genehmigung des Zulassungsausschusses Ärzte ... anstellen.“

§ 95 Abs. 9 a Satz 1 SGB V lautet:

„Der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmende Vertragsarzt kann mit Genehmigung des Zulassungsausschusses Ärzte ... anstellen.“

§ 1 Abs. 3 Ärzte-ZV lautet:

„Diese Verordnung gilt für ... 2. die medizinischen Versorgungszentren und die dort angestellten Ärzte und Psychotherapeuten ... entsprechend.“

In der Genehmigungspraxis der Zulassungsausschüsse werden Anstellungsgenehmigungen im Hinblick auf den Wortlaut der Vorschriften dem jeweils anstellenden Vertragsarzt persönlich erteilt.

Dies wird auch so gehandhabt, wenn angestellte Ärzte in Berufsausübungsgemeinschaften angestellt werden. In diesem Fall müssen sich die Partner einer BAG entscheiden, bei welchem „Vertragsarzt“ der BAG der Angestellte beschäftigt werden soll. Diese Rechtspraxis der Anstellung von Ärzten in Berufsausübungsgemeinschaften unterscheidet sich von der Anstellung in medizinischen Versorgungszentren, da dort die Anstellung beim MVZ erfolgt und die Anstellungsgenehmigung dem MVZ erteilt wird (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 Ärzte-ZV).

Diese am Wortlaut der Vorschriften orientierte Genehmigungspraxis führt zu arbeitsrechtlichen und zivilrechtlichen Problemen bei der Durchführung des Anstellungsverhältnisses. Zulassungsrechtlich ist der angestellte Arzt nur bei einem Gesellschafter der Berufsausübungsgemeinschaft angestellt, der damit das alleinige Weisungsrecht hat. Der Angestellte seinerseits ist nur gegenüber diesem Arzt zum Dienst verpflichtet, obwohl er arbeits- und steuerrechtlich in die Organisation der Berufsausübungsgemeinschaft eingebunden ist. Steuerrechtlich und gesellschaftsrechtlich soll die Anstellung regelmäßig für die Gesellschaft wirksam sein. Gerade gesellschaftsrechtlich hat die Zuordnung der Anstellungsgenehmigung an einen Gesellschafter erhebliche Konsequenzen z. B. für die Beendigung der Berufsausübungsgemeinschaft und die Auseinandersetzung der Gesellschafter. Wenn beispielsweise in einer Berufsausübungsgemeinschaft von drei Vertragsärzten mit einem Angestellten derjenige Vertragsarzt ausscheidet, dem die Anstellungsgenehmigung erteilt wurde, hat dies andere Konsequenzen für den Verlust von RLV, für Abfindungsregelungen, für Wettbewerbsverbote, etc., als wenn ein Arzt ohne Anstellungsgenehmigung aus dieser Berufsausübungsgemeinschaft ausscheidet. Es wird deshalb eine entsprechende Gesetzesänderung empfohlen, nach der die Anstellung auch bei Berufsausübungsgemeinschaften zulässig ist.

Dies könnte durch eine Änderung des § 32 b Abs. 1 Ärzte-ZV oder durch eine Ergänzung des § 33 Abs. 1 Ärzte-ZV erfolgen.

In § 33 Abs. 1 könnte nach Satz 2 eingefügt werden:

„Die Anstellung von Ärzten entsprechend § 32 b ist zulässig.“

Diese Einfügung wäre sinnvoll, da die Vorschrift fortsetzt mit: „Nicht zulässig ist die gemeinsame Beschäftigung von Ärzten und Zahnärzten;“

Als Konsequenz müsste dann allerdings auch § 101 Abs. 1 Nr. 5 angepasst werden. Nach der bisherigen Regelung in § 101 Abs. 1 Nr. 5 SGB V gilt die Jobsharing-Begrenzung auch in einer Gemeinschaftspraxis nur für den anstellenden Arzt. Diese Begrenzung wäre dann aber konsequenterweise auf die gesamte Berufsausübungsgemeinschaft zu erstrecken, wobei dies sinnvollerweise nur für die Ärzte des Fachgebiets gelten darf, in dem der angestellte Arzt tätig wird.

3. Thema: Regelleistungsvolumen

Der Gesetzgeber hat die bisher geltenden Begrenzungsregelungen gegen die übermäßige Ausdehnung der Tätigkeit des Vertragsarztes durch die Einführung eines Regelleistungsvolumens abgelöst.

§ 87 b Abs. 2 Satz 1 SGB V benennt als gesetzlichen Zweck:

„Zur Verhinderung einer übermäßigen Ausdehnung der Tätigkeit des Arztes und der Arztpraxis sind arzt- und praxisbezogene Regelleistungsvolumina festzulegen.“

1. RLV

Regelleistungsvolumina sollen damit dem ausschließlichen gesetzlichen Zweck der Begrenzung der übermäßigen Ausdehnung eines Vertragsarztes dienen. Dies wird dadurch erreicht, dass dem einzelnen Arzt bzw. der einzelnen Praxis ein am zufälligen Vorjahresquartalsumsatz bemessenes RLV zugewiesen wird. Die in der Praxis bis zur Einführung von RLV bestehenden und für jedes Fachgebiet in Euro-Beträgen festgesetzten Honorarobergrenzen gelten damit nicht mehr. Anstelle gleicher Maßstäbe für den zulässigen Tätigkeitsumfang eines Vertragsarztes soll damit als objektives Kriterium der Polypragmasie der zufällige subjektive Tätigkeitsumfang des Arztes in der Vergangenheit gelten. Gerade in Berufsausübungsgemeinschaften mit arbeitsteiliger Leistungserbringung und medizinisch begründeter Spezialisierung führt dies zu sehr willkürlichen Begrenzungswerten bei den einzelnen Ärzten. In der Praxis sind Bescheide ergangen, nach den Ärzten ein RLV von wenigen 100,- Euro pro Quartal zugeteilt wurden. Diese Werte bilden nach der gesetzlichen Zwecksetzung bei diesem Arzt die Grenze zur übermäßigen Ausdehnung.

Die Zuteilung von RLV hängt eng mit den Vorschriften über die Zuordnung von Leistungen an den jeweiligen Arzt zusammen. Ärzte, die beispielsweise weniger in der Sprechstunde sind und damit kaum Ordinationskomplexe abrechnen, erhalten weniger Fälle, auch wenn sie beispielsweise eine Vielzahl von spezialisierten Leistungen

erbringen, die in Ordinationskomplexen oder Fallpauschalen aufgehen. Hinzu kommt, dass Berechnungsgrundlagen und Berechnungen selbst weder für den Vertragsarzt noch für Mitarbeiter von Kassenärztlichen Vereinigungen oder Krankenkassen außerhalb der jeweiligen spezialisierten EDV-Abteilungen, nicht mehr nachvollziehbar oder überprüfbar sind. Die Folge ist eine willkürlich erscheinende Regelung der Honorarzuweisung, die entgegen der beschränkten gesetzlichen Zwecksetzung in § 87 b Abs. 2 Nr. 1 SGB V als globaler Honorarverteilungsmechanismus wirkt. Die willkürlichen Auswirkungen führen regional unterschiedlich zu mehr oder weniger großen Gefährdungen des Sicherstellungsauftrags.

Der Ausschuss empfiehlt die Abschaffung des Regelleistungsvolumens und die Rückkehr zu für alle Vertragsärzte gleichen Kriterien für die übermäßige Ausdehnung. Der Ausschuss empfiehlt die Rückkehr zum bisherigen Vergütungssystem, solange ein kalkulierbares, objektives und transparentes Vergütungssystem nicht vorliegt.

2. Bereinigung

Als weiteres Problem erweist sich die Regelung in § 87 b Abs. 3 Nr. 3 SGB V, wonach außerhalb der Regelleistungsvolumina zu vergütende Leistungsmengen bei der Bestimmung des RLV besonders zu berücksichtigen sind. Dies führt in der Praxis dazu, dass Kassenärztliche Vereinigungen Ärzte, die sich an Selektivverträgen beteiligen, durch Abzüge vom RLV „bestrafen“.

4. Thema: Filialen

1. Filiale im fremden Planungsbereich

Will ein Arzt eine Filiale im Bezirk einer fremden KV betreiben, so wird die Genehmigung rechtstechnisch in Form einer Ermächtigung durch den Zulassungsausschuss erteilt. § 24 Abs. 3 Satz 4 Ärzte-ZV gestattet in diesem Fall den Betrieb der Filiale durch einen angestellten Arzt, der bedarfsplanungsrechtlich auf einen dort bestehenden Vertragsarztsitz anzurechnen ist. Will ein Vertragsarzt eine Filiale im Bezirk der eigenen KV außerhalb seines eigenen Planungsbereichs betreiben, so fehlt es diesbezüglich an einer vergleichbaren Regelung dahingehend, dass in dieser Filiale ein angestellter Arzt angestellt werden kann, der bedarfsplanungsrechtlich auf einen im fremden Planungsbereich bestehenden Vertragsarztsitz anzurechnen ist. Der Unterschied zwischen einer Filiale im fremden KV-Bezirk und in einem anderen Planungsbereich des gleichen KV-Bezirks ist nicht gerechtfertigt.

2. Zuordnung der Filialgenehmigung

§ 24 Abs. 3 Satz 1 Ärzte-ZV formuliert die Filialgenehmigung als die Befugnis der vertragsärztlichen Tätigkeit außerhalb des Vertragsarztsitzes an einem weiteren Ort. Deshalb wird die Filialgenehmigung in einer Berufsausübungsgemeinschaft oder MVZ einem Arzt der Berufsausübungsgemeinschaft persönlich erteilt. Diese Zuordnung hat ähnlich wie bei der Anstellungsgenehmigung gesellschaftsrechtliche Konsequenzen beim Ausscheiden bzw. der Trennung.

Auch hier wird empfohlen, die Filialgenehmigung der Berufsausübungsgemeinschaft oder dem MVZ zu erteilen.

5. Thema: Sonderbedarfszulassung

§ 101 Abs. 1 Nr. 3 a SGB V regelt die Erteilung von Sonderbedarfszulassungen unter entsprechenden Voraussetzungen auch in überversorgten Gebieten. Die Einzelheiten sind vom G-BA in §§ 24, 25 Bedarfsplanungs-Richtlinien festgelegt. Nach der Neufassung des § 25 Abs. 3 Bedarfsplanungs-Richtlinien ist durch die Entscheidung des G-BA ausdrücklich vorgesehen, dass eine Nachfolgebesetzung einer Sonderbedarfszulassung nach § 103 Abs. 4 SGB V nur möglich ist, wenn erneut ein Sonderbedarf festgestellt wird. Das Gesetz selbst lässt dies offen, enthält aber anders als bei den, ebenfalls als Ausnahme von der Überversorgung geregelten, Jobsharing-Zulassungen nach § 101 Abs. 3 SGB V keine positive Anordnung der „Erstarkung“ der Sonderbedarfszulassung zur unbegrenzten Vollzulassung. Damit ist die Rechtstellung eines Arztes mit Sonderbedarfszulassung unabhängig von der Dauer der Tätigkeit schlechter als die eines Jobsharing-Zugelassenen, dessen Zulassung nach Ablauf von zehn Jahren in eine Vollzulassung erwächst. Dies führt entgegen der gesetzlichen Zielsetzung zum Wegfall von Investitionssicherheit und zu einer lebenslangen Abhängigkeit des Sonderbedarfs-Zugelassenen von der Bedarfslage bzw. dem Bestehen einer Berufsausübungsgemeinschaft mit einem voll zugelassenen Partner. Auch bei einem Wegfall der Zulassungssperren und Wiedereröffnung des Planungsbereichs sind Jobsharing-zugelassene Ärzte bevorzugt, da deren Zulassung dann zur Vollzulassung erstarken kann.

Der Ausschuss sieht die Gestaltung der Sonderbedarfszulassung im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG als verfassungsrechtlich problematisch an.

6. Thema: Zulassung und Nachbesetzung

§ 103 Abs. 4 SGB V regelt das Nachbesetzungsverfahren bei Beendigung der vertragsärztlichen Tätigkeit. Die Vorschrift enthält eine Privilegierung von Bewerbern, die bestimmte im Gesetz genannte Kriterien erfüllen. Als wesentliche Kriterien werden genannt die Dauer der Berufstätigkeit und das Alter des Bewerbers.

Beide Kriterien entsprechen weder dem gesetzlichen Ziel des Schutzes der Eigentumsrechte des Abgebers, noch dem Ziel eines gerechten und chancengleichen Verfahrens unter den Bewerbern. Sie gewährleisten auch nicht die Qualifikation der Bewerber sowie der verbesserten Chancen für Berufseinsteiger (vgl. im Einzelnen: Harneit in ZMGR, 2009, 357 ff.).

Es wird deshalb empfohlen, die Kriterien der Dauer der Berufstätigkeit und des Alters zu streichen.

7. Thema: Überörtliche Teilberufsausübungsgemeinschaft

§ 33 Abs. 2 Ärzte-ZV gestattet die Gründung sog. Teilberufsausübungsgemeinschaften:

„Die gemeinsame Berufsausübung, bezogen auf einzelne Leistungen, ist zulässig, sofern diese Berufsausübungsgemeinschaft nicht zur Erbringung überweisungsgebundener medizinisch-technischer Leistungen mit überweisungsberechtigten Leistungserbringern gebildet wird.“

Das Erscheinungsbild solcher Teilberufsausübungsgemeinschaften, insbesondere in der Form der überörtlichen Teilberufsausübungsgemeinschaft ist nach der Erfahrung der Mitglie-

der des Medizinrechtsausschusses bestimmt durch die Bildung von Zuweiserkartellen, bei denen es darum geht, die berufsrechtlich unerlaubte Zuweisung gegen Entgelt als Innenverhältnis einer Gesellschaft zu gestalten.

Wie aus dem zweiten Halbsatz der Vorschrift erkennbar ist, hat der Gesetzgeber diese Gefahr selbst gesehen und versucht, sie mit der Beschränkung auf nicht medizinisch-technische Leistungen zu verhindern. In der Praxis erweist sich dies als völlig untauglich, da Zuweiserkartelle auch außerhalb medizinisch-technischer Leistungen gebildet werden können.

Andererseits ist nicht erkennbar, welches praktische Gestaltungsbedürfnis diese Betriebsform sinnvollerweise befriedigen kann. Das vom Gesetzgeber und dem Deutschen Ärztetag bemühte Beispiel der Zusammenarbeit von Kinderarzt und Neurologe spielt in der Praxis bekanntlich - wie zu erwarten war - keine Rolle.

Der Ausschuss empfiehlt deshalb die Streichung des § 33 Abs. 2 letzter Satz Ärzte-ZV.

8. Thema: Bedarfsplanung

In einschlägigen Kreisen wird zur Zeit die Möglichkeit der Abschaffung der Bedarfsplanung im Hinblick auf einen drohenden Ärztemangel diskutiert. Der „gefühlte“ Ärztemangel ist durch objektive Zahlen nicht belegbar. Die Zahl der Vertragsärzte hat in den letzten Jahren beständig zugenommen. Erkennbar ist allerdings eine noch stärkere regionale Unterversorgung, insbesondere in ländlichen Bereichen.

Die Aufgabe der Bedarfsplanung würde zu keinen besseren Bedingungen in unterversorgten Gebieten führen, sondern voraussichtlich die Abwanderung in Zentren beschleunigen. Das gesetzgeberische Instrument einer Zulassungssteuerung über unterschiedlich hohe Honorierung erscheint wenig erfolgreich, da die zu erwartende zukünftige Honorarhöhe für Zulassungsbewerber entgegen verbreiteter Ansicht nur eine untergeordnete Rolle spielt.

Insofern empfiehlt der Ausschuss ein System der Bedarfsplanung grundsätzlich aufrechtzuerhalten. Allerdings sollte das System der Bedarfsplanung im Hinblick auf die Zielsetzung der Sicherstellung der flächendeckenden Versorgung überarbeitet werden.

Erforderlich ist in jedem Fall eine Differenzierung der Bedarfsplanung nach fachlichen Schwerpunkten. Es dient beispielsweise der Versorgung nicht, wenn Planungsbereiche für Internisten wegen Überversorgung gesperrt werden, weil der gesamte Planungsbereich mit Gastroenterologen besetzt ist, auch wenn beispielsweise kein Kardiologe zugelassen ist.

Insofern wird empfohlen, die Bedarfsplanung nicht an starren bundeseinheitlichen Verhältniszahlen auszurichten, sondern stärker dezentral und flexibel auszugestalten.

9. Thema: Arzneimittelversorgung – Off label use

In Deutschland sind ca. 55.000 Arzneimittel arzneimittelrechtlich zugelassen, davon ca. 20.000 mit etwa 2.000 Wirkstoffen verschreibungspflichtig. Mit der arzneimittelrechtlichen Zulassung ist der Zugang zur GKV grundsätzlich eröffnet.

Die Verordnung von Arzneimitteln in der GKV ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts von der arzneimittelrechtlichen Zulassung in der jeweiligen Indikation abhängig (vgl. grundsätzlich BSG, 19.3.02, B 1 KR 37/00 R). Das BSG begründet die Bezugnahme auf die arzneimittelrechtliche Zulassung regelmäßig mit dem Fehlen von Qualitätsstandards im Recht der GKV sowie mit der Notwendigkeit der Beschränkung des Rechts der Versicherten auf wirtschaftliche Arzneimittel. Das BSG unterstellt dabei, dass jedes Arzneimittel und rechtlich zugelassene Medikament zugleich auch wirtschaftlich ist.

Gleichwohl ist der off label use von Arzneimitteln in der GKV in vielen Fächern ärztlicher Standard. Dies gilt insbesondere für die Kinderheilkunde und die Onkologie. Der off label use ist bisher gesetzlich nicht geregelt, sondern ausschließlich den Gerichten im Rahmen von Einzelfallentscheidungen überlassen.

Gegenstand der Entscheidungen der Sozialgerichte ist dabei nicht die Befugnis der Ärzte, im Rahmen der ärztlichen Therapiefreiheit Medikamente off label einzusetzen.

Der Einsatz Off label ist im Rahmen der ärztlichen Therapiefreiheit auf Grund der eindeutigen verfassungsgerichtlichen und zivilrechtlichen Rechtsprechung nicht regelungsbedürftig.

Lediglich die Verordnung zu Lasten der GKV bedarf einer gesetzlichen Regelung. Mit der Anlage 6 zur Arzneimittel-Richtlinie und den Verfahrensordnungen des G-BA zur Beurteilung von Off label use-Therapien ist ein erster Schritt in die richtige Richtung gemacht. Allerdings können hierbei nur Entscheidungen in Einzelfällen getroffen werden. Das Gesetz hält bisher kein taugliches und schnelles Verfahren zur generellen Regelung des off label use in der GKV bereit.

Die Auseinandersetzung mit Pharmafirmen in der Augenheilkunde über den Einsatz des Medikaments Avastin als ähnlich wirkende und wirtschaftliche Alternative zum sehr viel teureren zugelassenen Medikament Lucentis bei der Behandlung der feuchten Makuladegeneration zeigt, dass die gesetzlichen Instrumente zur Sicherstellung einer wirtschaftlichen Arzneimitteltherapie in den Fällen nicht greifen, in denen Arzneimittel aufgrund ihrer Zulassung eine Monopolstellung einnehmen, weil die (Nicht-)Zulassung alternativer Medikamente ausschließlich vom Herstellerinteresse bestimmt wird.

Der Gesetzgeber ist deshalb aufgefordert, unabhängig von den arzneimittelrechtlichen Vorschriften Kriterien für die Verordnung von wirksamen und wirtschaftlichen Medikamenten außerhalb ihres bestimmungsmäßigen Gebrauchs (off label use) in der GKV zu schaffen. Krankenkassen sollten befugt sein, entsprechende Vergleichsstudien aus den Mitteln der GKV zu finanzieren. Dabei sollte auch das Therapieverhalten der Ärzte im Sinne des tatsächlichen ärztlichen Standards im Fach ausreichende Berücksichtigung im Sinne der evidenzbasierten Medizin Berücksichtigung finden.

10. Thema: Ärztliche Verrechnungsstellen in der GKV

Die vom Gesetzgeber im Rahmen der AMG-Novelle beschlossene befristete Übergangsregelung des § 295 Abs. 1 b SGB V, die bis 30.06.2010 gilt, bedarf einer dauerhaften Regelung, um festzulegen, wer im Rahmen der GKV weiterhin die Abrechnung ärztlicher Leistungen übernehmen kann.

11. Thema: Direktanspruch aus § 115 VVG

Zwischen (Zahn-) Arzt einerseits, Privatpatient andererseits und privater Krankenversicherung dritterseits besteht kein echtes Dreiecksverhältnis. Vielmehr knüpfen Rechtsbeziehungen nur Arzt und Patient einerseits (Behandlungsvertrag) sowie Patient und PKV andererseits (Versicherungsvertrag). Ein Rechtsverhältnis zwischen Arzt und PKV existiert nicht.

Dies wirft die regelmäßig wiederkehrende Problematik auf, dass gerade im Bereich der Analogabrechnung (§ 6 Abs. 2 GOÄ / GOZ) oder bei den nach § 5 GOÄ / GOZ angewendeten Steigerungssätzen die Abrechnung von der PKV gegenüber dem Patienten nicht oder nur gekürzt mit der Behauptung erstattet wird, der Arzt habe falsch abgerechnet. In Ermangelung eines Rechtsverhältnisses zur PKV kann der Arzt die von der PKV aufgeworfene Streitfrage zwischen ihm und ihr keiner gerichtlichen Klärung zuführen. Vielmehr ist er darauf verwiesen, seinen eigenen Patienten zu verklagen. Dies unterbleibt häufig, um das auf Vertrauen beruhende Arzt-Patienten-Verhältnis nicht zu belasten und einen etwaigen Imageschaden zu vermeiden, worauf tendenziell die PKVen zu spekulieren scheinen. In Fällen, in denen der Patient die Arztrechnung bereits vollständig ausgeglichen hat, ist der Behandler in der Praxis damit konfrontiert, entweder den nicht erstatteten Teil „freiwillig“ an den Patienten zurück zu bezahlen oder den Patienten auf eine Rückforderungsklage gegen den Arzt bzw. eine Klage gegen die private Krankenversicherung auf restliche Erstattung zu verweisen, wodurch die Vertrauensbeziehung zum Patienten in Mitleidenschaft gezogen werden kann.

Die in anderen Rechtsgebieten eröffnete Möglichkeit, aus abgetretenem Recht vorzugehen, stellt sich dem Arzt nicht, da nach § 6 Abs. 6 MB/KK der Patient seine Erstattungsansprüche gegenüber der PKV nicht an den Arzt abtreten darf (§ 399 BGB). Umgekehrt lassen sich die PKVen vermeintliche Bereicherungsansprüche der Patienten wegen angeblich überzahlter Arztrechnungen regelmäßig abtreten, damit die PKV - beschränkt auf die Fälle, die sie selbst gerichtlich durchsetzen will - direkt gegen den Arzt aus abgetretenem Recht klagen kann.

Aus Gründen der Waffengleichheit empfiehlt sich daher, den Direktanspruch aus § 115 VVG nicht nur auf Schadensersatzansprüche zu beschränken, sondern auch auf Aufwandsersatzansprüche aus privaten Krankenversicherungsverträgen zu erstrecken, zumal die Krankenversicherung infolge der Gesundheitsreform gem. § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V Pflichtversicherung geworden ist.

12. Thema: Privatabrechnung von Leistungen fachfremd angestellter Ärzte

In der vertragsärztlichen Versorgung sieht § 15 Abs. 1 Satz 4 BMV-Ä i. V. m. § 14 a BMV-Ä vor, dass - mit Ausnahme der überweisungsgebundenen Facharztkompetenzen - die Anstellung fachfremder Ärzte zulässig ist und deren Leistungen dem Praxisinhaber als persönliche Leistungen auch dann zugerechnet werden, wenn er sie nicht selbst mit erbracht oder beaufsichtigt hat.

Im Gegensatz dazu bestimmt § 4 Abs. 2 Satz 1 GOÄ für die privatärztliche Versorgung noch immer, dass der Arzt Gebühren nur für Leistungen berechnen kann, die er selbst erbracht oder die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden.

„Fachliche“ Weisungen können jedoch nur bei Fachgebietskonformität erteilt werden. So ist ein Facharzt für Anästhesiologie weiterbildungsbedingt nicht in der Lage einem angestellten Facharzt für Chirurgie fachliche Weisungen zu erteilen.

Die Divergenz zwischen der vertragsärztlichen Regelung einerseits und der GOÄ-Bestimmung andererseits führt in der Praxis zu dem Dilemma, dass streng genommen ein in der Vertragsarztpraxis angestellter fachfremder Arzt keine Privatpatienten versorgen könnte, ohne den Liquidationsanspruch des Praxisinhabers insoweit zu gefährden.

Es empfiehlt sich daher eine Klarstellung zu § 4 Abs. 2 Satz 1 GOÄ, indem ein neuer Satz 2 vorschlagsweise mit dem Wortlaut:

Dasselbe gilt für ärztliche Leistungen eines angestellten Arztes eines anderen Fachgebiets, auch wenn der Praxisinhaber sie nicht selbst mit erbracht oder beaufsichtigt hat.

eingefügt wird.

13. Thema: Rechtsprechungskorrektur zu § 6 a Abs. 1 Satz 2 GOÄ

Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 GOÄ sind die Gebühren und Zuschläge bei stationären Leistungen um 25 % zu kürzen. Für Leistungen und Zuschläge nach Satz 1 von Belegärzten oder anderen niedergelassenen Ärzten beträgt die Minderung gemäß Satz 2 hingegen 15 %.

Ausgangspunkt ist, dass mit den Krankenhausentgelten die stationäre Versorgung eines Patienten einschließlich allgemeiner Betriebskosten des Krankenhauses für Sachmittel, nichtärztliches und ärztliches Personal vollständig abgegolten werden. Auch in den von niedergelassenen Ärzten berechneten GOÄ-Gebühren sind die laufenden Betriebskosten der Praxis einkalkuliert, so dass mit der Gebührenzahlung durch den Patienten die Praxiskosten des niedergelassenen Arztes ebenfalls abgegolten sind (vgl. § 4 Abs. 3 GOÄ).

Nimmt ein Patient wahlärztliche Leistungen gemäß § 17 Abs. 3 KHEntgG in Anspruch, kann der Chefarzt seine wahlärztlichen Leistungen gegenüber dem Patienten nach der GOÄ abrechnen. Der Patient schuldet in diesem Falle daher dem Krankenhaus die Entgelte nach KHEntgG und dem Chefarzt die GOÄ-Gebühren.

Der Chefarzt hält indes keine eigene Praxis mit eigenen Geräten und Personal wie ein niedergelassener Arzt vor. Er benutzt vielmehr die Infrastruktur des Krankenhauses (Mitarbeiter, Instrumente und Apparate, Sprechstundenbedarf und sonstige Sachmittel).

Ohne § 6 a GOÄ würde der Wahlleistungspatient dem Chefarzt daher GOÄ-Gebühren bezahlen, in denen die einem niedergelassenen Arzt entstehenden Praxiskosten enthalten sind, obwohl der Chefarzt solche Kosten mangels eigener Praxis gar nicht hat.

Da der Wahlleistungspatient mit den Krankenhausentgelten bereits zu den laufenden Betriebskosten des Krankenhauses beigetragen hat und der Chefarzt eben diese vom Wahlleistungspatient mit den Krankenhausentgelten bereits bezahlten Sach- und Personalmittel des Krankenhauses bei Durchführung seiner wahlärztlichen Leistungen in Anspruch nimmt, würde der Wahlleistungspatient ohne eine Minderung der Chefarztgebühren ein und die selben Kosten des Krankenhauses einmal an den Krankenhausträger mit den Krankenhausentgelten und einmal an den Chefarzt über die GOÄ-Gebühren bezahlen.

Diese - und nur diese - doppelte Kostenbelastung des Patienten zu vermeiden ist Sinn und Zweck der Schaffung der Minderungsvorschrift gewesen¹. Hieran hat sich auch bei späteren Änderungen der GOÄ nichts geändert².

Da auch Belegärzte bei stationärer Versorgung ihrer Patienten und andere niedergelassene Ärzte z. B. bei konsiliarischer Hinzuziehung durch den Chefarzt Krankenhausmittel nutzen, waren sie durch Satz 2 der Chefarztbehandlung dem Grunde nach gleichzustellen. Die Minderungspflicht beträgt hier jedoch nur 15 %, da Beleg- und andere niedergelassene Ärzte - im Gegensatz zum Chefarzt - daneben noch ihre Praxis vorhalten müssen.

Der BGH hat daher zunächst zutreffend entschieden, dass die Minderungspflicht nach § 6 Abs. 1 Satz 2 GOÄ diejenigen niedergelassenen Ärzte trifft, die für die Erbringung ihrer Leistungen aus medizinischen Gründen auf die Inanspruchnahme des Krankenhauses zwingend zurückgreifen müssen (MedR 1998, 269; MedR 1999, 139).

Anders verhält es sich jedoch bei solchen Fachgebieten, die lediglich diagnostische Nebenleistungen in ihrer eigenen Praxis erbringen (z. B. Pathologie, Labor, Radiologie, Mikrobiologie, etc.). Solche Arztgruppen werden in eigener Praxis mit eigenem Personal und eigenen Geräten auf eigene Kosten tätig, ohne Sach- oder Personalmittel des Krankenhauses für ihre Leistungen in Anspruch zu nehmen. Für sie ist es in jeder Richtung unerheblich, dass der Patient zum Zeitpunkt der diagnostischen Maßnahme stationär aufgenommen ist.

In seinem dritten Urteil kommt der BGH (NJW 2002, 2948) ungeachtet der für ihn vorher „entscheidenden“ Frage der Inanspruchnahme von Krankenhausmitteln zu der Auffassung, § 6 a diene dazu eine Art *Pflegesatzungerechtigkeit* zwischen Regelleistungspatienten und Wahlleistungspatienten auszugleichen.

Es trifft zwar zu, dass mit den Entgelten für allgemeine Krankenhausleistungen auch die Leistungen extern niedergelassener Ärzte für Regelleistungspatienten (§ 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 KHEntgG) vergütet sind und Wahlleistungspatienten dadurch, dass sie dasselbe Krankenhausentgelt an den Krankenhausträger bezahlen, einen Teil der für Regelleistungspatienten von externen Ärzten erbrachten Leistungen mittragen, ohne vom Krankenhausträger hierfür eine Gegenleistung zu erhalten, weil der Wahlleistungspatient aufgrund der Wahlleistungskette (§ 17 Abs. 3 KHEntgG) bei eigener Inanspruchnahme externer Dritter deren Leistungen gesondert nach der GOÄ zu vergüten hat. Dieser Umstand ist jedoch systemimmanent, da der Wahlleistungspatient auch die Leistungen der Krankenhausärzte für Regelleistungspatienten über das Krankenhausentgelt mitfinanziert.

¹ Nach der amtlichen Begründung der zweiten Änderungsverordnung vom 28.11.1984 zur Gebührenordnung für Ärzte heißt es unter Ziffer 2 a): „Bereits unter der Geltung der Gebührenordnung für Ärzte vom 18.03.1965 (BGBl. I. S. 89) war aus dem ärztlichen Berufsrecht und dem Vertragsrecht der allgemeine Grundsatz entwickelt worden, dass der Arzt bei der Liquidation einer stationären Behandlung seine Gebühren mindern muss, weil der Wahlleistungspatient die Sach- und nichtärztlichen Personalkosten („Sachkosten“) der **vom Arzt für die Behandlung in Anspruch genommenen Leistungen des Krankenhauses bereits mit dem Pflegesatz zahlt.**“

² Auch in der amtlichen Begründung zum GSG teilte der Gesetzgeber im besonderen Teil zu Artikel 18 (Änderung der Gebührenordnung für Ärzte) seinen gesetzgeberischen Willen zu § 6a GOÄ wie folgt mit: „...Zum Ausgleich **für nicht entstehende Praxiskosten** sollen liquidationsberechtigte Krankenhausärzte bei wahlärztlichen Leistungen einen entsprechenden Abschlag von den nach der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) berechneten Gebühren tragen. ...“

Diese *Pflegesatzungerechtigkeit* zu regeln, war und ist aber nicht Aufgabe des § 6 a GOÄ. Vielmehr hatte der Gesetzgeber hierfür in der bis Ende 1994 geltenden Fassung in § 8 BPfIV a.F.³ Pflegesatzabschläge vorgesehen. Zu diesen Zeiten aber, war § 6 a GOÄ bereits in Kraft. § 8 BPfIV a.F. beseitigte seinerzeit die Pflegesatzungerechtigkeit zwischen Regel- und Wahlleistungspatienten, während § 6 a GOÄ vermied, dass Wahlleistungspatienten an (Chef-)Ärzte kalkulatorische Praxiskosten, die diesem nicht entstanden sind, zahlen mussten.

Im Zuge der Änderungen des Krankenhauspflegesatzrechtes Mitte der 90-er Jahre wurde vom Bundesrat angeregt, die Wahlarztkeute des § 22 Abs. 3 BPfIV n. F. nicht mehr auf externe Ärzte zu erstrecken. Vielmehr sollten die externen Ärzte nicht mehr gegenüber dem Wahlleistungspatienten nach der GOÄ direkt abrechnen, sondern wie bei Regelleistungspatienten die Leistung im Rahmen allgemeiner Krankenhausleistungen erbringen und dann auch vom Krankenhaus vergütet erhalten. Dadurch wären in die damaligen Pflegesätze auch die Kosten für die Behandlung von Wahlleistungspatienten durch externe Ärzte eingeflossen, so dass es keine Pflegesatzungerechtigkeit mehr hätte geben können. Die Regelleistungspatienten hätten die Kosten externer Behandlung von Wahlleistungspatienten mitgetragen und umgekehrt. In diesem Zusammenhang wurde der Pflegesatzabschlag des bisherigen § 8 BPfIV a. F. systemkonform abgeschafft.

Allerdings konnte sich der Vorschlag des Bundesrates zur Abschaffung der Wahlarztkeute letztlich nicht durchsetzen, weil die gesetzlichen Krankenkassen keine anteiligen Behandlungskosten von Privatversicherten tragen wollten. Demzufolge blieb es bei der Wahlarztkeute mit Abrechnung der von niedergelassenen Ärzten erbrachten Leistungen direkt gegenüber den Wahlleistungspatienten nach der GOÄ. Es wurde jedoch übersehen, im Gegenzuge den im Entwurf gestrichenen Pflegesatzabschlag ebenso wieder einzuführen.

Da die BGH-Entscheidung (NJW 2002, 2948) irrig darauf fußt, dass durch § 6 a die Pflegesatzungerechtigkeit zwischen Regel- und Wahlleistungspatienten ausgeglichen werde, führt dies zu zweierlei mit dem ursprünglichen Gesetzeszweck nicht zu vereinbarenden Konsequenzen:

Zum ersten müssen auch die Fachgruppen, die für ihre Leistungen keine Krankenhausmittel in Anspruch nehmen, ihr Honorar mindern, obwohl sie selbst alle beim konkreten Patienten angefallenen Kosten aus eigenen Mitteln getragen haben. Dies führt insbesondere bei dem ohnehin eingeschränkten Gebührenrahmen der Leistungen nach Abschnitt M. zu einem Honoraranspruch unterhalb des Einzelsatzes der GOÄ, aus dem dann noch die kalkulatorischen Praxiskosten zu finanzieren sind.

Zum zweiten aber führt das BGH-Urteil zur Unanwendbarkeit des § 6 a Abs. 1 Satz 2 GOÄ in Privatkliniken und Belegabteilungen, auch soweit Belegärzte oder andere niedergelassene Ärzte Sach- oder Personalmittel des Krankenhauses / der Privatklinik für ihre Leistungen in Anspruch nehmen.

³ § 8 BPfIV a. F.: Pflegesatzabschläge

Der Rechnungsbetrag für allgemeine Krankenhausleistungen ist um 5 vom Hundert zu ermäßigen

1. für Patienten mit belegärztlichen Leistungen nach § 2 Abs. 3 (Belegarztabschlag)

2. für Patienten mit wahlärztlichen Leistungen nach § 7 Abs. 3 (Wahlarztabschlag).

Dies beruht darauf, dass es in reinen Privatkliniken keine Unterscheidung zwischen Regel- und Wahlleistungspatient gibt, da ausschließlich Selbstzahler (Privatpatienten) aufgenommen werden, von denen jeder für sich die in Anspruch genommenen, auch extern hinzugezogenen Leistungen nach der GOÄ zu vergüten hat.

Hinsichtlich Belegabteilungen bestimmt § 2 Abs. 1 KHEntgG, dass belegärztliche Leistungen keine Krankenhausleistungen sind. Dementsprechend zählen zu den Leistungen der Belegärzte unter anderem auch die durch den Belegarzt veranlassten Leistungen externer Dritter (§ 18 KHEntgG). Belegarzt und der von ihm hinzugezogene externe Arzt rechnen daher ihre Leistungen an Kassen-Belegpatienten gegenüber der jeweiligen KV und gegenüber Privatpatienten diesen gegenüber direkt ab. Auch hier ist das Auftreten einer *Pflegesatzungsgerechtigkeit* ausgeschlossen.

Empfehlenswert wäre, wenn § 6 a Abs. 1 Satz 2 künftig folgenden Wortlaut erhielte:

*Abweichend davon beträgt die Minderung für Leistungen und Zuschläge nach Satz 1 von Belegärzten oder niedergelassenen anderen Ärzten, **die für die Erbringung ihrer Leistungen Sach- oder Personalmittel der stationären Einrichtung in Anspruch nehmen**, 15 vom Hundert.*

14. Thema: Analogbewertung

Die Vergütungsregeln im Bereich der vertrags(zahn)ärztlichen Versorgung unterliegen einem ständigen Wandel. Insbesondere werden neue Leistungen als abrechnungsfähig in den GKV-Katalog ebenso aufgenommen und nach aktuellen Erkenntnissen bewertet, wie nicht mehr vergütungsfähige Leistungen gestrichen werden. Eine am Stand des medizinischen Fortschritts ausgerichtete Aktualisierung von GOÄ und GOZ findet jedoch nur äußerst selten statt.

Das Leistungsverzeichnis der GOÄ / GOZ kann daher mit der Entwicklung neuer Behandlungs- und Untersuchungsmethoden nicht annähernd Schritt halten, weshalb dem Arzt zum Ausgleich über § 6 Abs. 2 GOÄ / GOZ die Möglichkeit eröffnet wird, neue Leistungen, die im Gebührenverzeichnis noch keine Berücksichtigung haben finden können, durch einen Analogabgriff bei einer (oder mehreren) anderen im Gebührenverzeichnis vorhandenen Ziffern zu berechnen.

Die Analogberechnung setzt eine nach Art, Kosten- und Zeitaufwand gleichwertige Leistung voraus. Problematisch ist, dass eine neue Leistung ggf. der Art und des Zeitaufwandes nach mit einer vorhandenen GOÄ-Ziffer gleichwertig erscheint, der medizinische Fortschritt jedoch zu Kosten führt, die bei analogem Ansatz der vorhandenen GOÄ-Ziffer keine auskömmliche Honorierung der neuen Leistung erwarten lässt.

Unklar ist daher, ob beim Analogabgriff auf die Punktwertrelation der schon vorhandenen GOÄ-Ziffern Rücksicht zu nehmen ist, deren Punktbewertung naturgemäß auf einer veralteten Kostenkalkulation beruht oder ob die neue Leistung unter aktuellen Kostengesichtspunkten unabhängig von der Punktwertrelation zu bewerten ist.

Eine Rücksichtnahme auf die veraltete Bewertungsrelation der schon vorhandenen Leistungen birgt für neue Leistungen die Gefahr in sich, dass dies wegen Unterhonorierung dem Zweck des § 6 Abs. 2 GOÄ, dem medizinischen Fortschritt Stand zu halten, zuwiderliefe.

Der Gesetzgeber ist deshalb aufgefordert, eine adäquate Lösung für die Bewertung neuer Leistungen zu finden. Zu denken wäre auch an eine Indexklausel im Paragraphenteil der GOÄ / GOZ, durch die auch die Werthaltigkeit der im Gebührenverzeichnis bereits enthaltenen Leistungen erhalten werden könnte.

15. Thema: Delegation und Substitution ärztlicher Leistungen

Der Medizinrechtsausschuss sieht die Notwendigkeit, Umfang und Grenzen der Delegationsfähigkeit ärztlicher Leistungen deutlicher zu definieren und dabei auch den tatsächlichen und rechtlichen Veränderungen in den Berufsbildern anderer Heil- und Pflegeberufe Rechnung zu tragen. Ziel derartiger Überlegungen muss aber die Optimierung der Patientenversorgung unter Förderung der Qualitäten der jeweiligen Versorger und nicht die Verschleierung von Mangelversorgung durch Einführung einer eigenständigen nichtärztlichen Versorgungsebene sein.

Der Sachverständigenrat für das Gesundheitswesen hat in seinem Jahresgutachten 2007 u.a. eine veränderte Aufgabenteilung zwischen den Gesundheitsfachberufen gefordert. Im Ergebnis zielen die Vorschläge des Rates auf eine Übertragung ärztlicher Tätigkeiten auf andere Gesundheitsfachberufe ab. Dabei sollen nicht nur herkömmliche Gesundheitsberufe, z.B. in der Pflege aufgewertet werden, sondern auch neue Berufsbilder wie etwa der Medizinische Assistent für Anästhesie (MAfA) oder der Physician Assistant erprobt werden. Dies könne zu einer Effizienzsteigerung führen, wenn damit allerdings auch Risiken verbunden sein könnten. In gewissen Bereichen soll es zu einer verstärkten Akademisierung der nicht-ärztlichen Gesundheitsberufe kommen.

Die Vorschläge des Rats verdienen eine differenzierte Bewertung. Dies sollte im Rahmen neuer Strukturvorgaben beachtet werden. Während eine Kompetenzstärkung der Pflege, wie im 2008 verabschiedeten Gesetz zur Weiterentwicklung der Pflegeversicherung, begrüßenswert ist, ist die Übertragung ärztlicher Kernkompetenz auf andere Gesundheitsberufe jedenfalls dort strikt abzulehnen, wo sie mit signifikant höheren Risiken für Patienten verbunden ist.

Wenn für die Notwendigkeit derartiger Reformen auf den zunehmenden Ärztemangel verwiesen wird, ist dies schon einigermaßen grotesk. Anstatt eine jahrelange verfehlte Gesundheitspolitik zu korrigieren, die u.a. auch die Konsequenz hatte, dass immer weniger Ärzte in ihrem Beruf arbeiten oder den Weg ins Ausland suchen⁴, verspricht man der Bevölkerung Besserung durch „Nurse Practitioners“. Die zunehmende Neigung, deutsche Berufsbezeichnungen durch phantasiereiche Anglizismen zu ersetzen, dient offenkundig der Verschleierung eines systematischen Qualitätsabbaus.

Dem Bundesrat ist zuzustimmen, dass es keinen praktischen Bedarf für neue Gesundheitsberufe⁵ gibt. Im übrigen dürfte die Migrationsfähigkeit dieser neuen Gesundheitsberufe innerhalb der EU angesichts der Richtlinie 2005/36/EG v. 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen⁶ und ihr folgend des Gesetzes⁷ zur Umsetzung der Richtlinie

⁴ Siehe hierzu die Übersicht in DÄ 2008 (A), 716ff.

⁵ siehe auch Stellungnahme des Bundesrats, Bundesrat-Drucks. 718/07 sowie Gegenäußerung der Bundesregierung Bundestag-Drucksache 16/7486.

⁶ ABI. EU Nr. L 255, S. 22, 2007 Nr. L 271 S. 18.

⁷ BGBl. 2007 (I), 2686ff.

2005/36/EG vom 2.12.2007 höchst fraglich sein. Wenn der Sachverständigenrat eine stärkere Teambildung fordert, ist dies von Fall zu Fall sicher richtig. Nur sollte durch die Förderung der Teambildung nicht die ärztliche Letztverantwortung verwässert werden. Gemäß § 2 Abs. 4 MBO⁸ darf ein Arzt im Rahmen der Therapieentscheidung nicht der Weisung von Nichtärzten unterworfen werden.

Gerade weil die medizinische Behandlung i.d.R. keine Erfolgshaftung kennt, folgt für die Prozessqualität eine besondere Formenstrenge, was allgemein mit dem Begriff „Standard“ umschrieben wird. Geschuldet wird der Facharztstandard.⁹ Das Beispiel des MAfA ist ein schlagender Beweis, dass diese „Neuschöpfung“ eben nicht den Standard eines Facharztes für Anästhesie und Intensivmedizin sicherstellen kann. Kostenargumente, so sie denn überhaupt zutreffend sein sollten, sind nicht geeignet, hieran etwas zu ändern. Zwar ist es auch im Bereich der zivilrechtlichen Arzthaftung anerkannt, dass Kostenargumente in den Standard einfließen können. Gerade die Richtlinien des G-BA werden von den Zivilgerichten zunehmend als Standard(untergrenze) herangezogen.¹⁰ Dies rechtfertigt es aber nach ganz h.M.¹¹ nicht, einen vorhandenen Standard alleine aus Kostengründen abzusenken.

Zusammengefasst sollte eine Weiterentwicklung der Delegationsmöglichkeiten innerhalb der klassischen Heil- und Pflegeberufe erprobt werden. In gemeinsamen Stärke-/Schwächen-Analysen sollten diejenigen Bereiche diskutiert und definiert werden, in denen eine direkte ärztliche Einflussnahme nicht erforderlich ist, sondern z.B. Anweisung und Überwachung ausreicht. Letztlich gilt es in gleicher Weise diejenigen Bereiche zu definieren, in denen z.B. Pflegeberufe über überlegenes Fachwissen verfügen. Dort ist dann auch nicht nur eine Delegation, sondern eine Substitution zu erwägen.

16. Thema: Patientenrechtegesetz

Im Mai 2009 stellte eine Arbeitsgruppe Patientenrechtegesetz der SPD-Bundestagsfraktion Eckpunkte eines Patientenrechtegesetzes vor. Der DAV bedauert, dass Mitglieder seines Medizinrechtsausschusses weder zu den Beratungen eingeladen noch um Stellungnahme gebeten wurden. Betrachtet man diese Eckpunkte, kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass hier Allgemeinplätze und seit Jahrzehnten entwickelte Instrumente der Rechtsprechung als erst noch zu erreichende Ziele präsentiert wurden. Manche der formulierten Ziele sind von tiefer Unkenntnis des bereits Erreichten geprägt. Die neue Bundesregierung sollte der Versuchung widerstehen, auf diesem Niveau wohlfeilen Handlungsbedarf zu formulieren.

- Die Forderung, Arzthaftpflichtverfahren nur noch vor Spezialkammern bei den Landgerichten zu verhandeln ist richtig und in der Mehrzahl der (größeren) Landgerichtsbezirke weitgehend umgesetzt. Es macht aber keinen Sinn, auf der einen Seite derartige Spezialkammern einzuführen, andererseits aber dennoch großzügige Einzelrichterverfahren hinzunehmen. Dies lenkt den Begriff auf die Quelle vieler Schwierigkeiten. Voraussetzung für die Verbesserung der Verfahrensqualität in derartigen Verfahren ist eine erheblich bessere personelle Ausstattung der Justiz. Auch eine noch so motivierte Kammer wird letztlich die an sie gestellten Anforderungen nicht in dem gewünschten Maße erfüllen können, wenn die Eingänge weder

⁸ Einbecker Empfehlungen der DGMR v. 21./22.9.2007, dort insbesondere Ziff.8.

⁹ BGH, NJW 1998, 1778.

¹⁰ Müller, Arzthaftung in Zeiten knapper Kassen, Festschrift f. Günther Hirsch 2008, 413, 420.

¹¹ Steffen/Pauge, Rdnr. 136; Geiß/Greiner, B 9 a; Müller, aaO.

von den Richtern noch von den Mitarbeitern der Geschäftsstellen auch nur annähernd zu bewältigen sind. Hier tun sich Abgründe auf. Wer eine unabhängige und leistungsfähige Justiz will und diese nicht nur in Sonntagsreden schönredet, muss hier handeln.

- Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im DAV sind sowohl auf Patientenseite als sog. „Patientenanwälte“ wie auch auf Leistungserbringerseite für Ärzte, Krankenhäuser und Versicherer tätig. Sie kennen daher die Schwachstellen der Interessenvertretung aus beiderlei Blickwinkeln. Die Zahl der auf Patientenseite tätigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte stellt heute die zahlenmäßig größere Gruppe innerhalb der Fachanwaltschaft dar. Sie schließt eine beträchtliche Anzahl ausgesprochen versierter und engagierter Berufskollegen und -innen ein. Diese arbeiten wiederum häufig mit Selbsthilfegruppen, Krankenkassen und weiteren Netzwerken zusammen. Im Ergebnis wird hier auf Augenhöhe verhandelt. Individuelle Schwächen eines Vertreters können generelle Systemwechsel schwerlich rechtfertigen.
- Der Medizinrechtsausschuss fordert, die Zulassung eines Arztes vor der Niederlassung, sei es zur vertragsärztlichen Versorgung sei es zu rein privatärztlicher Tätigkeit vom Nachweis einer ausreichenden Berufshaftpflichtversicherung, wie dies bei Rechtsanwälten seit Jahren der Fall ist, abhängig zu machen. Konsequenterweise muss einem Arzt die Berufsausübung untersagt werden, wenn kein ausreichender Versicherungsschutz mehr verfügbar ist. Die Mindestdeckungssummen müssen deutlich über denjenigen der Anwaltschaft liegen, da anders gelagerte Risiken abgesichert werden müssen. Auf der anderen Seite führt die Prämienentwicklung in den letzten Jahren in Hochrisikofächern wie z.B. der Geburtshilfe gerade jetzt in 2010 dazu, dass etliche Geburtshelfer ihre Berufstätigkeit aufgeben. Handelt die Politik hier nicht schnell durch eine Anhebung der Vergütung um einen Versicherungsanteil, sind mittelfristig Versorgungslücken nicht nur nicht auszuschließen, sondern sogar wahrscheinlich.
- Die bisher bekannt gewordenen Eckpunkte für ein Patientenrechtegesetz bewirken in erster Linie ein mehr an Bürokratie, ohne dass damit ein mehr an Sicherheit verbunden wäre. Schon heute beklagen viele Ärzte -zu recht- dass z. B. in Krankenhäusern deutlich über 30 % der täglichen Arbeitszeit mit Verwaltungsarbeiten verbraucht wird. Die Abwanderung junger und leistungswilliger in Deutschland gut ausgebildeter Ärztinnen und Ärzte in ausländische Gesundheitssysteme nimmt stetig zu. Diese Entwicklung ist nicht von heute auf morgen umkehrbar. So zu tun, als gebe es diese Entwicklung nicht und immer nur neue Forderungen an die Behandlerseite zu formulieren, könnte irgendwann dazu führen, dass es in Deutschland ein wunderbares Patientenrechtegesetz gibt, aber nicht mehr genügend qualifizierte Ärzte, es auch umzusetzen. Der Medizinrechtsausschuss des DAV hegt keinen Zweifel am guten Willen der Beteiligten, er hat aber erhebliche Zweifel, ob den Diskussionsteilnehmern das Problem schwindender human resources auf Behandlerseite überhaupt bewusst ist. Die bisherigen Diskussionsansätze befassen sich nach Auffassung des Medizinrechtsausschuss des DAV nur eindimensional mit Verfahrensfragen, die zum größten Teil längst geklärt sind und nicht mit Struktur- und Weiterbildungsfragen. Nicht die Formulierung, aber die Verwirklichung von Patientenrechten ist von der Frage der Allokation von Mitteln im Gesundheitswesen untrennbar verbunden. Vor dieser Frage weicht die Politik seit den Ehrenberg'schen Kostendämpfungsgesetzen unabhängig von parteipolitischen Präferenzen bis heute aus. Vor diesem Hintergrund scheint die derzeitige Diskussion um ein Patientenrechtegesetz eher ein altgewohntes Ablenkungsmanöver zu sein. Damit wird man

dem berechtigten Anspruch der Patientinnen und Patienten auf eine ihren Bedürfnissen angemessene Betreuung nicht gerecht.