



Deutscher Anwaltverein

**Arbeitsgemeinschaft
Medizinrecht**

17. Herbsttagung

vom 13. – 14. Oktober 2017 in Berlin

Der (fachfremde) angestellte Arzt

Rechtsanwalt Christian Pinnow
Düsseldorf

Der (fachgebietsfremde) angestellte Arzt

Christian Pinnow

17. Herbsttagung Medizinrecht
14. Oktober 2017, Berlin

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Drei Fallgestaltungen

1. Fall – fachgebietsgleicher Angestellter

Orthopäde O stellt den Orthopäden AO in seiner Praxis an, damit AO die orthopädischen Patienten der Praxis behandelt.

2. Fall – fachgebietsfremder Angestellter – gemeinsamer Behandlungsauftrag

Orthopäde O stellt Radiologen R an, damit R die zur Behandlung seiner orthopädischen Patienten nötige radiologische Diagnostik durchführt.

3. Fall – fachgebietsfremder Angestellter – separate Behandlungsaufträge

Orthopäde O stellt Radiologen R an, damit R radiologische Diagnostik in allen der Fällen und damit auch auf Überweisung anderer Ärzte erbringt.

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Zulässigkeit der Anstellung von Ärzten

Perspektive des Vertragsarztrechts

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Anstellungsmöglichkeiten - Vertragsarztrecht

§ 95 Abs. 9 SGB V und § 32b Ärzte-ZV erlauben die Anstellung von Ärzten.

§ 32b Abs. 1 Satz 1 Ärzte-ZV enthält seit dem 01.01.2007 keine Beschränkung der Anstellungsberechtigung auf Ärzte „desselben Fachgebiet“.

Beschränkungen auf die Anstellung von Ärzten „desselben Fachgebiets“ bestehen nur im Job-Sharing (§ 101 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 SGB V und §§ 58ff. BedarfsPI-RL).

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Anstellungsmöglichkeiten - Vertragsarztrecht

Für die Ausgestaltung der Anstellung ordnet § 14a Abs. 1 BMV-Ä an, dass der anstellende Arzt die Arztpraxis persönlich zu leiten hat.

§ 14a Abs. 2 BMV-Ä erlaubt auch die Anstellung eines Arztes eines anderen Fachgebietes oder einer anderen Facharztkompetenz.

Die Einschränkung, keine Ärzte anstellen zu dürfen, die nur gemäß § 13 Abs. 4 BMV-Ä auf Überweisung in Anspruch genommen werden dürfen, ist entfallen.

Der Vertragsarzt hat dann bei der Erbringung der fachärztlichen Leistungen des angestellten Arztes die Notwendigkeit der Leistung mit zu verantworten.

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Was bedeutet das für die drei Fallgestaltungen?

1. Fall – fachgebietsgleicher Angestellter

zulässig

2. Fall – fachgebietsfremder Angestellter – gemeinsamer Behandlungsauftrag

zulässig

3. Fall – fachgebietsfremder Angestellter – separate Behandlungsaufträge

zulässig

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Zulässigkeit der Anstellung von Ärzten

Perspektive des Berufsrechts

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Anstellungsmöglichkeiten - Berufsrecht

§ 19 Abs. 1 MBO-Ä

„Ärztinnen und Ärzte müssen die Praxis persönlich ausüben. Die Beschäftigung ärztlicher Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Praxis setzt die Leitung der Praxis durch die niedergelassene Ärztin oder den niedergelassenen Arzt voraus. [...]“

Die Zulässigkeit der Tätigkeit angestellter Ärzte ist durch diese Regelung vorausgesetzt.

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Anstellungsmöglichkeiten - Berufsrecht

§ 19 Abs. 2 MBO-Ä

„In Fällen, in denen der Behandlungsauftrag der Patientin oder des Patienten regelmäßig nur von Ärztinnen und Ärzten verschiedener Fachgebiete gemeinschaftlich durchgeführt werden kann, darf eine Fachärztin oder ein Facharzt als Praxisinhaberin oder Praxisinhaber die für sie oder ihn fachgebietsfremde ärztliche Leistung auch durch eine angestellte Fachärztin oder einen angestellten Facharzt des anderen Fachgebiets erbringen.“

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Anstellungsmöglichkeiten - Berufsrecht

§ 19 Abs. 2 MBO-Ä – „verschlankt“

In Fällen, in denen der **Behandlungsauftrag des Patienten regelmäßig nur von Ärzten verschiedener Fachgebiete gemeinschaftlich durchgeführt werden kann**, darf ein Facharzt als Praxisinhaber die für ihn fachgebietsfremde ärztliche Leistung auch durch einen angestellten Facharzt des anderen Fachgebiets erbringen.

Die Leistungserbringung durch einen angestellten fachgebietsfremden Arzt ist berufsrechtlich nur beschränkt zulässig.

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Was bedeutet das für die drei Fallgestaltungen?

1. Fall – fachgebietsgleicher Angestellter

zulässig

2. Fall – fachfremder Angestellter – gemeinsamer Behandlungsauftrag

zulässig

3. Fall – fachfremder Angestellter – separate Behandlungsaufträge

unzulässig

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Anstellungsmöglichkeiten - Berufsrecht

Das Berufsrecht erlaubt weniger als das Vertragsarztrecht.

Wie sind die Friktionen aufzulösen?

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Wie sind die Friktionen aufzulösen?

Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren zum VÄndG:

Die Regelungen des VÄndG, die über die Flexibilisierung des ärztlichen Berufsrechts hinausgehen, sind kompetenzrechtlich nicht gedeckt, da es sich um Regelungen der Berufsausübung handelt.

Bundesregierung dazu unter Bezugnahme auf BVerfG und des BSG:

Der Bundesgesetzgeber hat die Kompetenz, eigenständige vertragsarztrechtliche Regelungen für die Berufsausübung von Vertragsärzten zu erlassen, soweit dies von den Notwendigkeiten und dem Bedarf des Vertragsarztes als Teil des Krankenversicherungssystems gedeckt ist.

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Geht das Vertragsarztrecht der Berufsordnung vor?

„Im Ergebnis ist dies bei reinen Berufsausübungsregelungen, anders als im Rahmen der Qualitätssicherung, eindeutig zu verneinen.“

Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte, 6. Aufl. 2015

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Geht das Vertragsarztrecht der Berufsordnung vor?

„Dem Vertragsarztrecht des SGB V gleichsam vorgeschaltet ist das ärztliche Berufsrecht, welches die ärztliche Ausbildung und Approbation regelt. Das BSG spricht von einer Gebundenheit der kassenärztlichen Tätigkeit an die Normen des allgemeinen Berufsrechts. Diesen Vorrang des Berufsrechts bestätigen die §§ 95 Abs. 2, 95a SGB V.“

Saalfrank, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, III S. 9 Rn. 65.

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Bricht Bundesrecht das Landesrecht?

„Sozialversicherungsrechtliche Berufsausübungsregelungen treten **entweder ergänzend neben die Regeln** der ärztlichen Berufsausübung **oder** im Falle sich widersprechender Normen **werden die landesrechtlichen Berufsregelungen durch die spezielleren Anforderungen des Vertragsarztrechts eingeschränkt bzw. verdrängt.**

Der Bundesgesetzgeber erkennt in diesen Fällen die Geltung des allgemeinen Berufsrechts an, übernimmt sie aber nicht vollumfänglich für das Vertragsarztrecht.

Es gilt aber nicht: „Bundesrecht bricht Landesrecht.“

Prehn, MedR 2015, 560-569.

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Sind die Friktionen also aufgelöst?

„Ob dieser Gedanke auch explizite Abweichungen vom Berufsrecht in der Weise erlaubt, dass Gestaltungsformen vertragsärztlich zulässig sind, die berufsrechtlich (noch) nicht gestattet sind, **wird am Ende das BVerfG entscheiden müssen** [...].

Was das Vertragsarztrecht gestattet, kann nicht berufsrechtswidrig sein, soweit allein die vertragsarztrechtliche Tätigkeit betroffen ist.“

Wenner, Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, 2008, § 20 Rn. 58.

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Zwischenfazit

- Die Anstellung fachgebietsgleicher Ärzte ist unproblematisch.
- Die Anstellung fachgebietsfremder Ärzte zur Erbringung vom Behandlungsauftrag des Praxisinhabers erfasster Leistungen ist ebenfalls unproblematisch.
- Die Anstellung fachgebietsfremder Ärzte zur Erbringung darüber hinausgehender **vertragsärztlicher** Leistungen dürfte **zulässig** sein.
- Die Anstellung fachgebietsfremder Ärzte zur Erbringung darüber hinausgehender **privatärztlicher** Leistungen dürfte **unzulässig** sein.

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Die Abrechnung der Leistungen des angestellten Arztes

Perspektive des Vertragsarztrechts

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Abrechnung vertragsärztlicher Leistungen des Angestellten

Leistungen des angestellten Arztes werden dem
Vertragsarzt zugerechnet.

Das gilt ebenfalls für die Leistungen des
fachgebietsfremden Arztes, auch wenn der Vertragsarzt
diese nicht beaufsichtigt hat.

Vgl. § 15 Abs. 1 S. 3 und 4 BMV-Ä.

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Die Abrechnung der Leistungen des angestellten Arztes

Perspektive des Berufsrechts

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Abrechnung privatärztlicher Leistungen des Angestellten

Dem Praxisinhaber werden die Leistungen zugerechnet.

§ 4 Abs. 2 GOÄ

„Der Arzt kann Gebühren nur für selbständige ärztliche Leistungen berechnen, die er selbst erbracht hat oder **die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden** (eigene Leistungen).“

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Abrechnung privatärztlicher Leistungen des Angestellten

§ 4 Abs. 2 GOÄ - Verhandlungsstand 120. Ärztetag:

„Der Arzt kann Gebühren nur für selbständige ärztliche Leistungen berechnen, die er persönlich erbracht hat (eigene Leistungen). **Als eigene Leistungen gelten auch Leistungen, die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht werden, sofern der Arzt erreichbar ist und unverzüglich persönlich einwirken kann. [...]**“

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Unter Aufsicht und nach fachlicher Weisung

Vor der Vierten Änderungsverordnung im Jahre 1996 galt, dass persönlichen Leistungserbringung von „Aufsicht und Weisung“ abhing.

Seither bedarf es der „fachlichen Weisung“.

Hess (in: Wenzel, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, Kapitel 11, Rn. 36) aus:

„Der Arzt muss selbst in der Lage sein, fachliche Weisungen zu erteilen, d.h. er muss über die notwendige Qualifikation zur Erbringung der delegierten Leistung verfügen und aufgrund seiner fachlichen Kompetenz die Leistungserbringung wesentlich mitprägen.“

In diesem Sinne auch zuletzt: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.01.2017 (III-1 Ws 482/15, 1 Ws 482/15)

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Unter Aufsicht und nach fachlicher Weisung

Die Regelung in § 4 Abs. 2 GOÄ weist durch die Wendung „nach fachlicher Weisung“ einen deutlichen weiterbildungsrechtlichen Bezug auf.

Daraus folgende verbreitete These:

Sobald die Weiterbildungsordnung der zuständigen Landesärztekammer zur Erbringung bestimmter Leistungen spezielle Kenntnisse, Fertigkeiten und Fähigkeiten vorschreibt, sind diese und damit auch das Führen der entsprechenden Bezeichnung Voraussetzung für die Liquidation dieser Leistungen nach der GOÄ.

Stellungnahmen der BÄK, Dt. Ärzteblatt 1996, A-564 und A-2720-2721;
Lang/Schäfer/Stiel/Vogt, GOÄ, 2. Aufl., 2002, § 4 Rdnr. 15;
Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 3. Aufl. 2006, § 4 GOÄ Rdnr. 40, 47.

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Unter Aufsicht und nach fachlicher Weisung

Die Gegenposition

Dem Arzt ist aufgrund seiner ärztlichen Approbation die Qualifikation zur Erteilung "fachlicher Weisungen" im Grundsatz vorbehaltlich des Nachweises fachlicher Mängel im Einzelfall nicht abzuspochen.

Hahn/Sendowski, NZS 2011, 728, 731;
Hoffmann/Kleinken, GOÄ, 3. Aufl. Stand August 2013, § 4 Rz. 3.5;
Taupitz/Jones, MedR 2001, 499, 501;
Taupitz, MedR 1996, 498, 500;

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Unter Aufsicht und nach fachlicher Weisung

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.01.2017 (III-1 Ws 482/15, 1 Ws 482/15)

„Diese Meinung kann beachtliche Gründe für sich in Anspruch nehmen, denn es erscheint in der Tat fernliegend, dass die Bundesregierung als Verordnungsgeber die Abrechenbarkeit ärztlicher Leistungen an den landesrechtlich geregelten Erwerb der jeweiligen Fachkunde knüpfen wollte. Eine derartige Regelungsmotivation dürfte § 4 Abs. 2 Satz 1 GOÄ daher auch für den Bereich "nach fachlicher Weisung" erbrachter delegierter Leistungen nicht zu entnehmen sein, zumal die Vorschrift an anderer Stelle (nämlich in den Sätzen 3 und 4) den Begriff "Facharzt" ausdrücklich erwähnt.“

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Unter Aufsicht und nach fachlicher Weisung

BVerfG, Beschluss vom 01.02.2011 (Az.: 1 BvR 2383/10):

„Insbesondere der Patientenschutz erfordert es nicht, einem bestimmten Fachgebiet zugeordnete Behandlungen nur durch Ärzte dieses Fachgebiets durchführen zu lassen. Die Qualität ärztlicher Tätigkeit wird durch die Approbation nach den Vorschriften der Bundesärzteordnung sichergestellt. Zwar hat ein Arzt in jedem Einzelfall zu prüfen, ob er aufgrund seiner Fähigkeiten und der sonstigen Umstände - wie etwa der Praxisausstattung - in der Lage ist, seinen Patienten nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu behandeln. **Vorbehaltlich dieser Prüfung ist er aber, unabhängig vom Vorhandensein von Spezialisierungen, berechtigt, Patienten auf allen Gebieten, die von seiner Approbation umfasst sind, zu behandeln.**“

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Unter Aufsicht und nach fachlicher Weisung

Wenn ein Facharzt grundsätzlich berechtigt ist, auch außerhalb seines Fachgebiets liegende Leistungen zu erbringen, so ist nicht einsichtig, weshalb er nicht fachliche Weisungen betreffend solche fachfremden Leistungen erteilen könnte.

(ebenso *Dahm*, MedR 2012, 367 [372];
Hahn/Sendowski, NZS 2011, 728 [731]).

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Umfang und Ausübung des Weisungsrecht

Ein rein organisatorisches Weisungsrecht reicht nicht aus, um Leistungen von Mitarbeitern als eigene Leistung abrechnen zu können.

Der Arzt muss an der Leistungserbringung im Einzelfall, je nach Art der Leistung, mehr oder weniger intensiv mitwirken. Ob und in welchem Umfang der Arzt ärztliche Leistungen an andere Ärzte delegieren kann, hängt von der Art und Schwere des Krankheitsfalls, von der Qualifikation und Erfahrung des Arztes.

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Zwischenfazit

Der Privatarzt kann die Leistungen des Angestellten jedenfalls als eigene abrechnen, wenn die vom Angestellten erbrachten Leistungen (auch) Gegenstand seiner Weiterbildung waren.

Es sind neben Gebiets- auch Zusatzweiterbildungen zu berücksichtigen.

Außerhalb dieser durch die Weiterbildung nachgewiesenen Qualifikation des Privatarztes liegende Leistungen des Angestellten kann der Privatarzt jedenfalls dann abrechnen, wenn sie im geringfügigen Bereich bleiben.

Der Praxisinhaber muss aber tatsächlich beaufsichtigen und fachlich anweisen.

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Ausweg Liquidationsrecht der Angestellten?

Ein bei einem Privatarzt angestellter Arzt würde ausschließlich vom Angestellten selbst zu liquidierende Leistungen erbringen.

Ist der liquidierende Arzt dann noch Arbeitnehmer? Wofür würde ein Gehalt gezahlt?

Wenn der Angestellte selbst abrechnet, müsste das unter seinem Briefkopf erfolgen, weil er seine Leistung selbst liquidiert. Der Angestellte hat aber keinen Briefkopf für „seine Praxis“. Er hat keine Praxis.

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Ausweg Liquidationsrecht der Angestellten?

Risiko aus §§ 299a, 299b StGB

BT-Drs. 18/6446:

„Mit der Verwendung des Begriffes „Zuführung“ anstelle von „Zuweisung“ soll deutlich gemacht werden, dass es auf die Form der Einwirkung auf den Patienten nicht ankommt. Auch mündliche und unverbindliche Empfehlungen sind erfasst. **Unter den Begriff fallen auch Patientenzuführungen im Rahmen vertraglicher Kooperationen wie beispielsweise BAG.**“

Aber dennoch machen sich die BAG-Partner nicht strafbar.

„Der Täter muss den Vorteil vielmehr als Gegenleistung für eine zumindest intendierte **unlautere Bevorzugung** im Wettbewerb oder für einen ebenfalls zumindest intendierten Verstoß gegen seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung seiner heilberuflichen Unabhängigkeit fordern, sich versprechen lassen oder annehmen.“

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Ausweg Liquidationsrecht der Angestellten?

Risiko aus §§ 299a, 299b StGB

Der Angestellte, der in eigenem Namen liquidiert, ist aber kein BAG-Partner.

Bei genauem Blick sehen wir, dass der Anstellende an den Leistung seines „Scheinangestellten“ verdient, die er ihm zuführt, wenn er Patienten des Praxisinhabers untersucht. Er erhält ein Kick Back für seine Patientenzuführung.

Die „Scheinstellung“ führt zu einer unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb.

Die „Lösung“ des Liquidationsrechts für den rein privatärztlich tätig Angestellten ist die unzulässige Teil-BAG in anderem Gewand.

DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

DIERKS + BOHLE

RECHTSANWÄLTE Partnerschaft mbB

Lassen Sie uns darüber sprechen!

Christian Pinnow

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Medizinrecht

Kaistraße 2 | 40221 Düsseldorf | www.db-law.de

Tel: 0211 415577-80 | pinnow@db-law.de