

JUS-Letter

Dezember 2011 | Jahrgang 11 | Ausgabe 4

BDAktuell

In dieser Ausgabe:

Krankenhausambulante
Operationen nach § 115 b
SGB V – Nicht durch externe
Ärzte? 927

Rückzahlung von Fortbil-
dungskosten 929

Krankenhausambulante Operationen nach § 115 b SGB V – Nicht durch externe Ärzte?

**BSG-Urteil vom 23.03.2011 –
Az. B 6 KA 11/10 R**

Dr. iur. Elmar Biermann, Nürnberg

Eine anästhesiologische Gemeinschaftspraxis klagt gegen ein Krankenhaus. Das Krankenhaus – mit Hauptabteilung in Gefäßchirurgie und Unfallchirurgie – teilte gemäß den Vorgaben des § 115 b SGB V seine Absicht mit, Operationen und stationersetzende Eingriffe gemäß dem „Vertrag nach § 115 b SGB V – Ambulantes Operieren und stationersetzende Eingriffe im Krankenhaus“ (AOP-Vertrag) durchzuführen. Es ließ im Jahr 2005/06 durch drei zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassene Chirurgen (zwei Gefäßchirurgen und einen Neurochirurgen) unter Mitwirkung eines angestellten Anästhesisten des Krankenhauses ambulante Operationen durchführen. Das Krankenhaus rechnete die anästhesiologischen Leistungen nach dem AOP-Vertrag mit den Krankenkassen ab, die Chirurgen erhielten ihre Vergütungen von den kassenärztlichen Vereinigungen.

Die klagende Gemeinschaftspraxis macht gegenüber dem beklagten Krankenhaus geltend, die sozialrechtlichen Regelungen sehen ambulante Operationen durch Vertragsärzte, die nicht belegärztlich mit dem Krankenhaus verbunden seien, in Kooperation mit Anästhesisten

des Krankenhauses nicht vor. Hätte das Krankenhaus den Operateuren nicht die Räumlichkeiten und das Personal zur Verfügung gestellt, dann hätten die Chirurgen die ambulanten Operationen im Operationszentrum der klagenden Gemeinschaftspraxis durchgeführt. Die klagende Gemeinschaftspraxis verlangt nun vom Krankenhaus Auskunft über die für die Operateure durchgeführten Anästhesieleistungen sowie, beruhend auf der Auskunft, Ersatz für den daraus errechenbaren Schaden („entgangener Gewinn“) nebst Zinsen.

Das Sozialgericht hat die Klage der Gemeinschaftspraxis abgewiesen, die Gemeinschaftspraxis habe weder Anspruch auf Auskunft noch auf Schadenersatz. Denn das beklagte Krankenhaus habe keine Rechtsverletzung begangen. Dem Krankenhaus seien durch § 115 b SGB V alle Handlungsmöglichkeiten und Kooperationsformen eröffnet, die weder das Sozialrecht noch der AOP-Vertrag verbiete. Es gäbe kein Verbot der Zusammenarbeit zwischen Krankenhäusern und niedergelassenen Vertragsärzten; insbesondere enthalte der AOP-Vertrag keine Regelung, wonach Krankenhäuser nur dann Vergütungen beanspruchen könnten, wenn angestellte Krankenhausärzte oder Belegärzte des Krankenhauses die ambulanten Operationen durchgeführt hätten; der im AOP-Vertrag verwendete Begriff „Operator des Krankenhauses“ sei nicht eng zu verstehen. Vielmehr sei damit jeder Arzt gemeint, den das Krankenhaus für ambulante Operationen heranziehe, dies könne



**Berufsverband
Deutscher Anästhesisten**

- Justitiare -

Roritzerstraße 27

90419 Nürnberg

Telefon: 0911 93378 17

0911 93378 27

Telefax: 0911 3938195

E-Mail: Justitiare@bda-ev.de

Internet: www.bda.de

auch ein niedergelassener Vertragsarzt sein, auch einer, der nicht Belegarzt des Krankenhauses sei. Im Übrigen scheiterte der von der Gemeinschaftspraxis geltend gemachte Anspruch auf Auskunft und gegebenenfalls Schadenersatz auch daran, dass der Gemeinschaftspraxis gar kein Schaden entstanden sei: Es sei nicht sicher, dass die Operateure gerade die klagende Gemeinschaftspraxis zu den anästhesiologischen Leistungen herangezogen hätten. Die klagende Gemeinschaftspraxis legt (Sprung-) Revision beim Bundessozialgericht (BSG) ein.

In der Entscheidung vom 23.03.2011 begründet das BSG zunächst umfassend, dass die Sozialgerichte auch berechtigt sind, wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten mit sozialrechtlichem Hintergrund zu beurteilen. Im Folgenden soll nur auf die Ausführungen des BSG zur Frage eingegangen werden, durch welche Ärzte der Krankenhausträger die ambulanten Leistungen nach § 115 b SGB V und dem dazu ergangenen AOP-Vertrag erbringen darf.

Krankenhaus – ambulantes Operieren nur durch angestellte Ärzte

Das BSG verweist darauf, dass sich die Frage „welche Arten ambulanter Operationen das Krankenhaus durchführen bzw. in welcher Weise das Krankenhaus an ambulanten Operationen mitwirken darf“ nach dem Inhalt der Mitteilung gemäß § 115 b Abs. 2 Satz 2 SGB V und dem Katalog der in der Anlage zum AOP-Vertrag aufgeführten ambulanten Eingriffe i.V.m. den sonstigen Regelungen des AOP-Vertrages ergäbe. Das BSG zieht § 7 Abs. 4 Satz 2 AOP-Vertrag heran und stellt fest, dort sei als abrechenbar für das Krankenhaus nur die Leistungserbringung in den Konstellationen genannt, dass

- „sowohl ein Operateur als auch ein Anästhesist des Krankenhauses beteiligt sind oder
- die ambulante Operation „durch einen belegärztlich tätigen Vertragsarzt erfolgt und das Krankenhaus nur die Anästhesieleistung erbringt.“

... Damit geht der AOP-Vertrag davon aus, dass es im Rahmen des § 115 b SGB V nur diese zwei Arten von Kooperati-

onsformen gibt, wie ein Krankenhaus ambulante Operationen durchführen bzw. an ihnen mitwirken darf: Die ambulante Operation muss entweder von einem „Operateur des Krankenhauses“ oder von einem am Krankenhaus tätigen Belegarzt durchgeführt werden, wobei die Anästhesieleistungen jeweils von einem Arzt des Krankenhauses erbracht werden. Nicht aufgeführt ist die Konstellation, dass ein Anästhesist des Krankenhauses an ambulanten Operationen mitwirkt, die ein Vertragsarzt durchführt; diese Art der Kooperation würde zu einer der zwei genannten nur passen, wenn der Vertragsarzt zugleich – evtl. teilweise Beschäftigter – „Operateur des Krankenhauses“ oder Belegarzt des Krankenhauses wäre. ... Der Begriff „Operateur des Krankenhauses“ würde dagegen überdehnt, wenn man ihm auch einen Arzt zuordnen wollte, der vom Krankenhaus nur als freier Mitarbeiter herangezogen wird. Ein nur punktuell hinzugezogener Vertragsarzt, der nicht zugleich Beschäftigter des Krankenhauses ist ... ist kein „Operateur des Krankenhauses“. ... Hierfür muss es sich vielmehr um einen wenigstens teilweise am Krankenhaus beschäftigten und sozialversicherten oder dort beamteten Arzt handeln ... Die Vorgabe, dass die Leistungserbringung des Krankenhauses grundsätzlich durch dessen eigenes Personal erfolgen soll, entspricht auch dem Ziel der Qualitätssicherung; denn bei eigenem Personal, das in die Organisations- und Weisungsstruktur des Krankenhauses eingebunden ist, kann am ehesten davon ausgegangen werden, dass dieses nach dem Maßstab höchstmöglicher Qualifikation ausgewählt, angeleitet und überwacht wird. Auch der Gesichtspunkt der Transparenz der Leistungserbringung aus der Perspektive des Patienten spricht für diese Sicht. Entscheidet sich dieser dafür, eine ambulante Operation im Krankenhaus und nicht in einer ambulanten Vertragsarztpraxis durchführen zu lassen, so dürfte er typischerweise die Erwartung haben, von einem Arzt des Krankenhauses operiert zu werden, der dort fest angestellt und an der stationären Versorgung beteiligt ist. Schließlich entspricht es auch dem gesetzlichen Re-

gelfall, dass Krankenhäuser mit eigenem Personal arbeiten. ...“

Allerdings lässt der AOP-Vertrag zu, dass die Operationsleistung alternativ auch durch einen „belegärztlich tätigen Vertragsarzt“ bzw. durch einen „am Krankenhaus tätigen Belegarzt“ erfolgen kann. Dass der Belegarzt im Rahmen ambulanter Eingriffe aber gerade nicht „belegärztlich-stationär“ tätig wird, sondern vielmehr vertragsärztlich und deshalb mit der Formulierung im AOP-Vertrag auch ein vertragsärztlich tätiger Operateur gemeint sein könnte, lässt das BSG nicht gelten. Es geht vielmehr davon aus, dass der AOP-Vertrag gerade dem Belegarzt den Anreiz geben sollte „vorrangig ambulant zu operieren und nur diejenigen Patienten belegärztlich – stationär zu operieren, bei denen dies unerlässlich ist“. Nach dem BSG ist die Ausrichtung des AOP-Vertrages gerade auf den Belegarzt gerichtet und dies sei sachgerecht, deshalb kann die Formulierung „nicht als vermeintliche redaktionelle Ungenauigkeit oder nur als technische Regelung außer acht gelassen werden.“

Zur anästhesiologischen Leistungserbringung im Rahmen des ambulanten Operierens als Krankenhausleistung führt das BSG sodann aus: „Anders als bei der Operationsleistung, die gemäß § 7 Abs. 4 Satz 2 AOP-Vertrag alternativ entweder durch einen Krankenhausarzt oder durch einen Belegarzt des Krankenhauses erbracht werden kann, geht § 7 Abs. 4 Satz 2 AOP-Vertrag für die anästhesistischen Leistungen davon aus, dass diese stets durch einen Krankenhausarzt erbracht wird; dafür werden – inhaltlich austauschbar – die Formulierungen „Anästhesist des Krankenhauses“ und „Krankenhaus nur die Anästhesieleistung erbringt“ verwendet. Der Rahmen des § 115 b SGB V i.V.m. dem AOP-Vertrag ist mithin nur eingehalten, wenn die Anästhesieleistung von einem Arzt erbracht wird, der – entsprechend obigen Ausführungen ... voll- oder teilweise am Krankenhaus beschäftigt und sozialversichert oder dort beamtet sein muss.“

Eine erweiternde Auslegung des AOP-Vertrages lässt das BSG nicht gelten. Ir-

relevant sei es insbesondere, dass in der Präambel bzw. den Grundsätzen zum AOP-Vertrag festgelegt werde, es solle die Zusammenarbeit zwischen niedergelassenen Vertragsärzten und Krankenhäusern gefördert und die Kooperation zwischen niedergelassenem Bereich und Krankenhausbereich verbessert werden. Das BSG kommt zu dem Schluss: „Damit ergibt sich zusammenfassend, dass der Rahmen des § 115 b SGB V i.V.m. dem AOP-Vertrag nur eingehalten ist, wenn eine der beiden Kooperationsformen gegeben ist, nämlich

- *entweder sowohl der Operateur, als auch der Anästhesist Ärzte des Krankenhauses*
- *oder der Operateur ein am Krankenhaus tätiger Belegarzt und der Anästhesist ein Arzt des Krankenhauses*

sind. Nur in diesen Kooperationsformen hat § 115 b SGB V i.V.m. dem AOP-Vertrag den Krankenhäusern die Möglichkeiten zur Durchführung von ambulanten Operationen und zur Mitwirkung an ihnen eingeräumt. Kooperiert ein Krankenhaus dagegen mit einem Partner, der zu keiner der beiden aufgeführten Kooperationsformen passt, so stellt es sich außerhalb des Reglements des § 115 b SGB V i.V.m. dem AOP-Vertrag – und hat dementsprechend auch keinen Honoraranspruch auf der Grundlage des § 115 b SGB V“.

Für den vorliegenden Rechtsstreit kommt das BSG zu dem Ergebnis „dass diese Regelungen keine Grundlage dafür bilden konnten, dass das Krankenhaus mit seinen Anästhesisten an ambulanten Operationen von nicht belegärztlich tätigen Vertragsärzten mitwirkte, die ihre Leistungen auf der Grundlage des einheitlichen Bewertungsmaßstabes für ärztliche Leistungen mit ihrer KV abrechneten. Für eine derartige Kooperation mit einer solchen Abrechnungsweise ist auch keine andere Rechtsgrundlage ersichtlich ... Es fehlt demnach an einer Rechtfertigungsgrundlage, und deshalb war die Handlungsweise der Beklagten rechtswidrig.“

Das BSG verweist das Verfahren nun wieder an das Sozialgericht zurück, das zu überprüfen hat, ob durch die

Handlungsweise des Krankenhauses die Gemeinschaftspraxis geschädigt wurde. Nach der Rechtsprechung des BSG stehen damit alle Kooperationsformen auf dem Prüfstand, die der genannten Alternative nicht entsprechen (Abb. 1).

Abbildung 1

BSG, Urteil vom 23.03.2011 Zulässige Kooperationsformen nach AOP-Vertrag	
<u>Operation:</u> Angestellter KH-Arzt	<u>Operation:</u> belegärztlich tätiger Vertragsarzt
<u>Anästhesie:</u> Angestellter KH-Arzt	<u>Anästhesie:</u> Angestellter KH-Arzt

Zur Situation des Honorararztes

Streng genommen verhält sich das Urteil nur zu der Frage, wie und durch wen das Krankenhaus ambulante Leistungen als Institutsleistung des Krankenhauses nach § 115 b SGB V erbringen und abrechnen kann. Der Senat des BSG hat sich – schon mangels Zuständigkeit – nicht mit dem Bereich stationärer Leistungen auseinandergesetzt. So wird insbesondere der „Honorararzt“ nicht ausdrücklich angesprochen. Das BSG zitiert aber in seinem Urteil das – aus Rechtsgründen nicht mehr existente – Urteil des Landessozialgerichtes Sachsen¹. Dieses hatte sich eingehend auch mit rechtlichen Regelungen zum stationären Bereich auseinandergesetzt und dargelegt, dass Krankenhausleistungen nur durch (Teilzeit-) angestellte oder beamtete Ärzte erbracht werden können. So scheint aus sozialrechtlicher Sicht die Erbringung von Krankenhausleistungen durch nicht im Krankenhaus (Teilzeit-) angestellte bzw. beamtete Ärzte zumindest problematisch zu sein.

De lege ferenda

Anders als das BSG meint, wollte der Gesetzgeber aber wohl doch mit den sozialrechtlichen Regelungen für eine Erosion der Sektorengrenzen stationär/ambulant sorgen und die Erbringung von allgemeinen Krankenhausleistungen nicht auf am Krankenhaus angestellte oder beamtete Ärzte beschränken. Zumindest liegen nun, nachdem das Urteil

des BSG bekannt wurde, Änderungsanträge zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenhausversicherung (GKV-Versorgungsstrukturgesetz) vor, die klarstellen sollen, dass Krankenhäuser ihre allgemeinen Krankenhausleistungen auch durch nicht fest im Krankenhaus angestellte bzw. beamtete Ärzte erbringen können. Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit hier eine gesetzliche Klarstellung erfolgen wird.

Rückzahlung von Fortbildungskosten

BAG-Urteil vom 14.01.2009 – Az. 3 AZR 900/07

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Übernimmt ein Arbeitgeber die Fortbildungskosten für einen Mitarbeiter, erwartet er, dass der Mitarbeiter nach Beendigung der Fortbildung einen gewissen Zeitraum in seinen Diensten bleibt. Daher werden in der Praxis regelmäßig Rückzahlungsklausel vereinbart, die den Arbeitnehmer an den Betrieb binden sollen. „Eine Rückzahlungsklausel... ist ... nur möglich, wenn die Aus- und Fortbildungsmaßnahme für den Arbeitnehmer von geldwertem Vorteil ist, sei es, dass bei seinem bisherigen Arbeitgeber die Voraussetzungen einer höheren Vergütung erfüllt sind oder dass sich die erworbenen Kenntnisse auch anderweitig nutzbar machen lassen“, so das Bundesarbeitsgericht (BAG) (Urteil vom 14.01.2009, Az. 3 AZR 900/07).

Zulässige Bindungsdauer

In der Praxis stellt sich die Frage, welche Bindungsdauer einer gerichtlichen Überprüfung standhalten würde. Es ist zwar nach der Rechtsprechung grundsätzlich zulässig, in vom Arbeitgeber gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Rückzahlung von Fortbildungskosten zu vereinbaren und die Höhe des Rückzahlungsbetrages davon abhängig zu machen, ob der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis innerhalb einer bestimmten Bindungsdauer beendet.

¹ LSG Sachsen, Urteil vom 30.04.2008, MedR 2009, 114 mit Anmerkung vom Steinhilper

Allerdings darf die Bindungsdauer den Arbeitnehmer nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben benachteiligen. Das ist anhand einer Güterabwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Dabei ist das Interesse des Arbeitgebers, die vom Arbeitnehmer erworbene Qualifikation möglichst langfristig zu nutzen, einerseits, mit dem Interesse des Arbeitnehmers, durch die Ausbildung die eigenen Arbeitsmarktchancen zu verbessern und sich gegenüber dem Arbeitgeber nur in einem solchen Umfang zu binden, wie das im Verhältnis zu dessen Aufwendungen angemessen ist, andererseits ins Verhältnis zu setzen².

Faustregel

Nach Ansicht des BAG müssen die Vorteile der Ausbildung und die Dauer der Bindung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen; das BAG stellt folgende Faustregel auf.

„Bei einer Fortbildungsdauer von bis zu einem Monat ohne Verpflichtung zur Arbeitsleistung unter Fortzahlung der Bezüge ist eine Bindungsdauer bis zu sechs Monaten zulässig, bei einer Fortbildungsdauer von bis zu zwei Monaten eine einjährige Bindung, bei einer Fortbildungsdauer von drei bis vier Monaten eine zweijährige Bindung, bei einer Fortbildungsdauer von sechs Monaten bis zu einem Jahr keine längere Bindung als drei Jahre und bei einer mehr als zweijährigen Dauer eine Bindung von fünf Jahren“ (Abb. 2).

² so z.B. BAG, Urteil vom 24.06.2004, Az. 6 AZR 383/03.

Abbildung 2

Fortbildungsdauer	Bindungsdauer bis zu....
bis zu 1 Monat	6 Monate
1 Monat bis 2 Monate	1 Jahr
3 bis 4 Monate	2 Jahre
6 Monate bis 1 Jahr	3 Jahre
mehr als 2 Jahre	5 Jahre

Ausnahmen

In der Gerichtsentscheidung stellt das BAG aber auch fest, dass „eine verhältnismäßig lange Bindung auch bei kürzerer Ausbildung gerechtfertigt sein (kann), wenn der Arbeitgeber ganz erhebliche Mittel aufwendet oder die Teilnahme an der Fortbildung dem Arbeitnehmer überdurchschnittlich große Vorteile bringt. Es geht nicht um rechnerische Gesetzmäßigkeiten, sondern um richterrechtlich entwickelte Regelwerte, die einzelfallbezogenen Abweichungen zugänglich sind.“

Zu lange Bindungsdauer – unwirksame Vereinbarung?

„Gibt der Arbeitgeber eine zu lange Bindungsdauer vor, ist die daran geknüpfte Rückzahlungsklausel grundsätzlich insgesamt unwirksam“, so der Leitsatz des BAG-Urteils. Ein Rückzahlungsanspruch besteht nicht.

Doch das BAG räumt ein, ausnahmsweise könne „im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung die unzulässige Bindungsdauer auf eine zulässige zurückgeführt werden, wenn es wegen der einzelfallbezogenen Betrachtung für den Arbeitgeber objektiv schwierig war, die

zulässige Bindungsdauer im Einzelfall zu bestimmen. Verwirklicht sich dieses Prognoserisiko, ist die Bindungsdauer durch ergänzende Vertragsauslegung zu bestimmen.“ Doch Vorsicht:

Hat der Arbeitgeber eine extrem lange Bindungsdauer vereinbart, die ersichtlich nicht als wirksam betrachtet werden kann, handelt es sich nach Auffassung des BAG nicht um ein „Prognoserisiko des Arbeitgebers“; eine ergänzende Vertragsauslegung findet dann nicht statt.

Durch ergänzende Vertragsauslegung ist zu ermitteln, „was die Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn ihnen die sich aus § 306 Abs. 1 BGB ergebende Unwirksamkeit der Klausel bekannt gewesen wäre Dabei kommt es zwar nicht auf das gerade noch Zulässige an, sondern auf einen beiden Seiten soweit wie möglich gerecht werdenden Ausgleich Im Hinblick auf die zulässige Bindungsdauer wird aber mangels besonderer Anhaltspunkte das einen angemessenen Ausgleich darstellen, was nach der Rechtsprechung zulässig ist.“ Es gilt dann also für die Bindungsdauer wieder oben dargestellte „Faustregel“:

VORSCHAU: Demnächst im BDAktuell JUS-Letter

- Honoraranästhesist und Scheinselbstständigkeit (SG Mannheim)
- Aufklärungspflicht bei Blutentnahmen
- Sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen