

# Fehlverhalten ärztlicher und nicht-ärztlicher Leistungserbringer in der aktuellen sozialrechtlichen Rechtsprechung

## 10. Fachtagung Betrug im Gesundheitswesen

# Fehlverhalten im Bereich der beruflichen Tätigkeit

- Vielfältige Kategorien denkbar, z.B.
  - Missbrauch der Rechtsformen beruflicher Kooperationen („Honoraroptimierung“)
  - Fehlverhalten in Bezug auf die Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln
  - Missachtung der Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung

# „Ärztestreik“

BR<sup>24</sup>

Bayern ▾

Krieg in Israel und Gaza ▾

Ukraine-Krieg ▾

Migration

#Faktenfuchs ▾

Sport ▾

Wirtschaft ▾

mehr ▾



WIRTSCHAFT



28.12.2023, 14:49 Uhr

Audiobeitrag

🏠 > Wirtschaft > Der Ärztestreik, der keiner ist

## Der Ärztestreik, der keiner ist

Viele Arztpraxen bleiben zwischen den Jahren geschlossen. Niedergelassene Ärzte protestieren gegen die Gesundheitspolitik von Bundesgesundheitsminister Karl Lauterbach. Ein Streik, der diesen Namen verdient, ist die Aktion aber eher nicht.

### BILD

Ein Streikrecht für niedergelassene Ärzte gibt es in Deutschland nicht. Kassenärzte müssen ihre Praxis öffnen oder eine Vertretung organisieren.

Bildrechte: picture alliance / CHROMORANGE | Christian Ohde

### SCHLAGWÖRTER

Ärztestreik 1

Ärzte 502

Gesundheit 4893

Karl Lauterbach 555



Dr. Britta Wiegand

( 3 )

# Fehlverhalten durch „Streik“

- Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung umfasst auch „Präsenzpflicht“
- Verletzung durch Streik von Vertragsärzten/MVZ/ermächtigten Ärzten?  
*„Die Durchsetzung ärztlicher Forderungen durch „**Kampfmaßnahmen**“ – hierzu gehören neben „Warn-Streiks“ etwa Boykottaufrufe gegen bestimmte Krankenkassen, aber auch andere Maßnahmen, wie zB die ohne sachlichen Grund erfolgende Verweigerung der Annahme neuer Patienten bzw die Nichtvergabe von Terminen bei planbaren Eingriffen - steht nicht mit den Bestimmungen des Vertragsarztrechts in Einklang.“*  
*BSG, Urteil vom 30.11.2016 – B 6 KA 38/15 R, juris Rn. 34*
- Abgrenzung zur Versammlung (Protest):
  - BSG: offen gelassen, ob einmalige Praxisschließungen innerhalb der üblichen Sprechstundenzeiten, die allein zu dem Zweck einer Teilnahme des Vertragsarztes an einer Protestversammlung oder – kundgebung erfolgen, generell oder unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind
  - aber: schon „Nadelstiche“ (zeitlich, örtlich und vom Ausmaß her begrenzte Maßnahmen wie etwa „Warnstreiks“) sind unzulässig.

# Fehlverhalten durch „Streik“

- Folge:
  - disziplinarrechtliche Reaktion (z.B. Verweis) gegenüber Arzt/Ärztin
  - Einbehalt Vergütung ggü. K(Z)ÄV, wenn sie der „Kampfmaßnahme“ nicht in der gebotenen Weise entgegen tritt

# Fehlverhalten durch „Nichtleistung“

- nicht-ärztliche Leistungserbringer:
  - *BSG, Urteil vom 25.09.2001 – B 3 KR 14/00 R*: Boykottaufruf des Zentralverbandes der Krankengymnasten als zulässig angesehen
  - Grund: innerhalb des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung kein geeignetes Konfliktlösungsinstrument, welches die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Krankengymnasten berücksichtigt (anders im Vertragsarztrecht)

# Fehlverhalten durch „Nichtleistung“?

☰ 🔍 ZEITUNG MEHR F.A.Z.

Frankfurter Allgemeine

Abo 👤

## Mandel-OP-Streik auf Kosten der Kinder?

Von Christian Geinitz, Berlin 18.01.2023, 20:17 Lesezeit: 3 Min.



**Aus Protest setzen HNO-Ärzte Mandel-Operationen bei Kindern aus. Ein Ende soll es erst bei besserer Bezahlung geben. Ein ehemaliger Bundessozialrichter äußert rechtliche Bedenken dagegen.**

💬 24 🔗 Teilen 📌 Merken 🖨️ Drucken

„Unser Protest geht so lange weiter, bis wir eine angemessene Vergütung erhalten“, sagte der Präsident der Deutschen Gesellschaft für HNO-Heilkunde, Jan Löhler, der F.A.Z.

# Fehlverhalten durch „Nichtleistung“?

- Pflicht, die gesetzlichen Leistungsansprüche der Versicherten auf ärztliche Behandlung zu befriedigen

*„... ein Vertragsarzt grundsätzlich die wesentlichen Leistungen seines Fachgebietes anzubieten hat und er insbesondere nicht berechtigt ist, dafür Zahlungen von den Versicherten zu verlangen. ... Dabei handelt es sich um solche Leistungen, die vom Leistungskatalog der GKV umfaßt sind, für die der EBM-Ä eine Gebührenposition vorsieht und für die der Arzt die fachlichen, persönlichen und apparativ-technischen Voraussetzungen für die Erbringung im System der vertragsärztlichen Versorgung als Hausarzt bzw Facharzt erfüllt.“*

*BSG, Urteil vom 14.03.2001 – B 6 KA 54/00 R, juris Rn. 40*



# Fehlverhalten durch „Nichtleistung“?

- Einschränkung?

*„... welche Anforderungen angesichts einer zunehmenden Spezialisierung an die Breite des ärztlichen Leistungsangebots zu stellen sind, lässt der Senat dahinstehen.“*

*BSG, Urteil vom 16.12.2015 – B 6 KA 5/15 R, juris Rn. 39*

# Fehlverhalten durch „Nichtleistung“?

- Fall:
  - Baarthaarnadelepilation für Transsexuelle
  - Leistung im EBM-Ä erfasst
  - aber: Leistung wird zwar durch nichtärztliche Leistungserbringer erbracht, aber kein Vertragsarzt auffindbar, der Leistung unter Berücksichtigung der GOP erbringt
  - (ausschließlich) eine Ärztin bereit, Leistung zu erbringen, aber nicht zu den Konditionen der GKV, sondern nach GOÄ
  - Anspruch der Versicherten auf die Leistung durch nichtärztliche Leistungserbringer/bei der Ärztin?

*BSG, Urteil vom 17.12.2020 – B 1 KR 19720 R; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22.09.2022 – L 4 KR 454/19*

# Fehlverhalten durch „Nichtleistung“?

- nichtärztliche Dienstleister (z.B. Kosmetiker, Elektrologen, Heilpraktiker): dürfen Leistung wegen des Arztvorbehalts nicht zu Lasten der Beklagten erbringen, nur als unselbständige Hilfeleistung möglich – Delegation durch verantwortenden Arzt; auch keine Heilmittelerbringer
- Vertragsärztin: könnte und dürfte Leistung erbringen, weigert sich aber
- siehe oben: Vertragsarzt muss wesentliche Leistungen des Leistungsspektrums erbringen; darf Leistungsspektrum nicht aus sachfremden – hier finanziellen – Erwägungen einschränken; anderenfalls Verstoß gegen vertragsärztliche Pflichten

# Fehlverhalten durch „Nichtleistung“?

- aber:
  - Vertragsärztin kann nicht zu einer Behandlung zu den Bedingungen der gesetzlichen Krankenversicherung gezwungen werden
  - daher: Systemversagen, weil kein leistungsbereiter Vertragsarzt
- Folge:

Versicherter darf privatärztliche Leistung in Anspruch nehmen, Krankenkasse muss Kosten auf der Grundlage der GOÄ erstatten

# Fehlverhalten durch „Nichtleistung“?



# Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung

- Fall:
  - fach- und versorgungsübergreifende BAG, mehrere fachgruppengleiche Ärzte
  - eine Ärztin nur im Zwei-Wochen-Rhythmus am Wochenende in der Praxis, trotzdem an sämtlichen Tagen im Quartal lebenslange Arztnummer (LANR) in Ansatz gebracht
  - Staatsanwaltschaft: Ermittlungen wegen Verdachts der kontinuierlichen Falschabrechnung , Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO
  - Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit: Verstoß gegen Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung?

# Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung

- BSG, Urteil vom 27.06.2018 – B 6 KA 46/17 R, juris Rn. 30:  
„Die Genehmigung der gemeinsamen Ausübung vertragsärztlicher Tätigkeit bewirkt, dass die Partner ihre Leistungen unter einer gemeinsamen Abrechnungsnummer gegenüber der zuständigen KÄV abrechnen können; die BAG tritt dieser dementsprechend wie ein Einzelarzt als einheitliche Rechtspersönlichkeit gegenüber. ... Für die Rechtslage vor Einführung der lebenslangen Arztnummer ..., dass das Gebot der persönlichen Leistungserbringung in der Weise modifiziert ist, dass bei den abgerechneten Leistungen - jedenfalls bei gleicher Qualifikation der Mitglieder - grundsätzlich nicht gekennzeichnet werden muss, welcher der BAG angehörende Arzt welche Leistung erbracht hat. ... Auch nach Einführung der lebenslangen Arztnummer, die eine Zuordnung jeder einzelnen Behandlungsmaßnahme zu einem bestimmten Arzt ermöglicht, wird die BAG weiterhin als Einheit betrachtet.“
- BSG, Beschlüsse vom 01.03.2023 – B 6 KA 10/22 B und B 6 KA 11/22 B, jeweils juris Rn. 14  
gehe seit der Zeit der Einführung der LANR (01.07.2008) davon aus, dass grundsätzlich auch bei fachgebietsgleichen BAGen eine arztbezogene Kennzeichnungspflicht mit der LANR bestehe.
- wirklich Klarstellung?

# streng formale Betrachtungsweise

- Grundsatz nach stRspr. des BSG:
  - „...Abgeltung von Leistungen, die unter Verstoß gegen Vorschriften, die bestimmte formale oder inhaltliche Voraussetzungen aufstellen, kann selbst dann nicht beansprucht werden, wenn die Leistungen im Übrigen ordnungsgemäß erbracht worden und für den Versicherten geeignet und nützlich sind.“
  - etwas anderes kann nur gelten, wenn Vorschriften reine Ordnungsfunktion haben
  - und: BSG differenziert nach Sinn und Zweck  
Beispiel: Abgabe einer verordneten Hörhilfe durch Hörgeräteakustiker ohne Anzeige der Versorgung vor der Hörgeräteanpassung, trotz Ablehnung einer reinen Ordnungsvorschrift  
Vergütungsanspruch bejaht – Begründung: Zweck der Versorgungsanzeige (BSG, Urteil vom 12.08.2021 – B 3 KR 8/20)



# streng formale Betrachtungsweise

- *BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 05.05.2021 – 2 BvR 2023/20, 2 BvR 2041/20  
(Vorgehend: BGH, Urteil vom 19.08.2020 – 5 StR 558/19 – streng formale Betrachtungsweise):*

*„... erst die Anerkennung einer Forderung durch die Rechtsordnung dieser in einem Rechtsstaat wirtschaftlichen Wert verleiht.“*

# streng formale Betrachtungsweise

- Behandlung der „richtigen“ Patienten durch „falschen Arzt“ vs. Behandlung der „falschen“ Patienten durch „richtigen Arzt“?
  - *BSG, Urteil vom 26.04.2022 - B 1 KR 26/21 R*
    - „Nichtarzt“ hat im Krankenhaus operiert
    - echte Approbationsurkunde, Unterlagen zuvor gefälscht
    - Vergütung?
  - *BSG, Urteil vom 07.03.2023 – B 1 KR 3/22 R*
    - vor durchgeführten Transplantationen falsche Meldungen durch leitenden Oberarzt an Eurotransplant, um Patienten auf höheren Wartelistenplatz zu positionieren
    - Strafverfahren gegen leitenden Oberarzt wegen versuchten Totschlags und Körperverletzung: Freispruch
    - Vergütung?

# streng formale Betrachtungsweise

- „Nichtarzt“
  - BSG: Vergütungsanspruch des Krankenhauses verneint
    - Verstoß gegen das Qualitätsgebot; Arztvorbehalt = wesentlicher Bestandteil des Qualitätsgebotes
    - Arzt nur approbierter Arzt nach Bundesärzteordnung/Approbationsordnung oder Sonderregelung
    - Vergütungsanspruch setze voraus, dass Leistungen insgesamt unter Beachtung der einschlägigen Qualitätsvorgaben erbracht werden; bei Verstoß Leistung insgesamt nicht zu vergüten.

# streng formale Betrachtungsweise

- „falscher Patient“
  - BSG: Vergütungsanspruch des Krankenhauses bejaht
  - Erstattungsanspruch:
    - kein Verstoß gegen das Qualitätsgebot, verletzte Allokationsregelungen dienen nicht primär der Qualitätssicherung im System der GKV, sondern Verteilungsgerechtigkeit
    - Vergütungsanspruch entfalle auch nicht aus sonstigen Gründen:
      - zwar dürfen Behandlungen, die rechtlich nicht zulässig sind, von den Krankenkassen nicht gewährt und bezahlt werden
      - Transplantation des aufgrund einer Manipulation zugeteilten Organs an sich verstoße (weder damals noch heute!) nicht gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB; Rechtsgeschäft sei nicht schon deshalb nichtig, weil die Umstände seines Zustandekommens gegen ein gesetzliches Verbot verstießen.
  - Schadensersatzanspruch ebenfalls verneint: Allokationsregelungen des TPG schützten nicht die Interessen der Beitragszahler

# streng formale Betrachtungsweise

- „aber:
  - Spannungsverhältnis zu Entscheidung zu „Nichtarzt“?
  - Allokationsregelungen nicht auch Qualitätsaspekte, in Gesamtheit Voraussetzung der Vergütung?
  - ggf. auch Rechtsgedanke einer vertraglichen Nebenpflicht im Rahmen des Schadensersatzes (BSG, Urteil vom 22.02.2024 - B 3 KR 14/22 R)
    - erforderliche stationäre Behandlung begründet Träger und Krankenkasse ein gesetzliches öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis: § 280 Abs. 1 BGB
    - Aufklärungspflicht: Informationen über Umstände, die Vertragspartner nicht erkennt und die zu Gefahren für seine Rechtsgüter und Interessen führen, sofern diese Umstände erkennbar für den Vertragspartner von wesentlicher Bedeutung sind und er nach der Verkehrsanschauung Aufklärung erwarten darf
    - hier: gravierende Abweichung von der „Geschäftsgrundlage“, weil Allokationsregeln vorsätzlich missachtet wurden?
    - Schaden = Vergütungsanspruch

# Differenzschaden

## § 106b Abs. 2a SGB V (eingefügt durch TSVG vom 06.05.2019 mit Wirkung vom 11.05.2019)

*<sup>1</sup>Nachforderungen nach Absatz 1 Satz 2 sind auf die Differenz der Kosten zwischen der wirtschaftlichen und der tatsächlich ärztlich verordneten Leistung zu begrenzen. <sup>2</sup>Etwaige Einsparungen begründen keinen Anspruch zugunsten des verordnenden Arztes. <sup>3</sup>Das Nähere wird in den einheitlichen Rahmenvorgaben nach Absatz 2 vereinbart.*

## § 106b Abs. 1 Satz 2 SGB V

*Auf Grundlage dieser Vereinbarungen können Nachforderungen wegen unwirtschaftlicher Verordnungsweise nach § 106 Absatz 3 festgelegt werden.*

 *nicht nur Regresse wegen unwirtschaftlicher Verordnungen im engeren Sinne, sondern auch wegen unzulässiger Verordnungen (unwirtschaftliche Verordnung im weiteren Sinne)*

### Frage:

- § 106b Abs. 2a SGB V auf die unwirtschaftliche Verordnung im engeren Sinne begrenzt oder auch auf unzulässige Verordnungen anzuwenden?
- Abkehr von dem normativen Schadensbegriff?

# Differenzschaden

- Gegenstände der Wirtschaftlichkeitsprüfung nach § 106b SGB V ganz unterschiedlich:
  - preiswerteres, aber ebenso wirksames Medikament hätte verordnet werden können (Generikum)
  - geringere Menge wäre ausreichend gewesen (zu große Packungsgröße)
  - Missachtung von Therapiehinweisen, z.B. Verordnung eines teuren Arzneimittels abhängig von der erfolglosen Vorbehandlung mit einem kostengünstigeren Arzneimittel
  - keine arzneimittelrechtliche Zulassung
  - oder nicht für Erkrankung, für die verordnet (Off-Label-Use)
  - ausdrücklicher Ausschluss in der Arzneimittel-Richtlinie
  - Unvereinbarkeit mit den Vorgaben des § 135 Abs. 1 SGB V

# Differenzschaden

§ 3a Abs. 1 Satz 4, 5 der Rahmenvorgaben nach § 106b Abs. 2 SGB V für die Wirtschaftlichkeitsprüfung, zuletzt geändert am 22.11.2022 (Schiedsspruch Bundesschiedsamt vom 10.05.2022):

*Die Berücksichtigung einer Kostendifferenz ist dann vorzunehmen, wenn die in Rede stehende Verordnung **unwirtschaftlich ist und nicht unzulässig** und somit von der Leistungspflicht der GKV ausgeschlossen ist. **Ausgenommen** von der Anwendung der Differenzschadensmethode sind ärztliche Verordnungen, die durch gesetzliche oder untergesetzliche Regelungen wie z. B. § 34 SGB V, Anlage 1 der Heilmittel-Richtlinie, ausgeschlossen sind und für die die Voraussetzungen nach § 12 Abs. 11 Arzneimittel-Richtlinie nicht vorliegen.*

 nur Nachforderungen wegen unwirtschaftlicher Verordnungen im engeren Sinne



# Differenzschaden

- Fall:
  - (unzulässige) Verordnung eines nicht verordnungsfähigen Arzneimittels (Spasmo Mucosolvan Saft und Mucosolvan Saft)
  - Verordnungsregress
  - aber: Anwendung von § 106b Abs. 2a SGB V – Kostendifferenz berücksichtigt
  
- Fall:
  - Verordnung unverarbeiteter Cannabisblüten (Cannabis Flos Bedrocan) ohne Genehmigung der Krankenkasse
  - Verordnungsregress
  - keine Anwendung von § 106b Abs. 2a SGB V – Kostendifferenz nicht berücksichtigt

# Differenzschaden

- Klage gegen Schiedsspruch: LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 26.04.2023 – L 7 KA 19/22 KL
  - Differenzkostenberechnung auf die unwirtschaftliche Verordnung im engeren Sinne begrenzt
  - Schiedsspruch daher nicht zu beanstanden
  - Revision anhängig unter: B 6 KA 10/23 R
- Bayerisches LSG, Urteil vom 08.02.2023 – L 12 KA 31/22 („Mucosolvan-Saft“):
  - bei den Fallgruppen unzulässiger Verordnungen differenzieren
  - Differenzschadensberechnung nur auf solche Verordnungen anwendbar, die grundsätzlich verordnungsfähig sind
  - jedoch keine pauschale Nichtanwendbarkeit für alle Fallgruppen unzulässiger Verordnungen
  - Revision anhängig unter: B 6 KA 5/23 R

# Differenzschaden

- LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 20.03.2024 – L 3 KA 51/23 („Cannabis-Blüten“):
  - Anschluss an Urteil des LSG Berlin-Brandenburg vom 26.04.2023 (siehe oben)
  - Differenzberechnung beschränkt sich auf die Fälle der unwirtschaftlichen Verordnung im engeren Sinne
  - Revision anhängig unter: B 6 KA 2/24 R

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!