

Kündigung eines Kassenvertrages wegen Gefälligkeitsattesten

Gefälligkeitskrankmeldungen gesunder Patienten verursachen Arbeitgebern und Krankenkassen jährlich enorme Schäden. Neben möglichen arbeitsrechtlichen, strafrechtlichen sowie disziplinären Konsequenzen¹⁾ kann die Ausstellung von Gefälligkeitsattesten auch die Kündigung des mit dem Arzt abgeschlossenen Kassenvertrages zur Folge haben. In der Entscheidung R5-BSK/12 hat die Bundesschiedskommission ausgesprochen, dass unrichtige Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen eine schwerwiegende Vertrags- und Berufspflichtverletzung darstellen, die die Krankenkasse schon bei der erstmaligen Verfehlung zur Kündigung des Einzelvertrages berechtigen. Dabei ist zur Aufdeckung dieser Verfehlungen auch der Einsatz von Testpatienten („Mystery Checks“) zulässig.

1. Zum Sachverhalt

Bei der Antragsgegnerin (im Folgenden „Krankenkasse“) gingen immer wieder anonyme Anzeigen ein, dass in der Ordination eines Arztes für Allgemeinmedizin einiges im Argen liege und man sehr leicht eine Krankschreibung bekommen könne. Da nicht zu erwarten war, dass sich Patienten selbst belasten, eine ungerechtfertigte Krankschreibung erhalten zu haben, erschien der Krankenkasse eine Patientenbefragung nicht sinnvoll. Die Krankenkasse beschloss daher, mehrere „Testpatienten“ in die Ordination des Arztes zu schicken, um die gegen den Arzt erhobenen Vorwürfe zu prüfen.

Eine Testpatientin erklärte gegenüber der Ordinationshilfe und auch gegenüber dem Arzt, mit dem Ausmalen nicht fertig geworden zu sein; da am nächsten Tag ein Sofa geliefert werde, benötige sie einen Krankenstand. Sie brachte wahrheitsgemäß zum Ausdruck, nicht krank zu sein. Der Arzt drückte sein Verständnis aus und wies darauf hin, dass die Krankenkasse intensiv kontrolliere. Er erstellte eine Familienanamnese, nahm einige Untersuchungen vor und sprach eine Laborzuweisung sowie eine Vorsorgeuntersuchung an. Weiters erkundigte er sich nach dem von der Testpatientin beim Arbeitgeber angegebenen Grund für das Fernbleiben. Der Arzt schrieb die Testpatientin schließlich mit der Diagnose „Gastroduodenitis“ für eine Woche krank. Außer der Unterfertigung des e-Card-Ersatzbelegs wurde die Testpatientin um die Leistung weiterer Unterschriften im Zusammenhang mit der Vorsorgeuntersuchung gebeten, die sie „blanko“ leistete.

Ein anderer Testpatient antwortete auf die Frage des Arztes nach seinen Beschwerden wahrheitsgemäß, keine Beschwerden zu haben und gesund zu sein; allerdings wäre er hinausgeschmissen worden, wenn er arbeiten gegangen wäre. Deshalb ersuchte er um eine Krankschreibung. Der Arzt drückte sein Verständnis aus und meinte, dass das kein Problem sei; er müsse aber wegen der Glaubwürdigkeit gegenüber der Krankenkasse ein paar Untersuchungen machen. Er erstellte eine Familienanamnese und nahm diverse Untersuchungen vor, darunter eine Blutzuckeruntersuchung. Da der Wert leicht erhöht war, veranlasste er eine Laborüberweisung. Danach paraphierte er

die Krankenstandsbestätigung und fragte, welchen Krankheitsgrund der „Patient“ gegenüber seinem Arbeitgeber angegeben habe. Auf die Antwort „Gastritis“ stellte er ein entsprechendes Rezept aus. Ohne dass er zuvor einen entsprechenden Wunsch geäußert hätte, wurde der Testpatient schließlich noch gebeten, sechs Unterschriften auf Vorsorgeuntersuchungsformularen zu leisten; er leistete diese Unterschriften „blanko“. Zum Vorsorgeuntersuchungsprogramm zählende Untersuchungen wurden vom Arzt nur ansatzweise und nicht vollständig verlangt und ausgeführt. Die Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit wurde bestätigt; als Diagnose wurde auf dem e-Card-Ersatzbeleg „akute Gastroduodenitis“ vermerkt.

Nach dem Einsatz der Testpatienten und deren Befragung wartete die Krankenkasse auf das Einlangen der Abrechnung des Arztes für das 2. Quartal 2011; die entsprechenden Daten langten Ende Juli 2011 ein und wurden von der Krankenkasse ausgewertet. Etwa Mitte August 2011 lag ein Bericht vor, der an die Generaldirektion weitergeleitet wurde, die umgehend „grünes Licht“ zu einer Kündigung der Vertragsverhältnisse gab. Da der zuständige Sachbearbeiter in der zweiten Augusthälfte auf Urlaub war, wurde der Kündigungsvorgang Anfang September 2011 vorangetrieben und der Unterschriftenlauf in Gang gesetzt; es waren etwa sechs Personen in den Unterschriftenlauf eingebunden. Die Krankenkasse möchte grundsätzlich keine Vertragskündigungsverfahren einleiten, bei denen die Kündigungsgründe dann letztlich nicht unter Beweis gestellt werden können, weshalb die Voraussetzungen für eine Kündigung intern genau geprüft werden. Am 27. 9. 2011 lagen alle notwendigen Unterschriften für die Kündigung vor, worauf das Kündigungsschreiben ausgefertigt und dem Arzt zugestellt wurde.

2. Allgemeines zur Rechtslage

Der Vertragsarzt übt seine Tätigkeit auf Basis eines Einzelvertrages mit dem Krankenversicherungsträger aus. Gem § 343 Abs 4 ASVG kann dieses Vertragsverhältnis von beiden Teilen unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zum Ende eines Kalendervierteljahres gekündigt werden. Der Krankenversicherungsträger kann das Vertragsverhältnis jedoch nur wegen wiederholter nicht unerheblicher oder wegen schwerwiegender Vertrags- oder Berufspflichtverletzungen unter Angabe

1) Zu den möglichen rechtlichen Konsequenzen siehe *Geiblinger*, Die Arbeitsunfähigkeitsbestätigung als Gefälligkeitsattest, RdM 2012/143.

der Gründe schriftlich kündigen. Der gekündigte Arzt kann innerhalb von zwei Wochen die Kündigung mit Einspruch anfechten.

3. Die Ausstellung von Gefälligkeitsattesten begründet eine schwerwiegende Pflichtverletzung

Die einzelvertraglichen Pflichten ergeben sich im Wesentlichen aus dem (dem Einzelvertrag zugrunde liegenden) Gesamtvertrag.²⁾ Nach § 37 Abs 10 des (hier gegenständlichen) Gesamtvertrages über kurative Leistungen trifft den Vertragsarzt die Verpflichtung, die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit eines Versicherten unter gewissenhafter Würdigung der maßgebenden Verhältnisse vorzunehmen.

In der vorliegenden Entscheidung hat die Bundesschiedskommission ausgesprochen, dass die Ausstellung eines Gefälligkeitsattests über die Arbeitsunfähigkeit sowie die Verrechnung der diesbezüglichen „Leistung“ gegenüber dem Krankenversicherungsträger gleich zwei schwerwiegende Vertragspflichtverletzungen des Arztes begründet.³⁾ Selbst ohne Bezug zu einem Kassenvertrag begründet die Ausstellung eines ärztlichen Zeugnisses ohne hinreichende Untersuchung nach Ansicht der Bundesschiedskommission eine Berufspflichtverletzung gem § 55 ÄrzteG. Es bedürfte daher keiner weiteren Erläuterung, dass die Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbestätigungen zugunsten der gesunden „Patienten“ sowie die Ausstellung eines Rezepts ohne gesundheitliche Notwendigkeit eine Vertrags- und Berufspflichtverletzung darstellt.

Eine schwerwiegende Pflichtverletzung berechtigt schon bei der erstmaligen Verfehlung zur Kündigung des Einzelvertrages. Maßgeblich hierfür ist eine besondere Intensität der Pflichtverletzung. Im konkreten Fall hat die Bundesschiedskommission eine schwerwiegende Pflichtverletzung angenommen, weil der Arzt „ohne jeglichen Anhaltspunkt für eine Erkrankung – die [...] Patienten haben ausdrücklich das Vorliegen einer Krankheit verneint und einen anderen Grund für den Wunsch nach einer Arbeitsunfähigkeitsbestätigung genannt – eine Krankschreibung vorgenommen und versucht [hat], diesen Umstand gegenüber der Antragsgegnerin durch Erbringung von nicht notwendigen – und daher auch nicht verrechenbaren – Leistungen zu rechtfertigen bzw. zu verschleiern“. Als besonders verwerflich wurde dabei von der Bundesschiedskommission hervorgehoben, dass die (eigentlich nicht) durchgeführten und der Krankenkasse verrechneten Untersuchungen nicht der Abklärung der Arbeitsunfähigkeit dienten, sondern dazu, den zu Unrecht bestätigten Sachverhalt plausibel zu machen. Diese vorsätzliche Vorgangsweise müsse als besonders verwerflich qualifiziert werden, wird doch dem Krankenversicherungsträger praktisch jede Kontrolle verunmöglicht.

Selbst wenn man die Verfehlungen im Zusammenhang mit den aufgedrängten Vorsorgeuntersuchungen noch nicht als schwerwiegend qualifiziert, ergibt das Gesamtbild ein gravierendes Fehlverhalten des Arztes, das die im Einzelvertragsverhältnis notwendige Vertrauensbasis zur Krankenkasse generell in einer nicht tolerierbaren Weise erschüttert hat, weshalb die Krankenkasse zur Kündigung beider Einzelverträge berechtigt war. Angesichts der Qualifikation der vor-

liegenden Verstöße gegen Vertrags- und Berufspflichten als schwerwiegend bedurfte es keiner vorherigen Verwarnung bzw Kündigung.

4. Der Einsatz von Testpatienten ist zulässig

Die Bundesschiedskommission hat in der vorliegenden Entscheidung auch richtig festgehalten, dass ein ausdrückliches Verbot eines Einsatzes von Testpersonen weder dem Gesetzesrecht noch den geltenden gesamtvertraglichen Regelungen zu entnehmen ist. Der VwGH hat den Einsatz einer Testkäuferin in einer Apotheke, die mit falschen Angaben den Erwerb eines rezeptpflichtigen Medikaments ohne Rezept erreicht hat, nicht als unzulässig qualifiziert, wenn die Testkäuferin nicht anders vorgegangen ist als gewöhnliche Apothekenkunden.⁴⁾ Ähnlich wird in Strafsachen keine – nach § 5 Abs 3 StPO untersagte – Provokation durch einen Lockspitzel angenommen, wenn der Täter die strafbare Handlung ihrer Art nach auch ohne Intervention des verdeckten Ermittlers begangen hätte.⁵⁾

Auch im vorliegenden Fall haben sich die von der Krankenkasse ausgesandten Testpatienten wie gewöhnliche Patienten mit „besonderen Wünschen“ verhalten, ohne dass sie unerlaubte oder verwerfliche Mittel angewendet hätten, um den Arzt damit zum Verstoß gegen vertragliche und gesetzliche Vorschriften zu verleiten.

5. Zur Rechtzeitigkeit der Kündigung

Nach der Rechtsprechung der Bundesschiedskommission ist die Kündigung des Einzelvertrages unverzüglich auszusprechen; andernfalls erlischt das Kündigungsrecht.⁶⁾ Dieser „Unverzüglichkeitsgrundsatz“ soll verhindern, dass lange zurückliegende Sachverhalte plötzlich zum Gegenstand einer Kündigung des Einzelvertrages gemacht werden, obwohl der Krankenversicherungsträger von diesen Vorkommnissen schon länger informiert war und sie offenkundig in Kauf genommen hat.⁷⁾

Der Unverzüglichkeitsgrundsatz darf aber nicht überzogen werden. Wie schon allein der Umstand zeigt, dass es bei der Kündigung – anders als im Arbeitsverhältnis, in dem bei einer sofortigen Auflösung jegliche weitere Fortsetzung als unzumutbar angesehen werden muss – um eine Auflösung des Vertragsverhältnisses zu einem zumindest drei Monate in der Zukunft liegenden Zeitraum geht, können bei der Kündigung deutlich längere Zeitspannen zwischen dem Entstehen des Kündigungsgrundes und dem Ausspruch der Kündigung als bei der sofortigen Auflösung eines Arbeitsverhältnisses liegen.⁸⁾ Auch die nicht unkomplizierte Organisationsform der Krankenversicherungsträger ist zu bedenken. Der Krankenversicherungsträger soll keinesfalls gezwungen sein, vor schnell eine Kündigung auszusprechen, ohne den Sachverhalt soweit erhoben zu haben, dass eine Kündigung nach einem Einspruch voraussichtlich auch „halten“ wird. So hat die Bundesschiedskommission in einer früheren Entscheidung

2) Geiblinger, Die Arbeitsunfähigkeitsbestätigung als Gefälligkeitsattest, RdM 2012/143 mwN.

3) Geiblinger, Die Arbeitsunfähigkeitsbestätigung als Gefälligkeitsattest, RdM 2012/143.

4) VwGH 27. 1. 1997, 94/10/0019.

5) OGH 11 Os 126/04, JBl 2005, 531; RIS-Justiz RS0096338 [T4]; vgl auch EGMR 29. 9. 2009, Bsw 23782/06 und Bsw 46629/06, NL 2009, 282.

6) BSK 29. 11. 2000, R 4-BSK/00, SSV-NF 14/A 2.

7) Mosler in Grillberger/Mosler (Hrsg), Ärztliches Vertragspartnerrecht (2012) 182.

8) Näher Geist, Kündigungsschutz für freiberufliche Vertragsärzte in Österreich, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Der Vertragsarzt (1999) 195 (201).

eine Kündigung etwa 2,5 Monate nach Kenntnisnahme von Verfehlungen (in diesem Zeitraum wurden Erhebungen durchgeführt) als rechtzeitig angesehen.⁹⁾

Auch im vorliegenden Fall war der bis zum Ausspruch der Kündigung vergangene Zeitraum noch nicht so lang, dass der Arzt auf einen Verzicht auf das Kündigungsrecht schließen hätte können. In diesem Zusammenhang hat die Bundesschiedskommission hervorgehoben, dass es immerhin der Arzt war, der zur Verschleierung des maßgeblichen Sachverhaltes dadurch beigetragen hat, dass er der Krankenkasse nicht notwendige Leistungen verrechnet hat. Auch wenn die Ausstellung von unrichtigen Krankenstandsbestätigungen für sich allein bereits ausreichte, eine Kündigung zu rechtfertigen, war es für die Krankenkasse – im Hinblick auf das Erfordernis einer sehr genauen Prüfung – legitim, auch noch abzuwarten, welche Leistungen vom Arzt verrechnet werden. Überdies musste die Krankenkasse nach Ansicht der Bundesschiedskommission auch ins Kalkül ziehen, dass eine Kündigung unmittelbar nach der Aufnahme der letzten Niederschrift mit einer Testpatientin am 4. 7. 2011 eine Vertragsbeendigung (ohnedies) erst zum Ende des vierten Quartals ermöglicht hätte, so wie es im vorliegenden Fall auch geschehen ist.

Die Krankenkasse hat daher die Kündigung des kurativen Einzelvertrages und des Vorsorgeuntersuchungs-Einzelvertrages berechtigt ausgesprochen.

6. Zusammenfassung und ergänzende Anmerkungen

Völlig zutreffend ist die Bundesschiedskommission in der vorliegenden Entscheidung davon ausgegangen, dass die Ausstellung von Gefälligkeitsattesten und die Verrechnung nicht erbrachter Leistungen, wie die Ausstellung eines Rezeptes ohne gesundheitliche Notwendigkeit, schwerwiegende Vertrags- und Berufspflichtverletzungen darstellen, die die Krankenkasse zur sofortigen Kündigung des Einzelvertrages berechtigen. Ergänzend zum oben wiedergegebenen Sachverhalt ist anzumerken, dass die Krankenkasse im vorliegenden Fall insgesamt sieben Testpatienten zum Arzt entsandt hat und es bei allen Testpatienten zu schwerwiegenden Vertrags- und Berufspflichtverletzungen gekommen ist. So wurden etwa in drei Fällen Krankenstandsmeldungen von Ordinationshilfen gänzlich ohne Konsultation des Arztes ausgestellt. Da die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit durch den Arzt selbst erfolgen muss,¹⁰⁾ war auch in diesen Fällen die schwerwiegende Vertrags- und Berufspflichtverletzung evident. Die Bundesschiedskommission hat sich jedoch nur mit den beiden im Sachverhalt dargestellten – besonders gravierenden – Fällen auseinandergesetzt, weil schon diese die Kündigung der Vertragsverhältnisse rechtfertigten.

Besonders umstritten war im konkreten Fall die Frage, ob der Einsatz von Testpatienten („Mystery Checks“) durch die Krankenkasse zulässig war. Der gekündigte Arzt brachte in diesem Zusammenhang insb vor, dass ihm gegenüber keine wirklichen Patienten aufgetreten seien, sondern „Agents Provocateurs“, die seine Ordination nur zum Schein aufgesucht haben, um ein rechtswidriges Verhalten zu provozieren. Völlig

zutreffend hat die Bundesschiedskommission ausgesprochen, dass der Einsatz der Testpatienten zulässig war. Dabei ist hervorzuheben, dass dem Krankenversicherungsträger kaum andere Überprüfungsmethoden zur Verfügung stehen. Insb ist die Befragung „echter Patienten“ weder zweckmäßig noch Erfolg versprechend, weil die Patienten schon allein wegen der ihnen drohenden arbeitsrechtlichen Konsequenzen nicht zugeben werden, dass sie zu Unrecht eine Krankenstandsbestätigung erhalten haben.

Ergänzend zu der von der Bundesschiedskommission zitierten Judikatur des VwGH kann zur Zulässigkeit des Einsatzes von Testpersonen auch auf die Rechtsprechung des OGH zum UWG verwiesen werden: Der Einsatz eines Testkäufers wurde vom OGH (nur) dann als unzulässig angesehen, wenn dieser ein sittenwidriges Verhalten setzt, also unerlaubte oder verwerfliche Mittel einsetzt. So darf etwa ein Mitbewerber Testpersonen zu Testeinkäufen einsetzen, diese Testpersonen dürfen sich aber nicht anders verhalten als „normale“ Kunden in ähnlichen Fällen. Testpersonen dürfen also fragen, ob ihnen ein – wenngleich gesetzwidriger – Rabatt gewährt werde und sie dürfen dabei auch heimlich vorgehen, also ohne Aufdeckung ihres Auftraggebers und ihrer Funktion als Testkäufer. Wer aber bewusst wahrheitswidrig behauptet, die gleichen Waren würde man im Geschäft eines namentlich genannten Mitbewerbers um einen ganz bestimmten niedrigeren Kaufpreis erhalten, um den Verkäufer dadurch zu veranlassen, ebenfalls um diesen Preis zu verkaufen, handelt nicht wie ein gewöhnlicher Kunde.¹¹⁾

Krankenkassen sind also berechtigt, zur Aufdeckung von Vertrags- oder Berufspflichtverletzungen des Kassenarztes Testpatienten ohne Aufdeckung ihrer Eigenschaft einzusetzen, sofern sich diese wie gewöhnliche Patienten verhalten. Wie die Bundesschiedskommission richtig festhält, haben auch gewöhnliche Patienten gelegentlich den „besonderen Wunsch“ nach einer Krankmeldung ohne Vorliegen einer Krankheit, weshalb der Wunsch der Testpatienten nach Ausstellung einer Gefälligkeitskrankschreibung noch kein ungewöhnliches und damit unzulässiges Mittel darstellt.

Zutreffend ist auch die Rechtsansicht der Bundesschiedskommission zur Rechtzeitigkeit der Kündigung, wobei insb auch der Unterschied zur vorzeitigen Auflösung von Arbeitsverhältnissen zu beachten ist. Dem Krankenversicherungsträger wird schon von Gesetzes wegen zugemutet, das Vertragsverhältnis mit dem gekündigten Arzt nicht nur bis zum Ende der Kündigungsfrist, sondern – im Falle einer Anfechtung – bis zur Entscheidung der Landesschiedskommission oder sogar bis zur Berufungsentscheidung aufrecht zu halten. Es kann daher Monate und unter Umständen sogar über ein Jahr dauern, bis die gerechtfertigte Kündigung endgültig rechtswirksam wird. Auch bei schwerwiegenden Kündigungsgründen ist es also dem Krankenversicherungsträger – anders als einem Arbeitgeber – nicht möglich, mit dem sofortigen Abbruch der Vertragsbeziehungen zu reagieren.¹²⁾

Von der Bundesschiedskommission wird richtigerweise auch hervorgehoben, dass der Krankenversicherungsträger vor dem Ausspruch einer Kündigung sehr genau prüfen kann und muss, ob die erhobenen Verstöße für die Vertragskündigung ausreichen. Hinsichtlich des Nachweises von Vertragsverletzungen wird eine detaillierte Prüfung verlangt,

9) Vgl BSK 29. 11. 2000, R 4-BSK/00, SSV-NF 14/A 2.

10) Gem § 49 Abs 2 ÄrzteG ist der Arzt zur persönlichen und unmittelbaren Berufsausübung verpflichtet.

11) RIS-Justiz RS0077748. Zum Einsatz eines Agent Provocateur im Arbeitsrecht siehe Hainz, Der Detektiv als Retter in der (Beweis-)Not, ZAS 2012/24.

12) Mosler in Strasser, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung (1995) 294.

weil auch der Häufigkeit und dem Gewicht der Verstöße wesentliche Bedeutung zukommt;¹³⁾ andernfalls läuft der Krankenversicherungsträger Gefahr, dass im Kündigungsanfechtungsverfahren nicht oder nur ungenau erhobene und geprüfte Kündigungsgründe als nicht ausreichend angesehen werden.

Trotz der dargestellten Rechtsprechung der Bundesschiedskommission ist Krankenversicherungsträgern zu empfehlen, bekannt gewordene Kündigungsgründe nicht nur genau, sondern auch rasch zu prüfen und die Kündigung unverzüglich auszusprechen. Eine bestimmte „Frist“, die dem Krankenversicherungsträger dabei zumindest zur Verfügung steht, lässt sich aus der bisherigen Rechtsprechung der Bundesschieds-

13) *Mosler in Grillberger/Mosler (Hrsg), Ärztliches Vertragspartnerrecht (2012) 194.*

kommission nicht ableiten. Ein grundloses Zuwarten mit der Kündigung etwa über den Zeitraum von einem Jahr wäre mit dem Erfordernis der Unverzüglichkeit aber wohl nicht mehr vereinbar.¹⁴⁾

14) *Mosler in Strasser, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung (1995) 295.*



Fotostudio Mato

Der Autor:

Mag. Oliver Walther ist Rechtsanwalt und Partner bei Preslmayr Rechtsanwälte in Wien. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen in den Bereichen Arbeitsrecht, Vergaberecht, Vertragsrecht und Schiedsverfahren.

Kontakt: walther@preslmayr.at