

L 12 KA 492/07

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Vertragsarztangelegenheiten

Abteilung

12

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 21 KA 1331/06

Datum

20.02.2007

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 12 KA 492/07

Datum

04.02.2009

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 6 KA 17/09 B

Datum

08.06.2009

Kategorie

Urteil

Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts München vom 20. Juli 2007 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

In diesem Rechtsstreit geht es um die Entziehung einer vertragsärztlichen Zulassung.

Der Kläger erhielt in seiner Eigenschaft als Internist mit dem Schwerpunkt Hämatologie und internistische Onkologie am 20. Juli 1998 vom Zulassungsausschuss eine Sonderbedarfszulassung in A-Stadt zur Durchführung ambulanter ärztlicher Leistung in Schwerpunkt Hämatologie und internistische Onkologie. Die für die ambulante Behandlung der Krebspatienten erforderlichen Medikamente wurden in der Praxis applikationsfähig zubereitet und die dafür erforderlichen Bestandteile als Sprechstundenbedarf verordnet.

Ab August 2000 hat der Kläger die für die Therapie notwendigen Krebsmedikamente als applikationsfertige Zubereitungen über Sprechstundenbedarf bei der S.-Apotheke in E. verordnet. Diese lieferte jedoch nicht die auf den Rezepten genannten applikationsfertigen Zubereitungen, sondern wie bisher die einzelnen Bestandteile, die auch weiterhin in der Praxis des Klägers applikationsfertig gemacht wurden. Die Beigeladene zu 2 zahlte der Apotheke, wie vom Kläger verordnet, den Preis der fertigen Zubereitungen, der wesentlich höher war als die Kosten der einzelnen Bestandteile, die von der Apotheke an den Kläger geliefert wurden. Dieser erhielt von der Apotheke Aufwandsentschädigungen für die Herstellung in der Praxis in Höhe von ca. 20.000,00 bis 25.000,00 DM pro Monat. Insgesamt hat er ausweislich der vom Senat beigezogenen Akten der Staatsanwaltschaft A-Stadt zwischen dem 23. Mai 2000 und dem 7. März 2003 Geldbeträge in Höhe von 533.861,42 Euro erhalten. Diese Vorgehensweise wurde anhand einer Wirtschaftlichkeitsprüfung betreffend die Verordnung von Sprechstundenbedarf offenkundig, als der Beschwerdeausschuss die Herstellungsprotokolle von der Apotheke anforderte, und diese mitteilte, dass die Herstellung nicht bei ihr, sondern in der Praxis des Klägers erfolgt sei. Nach der Sitzung des Beschwerdeausschusses am 19. März 2003 hat der Kläger diese Ordnungsweise eingestellt. Er hat allerdings in der Sitzung des Beschwerdeausschusses am 2. Juli 2003 behauptet, die Zubereitung sei in der Apotheke erfolgt.

Die Beigeladene zu 2 hat am 24. Juli 2003 bei der Staatsanwaltschaft A-Stadt Strafanzeige wegen Betruges erstattet (Az.: 1 Js 6775/03), und dabei ihren Schaden mit ca. 750.000,00 Euro beziffert. Später (am 5. Februar 2004) hat auch die Beigeladene zu 1 Strafanzeige erstattet.

Die Beigeladene zu 1 hat am 28. Januar 2004 und die Beigeladene zu 2 am 9. Februar 2004 beim Zulassungsausschuss beantragt, dem Kläger die Zulassung zu entziehen wegen gröblicher Pflichtverletzung. Diesem Antrag haben sich auch die Beigeladenen zu 3, 4 und 6 angeschlossen.

Der Kläger hat dazu mit Schriftsatz vom 21. März 2004 an den Zulassungsausschuss ausgeführt, bei einem Gespräch bei der Beigeladenen zu 2 am 11. November 1998 sei es um die Herstellungskosten der Zytostatika in seinem Labor gegangen. Damals sei ihm gesagt worden, dass er in Bayern die Zytostatika als Sprechstundenbedarf beziehen müsse. Dann könnten keine Herstellungskosten durch die Apotheke geltend gemacht werden. Er habe darauf hingewiesen, dass es für ihn ein unerträglicher Zustand sei, die Herstellung durch die üblichen Arzthonorare finanzieren zu müssen. Direktor M. von der Beigeladenen zu 2 habe dazu gesagt, dass der Kläger die hoch dotierten Onkologieziffern abrechnen könne und dass damit die Herstellungskosten abgegolten seien. Er habe ihm weiter den Rat gegeben, sich eine Apotheke zu suchen, mit der er kooperieren könne. Eine geeignete Apotheke habe es in der ganzen Oberpfalz mit Ausnahme von R. nicht gegeben. Bei seiner Suche sei er auf die S.-Apotheke in E. gestoßen, die mehrere Kliniken und niedergelassene Kollegen mit

Zytostasezubereitungen belieferte. Der Apotheker Herr W. und er hätten aber gemeinsam festgestellt, dass eine tägliche Belieferung aus E. aufgrund der Entfernung nicht möglich war. Daraufhin habe er die Zytostatika von diversen anderen Apotheken bezogen und sie dann unentgeltlich im eigenen Labor zubereitet. Ihm sei immer klarer geworden, dass die Behauptung des AOK-Direktors, die Zytostaseherstellung wäre durch die Onkologieziffern abgegolten, eine Falschbehauptung gewesen sei. Rechneten doch Onkologen, die eine herstellende Apotheke im Haus hätten, von der sie mit den fertigen Lösungen beliefert wurden, die gleichen Ziffern ab, wie er, der er die Zytostaseherstellung alleine zu tragen habe. Das bedeute, dass die Apotheken diesen Onkologen Sachleistungen in Form der unentgeltlichen Zytostaseherstellung gewährten. Wenn bayerische Apotheken Onkologen derart auf Verlangen der AOK unterstützten, müsse es auch rechtens sei, wenn ein gezwungenermaßen selbstzubereitender Onkologe von der belieferten Apotheke eine Aufwandsentschädigung erhalten würde. Zudem habe er erfahren, dass einzelne, selbstzubereitende Onkologen sehr wohl von der AOK eine Entschädigung erhielten. Nachdem das Minus in seiner im Aufbau befindlichen Praxis immer größer geworden sei, paradoxerweise seien die Unkosten bei der Zytostaseherstellung mit zunehmender Größe der Praxis immer mehr ins Gewicht gefallen, habe er sich ein Jahr später erneut an Herrn W. gewandt mit dem Anliegen, ob er ihm bei der Belieferung mit Zytostatika eine Aufwandsentschädigung für die Herstellung gewähren könne. Vereinbart wurde, dass die S.-Apotheke pro Herstellung dem Kläger 50,00 DM Aufwandsentschädigung gewähren würde. Dies sollte die Personal-, Material- und Entsorgungskosten im Zusammenhang mit der Zytostaseherstellung decken. Er habe Herrn W. darauf aufmerksam gemacht, dass er auf Verlangen der AOK auf Sprechstundenbedarfsrezepten verordnen müsse, und dass er seinerseits keine Herstellung abrechnen könne. Herr W. habe dies akzeptiert und ihn seit dem 1. Mai 2000 beliefert. Im August 2000 habe Herr W. ihm mitgeteilt, dass er trotz Verordnung der Zytostase als Sprechstundenbedarf (spezielles Sprechstundenbedarfsrezept) dort sehr wohl die Zytostatika als Rezeptur verordnen dürfe. Das heiße, dass das Zytostatikum angegeben werde mit der Zubereitungslösung. Er hätte sich erkundigt, dass dies korrekt sei und er könne nach diesem Vorgehen die Herstellungskosten abrechnen. Dies habe den Kläger verwundert und er habe Bedenken geäußert, dass es sicher eine Vorschrift gäbe, nach der er die Zytostaseherstellung selbst durchführen müsse, wenn er sie abrechnen wolle. Dies habe Herr W. verneint und erläutert, dass zwischen Apotheken mit und ohne Labor ein Delegieren dieser Arbeit üblich sei, und dass Firmen existieren würden, die im Auftrag der Apotheke die Herstellung durchführen würden. Die Verantwortung für die Zytostaseherstellung bleibe bei der S.-Apotheke. Er, der Kläger, würde quasi als Subunternehmer fungieren. Tatsächlich habe Herr W. die klägerische Praxis ca. alle acht Wochen besucht und das Labor inspiziert. Der Kläger habe seine Verordnungspraxis eingestellt, als ihm während der Regressverhandlungen im März 2003 bewusst geworden sei, dass die Herstellungskosten seinem Medikamentenverbrauch aufgeschlagen würden und er deshalb wahrscheinlich über den Durchschnittskosten der anderen Onkologen liegen würde, für die eine Apotheke kostenlos die Herstellung übernommen hätte. Dies hätte Regressforderungen zur Folge, was heiße, dass er die Herstellung letztlich selber hätte bezahlen müssen. Danach habe er die Zytostatika notgedrungen wieder ausschließlich als Fertigarzneimittel (ohne Vorschrift zum Inlösungbringen) auf Sprechstundenbedarfsrezepten rezeptiert. Weiter führt der Kläger aus, er möchte behaupten, dass Herr Direktor M. von der Beigeladenen zu 2 von Anfang an gewusst habe, dass die Zytostatika in der Praxis selbst hergerichtet wurden. Dies müsse ihm schon in dem Gespräch 1998 klar geworden sein. Die von der Beigeladenen zu 2 geforderte kostenlose Zytostatikazubereitung sei aus wettbewerbsrechtlichen Gründen illegal und die Verordnung als fertiges Arzneimittel verstoße gegen die Arzneimittelpreisverordnung. Durch die Verordnung als Rezeptur habe er sich gesetzeskonform verhalten. Ein Schaden sei der AOK dadurch nicht entstanden.

Der Zulassungsausschuss lehnte in seiner Sitzung vom 12. Mai 2004 den Entziehungsantrag ab mit der Begründung, die Falschabrechnung sei nicht durch den Kläger, sondern durch die Apotheke erfolgt. Seit August 2003 würden die Medikamente nicht mehr in der Praxis zubereitet. Die Verordnung als applikationsfähige Zytostatika über Sprechstundenbedarf sei zulässig. Ein Schaden sei der Beigeladenen zu 2 nicht entstanden; diese habe gewusst, dass die Zubereitung in der Praxis erfolgt sei. Die Entziehung sei nicht das einzige Mittel, um das vertragsärztliche System vor Störungen zu schützen.

Dagegen haben die Beigeladenen zu 1, zu 2, zu 3, zu 4 und zu 5 Widerspruch eingelegt. Die Beigeladene zu 2 hat zur Begründung ausgeführt, ihr sei sehr wohl ein Schaden entstanden. Die bezogenen Einzelbestandteile seien sehr viel billiger als die applikationsfähigen Zubereitungen. Die Beigeladene zu 2 habe von der Vorgehensweise nichts gewusst, sondern erst am 24. Juni 2003 nach erfolgloser Anforderung der Herstellungsprotokolle bei der Apotheke durch den Beschwerdeausschuss von der Apothekerin Frau W. erfahren, dass die Zubereitung in der klägerischen Praxis erfolgt sei. Noch beim Beschwerdeausschuss am 2. Juli 2003 habe der Kläger behauptet, die Zubereitung sei in der Apotheke erfolgt. Nach Zahlung von 100.000,00 DM seien die Regressanträge zurückgenommen worden. Ein Schaden sei nicht nur bei der Beigeladenen zu 2, sondern bei allen an der Sprechstundenbedarfsvereinbarung beteiligten Krankenkassen eingetreten.

Die Beigeladene zu 1 hat darauf hingewiesen, dass der Kläger durch sein Ordnungsverhalten der Apotheke die Falschabrechnung erst ermöglicht habe. Es handle sich um eine grobliche Verletzung der vertragsärztlichen Pflichten.

Der beklagte Berufungsausschuss hat in seiner Sitzung vom 14. Oktober 2004 (Bescheid vom 16. November 2004) den Beschluss des Zulassungsausschusses aufgehoben, dem Kläger die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung entzogen und die sofortige Vollziehung der Entscheidung angeordnet. Zur Begründung führt der Beklagte im Wesentlichen aus, es handle sich um eine grobliche Verletzung der vertragsärztlichen Pflichten. Der Kläger habe gegen die Vorschriften über die Arzneimittelverordnung verstoßen. Als onkologische Schwerpunktpraxis könne er Fertigarzneimittel über Sprechstundenbedarf verordnen (Protokollnotiz zu III.1

Sprechstundenbedarfsvereinbarung). Sprechstundenbedarf seien aber nur solche Mittel, die für mehr als einen Berechtigten bestimmt seien. Daher sei es unzulässig, individuelle Rezepturen auf Sprechstundenbedarfsrezepten zu verordnen. Der Kläger habe die Falschabrechnung der Apotheke durch die Ausstellung von Rezepten über Fertigmedikamente gefördert. Ihm sei dies auch bewusst gewesen, denn er habe selber gesagt, dass er Bedenken gehabt habe. Er habe damit die Rechtsmacht, Verbindlichkeiten der Krankenkassen zu begründen, missbraucht. Es handle sich um ein kollusives Zusammenwirken mit der Apotheke. Die Vorgehensweise führe zu einem Verlust des Vertrauens der an der vertragsärztlichen Versorgung beteiligten Instanzen. Sie sei nicht dadurch zu rechtfertigen, dass der Kläger meine, dass ihm für die Fertigung der Medikamente eine Aufwandsentschädigung irgendwie zustehen müsse. Der Kläger könne sich auch nicht darauf berufen, dass er die Rezepturen über Individualrezept hätte verordnen können. Dann hätte die Apotheke Anspruch auf die volle Vergütung gehabt, nicht aber der Kläger. Der Vertragsarzt habe keinen Anspruch auf Vergütung der Herstellungskosten, deshalb auch nicht als "Subunternehmer". Für die Beigeladene zu 2 sei das Vorgehen des Klägers nicht erkennbar gewesen. Dieser habe vielmehr noch beim Beschwerdeausschuss im Jahr 2003 behauptet, die Anfertigung sei in der Apotheke erfolgt. Der Entzug sei auch nicht unverhältnismäßig, denn der Kläger sei trotz des laufenden Strafverfahrens und des Entziehungsverfahrens uneinsichtig; er behaupte weiterhin, nicht er, sondern die AOK habe sich rechtswidrig verhalten.

Der Kläger hat dagegen Klage zum Sozialgericht München erhoben (S 21 KA 1040/04) und die Aufhebung des Sofortvollzugs beantragt. Das Sozialgericht (SG) stellte mit Beschluss vom 20. Dezember 2004 die aufschiebende Wirkung der Klage bis zum Ende des erstinstanzlichen Verfahrens wieder her. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Beklagten und der Beigeladenen zu 1 hat das Bayer. Landessozialgericht mit Beschluss vom 10. Mai 2006 ([L 12 B 12/05 KA ER](#)) zurückgewiesen.

Am 14. Dezember 2006 erging ein Strafbefehl des Amtsgerichts A-Stadt gegen die Apothekerin Frau W. wegen Betrugs in 21 Fällen (21 Monatsabrechnungen mit der AOK), in dem der Schaden mit 1.005.347,16 Euro beziffert ist und eine Gesamtstrafe von einem Jahr auf Bewährung verhängt wurde (3 Cs 14 Js 11255/06), der rechtskräftig ist. Gegen den Apotheker M.W. und den Kläger wurde Anklage erhoben wegen Betruges (1 Js 6775/03) beim Landgericht A-Stadt.

Das SG hat die Klage gegen die Entziehung der Zulassung mit Urteil vom 20. Juli 2007 abgewiesen. Der Kläger habe seine vertragsärztlichen Pflichten gröblich verletzt. Er habe sein Verhalten erst nach der Strafanzeige geändert und weiterhin versucht, es zu rechtfertigen. Er zeige keine Einsicht, von einer Bewährung durch Wohlverhalten könne nicht die Rede sein.

Gegen das Urteil hat der Kläger Berufung eingelegt und erneut beantragt, den Sofortvollzug auszusetzen. Diesem Antrag gab das Bayer. Landessozialgericht mit Beschluss vom 23. August 2007 (L 12 KA 491/07 ER) statt.

Zur Begründung der Berufung wurde klägerischerseits vorgetragen, nach § 95 Abs. 6 Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch (SGB V) und § 27 Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV) könne nur der Zulassungsausschuss und nicht der beklagte Berufungsausschuss eine Zulassung entziehen. Dessen Bescheid sei unzureichend begründet. Der Ausschuss habe keine eigenen Sachverhaltsermittlungen vorgenommen und keine Angaben zur Schadenshöhe gemacht. Ein Schaden sei den Kassen nicht entstanden, da diesen im Rahmen der Verordnung von Sprechstundenbedarf nur die tatsächlichen Kosten in Rechnung gestellt worden seien; dazu gehörten auch die Zubereitungskosten, die effektiv entstanden seien. Eine gröbliche Pflichtverletzung liege nicht vor. Der Kläger sei als onkologische Praxis zur Verordnung von Zytostatikarezepturen auf Sprechstundenbedarfsrezept berechtigt; außerdem habe er insoweit auf Anweisung von Direktor M. von der AOK gehandelt; der Kläger sei der einzige Onkologe, von dem die AOK eine kostenlose Herstellung von Zytostatika im eigenen Labor verlange (Ungleichbehandlung), die anderen erhielten dafür eine Aufwandsentschädigung oder verordneten die Herstellung der Zytostatika in der Apotheke. Der Kläger könne nicht für ein eventuelles Fehlverhalten der Apotheke verantwortlich gemacht werden; er habe davon nichts gewusst. Der Kläger sei nicht zur kostenlosen Zytostatikaherstellung verpflichtet gewesen. Diese sei nicht mit den Onkologiepauschalen abgegolten. Seit 01.06.2006 erhielten Ärzte, die freiwillig an der INN-Vereinbarung teilnahmen, dafür Pauschalen. Seit der Entscheidung des Beklagten liege beim Kläger Wohlverhalten vor. Seit März 2003 habe er seine Vorgehensweise eingestellt; er habe immer zum Wohle seiner Patienten gehandelt und deshalb die Zubereitung in der Praxis vorgenommen. Dadurch seien Defizite entstanden. Erst später habe er sich um eine "Aufwandsentschädigung" bemüht. Die Kasse habe erhalten, wofür sie bezahlt habe, nämlich fertig zubereitete Zytostatika. Der Kläger habe auch nicht zuviel erhalten, wie sich aus der zwischenzeitlich gezahlten Aufwandsentschädigung nach der INN-Vereinbarung ergebe. Der Kläger habe die Vorgehensweise für rechtens gehalten und auch Gewerbesteuer bezahlt. Die Entziehung sei ein unverhältnismäßiges Mittel. Als milderer Mittel kämen Disziplinarmaßnahmen und eventuell eine hälftige Zulassungsentziehung infrage. Es fehle insoweit an einer Ermessensausübung.

Die Beigeladene zu 2 hat dazu ausgeführt, der Kläger habe nach [§ 13 Arzneimittelgesetz](#) nicht als Subunternehmer für die Apotheke tätig werden dürfen. Die Herstellung von Medikamenten sei ihm nur ausnahmsweise für Eigenanwendungen erlaubt. Bei der Entscheidung über die Entziehung der Zulassung handle es sich nicht um eine Ermessensentscheidung. Bis zum Jahr 2003 habe es generell keine Vergütung für die Gebrauchsfertigmachung der Zytostatika gegeben. Die INN-Vereinbarung sei erst viel später zustande gekommen.

Der Beklagte hat sich im ähnlichen Sinne geäußert.

Dazu hat wiederum der Klägerbevollmächtigte darauf hingewiesen, dass der Kläger die Zubereitung für die Eigenanwendung hergestellt habe, was nicht zu beanstanden sei. Er habe nicht gewusst, wie die Apotheke abgerechnet habe.

Am 19. Dezember 2007 erging ein Strafbefehl des Amtsgerichts A-Stadt gegen den Kläger wegen gemeinschaftlichen Betruges in 21 Fällen (21 Monatsabrechnungen der Apotheke mit der AOK), mit dem eine Gesamtstrafe von einem Jahr auf Bewährung verhängt wurde (Az.: Cs 1 Js 6775/03). Dagegen hat der Kläger persönlich Einspruch erhoben und darin unter anderem die AOK für die Vorgänge verantwortlich gemacht. Seit einem Jahr könne er pro Fläschchen Zytostatika mit der Beigeladenen zu 130,00 Euro abrechnen, also 20 % mehr, als er von der S.-Apotheke erhalten habe. Diesen Einspruch hat der Bevollmächtigte des Klägers zwei Tage später zurückgenommen.

Mit Schriftsatz vom 26. Februar 2008 hat der Bevollmächtigte des Klägers den Strafbefehl als "stille Erledigung" bezeichnet ohne Klärung des Straf- und Schuldvorwurfs.

Der Beklagte hat mit Schriftsatz vom 29. Januar 2009 ausgeführt, dass ein rechtlich relevantes Wohlverhalten des Klägers während des Verwaltungs- und Gerichtsverfahrens nicht anerkannt werden könne. Er weist insbesondere darauf hin, dass der Kläger keine Schritte zur Wiedergutmachung des Schadens unternommen habe.

Der Kläger beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts München vom 20. Juli 2007 und den Bescheid des Beklagten vom 14. Oktober 2004 aufzuheben.

Der Beklagte sowie die Beigeladenen zu 2, 5 und 6 beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.

Dem Senat liegen die Akten des Zulassungsausschusses, des Beklagten, des Sozialgerichts München mit den Az.: S 21 KA 1040/04, [S 21 KA 1331/06](#), [S 21 KA 1039/04](#) ER; die Akten des Bayer. Landessozialgerichts mit den Az.: [L 12 B 12/05 KA ER](#), L 12 KA 491/07 ER sowie die Berufsakten vor. Beigezogen wurden die Akten der Staatsanwaltschaft A-Stadt mit dem Az.: 1 Js 6775/03. Auch diese wurden zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. Auf den Inhalt wird ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach [§ 143 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) statthafte, form- und fristgerecht ([§ 151 Abs. 1 SGG](#)) eingelegte Berufung des Klägers ist zulässig, aber unbegründet.

Der beklagte Berufungsausschuss, dessen Entscheidung allein Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung ist (vgl. BSG, [SozR 3-2500 § 96 Nr. 1](#)) hat auf den Widerspruch der Beigeladenen zu 1, 2, 3, 4, und 6 die Entscheidung des Zulassungsausschusses vom 12. Mai 2004 zu Recht aufgehoben und dem Kläger die Zulassung als Vertragsarzt entzogen. Nach [§ 95 Abs. 6 SGB V](#) ist einem Vertragsarzt die Zulassung zu entziehen, wenn er seine vertragsärztlichen Pflichten gröblich verletzt. Eine Pflichtverletzung ist gröblich, wenn sie so schwer wiegt, dass ihretwegen die Entziehung zur Sicherung der vertragsärztlichen Versorgung notwendig ist. Davon ist auszugehen, wenn durch das Verhalten des Vertragsarztes das Vertrauen der vertragsärztlichen Institutionen in der ordnungsgemäßen Behandlung der Versicherten und in die Rechtmäßigkeit der Abrechnung so gestört ist, dass ihnen eine weitere Zusammenarbeit mit dem Vertragsarzt nicht mehr zugemutet werden kann (BSG in [SozR 2200 § 368 a Nr. 24 S. 82](#); [SozR 3-2500 § 95 Nr. 4 S. 12](#); [SozR 4-2500 § 95 Nr. 9](#)).

Der Beklagte war für die Entscheidung über die Zulassungsentziehung zuständig. Die unter Hinweis auf [§ 27 Ärzte-ZV](#) von Klägerseite vertretene Auffassung, die Entziehung könne allein durch den Zulassungsausschuss erfolgen, der beklagte Berufungsausschuss könne allenfalls die Entscheidung des Zulassungsausschusses aufheben, kann nicht gefolgt werden. Vielmehr entscheidet der Berufungsausschuss gemäß [§ 96 Abs. 4 SGB V](#) im vollen Umfang über Rechtsmittel der Ärzte, Kassenärztlichen Vereinigungen und Krankenkassen gegen Entscheidungen des Zulassungsausschusses (Devolutiveffekt). Seine Entscheidungsbefugnis beschränkt sich keineswegs darauf, gegebenenfalls die Entscheidung des Zulassungsausschusses aufzuheben und die Sache an diesen zurückzuverweisen. Für die Auffassung enthält das Gesetz keine Anhaltspunkte. Vielmehr spricht die Tatsache, dass nach ständiger Rechtsprechung des BSG (siehe oben) allein die Entscheidung des Berufungsausschusses Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens ist, für dessen vollumfängliche Entscheidungskompetenz.

Die Entscheidung des Beklagten ist auch inhaltlich nicht zu beanstanden. Der Kläger hat seine vertragsärztlichen Pflichten durch gemeinsam mit dem Apotheker W. begangenen vorsätzliche Betrug zu Lasten der Krankenkasse ([§§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Ziffer 1, 25 Abs. 2, 53 Strafgesetzbuch](#)) gröblich verletzt. Er hat in der Zeit von Juli 2000 bis Dezember 2002 fertige Zytostatikarezepteuren über Sprechstundenbedarfsrezepte und zum Teil auch auf Namen einzelner Patienten verordnet. Diese Rezepte wurden von der S.-Apotheke in E. der Beigeladenen zu 2 vorgelegt und von dieser an die Apotheke bezahlt. Tatsächlich hat die Apotheke aber nur die wesentlich billigeren Einzelbestandteile (zytostatische Wirkstoffe und Trägerlösungen) an den Kläger als den behandelnden Onkologen geliefert. Dieser hat daraus in seiner Praxis die applikationsfertigen Medikamente selber hergestellt. Hätte der Kläger ordnungsgemäß lediglich die Substanzen über die Apotheke verordnet, die von dieser auch tatsächlich geliefert wurden, hätte die Krankenkasse einen sehr viel geringeren Betrag für die Rezepte zu zahlen gehabt. Dadurch ist bei der Krankenkasse ein Schaden in der Höhe der Differenz zwischen den Kosten der Einzelbestandteile einerseits und den Kosten der Fertigmedikamente andererseits entstanden. Der Kläger hat von der Apotheke vereinbarungsgemäß monatliche "Aufwandsentschädigungen" in Höhe von bis zu 20.000,00 DM oder mehr erhalten. Dieser Tatbestand, der im Wesentlichen vom Kläger nicht bestritten wird, sondern sowohl von ihm selber als auch von den beteiligten Apothekern so dargestellt wurde, steht zudem auf Grund des rechtskräftigen Strafbefehls vom 19. Dezember 2007 fest und kann der Entscheidung des Senats im vollen Umfang zugrunde gelegt werden. Insoweit verweist der Senat auf den Beschluss des BSG vom 27. Juni 2007 ([B 6 KA 20/07](#)), in dem die bisherige Rechtsprechung des BSG, wonach die Gerichte bei ihren Entscheidungen in Zulassungssachen auf Feststellungen eines rechtskräftigen Strafbefehls im Sinne einer zusätzlichen Stütze zurückgreifen dürfen (vgl. z. B. BSG [SozR 1-500 § 128 Nr. 40, S. 49](#)), dahingehend fortgeführt wird, dass die Verwertungen der Feststellungen aus rechtskräftig abgeschlossenen Strafbefehlsverfahren keinerlei Einschränkungen unterliegt. Die in einem rechtskräftigen Strafbefehl getroffenen Feststellungen sind ebenso beachtlich wie die Feststellungen in einem rechtskräftigen Strafurteil, was einzig der Gleichstellung mit rechtskräftigen Urteilen gemäß [§ 410 Abs. 3 Strafprozessordnung](#) entspricht. Die in einem Strafbefehl erfolgten Feststellungen können also im Sinne eines Präjudizes im späteren Zulassungsentziehungsverfahren zugrunde gelegt werden. Damit steht fest, dass der Kläger seine vertragsärztlichen Pflichten in schwerster Weise verletzt hat. Im Hinblick auf die Höhe des bei den Krankenkassen entstandenen Schadens von über 500.000,00 Euro und insbesondere auch die fehlende Einsicht des Klägers in sein Fehlverhalten - noch in seinen persönlich eingelegten Einspruch vom 4. Januar 2008 gegen den Strafbefehl sieht der Kläger das Hauptverschulden nicht bei sich, sondern bei der Krankenkasse - ist es nicht unverhältnismäßig, dass der Beklagte nicht zuletzt zum Schutze der Funktion der gesetzlichen Krankenversicherung zum Mittel der vollständigen Zulassungsentziehung gegriffen hat und nicht eine Disziplinarmaßnahme oder teilweise Entziehung für ausreichend erachtet hat.

Die klägerische Rüge, der Beklagte habe sein Ermessen nicht (richtig) ausgeübt, liegt neben der Sache, denn bei der Zulassungsentziehung handelt es sich nicht um eine Ermessensentscheidung ("...ist zu entziehen ...", [§ 95 Abs. 6 SGB V](#)).

Damit hat das Sozialgericht die Klage gegen den Entziehungsbescheid des Beklagten zu Recht abgewiesen. Die Berufung hat keinen Erfolg.

Ergänzend weist der Senat noch darauf hin, dass die vom Kläger zur Rechtfertigung seines Verhaltens vorgebrachten Argumente keine andere Einschätzung rechtfertigen können.

Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, dass letztlich die Apotheke die falsche Abrechnung gegenüber der Krankenkasse vorgenommen habe und nicht er selber. Denn ohne die von ihm unrichtig ausgestellten Verordnungen hätte die Apotheke von der Beigeladenen zu 2 nicht den vollen Betrag für die Fertigarzneimittel erhalten. Dem Kläger war dies auch durchaus bekannt, denn so war es vorher zwischen ihm und dem Apotheker W. vereinbart worden. Zudem war es der Kläger, der die rezeptierten Medikamente in seiner Praxis erst zubereitet hat, obwohl er die Rezepte für applikationsfähige Zubereitungen

ausgestellt hatte. Dafür hat er von der Apotheke eine "Aufwandsentschädigung" erhalten.

Der Kläger hat die Medikamente in seiner Praxis auch nicht als "Subunternehmer" für die Apotheke in deren Auftrag hergestellt. Vielmehr erfolgte die Zubereitung wie zuvor in eigener Verantwortung zur Anwendung bei den eigenen Patienten des Klägers in dessen Praxis. Zwischen der Apotheke und dem Kläger bestand kein Auftragsverhältnis bzw. Werkvertrag, nachdem der Kläger die Zubereitungen als Nachunternehmer für die Apotheke vorzunehmen hatte. Vielmehr hat der Kläger die Rezepte für die fertigen Zubereitungen, die an die Apotheke gingen, nur zum Schein ausgestellt, damit diese sie den Krankenkassen in Rechnung stellen konnte. Es bestand nie die Absicht, dass die Apotheke zur Herstellung bzw. Lieferung verpflichtet sein sollte, was auch nach dem eigenen Vorbringen des Klägers wegen der großen Entfernung aus medizinischen Gründen nicht sinnvoll gewesen wäre. Es war vielmehr völlig klar, dass an den Kläger von der Apotheke - wie bisher - nur die Bestandteile geliefert werden sollten, die dieser dann gebrauchsfertig zubereiten sollte. Dementsprechend

ergingen die Strafbefehle gegen den Kläger und den Apotheker M. W. wegen gemeinschaftlich begangenen Betruges. Der Frage, wie eine subunternehmerische Tätigkeit des Vertragsarztes für den Apotheker arzneimittelrechtlich oder standesrechtlich zu bewerten wäre, braucht deshalb nicht nachgegangen zu werden.

Der Kläger kann sich weiter nicht darauf berufen, dass durch seine Vorgehensweise den Krankenkassen kein Schaden entstanden sei, weil sie die vollen Kosten auch hätten übernehmen müssen, wenn er die fertigen Rezepturen über Einzelrezept zu Lasten der Krankenkasse verordnet hätte. Tatsächlich hat die Krankenkasse (einen höheren Preis) für etwas gezahlt, was in dieser Weise nicht geliefert wurde. Damit ist ihr, wie im Strafbefehl festgestellt, offensichtlich ein Schaden entstanden.

Schließlich kann sich der Kläger auch nicht darauf berufen, dass für die Kassen möglicherweise ein noch größerer Schaden entstanden wäre, wenn die Zubereitung nicht unmittelbar vor der Behandlung in seiner Praxis erfolgt wäre, da in diesem Fall die sehr teuren Medikamente schon vorher hätten bereitgestellt werden müssen, und gegebenenfalls nicht hätten angewendet werden können, wenn der Zustand der Patienten es nicht zugelassen hätte. Dies mag in Einzelfällen zutreffen. Der Kläger übersieht dabei aber, dass er nach den verschiedenen Onkologievereinbarungen (vgl. etwa § 4 der Anlage 7 zum EKV) als Teilnehmer an den Onkologievereinbarungen verpflichtet ist, spezielle Behandlungsplätze für Chemotherapie einzurichten und Arbeitsplätze für die Zubereitung für Zytostatikallösungen gemäß den Richtlinien der Unfallversicherungsträger vorzuhalten (§ 4 Nr. 6 a. a. O.). Dafür erhält er pro onkologischen Behandlungsfall, der in seiner Praxis ambulant behandelt wird, nicht unerhebliche Pauschalbeträge (vgl. Anhang zur Anlage 7 EKV). Selbst wenn es zutreffen sollte, wie der Kläger vorträgt, dass er mit diesen Pauschalbeträgen wirtschaftlich nicht in der Lage gewesen wäre, die entsprechenden Zubereitungen in der eigenen Praxis vorzunehmen, wofür immerhin sprechen mag, dass zwischenzeitlich in § 7 Abs. 2 der sogenannten INN-Vereinbarung vom 25. Juli 2006 zwischen der Beigeladenen zu 1 und den Krankenkassen in Bayern für die Bereitstellung der gebrauchsfertigen Zytostatika in der onkologischen Praxis (zusätzliche) pauschale Abgeltungen in Höhe von 30,00 Euro pro Zubereitung vereinbart wurden, rechtfertigt dies nicht eine Selbsthilfe in der hier vorgenommenen Weise.

Auch das Argument des Klägers, er hätte die zytostatischen Infusionslösungen ebenso gut applikationsfertig über Einzelrezepte verordnen können, die die Kassen dann auch - in voller Höhe - hätten bezahlen müssen, ist nur bedingt richtig, denn im Ergebnis hat er nichts anderes getan, indem er die fertigen Medikamente auf die Rezepte geschrieben hat, seien es Einzelrezepte, sei es über Sprechstundenbedarf. Gerade dadurch hat er bei den Arzneimitteln den Durchschnitt seiner onkologischen Fachkollegen in so erheblichem Maße überschritten hat, dass es zu hohen Regressforderungen (100.000,00 DM) gekommen ist.

Der Kläger kann sich schließlich auch nicht auf sogenanntes Wohlverhalten berufen. Zwar hat er das inkriminierte Verhalten wohl nach der Sitzung des Beschwerdeausschusses im März 2003 eingestellt, so dass seitdem mehr als fünf Jahre vergangen sind. Hierzu ist aber festzustellen, dass zum einen ein Wohlverhalten während eines schwebenden Zulassungsentziehungsverfahrens grundsätzlich nicht das gleiche Gewicht hat, wie das Fehlverhalten, dass zur Entziehung geführt hat (vgl. BSG, Urteil vom 20. Oktober 2004, [SozR 4-2500 § 95 Nr. 9](#), Rdnr. 24; vom 24. November 1993, [SozR 3-2500 § 95 Nr. 4](#) S. 19). Außerdem darf nicht zu übersehen, dass der Kläger bis zuletzt versucht hat, sein damaliges Verhalten zu rechtfertigen. Weiterhin versucht er, die Schuld der AOK anzulasten, die ihn falsch beraten habe und von seiner Vorgehensweise gewusst habe. Beides ist indessen nicht der Fall. Die Beigeladene zu 2 hat den Kläger zutreffen daraufhingewiesen, dass ihm zumindest nach damaligem Recht, keine Entschädigung für die Zubereitung der Rezepturen in seiner Praxis über die Pauschalen der Onkologievereinbarung hinaus zustand. Richtig war weiter, dass die Verordnung von Zytostatika bei onkologischen Schwerpunktpraxen regelmäßig über Sprechstundenbedarf zu erfolgen hatte (vgl. Protokollnotiz zu Abschnitt III.1 der Sprechstundenbedarfsvereinbarung). Der Beigeladenen zu 2 wurde die Vorgehensweise der Apotheker und des Klägers erst nach Anforderung der Herstellungsprotokolle durch den Beschwerdeausschuss bekannt, als die Apotheke mitteilen musste, dass solche Herstellungsprotokolle nicht vorlägen, weil bei ihr die Herstellung nicht erfolgt war sondern in der Praxis des Klägers.

Der Kläger hat auch keine Schritte zur Wiedergutmachung des Schadens unternommen. Zwar hat er im Zusammenhang mit der gegen ihn infolge der sehr hohen Verordnungskosten durchgeführten Wirtschaftlichkeitsprüfung 100.000,00 DM an die Krankenkassen geleistet. Diese Zahlung erfolgte jedoch nicht als Wiedergutmachung für die zu Unrecht bezogene "Aufwandsentschädigung" oder betrügerische Verordnungsweise, sondern im Hinblick auf den im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung zu erwartenden Regress. Offenbar sieht sich der Kläger nach wie vor eher in einer Opferrolle, so dass zu befürchten ist, dass er auch weiterhin versuchen wird, auch mit unzulässigen Mitteln auf seine Kosten zu kommen. Um einer Zulassungsentziehung unter dem Aspekt des Wohlverhaltens zu entgehen, ist es erforderlich, dass ein künftig rechtmäßiges Verhalten prognostiziert werden kann. Dies muss zweifelsfrei feststehen; jeder ernstliche Zweifel, dass eine Verhaltensbesserung eingetreten ist, führt zur Verneinung von Wohlverhalten (BSG vom 27. Juni 2007, Az.: [B 6 KA 20/07](#) Rn. 13).

Nach allem war die Berufung zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a SGG](#) i. V. m. [§ 154 Abs. 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung. Danach fallen die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels demjenigen zur Last, der das Rechtsmittel eingelegt hat.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2009-06-24