

## S 38 KA 114/20 ER

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

SG München (FSB)

Sachgebiet

Vertragsarztangelegenheiten

Abteilung

38

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 38 KA 114/20 ER

Datum

22.05.2020

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

-

Datum

-

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Leitsätze

Zur vollständigen Befreiung eines Vertragsarztes von der Teilnahme am vertragsärztlichen Bereitschaftsdienst nach § 14 BDO-KVB, der an einem schweren Immundefekt leidet.

I. Der Antragsteller wird mit sofortiger Wirkung bis zum Erlass einer erstinstanzlichen Entscheidung des Sozialgerichts München, längstens aber bis zum 31.12.2020 von der Teilnahme am ärztlichen Bereitschaftsdienst vollständig befreit.

Im Übrigen wird der Antrag abgewiesen.

II. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin.

Gründe:

I. Mit seinem Schreiben vom 09.04.2020, bei Gericht eingegangen am 24.04.2020 begehrt der Antragsteller/Kläger zunächst Aufhebung des Widerspruchsbescheides der Antragsgegnerin/Beklagten vom 18.03.2020 und Bewilligung der Befreiung vom Bereitschaftsdienst rückwirkend ab Februar 2020 (Ziffer 1), Anerkennung der dauerhaften Befreiung vom Bereitschaftsdienst wegen unheilbarer Erkrankung und Rückerstattung der Gebühren des KVB-Bescheides vom 18.03.2020 (Ziffer 3). Diese Anträge sind Gegenstand des Verfahrens unter dem Az. S 38 KA 112/20. Außerdem stellte er unter Ziffer 2 seines Schreibens vom 09.04.2020 einen "Eilantrag" mit dem Inhalt, ihn vorläufig und sofort vom Bereitschaftsdienst "bis zum Gerichtsentscheid wegen massiver akuter gesundheitlicher Gefährdung" zu befreien. Letzterer Antrag wird unter dem Aktenzeichen [S 38 KA 114/20 ER](#) geführt.

Der Antragsteller ist seit 1998 als Allgemeinarzt zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen. Er macht geltend, bei ihm sei ein seltener Gendefekt mit schwerwiegenden Schäden des Immunsystems mit stark erhöhter Infektanfälligkeit diagnostiziert worden und verweist dabei auf Befunde von Professor Dr. B. und Professor Dr. C. der Uni F-Stadt. Professor Dr. B. habe in dem Attest vom 13.01.2020 bestätigt, der Antragsteller könne aufgrund eines schwerwiegenden humoralen und zellulären Immundefekts und der damit zusammenhängenden fehlenden körperlichen Belastbarkeit bei sehr häufigen Infektionen und insbesondere wegen der im Notdienst unkalkulierbaren Infektionsgefährdung nicht an dem ärztlichen Notdienst teilnehmen. Die Erkrankung verlaufe nun schon seit mehreren Jahren chronisch progredient und es gebe aktuell keine realistische Aussicht auf Besserung. Professor Dr. C. habe in seinem Arztbrief vom 13.03.2019 empfohlen, aufgrund der Infektionsneigung und Symptomverschlechterung unter berufsbedingter Exposition zu Menschenmengen zunächst auf die Berufsausübung für mindestens zwei Wochen zu verzichten. Wegen seiner Gesundheitsstörungen sei er zu 70 % als schwerbehindert anerkannt. Die Patientenzahl seiner Praxis liege erheblich unter der einer üblichen Hausarztpraxis (mehr als 50 % unter der einer vergleichbaren Praxis, 25 % unter dem Durchschnitt). Wegen seines Gesundheitszustandes sei er nicht mehr in der Lage, infektiöse Patienten zu behandeln, weshalb er seit 2012 Kollegen angestellt habe, die diese Aufgaben für ihn übernehmen.

Für den Bereitschaftsdienst sei es ihm in der Vergangenheit gelungen, Vertretungsärzte zu gewinnen, da die Durchführung des Bereitschaftsdienstes ein besonderes Risiko für ihn darstelle. Ab 2016 sei es jedoch immer schwieriger geworden, Vertretungsärzte zu finden, weshalb er dann einen Antrag auf Befreiung vom ärztlichen Bereitschaftsdienst gestellt habe. Er sei dann ab Februar 2017 bis einschließlich 31.01.2020 (bei jährlicher Antragswiederholung) vollumfänglich vom Bereitschaftsdienst befreit worden. Einem neuen Antrag auf Befreiung vom Bereitschaftsdienst, gestellt am 07.01.2020 an die Antragsgegnerin, sei jedoch nur teilweise stattgegeben worden. Mit Bescheid vom 04.02.2020 wurde der Antragsteller lediglich von dem Fahrdienst befreit. Der dagegen eingelegte Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid vom 18.03.2020 zurückgewiesen.

Zur Begründung der teilweisen Ablehnung führte die Antragsgegnerin in ihrem Bescheid vom 18.03.2020 aus, ein Anspruch auf vollständige Befreiung sei nicht ersichtlich. Auch bei Vorliegen eines schwerwiegenden Grundes liege eine Befreiung nach § 14 Abs. 1 S. 2 lit a BDO-KVB im pflichtgemäßen Ermessen der KVB. Es sei gemeinsame Aufgabe aller Vertragsärzte am ärztlichen Bereitschaftsdienst teilzunehmen, weshalb "Befreiungen" äußerst restriktiv zu handhaben seien. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sei es nicht geboten, einzelne - gesundheitlich beeinträchtigte - Vertragsärzte zulasten ihrer Kollegen von vertragsärztlichen Pflichten freizustellen, wenn sie im Übrigen die wirtschaftlichen Möglichkeiten ihres Berufes voll nutzten. Jeder Vertragsarzt habe sich freiwillig dem mit dem Zulassungsstatus verbundenen Pflichtenkreis unterworfen. Zu dem Pflichtenkreis gehöre nicht nur die Ausübung der regulären Praxistätigkeit, sondern auch die Teilnahme am Bereitschaftsdienst. Aus dem Vortrag des Widerspruchsführers (Antragstellers) sei nicht ersichtlich, inwiefern die Bewältigung des Praxisalltags unter den vorgegebenen Einschränkungen zwar möglich sei, jedoch die Teilnahme am Sitzdienst im Bereitschaftsdienst ausgeschlossen wäre. Dem Vortrag des Widerspruchsführers (Antragstellers) sei ferner nicht zu nehmen, dass dieser seine Fertigkeiten aufgrund der Beschwerden verloren habe. In dem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass sich der Bereitschaftsdienst von der Sprechstundentätigkeit dahingehend unterscheide, als dort die Behandlung darauf gerichtet sei, den Patienten bis zur nächstmöglichen ambulanten oder stationären Versorgung ärztlich zweckmäßig und ausreichend zu versorgen. Der Arzt müsse daher in der Lage sein, den typischen Notfallsituationen gerecht zu werden. Unter Hinweis auf eine Tabelle zu den Fallzahlen in den Quartalen 3/18, 4/18, 1/19 und 2/19 trug die Beklagte vor, die Fallzahlen seien zwar unterdurchschnittlich (Quartal 3/18: -60,49 %; Quartal 4/18: -26,50 %; Quartal 1/19: -23,03 %; Quartal 2/19: -25,68 %), jedoch seien sie insgesamt konstant geblieben. Die vertragsärztliche Tätigkeit werde daher unvermindert ausgeübt. Insgesamt sei es möglich und zumutbar, sich entsprechend einteilen zu lassen.

Der Antragsteller trägt vor, gerade der Bereitschaftsdienst sei für ihn mit einer außerordentlichen Gefährdung verbunden, zumal dort vor allem akut Erkrankte in hoher Anzahl mit Infektionen den ärztlichen Bereitschaftsdienst aufsuchten. Jeder banale Infekt sei für ihn äußerst riskant, da fast alle Antibiotika-Gruppen inzwischen wirkungslos seien. Seine körperliche Belastbarkeit sei stark eingeschränkt. Er müsse sich immer wieder bereits nach geringer Belastung nach ca. 2 Stunden wegen Erschöpfung und Schmerzen ausruhen, was im Bereitschaftsdienst kaum einzurichten sei. Die in den Bescheiden angeführten Gründe für die nur teilweise Stattgabe des Antrags auf Befreiung vom ärztlichen Bereitschaftsdienst seien seiner Meinung nach nicht korrekt und auch nicht verhältnismäßig. Selbstverständlich gehe es auch darum, die Solidarität mit den Kollegen zu wahren, um die Arbeitsbelastung für alle geringer zu halten. Bei einem Bereitschaftsdienst von 30 Dienststunden im Jahr, aufgeteilt auf knapp 420 Ärzte, entfielen jedoch auf jeden Arzt nur 8 Minuten mehr pro Jahr. Im Vergleich dazu sei er nach Kontakt zu infektiösen Patienten jedes Mal wochenlang erkrankt und habe bereits mehrfach stationäre Klinikbehandlung in Anspruch nehmen müssen. Im Ergebnis müsse er nach der Entscheidung der KVB seine Praxis aufgeben. Dies habe zur Folge, dass sich die Arbeitsbelastung der Kollegen erhöhe. Er bemühe sich schon seit Jahren, einen Nachfolger zu finden, jedoch bislang ohne Erfolg. Zum Argument der Antragsgegnerin, der Antragsteller nutze die wirtschaftlichen Möglichkeiten seines Berufes voll, wies er darauf hin, dies sei nicht korrekt. Denn die Patientenzahl liege weit unter der der üblichen Hausarztpraxis. Wegen seiner Erkrankung habe er 2012 zwei Kollegen angestellt, Frau Dr. T. mit 20 Wochenstunden und Dr. W. mit 11 Wochenstunden. Nicht richtig sei auch das Argument der Antragsgegnerin, er sei in der Lage, Sprechstunden abzuhalten und deshalb sei davon auszugehen, dass er auch dem Notdienst gewachsen sei. Denn seine körperliche Belastbarkeit sei sehr eingeschränkt. Hinzu komme, dass auch das Infektionsrisiko im Bereitschaftsdienst ungleich höher sei, da es keinen Ausweichbehandler gebe. Auch die Unterscheidung zwischen Fahr- und Sitzdienst sei völlig irrelevant, da hierbei kein Unterschied im Infektionsrisiko bestehe. Er gehöre außerdem zu den sogenannten "Hochrisikokandidaten", so dass ihn das aktuelle Infektionsrisiko mit dem Corona Virus in besonderer Weise bedrohe.

Die Antragsgegnerin äußerte sich mit Schreiben vom 28.04.2020, bei Gericht eingegangen am 04.05.2020. Mit Bescheid vom 04.02.2020 sei dem Antrag auf Befreiung vom Bereitschaftsdienst teilweise stattgegeben worden (Reduktion auf den Sitzdienst; 30 Sitzdienststunden). Damit sei sowohl den Interessen des Antragstellers, als auch den Interessen der Bereitschaftsdienstgruppe Rechnung getragen worden. Ein Anspruch auf vollständige Befreiung vom Bereitschaftsdienst sei nicht ersichtlich.

Zur Rechtslage wurde ausgeführt, ein Anordnungsgrund im Sinne einer Eilbedürftigkeit sei nicht gegeben. Denn der erste Dienst des Antragstellers finde erst am 5. Juli statt. Es sei dem Antragsteller zumutbar, das Hauptsacheverfahren abzuwarten. Sollte dieses wider Erwarten nicht bis dahin beendet sein, sei dem Antragsteller zumutbar, auf eine Vertretung zurückzugreifen oder den Dienst an einen "Pool-Arzt" abzugeben. Im Übrigen sei der Antragsteller auch berechtigt, seiner Verpflichtung durch seine angestellten Ärzte erfüllen zu lassen (§ 2 Abs. 6 BDO-KVB). Des Weiteren sei darauf aufmerksam zu machen, dass sich der Antragsteller an der sogenannten Wunschkostenplanung beteiligt habe und sich selbst im Zeitraum vom 18.03.2020 bis 31.03.2020 in den Dienstplan eingetragen habe (aktuell gültig vom 01.05.2020 bis zum 01.05.2021). Somit komme es auf einen Anordnungsanspruch an sich nicht an. Abgesehen davon habe die am 24.04.20 erhobene Hauptsacheklage keine Aussicht auf Erfolg. Denn der Befreiung von der Teilnahmepflicht am Ärztlichen Bereitschaftsdienst stehe die Regelung des § 14 Abs. 2 BDO-KVB entgegen. Die Fallzahlen für die Quartale 3/18, 4/18, 1/19 und 2/19 zeigten, dass der Umfang der Tätigkeit des Antragstellers konstant geblieben sei. Der Antragsteller führe auch Hausbesuche selbst durch. Dies zeige, dass ihn seine Erkrankungen nicht in dem Maße beeinträchtigten, dass ihm nicht zugemutet werden könne, am Bereitschaftsdienst teilzunehmen. Eine atypische Fallgestaltung liege hier nicht vor. Es seien keine Gründe ersichtlich, warum die Erkrankung des Antragstellers als Facharzt für Allgemeinmedizin ihn nicht hindere, seine Praxistätigkeit im gewohnten Umfang auszuüben, dagegen aber der Bereitschaftsdienst in Gestalt des Sitzdienstes in einer Bereitschaftspraxis nicht möglich sein solle. Denn es könnten auch im Praxisalltag vergleichbare Notfallsituationen auftreten. Diese Tätigkeit unterscheide sich also nicht von der Tätigkeit während den übrigen Sprechzeiten. Der Antragsteller könne jederzeit infektiösen Patienten begegnen. Das im Bereitschaftsdienst vom Antragsteller befürchtete Infektionsrisiko sei nicht höher als das im Rahmen der Tätigkeit in der eigenen Praxis des Antragstellers vorhandene. Dieses Infektionsrisiko könne durch Einhaltung von Hygienestandards zur Infektionsprävention minimiert werden. Auch im Hinblick auf die vom Antragsteller auf seiner Webseite angebotene "Rundumversorgung einer komplett ausgestatteten Facharztpraxis für Allgemeinmedizin" sowie die Möglichkeit der Hausbesuche erscheine das Argument der Selektion der eigenen Patienten und der besonderen Gefährdung durch die Infektionen im Bereitschaftsdienst ohnehin nicht nachvollziehbar. Der Antragsteller könne auch zur Einhaltung der notwendigen Ruhepausen und zur Stressvermeidung die Praxis bei Bedarf vor und nach dem Dienst schließen. Auch sei es möglich, die Zulassung zu reduzieren mit der Folge, dass sich auch die Verpflichtung zum Bereitschaftsdienst entsprechend verringere. Außerdem sei es dem Antragsteller möglich, im Wege der Wunschkostenplanung kurze Dienstsichten in der Bereitschaftspraxis zu übernehmen, so zum Beispiel von 18:00 bis 21:00 Uhr.

Zur Sachverhaltsermittlung wurden an den Antragsteller mit gerichtlichem Schreiben vom 06.05.2020 mehrere Fragen gerichtet. Zur Frage, warum er sich an der Wunschkostenplanung beteiligt habe, teilte er mit, er habe sicher gehen wollen, dass er wenigstens Bereitschaftsdienst-Termine im Sommer bekomme, da hier allgemein das Grippe- und Infektionsrisiko geringer sei als im Winterhalbjahr.

Auch sei damals nicht absehbar gewesen, dass "Corona" länger als die Epidemien der letzten Jahre aus China verlaufe. Was den Praxisablauf betreffe, würden Patienten möglichst ausschließlich nach Terminen behandelt, wobei jeder Patient von den Mitarbeiterinnen befragt werde, ob ein infektiöses Geschehen vorliegen könnte. Wenn dies gegeben sei, dürften die Patienten nicht zum Antragsteller, sondern innerhalb der Praxis zu den anderen Ärzten. Eine Übernahme des Bereitschaftsdiensts durch angestellte Kollegen sei aus familiären bzw. persönlichen Gründen (kleine Kinder bzw. höheres Alter) nicht möglich. Selbst, wenn er einen Vertreter finden könne, so müsse er den Bereitschaftsdienst selber antreten, wenn dieser Ersatz-Mann/Frau kurzfristig ausfalle. Die Praxis behandle mit großem Zeitaufwand relativ wenige Patienten. Der Antragsteller habe sich auf die Behandlung von nicht infektiösen, aber chronisch kranken Patienten und psychosomatischen Problemfällen spezialisiert. Er habe sich schon vor seiner Zulassung als Vertragsarzt im Rahmen seiner Ausbildung mit dem Thema "Schmerz und Entzündung" befasst. Auch sei er langjährig an der Universität E-Stadt tätig gewesen und ein dreijähriges Studium der Chinesischen Medizin mit Akupunkturausbildung an der Akademie der Wissenschaften der Uni U-Stadt absolviert. Daraus resultiere auch der vielfach höhere Anteil an Schmerzpatienten und Patienten mit psychischen und psychosomatischen Störungen. Zugleich wies er auf eine aktuelle Bescheinigung von Professor Dr. B. vom 08.05.2020 hin. Dieser bestätigte nochmals den schwerwiegenden, seit vielen Jahren progredienten, kombinierten Immundefekt mit trotz Immunglobulinsubstitution erheblich gesteigerter Infektanfälligkeit. Deshalb bestehe eine außerordentlich hohe Gefährdung durch multiresistente "Krankenhauskeime" sowie SARS CoV-2. Ein Einsatz des Antragstellers in der ärztlichen Notfallversorgung (Notaufnahme, Notdienste) sei ohne Zweifel strikt zu vermeiden.

Der Antragsteller beantragte sinngemäß, ihn vorläufig mit sofortiger Wirkung vom Ärztlichen Bereitschaftsdienst bis zur erstinstanzlichen Entscheidung des Sozialgerichts München wegen massiver akuter gesundheitlicher Gefährdung vollständig zu befreien.

Die Antragsgegnerin beantragte, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzuweisen.

Beigezogen Gegenstand des Verfahrens war die Beklagtenakte.

II. Das zum Sozialgericht München eingelegte Antragsverfahren ist zulässig und erweist sich zum Großteil als begründet.

Der einstweilige Rechtsschutz ist in [§ 86b SGG](#) geregelt. Nachdem ein Fall des [§ 86b Abs. 1 SGG](#) nicht gegeben ist, ist zu prüfen, ob [§ 86b Abs. 2 SGG](#) erfüllt ist. Letztere Vorschrift unterscheidet zwischen der sogenannten Sicherungsanordnung und der Regelungsanordnung. Hier handelt es sich um eine Regelungsanordnung nach [§ 86b Abs. 2 S. 2 SGG](#). Der Antragsteller begehrt die Befreiung vom vertragsärztlichen Bereitschaftsdienst. Zuständig ist das Gericht der Hauptsache nach [§ 86b Abs. 1 S. 4 SGG](#).

Zu den allgemeinen Prozessvoraussetzungen gehört auch das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses. Dieses fehlt, wenn das angestrebte Ergebnis auf einfachere Weise erreicht werden kann (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Kommentar zum SGG, Rn 16a vor § 51). Die Antragstellerseite hat bereits ein Klageverfahren zum Sozialgericht München unter dem Aktenzeichen S 38 KA 112/20 angestrengt, das anhängig ist. Sowohl das Eilverfahren, als auch das Klageverfahren haben in gewissem Umfang die gleiche Zielrichtung. Dies ist jedoch im Hinblick auf das Rechtsschutzbedürfnis für das Antragsverfahren unbehelflich, zumal der Antragsteller möglichst schnell Klarheit darüber gewinnen will, ob er weiterhin am Bereitschaftsdienst teilnehmen muss. Es handelt sich nicht um eine Vorwegnahme der Hauptsache im Wege des Antragsverfahrens, was grundsätzlich unzulässig wäre (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Kommentar zum SGG, Rn 31, 33 zu § 86b).

Die Voraussetzungen für eine einstweilige Anordnung ergeben sich aus [§ 86b Abs. 2 S. 2 SGG](#). Danach sind ein Anordnungsgrund, sowie ein Anordnungsanspruch erforderlich. Beide Voraussetzungen sind nicht separat zu betrachten, sondern stehen zueinander in Wechselwirkung. Dies bedeutet für den Fall, dass eine Hauptsacheklage offensichtlich unzulässig und unbegründet wäre, der Antrag auch dann abzulehnen wäre, wenn ein Anordnungsgrund vorhanden wäre. Falls die Hauptsacheklage als offensichtlich zulässig und offensichtlich begründet anzusehen wäre, ist gleichwohl zu prüfen, ob ein Anordnungsgrund vorliegt. Hier sind jedoch dann weniger strenge Anforderungen zu stellen. Bei offenem Ausgang eines Hauptsacheverfahrens ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Ein Erlass einer einstweiligen Anordnung kommt in diesem Fall nur dann in Betracht, wenn dem Antragsteller unter Berücksichtigung aller Interessen der Beteiligten nicht zuzumuten ist, die Hauptsacheentscheidung abzuwarten (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Kommentar zum SGG, Rn 29 zu § 86b).

Nach Auffassung des Gerichts ist bei summarischer Prüfung der Ausgang des Hauptsacheverfahrens als offen zu bezeichnen, auch wenn dem Klageantrag keine schlechten Erfolgsaussichten einzuräumen sind.

Die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung, die den Kassenärztlichen Vereinigungen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung getragen ist, umfasst auch die vertragsärztliche Versorgung zu den sprechstundenfreien Zeiten (§§ [73 Abs. 2](#), [75 S. 1 S. 1](#) und 2 SGB V). Auf dieser Rechtsgrundlage wurde die Bereitschaftsdienstordnung der Kassenärztlichen Vereinigung Bayerns (BDO-KVB) erlassen. In deren § 2 sind diejenigen Ärzte, medizinische Versorgungszentren ... aufgeführt, die zur Teilnahme an dem ärztlichen Bereitschaftsdienst verpflichtet sind. Nachdem der Antragsteller als Vertragsarzt mit vollem Versorgungsauftrag zugelassen ist, besteht für ihn eine entsprechende Verpflichtung (§ 2 Abs. 1 Ziff. 1).

§ 14 BDO-KVB enthält einen Befreiungstatbestand. Danach kann ein Vertragsarzt ... aus schwerwiegenden Gründen ganz, teilweise oder vorübergehend und zusätzlich auch befristet (§ 14 Abs. 6) vom ärztlichen Bereitschaftsdienst befreit werden. Schwerwiegende Gründe liegen insbesondere in folgenden Fällen vor:

a. Der Arzt ist wegen nachgewiesener Erkrankung oder körperlicher Behinderung zur Teilnahme am ärztlichen Bereitschaftsdienst nicht in der Lage ...

In § 14 Abs. 2 ist bestimmt, dass ein schwerwiegender Grund nach Abs. 1 durch Vorlage geeigneter Unterlagen nachzuweisen ist. Des Weiteren sieht § 14 Abs. 2 vor, dass ein schwerwiegender Grund für eine Befreiung vom ärztlichen Bereitschaftsdienst nach Absatz 1 S. 2 lit. a) oder b) in der Regel nicht vorliegt, wenn der Antragsteller die Voraussetzungen gemäß Abs. 1 S. 2 a. und b. erfüllt, jedoch unvermindert oder über dem Durchschnitt der Fachgruppe vertragsärztlich tätig ist ... Es handelt sich um eine Ermessensentscheidung (auch Befreiung vom Ärztlichen Bereitschaftsdienst ganz, teilweise, vorübergehend, zeitlich befristet), wie sich der Formulierung "kann" in § 14 Abs. 1 BDO-KVB entnehmen lässt. Aber auch aus der Regelung des § 14 Abs. 2 BDO-KVB (Formulierung "grundsätzlich"), der als Ausschlussstatbestand

konzipiert ist, ist ein Ermessen abzuleiten.

Ferner ist in Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu differenzieren zwischen der völligen Befreiung, der teilweisen oder vorübergehenden und zeitlich befristeten. Liegt ein schwerwiegender Grund für die Befreiung vor, ist zu prüfen, ob statt einer völligen Befreiung andere eingeschränkte Befreiungsmöglichkeiten wie zum Beispiel eine teilweise Befreiung in Betracht zu ziehen sind.

In der Vergangenheit liegende Befreiungen führen nicht dazu, dass abermals eine solche Befreiung von der Antragsgegnerin erteilt werden müsste. Der neue Antrag setzt ein neues Verwaltungsverfahren in Gang, in dem die Voraussetzungen für eine Befreiung nach § 14 BDO-KVB geprüft werden, unabhängig davon, wie die Ergebnisse in der Vergangenheit waren. Wenn auch von einem berücksichtigungsfähigen vorausgegangenen Verwaltungshandeln nicht auszugehen ist, hat dieses ein gewisses Indiz dafür, auch den neuen Antrag - liegen die Voraussetzungen nach wie vor - zugunsten des Antragstellers zu entscheiden. Zumindest wäre zu erwarten gewesen, dass die Antragsgegnerin bei einer Ablehnung kurz darstellt, warum sie nunmehr von der früheren Entscheidung abweicht. Es könnte sich hierbei um ein Begründungsdefizit nach [§ 35 SGB X](#) handeln.

Der Antragsteller hat unter Hinweis auf vorgelegte Atteste darauf aufmerksam gemacht, er leide an einem seltenen humoralen und zellulären Immundefekt. Deshalb sei seine Immunabwehr stark reduziert. Dass es sich hierbei um eine schwere Erkrankung handelt, ergibt sich auch aus dem Umstand, dass der Antragsteller als schwerbehindert mit einem Grad der Behinderung (GdB) von 70 anerkannt ist. Ebenfalls wurde der Antragsteller in der Vergangenheit auch von Antragsgegnerin nämlich von Februar 2017 bis Ende Januar 2020 vollumfänglich vom Ärztlichen Bereitschaftsdienst befreit. Diese Befreiung/en war/en befristet.

Unstrittig zwischen den Beteiligten ist offenbar, dass eine schwerwiegende Erkrankung im Sinne von § 14 Abs. 1 S. 2 lit. a BDO-KVB vorliegt. Strittig zwischen den Beteiligten ist aber, ob die Voraussetzungen für eine vollständige Befreiung vorliegen. Die Antragsgegnerin hat nur eine teilweise Befreiung vom Bereitschaftsdienst u.a. erteilt, weil

- die Befreiung vom Bereitschaftsdienst äußerst restriktiv zu handhaben sei,

- sich nicht erschließe, weshalb der Antragsteller auf der einen Seite den Praxisalltag - wenn auch unter Einschränkungen - bewältigen könne, andererseits ein Sitzdienst im Rahmen des Bereitschaftsdienstes ausgeschlossen sein solle und

- der Behandlungsumfang im Bereitschaftsdienst deutlich reduziert und der Pflichtenkreis vermindert sowie nicht erkennbar sei, inwieweit dem Antragsteller die Ausübung des Bereitschaftsdienstes gegenüber den Praxisalltag nicht zumutbar sein sollte.

Im summarischen Verfahren bedarf es keiner abschließenden Klärung, ob die im Hauptsacheverfahren angefochtene Entscheidung der Antragsgegnerin rechtswidrig ist, auch, ob diese von dem ihr einräumten Ermessen zutreffend Gebrauch gemacht hat. Nach Auffassung des Gerichts spricht allerdings mehr für eine Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung als dagegen, wobei jedoch die Zweifel für eine offensichtliche Rechtswidrigkeit nicht ausreichen.

§ 14 Abs. 2 BDO-KVB besagt, dass ein schwerwiegender Grund nach § 14 Abs. 1 S. 2 lit. a) bzw. b) dann nicht vorliegt, wenn der Antragsteller die Praxistätigkeit unvermindert oder über dem Durchschnitt der Fachgruppe fortführt oder wenn der Antragsteller zusätzlich als angestellter Arzt tätig ist. Die Antragsgegnerin hat in diesem Zusammenhang festgestellt, dass die Praxistätigkeit des Antragstellers an sich unvermindert fortgeführt wurde. Gleichwohl geht sie vom Vorliegen eines schwerwiegenden Grundes aus, indem dem Antragsteller eine teilweise Befreiung gewährt wurde. Hätte die Antragsgegnerin die Regelung des § 14 Abs. 2 BDO-KVB angewandt, hätte dies grundsätzlich zur Verneinung des schwerwiegenden Grundes an sich führen müssen. Dies schließt aber nicht aus, diesen Aspekt bei der Frage zu berücksichtigen, in welchem Umfang eine Befreiung vom Bereitschaftsdienst auszusprechen ist, was offenbar geschehen ist.

Der Antragsteller in seiner Eigenschaft als Allgemeinarzt ist per se in seinem Praxisalltag mit einem breiten Spektrum von Erkrankungen konfrontiert. Dazu zählen auch Infektionskrankheiten, die durch Krankheitserreger hervorgerufen werden. Es lässt sich deshalb nicht ausschließen, dass eine Übertragung von Infektionskrankheiten von den Patienten auf den ärztlichen Behandler stattfindet, sei es im Praxisalltag oder bei der Wahrnehmung des Bereitschaftsdienstes. Derjenige Vertragsarzt, der im Rahmen der Befreiung vom Bereitschaftsdienst gesundheitliche Gründe geltend macht, die auf eine wesentliche Einschränkung der Wahrnehmung des Versorgungsauftrags hindeuten, setzt sich dem Risiko aus, dass seine Fähigkeit, die vertragsärztliche Tätigkeit ordnungsgemäß auszuüben, in Frage gestellt wird. Dies hat im schlimmsten Fall zur Folge, dass er als ungeeignet zur Ausübung vertragsärztlicher Tätigkeit angesehen wird und damit seine Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung verliert (§ 21 Ärzte-ZV; [§ 95 SGB V](#)).

Die Bewältigung des Praxisalltags geschieht nach dem Vorbringen des Antragstellers dadurch, dass eine Patientenselektion durch organisatorische Maßnahmen stattfindet (Befragung der Patienten am Telefon durch die Sprechstundenhilfen bzw. vor Ort in der Praxis, ob Erkältungen vorliegen, mit entsprechender Zuordnung der Patienten auf die einzelnen Behandler). Somit werden Infektionspatienten - soweit erkennbar - von Kollegen behandelt und nicht vom Antragsteller. Die angestellten Kollegen des Antragstellers sind nach dessen Vorbringen in einem Umfang von insgesamt 31 Wochenstunden tätig. Dabei entfallen 20 Wochenstunden auf Frau Dr. T. und 11 Wochenstunden auf Herrn Dr. W. Daraus ist zu schließen, dass die Versorgung eines wesentlichen Teils der Patienten von diesen übernommen wird. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass sich der Antragsteller schwerpunktmäßig auf die Behandlung von nicht infektiösen, aber chronisch kranken Patienten, so auch Schmerzpatienten und Patienten mit psychosomatischen Erkrankungen spezialisiert hat, was zum einen mit der langjährigen Tätigkeit in diesen Bereichen zusammenhängt, aber auch mit dem verständlichen Anliegen des Antragstellers, nach Möglichkeit Kontakt zu infektiösen Patienten zu vermeiden. Insofern ist durchaus plausibel und nachvollziehbar, dass es ihm durch die Schwerpunktbildung und organisatorische Maßnahmen möglich ist, den Praxisalltag seinen Bedürfnissen anzupassen. Auf diese Weise ist der Antragsteller im Praxisalltag nicht bzw. nicht in dem üblichen Umfang den damit verbundenen gesundheitlichen Risiken ausgesetzt.

Trotz der Beschäftigung von Kollegen sind die Fallzahlen in den Quartalen 3/18, 4/18, 1/19 und 2/19 unterdurchschnittlich (Quartal 3/18: -16,49 %; Quartal 4/18: -26,50 %; Quartal 1/19: -23,03 %; Quartal 2/19: -25,68 %), wobei sie zahlenmäßig relativ konstant sind. Dieser Umstand könnte dafür sprechen, dass in Anwendung von § 14 Abs. 2 BDO-KVB dann ein schwerwiegender Grund für eine Befreiung vom

Bereitschaftsdienst in der Regel nicht angenommen werden kann. Zunächst besteht die Vermutung, dass ein Vertragsarzt bei unverminderter Praxistätigkeit auch ohne weiteres in der Lage ist, den Ärztlichen Bereitschaftsdienst zu leisten. Mit der Formulierung in § 14 Abs. 2 BDO-KVB "in der Regel" hat der Satzungsgeber aber deutlich gemacht, dass trotz unverminderter Praxistätigkeit eine Befreiung vom ärztlichen Bereitschaftsdienst möglich ist. Maßgeblich sind die konkreten Umstände des Einzelfalles, insbesondere Art und Schwere der Erkrankung, aber auch, worauf die Bewältigung des Praxisalltags zurückzuführen ist. Dies ist im Rahmen einer Einzelfallentscheidung zu würdigen.

Soweit im streitgegenständlichen Verfahren vorgetragen wird, sind die relativ konstanten, aber unterdurchschnittlichen Fallzahlen offensichtlich aber nur möglich durch Mitwirkung anderer Kollegen in einem nicht unerheblichen Umfang (31 Wochenstunden), was gerade dafür spricht, dass der Antragsteller den Praxisalltag jedenfalls alleine nicht bewältigen kann. Dieser lässt sich nur mit organisatorischen Maßnahmen und zusätzlicher Man-Power mit Einschränkungen ordnungsgemäß gestalten. Diese Möglichkeiten stehen dem Antragsteller im Rahmen des Bereitschaftsdienstes nicht zur Verfügung (Zuordnung von Patienten im Vorfeld; Beschäftigung weiterer Kollegen; Schwerpunktbildung). Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist deshalb von einer Ausnahmekonstellation auszugehen. Deshalb kann aus relativ konstanten Fallzahlen nicht geschlossen werden, er könne ohne weiteres auch am Bereitschaftsdienst teilnehmen.

Grundsätzlich zu teilen ist die Ansicht der Antragsgegnerin, das Infektionsrisiko im Bereitschaftsdienst sei nicht höher als im Praxisalltag, weil der Anteil der im Rahmen des Bereitschaftsdienstes zu behandelnden infektiösen Patienten dort nicht höher sei. Legt man die Zahlen der Kassenärztlichen Vereinigung Nordrhein für das Quartal 1/17 über die 100 häufigsten ICD-10-Schlüssel für die Allgemeinärzte zugrunde und vergleicht diese mit den häufigsten Diagnosen im Bereitschaftsdienst (Dissertation zum Erwerb des Doktorgrades der Medizin an der Medizinischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität zu München, vorgelegt von Celine Briers 2013) zeigt sich, dass in der Allgemeinarztpraxis der Anteil "Akute Infektionen an mehreren oder nicht näher bezeichneten Lokalisationen der oberen Atemwege" bei 12,5 % (= Rang 4) und der Anteil der "Sonstige und nicht näher bezeichnete Gastroenteritis und Kolitis infektiösen und nicht näher bezeichneten Ursprungs" bei 4,1 % liegen, während im Bereitschaftsdienst der Anteil der "Grippe-Infekte" (Akuter Atemwegsinfekt, Infekt, Angina tonsillaris, Bronchitis, grippaler Infekt, Myokarditis, Otitis media, Tonsillitis) bei lediglich 8,3 % liegt. Selbst bei Annahme von statistischen Ungenauigkeiten ist daher zumindest generell nicht von einem höheren Anteil infektiöser Patienten im Bereitschaftsdienst auszugehen.

Allerdings mag dies in "normalen" Zeiten so der Fall sein, wobei anzumerken ist, dass die Diagnose "Infektion" auch im Bereitschaftsdienst zu den häufigsten Diagnosen gehört. Augenblicklich ist seit Ende Februar/Anfang März 2020 im Zusammenhang mit dem Ausbruch der "Corona-Pandemie" in Deutschland jedoch von einer erheblichen Zunahme infektiöser Patienten, die im Rahmen des Ärztlichen Bereitschaftsdienstes zu behandeln sind, auszugehen. Vor allem die südlichen Bundesländer wurden von dieser weltweiten Infektionswelle erfasst. Im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Covid19 wurden seitens der Regierung/Regierungen Ausgangsbeschränkungen und Schutzmaßnahmen angeordnet, die zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts noch in wesentlichen Teilen andauern. Besonders betroffen davon ist das medizinische Personal, Ärzte und Pfleger, deren Tätigkeit als absolut systemrelevant angesehen wird.

In der bereits genannten Dissertation wurde vorgetragen, es sei nicht auszuschließen, dass die EHEC-Epidemie (Infektion mit enterohämorrhagischem Bakterium Escherichia coli von Mai bis Juli 2011) und die damit verbundene Angst der Patienten Einfluss auf die hohe Anzahl der Inanspruchnahme des ärztlichen Bereitschaftsdienstes hatte. Nichts Anderes dürfte auch für die jetzige Situation (Corona-Pandemie) gelten, die im Verlauf (Anzahl der Infektionen, Todesfälle) ungleich ist. Den Medien ist und war zu entnehmen, dass die Zahl der Patienten insgesamt, die die Arztpraxen aufsuchten, rückläufig war. Dies ist offensichtlich auf die Angst vieler Patienten zurückzuführen, erstmalig oder zusätzlich bei Besuch der Arztpraxen mit Covid19 oder anderen Krankheitserregern angesteckt zu werden. Bei dieser Sachlage liegt es nahe, dass der Bereitschaftsdienstarzt vermehrt zu Patienten gerufen wird, die an Infektionen, darunter auch Covid19 erkrankt sind. Insofern dürfte - anders als die Antragsgegnerin ausführt - das Infektionsrisiko derzeit im Bereitschaftsdienst - eine nachhaltige Änderung ist nicht abzusehen - deutlich höher liegen als im Praxisalltag.

In Gesamtschau spricht zum aktuellen Zeitpunkt bei summarischer Prüfung mehr dafür als dagegen, dass eine teilweise Befreiung vom Bereitschaftsdienst in dem Sinne, dass der Antragsteller lediglich vom Fahrdienst ausgenommen wird, nicht ausreichend ist und deshalb die angefochtenen Bescheide nicht als rechtmäßig anzusehen sind. Von einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bescheide ist gleichwohl nicht auszugehen.

Bei der deshalb vorzunehmenden Interessenabwägung ist das Interesse des Antragstellers an der vollständigen Befreiung vom vertragsärztlichen Bereitschaftsdienst dem Interesse der Antragsgegnerin an der Sicherstellung des Bereitschaftsdienstes, dem Interesse der Allgemeinheit ebenfalls an der Sicherstellung des Bereitschaftsdienstes sowie die gebotene Solidarität unter der Ärzteschaft gegenüberzustellen. Allein die Wertung des Gesetzgebers, dass der Bereitschaftsdienst immanenter Bestandteil der vertragsärztlichen Versorgung ist, macht zwar deutlich, dass an das Interesse des Antragstellers an einer vollständigen Befreiung vom Bereitschaftsdienst hohe Anforderungen zu stellen sind und eine Befreiung vom Bereitschaftsdienst, insbesondere eine vollständige restriktiv zu handhaben ist. Konkret ist das Interesse des Antragstellers, nicht einem deutlich erhöhten Infektionsrisiko ausgesetzt zu sein, mit den anderen Interessen abzuwägen. Es handelt sich allerdings um ein erhebliches Individualinteresse des Antragstellers, welches in den Abwägungsvorgang einzustellen ist. In dem Zusammenhang kann nach Auffassung des Gerichts der Antragsteller nicht einfach darauf verwiesen werden, er habe mehrere Möglichkeiten, seine mit dem Bereitschaftsdienst verbundenen Belastungen zu reduzieren (Schließung der Praxis vor und nach dem Bereitschaftsdienst; Reduktion der Zulassung verbunden mit einer geringeren Verpflichtung zum Bereitschaftsdienst; Rückgriff auf den sog. Bereitschaftsdienstpool bzw. auf in der Praxis angestellte Ärzte). Hierzu ist zu bemerken, dass es selbstverständlich immer Mittel und Wege gibt, der Verpflichtung zur Teilnahme am Bereitschaftsdienst nachzukommen. Im Ergebnis würde dies darauf hinauslaufen, dass eine Befreiung vom Bereitschaftsdienst dann nie zu erteilen wäre, was nach Auffassung des Gerichts mit dem Befreiungstatbestand der § 14 BDO-KVB nicht zu vereinbaren ist.

Letztendlich kann bei der Sachlage dahinstehen, welches Interesse überwiegt. Denn auf jeden Fall liegt ein ausreichender Anordnungsgrund für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 86b Abs. 2 SGG vor, d.h. die einstweilige Verfügung ist zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig. Gerade im streitgegenständlichen Verfahren darf die erheblich geschwächte Immunabwehr beim Antragsteller nicht unberücksichtigt gelassen werden. Der Antragsteller ist in ungleich größerem Umfang den mit der Pandemie verbundenen Risiken ausgesetzt als ein Arzt, der keine solchen Vorerkrankungen hat. Dass es ausreicht, den Antragsteller vom Fahrdienst zu befreien, um diese

Risiken auszuschließen oder zu minimieren, ist nicht erkennbar. Auch der Einsatz des Antragstellers im Sitzdienst würde für den Antragsteller mit seinem Krankheitsbild eine weitaus höhere gesundheitliche Gefährdung bedeuten, als diese im normalen, von ihm auf seine Bedürfnisse ausgerichteten Praxisalltag auftritt. Die Unzumutbarkeit für den Antragsteller, der als "Hochrisikoperson" anzusehen ist, entfällt deshalb nicht dadurch, dass der Antragsteller nur zum sog. "Sitzdienst" eingeteilt wurde. Das Gericht stützt sich dabei auch auf aktuelle Ausführungen von Professor Dr. B. vom 08.05.2020. Dieser bescheinigte dem Antragsteller, wegen dem seit vielen Jahren progredienten, kombinierten Immundefekt bestehe eine erheblich gesteigerte Infektanfälligkeit, insbesondere eine außerordentlich hohe Gefährdung durch multiresistente "Krankenhauskeime" sowie SARS CoV-2, weshalb ein Einsatz des Antragstellers in der ärztlichen Notfallversorgung ohne Zweifel strikt zu vermeiden sei. Jedenfalls in der augenblicklichen Situation (SARS CoV-2) ist nach Auffassung des Gerichts derzeit unter Berücksichtigung des konkreten Einzelfalls die Grenze des Zumutbaren überschritten, würde der Antragsteller derzeit am ärztlichen Bereitschaftsdienst teilnehmen müssen. Vor allem ist durch die Teilnahme des Antragstellers am Bereitschaftsdienst [Art. 2 Grundgesetz \(GG\)](#) tangiert, das Recht auf körperliche Unversehrtheit. Im Übrigen ist aufgrund der Gesamtumstände nicht auszuschließen, dass der Antragsteller unabhängig von der augenblicklichen Situation (SARS CoV-2) vom Bereitschaftsdienst auch in Zukunft vollständig zu befreien ist.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist es dem Antragsteller bei einer generellen Laufzeit von Hauptsacheverfahren von i.d.R. mehr als einem Jahr nicht zuzumuten, das Hauptsacheverfahren abzuwarten.

Das Gericht hat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Geltungsdauer der einstweiligen Anordnung bis zur Entscheidung in der Hauptsache (Aktenzeichen S 38 KA 112/20), längstens bis zum 31.12.2020 zu befristen. Was die Geltungsdauer der einstweiligen Verfügung betrifft, ist das Gericht grundsätzlich frei (vgl. Beschluss des Landessozialgerichts Sachsen-Anhalt, Az. [L 4 AS 881/12 B ER](#)). Nachdem damit zu rechnen ist, dass bis Ende des Jahres 2020 Klarheit über die weitere Entwicklung der Pandemie besteht, kann dann das Gefährdungspotenzial für den Antragsteller neu beurteilt werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 VwGO](#).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2020-06-02