

Allgemeine Bemerkung zur Notfalldienstpflicht für Ärztinnen bei Schwangerschaft, Niederkunft und mit Erziehungsaufgabe bei Kleinkindern

Dr. iur Thomas Eichenberger,
juristischer Sekretär der Ärztesgesellschaft des Kantons Bern

Vorbemerkung

Die Tragweite und Einschränkung der Verpflichtung von (werdenden) Müttern zur Leistung von allgemeinem, ambulantem ärztlichem Notfalldienst auf Stufe Bezirksverein gibt immer wieder zu Fragen und Unstimmigkeiten Anlass.

Wir erlauben uns deshalb, zuerst die Grundsätze der allgemeinen Notfalldienstpflicht und die Zuständigkeiten kurz in Erinnerung zu rufen. Anschliessend soll insbesondere die Frage beantwortet werden, ob die arbeitsrechtlichen Vorgaben (Obligationenrecht und Arbeitsgesetz), welche eigentlich nur für in der Arztpraxis angestellten Ärztinnen gelten, analog in die für alle Ärztinnen geltende Regelung des Notfalldienstes der Bezirksvereine übernommen werden sollen oder nicht. Die Regelung käme dann via Notfalldienstreglementierung auch für selbstständig tätige Ärztinnen zur Anwendung.

Gesundheitsgesetz (GesG)

Die wichtigsten Bestimmungen werden hier auszugsweise wiedergegeben:

Art. 30a:

¹ *Ärztinnen und Ärzte mit Berufsausübungsbewilligung sind verpflichtet, sich an einem Notfalldienst zu beteiligen. Sie sind für die Organisation des ambulanten Notfalldienstes selbst besorgt oder können dessen Organisation den Berufsverbänden übertragen.*

³ *Die zuständige Stelle der Gesundheits- und Fürsorgedirektion ist über die Organisation des ambulanten Notfalldienstes zu orientieren. Sie regelt die Organisation des ambulanten Notfalldienstes, wenn diese nicht anderweitig sichergestellt ist, und entscheidet bei Streitigkeiten aus der Notfalldienstpflicht.*

Art. 30b:

¹ *Die Organisatoren des Notfalldienstes können bei Vorliegen eines wichtigen Grundes*

des eine Person auf Gesuch hin von der Notfalldienstpflicht befreien oder sie von dieser Pflicht ausschliessen.

² *Von der Notfalldienstpflicht befreite oder ausgeschlossene Fachpersonen können wieder in Pflicht genommen werden, wenn der Befreiungs- oder Ausschlussgrund weggefallen oder wenn es zur Sicherstellung der Versorgung notwendig ist.*

³ *Fachpersonen, die keinen Notfalldienst leisten, haben eine Ersatzabgabe an die Organisatoren des Notfalldienstes zu entrichten. Die Ersatzabgabe beträgt 500 Franken pro Notfalldienst, jedoch höchstens 15'000 Franken pro Jahr.*

Notfalldienstpflicht

Notfalldienstpflichtig sind alle in einer Arztpraxis im Kanton Bern tätigen Ärztinnen und Ärzte, welche fachlich selbständig und eigenverantwortlich Patientinnen und Patienten behandeln und deswegen bzw. von Gesetzes wegen eine Berufsausübungsbewilligung haben müssen. Es spielt also keine Rolle, wie die Eigentümerstruktur einer Arztpraxis ausgestaltet ist. Angestellte sind genauso notfalldienstpflichtig wie Praxiseigentümer, welche AHV- und BVG- und steuerrechtlich eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben!

Organisation

Wird der ambulante Notfalldienst vom Berufsverband privat geregelt, so greift der Kanton nicht ein. Der Kanton ist einzig bei Streitigkeiten zuständig; wenn der Notfalldienst nicht funktioniert, ist es seine Aufgabe, hoheitlich für eine ersatzweise Sicherstellung zu sorgen.

Gemäss Statuten der Ärztesgesellschaft des Kantons Bern sind die Bezirksvereine für die Organisation des Notfalldienstes zuständig. Sie sind auch dafür zuständig, in ihrer Region tätige Nichtmitglieder in den Notfalldienst einzuteilen!

Ausnahmen, Erschöpfung der Dienstpflicht und Altersgrenzen?

Das Gesetz kennt lediglich den «wichtigen Grund» als mögliche Ausnahme. Dabei handelt es sich um einen unbestimmten, auslegungsbedürftigen Rechtsbegriff. Nach heutigem Kenntnisstand, der aber bisher weder durch ein Urteil des Verwaltungsgerichts, noch durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesgerichts bestätigt ist, legt die zuständige Notfalldienstorganisation fest, unter welchen Voraussetzungen ein wichtiger Grund anerkannt werden kann. Folglich ist der Bezirksverein dafür zuständig, Ausnahmen von der Notfalldienstpflicht oder Reduktionen der Notfalldienstpflicht, so beispielsweise bei Krankheit, Unfall, Teilzeittätigkeit oder Mutterschaft verbindlich festzulegen.

Namentlich bestimmen nicht die Mitglieder selber, ob ein anderweitiger Dienst als gleichwertig gilt oder nicht bzw. ob die Leistung anderer Dienste zu einer ganzen oder teilweisen Entbindung von der Notfalldienstpflicht führt. Gleiches gilt für eine Beschränkung der Anzahl Dienste pro Mitglied oder für die Einführung von Altersgrenzen. Beides liegt in der alleinigen Kompetenz des Bezirksvereins. Da es sich bei der Notfalldienstpflicht um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung handelt, sind die Mitglieder nicht befugt, selber zu bestimmen, ob und wie viel Notfalldienst sie leisten oder wann sie nach Jahren eines hohen beruflichen Engagements, was nicht bestritten wird, das Gefühl haben, keinen Notfalldienst mehr leisten zu müssen bzw. zu wollen.

Vom Notfalldienst befreite Mitglieder können aus organisatorischen Gründen wie der zur Leistung von Notfalldienst herangezogen werden, solange sie eine frei praktizierende Berufstätigkeit ausüben. Erfolgt also beispielsweise eine Befreiung altershalber, so können die betreffenden Mitglieder zu

einem späteren Zeitpunkt wieder zum Notfalldienst verpflichtet werden, wenn ansonsten der Notfalldienst in der Region wegen einer zu geringen Zahl praktizierender Ärzte nicht mehr aufrecht erhalten werden könnte.

Disziplinierung

Wer die Leistung des Notfalldienstes grundlos verweigert, kann **weiter** zur Leistung von **Notfalldienst angehalten** werden und riskiert ein Standes- und/oder ein Disziplinarverfahren wegen Verstoss gegen die Standesordnung der FMH, gegen das Gesundheitsgesetz (GesG) sowie gegen das Medizinalberufegesetz (MedBG). Rechtskräftig gegen einzelne Mitglieder ausgesprochene Disziplinar massnahmen werden veröffentlicht bzw. sind im eidgenössischen Medizinalberuferegister ersichtlich.

Ersatzabgabe

Die ganze oder teilweise Nichtleistung von Notfalldienst, sei es wegen eines wichtigen Grundes auf Gesuch hin oder wegen Ausschluss aus dem Notfalldienst zieht in aller Regel die Verpflichtung nach sich, eine Ersatzabgabe zu leisten. Der Bezirksverein regelt die Höhe der Ersatzabgabe (gemäss aktuell geltendem Gesundheitsgesetz maximal CHF 500.– pro Dienst oder CHF 15'000.– pro Jahr), den Bezug und die Verwendung zugunsten der Notfalldienstorganisation sowie die Ausnahmen.

Verfahren

Entscheide der Bezirksvereine können an den Vorstandsausschuss der Ärztesellschaft des Kantons Bern (BEKAG) weitergezogen werden. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat den standespolitischen Organisationen, so auch der BEKAG, jegliche hoheitliche Entscheidungsbefugnis abgesprochen, weshalb die in den Statuten vorgesehene Oberaufsicht nicht oder nur beschränkt ausgeübt werden kann.

Sofern also die Verpflichtung, Notfalldienst zu leisten bzw. ganz oder teilweise befreit zu werden und/oder eine Ersatzabgabe zu zahlen, streitig ist und keine Einigung erzielt werden kann, bleibt der BEKAG nichts anderes übrig, als die Akten zum Entscheid an die Gesundheits- und Fürsorgedirektion (GEF), d.h. erstinstanzlich an das Kantonsarztamt, weiterzuleiten. Das Kantonsarztamt erlässt in diesen Fällen eine Verfügung, welche mit Beschwerde an die GEF, und dann gegebenenfalls auch noch an das Verwaltungsgericht des Kantons Bern weitergezogen werden kann.

Notfalldienstpflicht bei Schwangerschaft und Mutterschaft

Die interessanteste Frage kann m.E. vorweg beantwortet werden, wobei zu betonen ist, dass eine Meinungsäusserung des Sekretärs oder der BEKAG **nicht verbindlich** ist, sondern höchstens eine Empfehlung für die Bezirksvereine darstellt (vgl. dazu oben Ziff.8). Die Anwendung einer gesetzlichen Regelung, welche die Bürgerinnen und Bürger zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, was vorliegend im Interesse des öffentlichen Gesundheitsschutzes erfolgt, muss unter Wahrung des Rechtsgleichheitsgebots erfolgen.

Folglich muss der kleinste gemeinsame Nenner (Minimal Standard) für alle gelten. Mit anderen Worten sollte die Befreiung vom Notfalldienst, welche in bestimmten Situationen aus arbeitsrechtlichen Gründen erfolgen muss, auch für diejenigen Ärztinnen gelten, welche dem Arbeitsvertragsrecht nach Obligationenrecht (OR) und der Arbeitsgesetzgebung (ArG) nicht unterstehen.

Fazit: Es empfiehlt sich also, innerhalb des für die Regelung zuständigen Bezirksvereins Befreiungen vom Notfalldienst wegen Schwangerschaft und Mutterschaft für alle frei praktizierenden Ärztinnen gleich zu handhaben. Ansonsten müssten selbständige tätige Ärztinnen, welche sich in der

gleichen Schwangerschafts- bzw. Mutterschaftssituation befinden, unter Umständen zusätzliche Dienste von angestellten Ärztinnen übernehmen, welche aus arbeitsrechtlichen Gründen vom Dienst befreit werden müssen. Dies würde meines Erachtens wie gesagt dem Rechtsgleichheitsprinzip widersprechen.

Umsetzung eines «Minimal Standards» nach Massgabe des Arbeitsrechts

Der Arbeitgeber muss schwangere Frauen und stillende Mütter so beschäftigen und ihre Arbeitsbedingungen so gestalten, dass ihre Gesundheit und die Gesundheit des Kindes nicht beeinträchtigt werden. Schwangere und Stillende dürfen nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt werden. In den ersten acht Wochen nach der Niederkunft gilt zudem ein absolutes Beschäftigungsverbot. Schwangere können überdies auf blosser Anzeige hin der Arbeit fernbleiben oder diese verlassen. Stillenden Arbeitnehmerinnen muss der Arbeitgeber für das Stillen oder Abpumpen von Milch die erforderliche Zeit freigeben; im ersten Lebensjahr des Kindes wird bei einer täglichen Arbeitszeit von bis zu 4h davon mindestens 30 Minuten, bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 4h mindestens 60 Minuten und bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 7h mindestens 90 Minuten an die bezahlte Arbeitszeit anzurechnen sein. Die weiteren nicht krankheitsbedingten Absenzen sind jedoch nicht bezahlt – es sei denn, die Schwangere hat ein Arztzeugnis oder es gibt eine besondere Vereinbarung für die Stillende.

Gefährliche und beschwerliche Arbeiten dürfen Schwangere und Stillende nur verrichten, wenn aufgrund einer Risikobeurteilung feststeht, dass dabei keine konkrete gesundheitliche Belastung für Mutter und Kind vorliegt, oder wenn eine solche durch geeignete Schutzmassnahmen ausgeschaltet werden kann. Für die Arztpraxis



Der Arbeitgeber muss schwangere Frauen so beschäftigen und ihre Arbeitsbedingungen so gestalten, dass ihre Gesundheit und die Gesundheit des Kindes nicht beeinträchtigt werden.

Bild: iStockphoto.com

von Bedeutung sind insbesondere Arbeiten, bei denen die Schwangeren und Stillenden schädlichen Strahlen, Stoffen oder Mikroorganismen ausgesetzt sein könnten. Hinzu kommen das Bewegen von schweren Lasten sowie Bewegungen und Körperhaltungen, die zu vorzeitiger Ermüdung führen. Kann der Gefährdung nicht mit Schutzmassnahmen begegnet werden, so muss der Arbeitgeber die schwangere oder stillende Arbeitnehmerin an einen für sie ungefährlichen und gleichwertigen Arbeitsplatz versetzen. Kann er eine solche Ersatzarbeit nicht zuweisen, so hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf 80 % des Lohnes. Dies gilt auch, wenn auf ihr Verlangen anstelle von Nachtarbeit keine gleichwertige Tagesarbeit angeboten werden kann. Schwangere und Stillende dürfen nicht über die vereinbarte ordentliche Dauer der täglichen Arbeit hinaus beschäftigt werden und keinesfalls mehr als neun Stunden pro Tag. Schwangere dürfen ab der 8. Woche vor der Niederkunft zwischen 20 Uhr und 6 Uhr nicht beschäftigt werden.

Fazit: Obwohl das Arbeitsrecht nicht 1:1 in die Notfalldienstreglemente übertragen werden kann, sollte meines Erachtens folgendes befolgt werden: Auch wenn die Leistung von Notfalldienst nicht eindeutig

als die Gesundheit von Mutter und Kind gefährdende Tätigkeit eingestuft werden kann, ist zu empfehlen, Ärztinnen **während der Schwangerschaft ab einem bestimmten Zeitpunkt bzw. schon relativ früh nicht mehr im Notfalldienst einzusetzen. Gleiches gilt umso mehr für die Zeit nach der Niederkunft**, denn im Zeitraum von 8 Wochen vor der Niederkunft ist eine Beschäftigung nach 20 Uhr und vor 6 Uhr (Abend- bzw. Nachtarbeit) sowieso nicht zulässig und nach der Niederkunft besteht für die Frau ein Beschäftigungsverbot von 8 Wochen. Weitere 8 Wochen darf die Frau nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt werden.

Gemäss Empfehlung des Vereins «medical women switzerland (Ärztinnen Schweiz)» ist es zudem wünschbar, **für die betreuungsintensive Vorschulzeit**, d.h. insbesondere bis zum abgeschlossenen 6. Lebensjahr auf Antrag eine Dispensation vom Notfalldienst zu gewähren. Ferner sollten **alleinstehende Mütter und Väter** darüber hinaus auf Gesuch hin besonders geschützt werden, da sie mehr Zeit investieren müssen, als wenn zwei Elternteile vorhanden sind. Sie sollten gemäss medical women switzerland keinen Notfalldienst leisten müssen.

Ersatzabgabe?

Wie erwähnt, ist es an den Bezirksvereinen, allfällige Ausnahmen von der Pflicht zu formulieren, bei Nichtleistung des Notfalldienstes stattdessen eine Ersatzabgabe zu leisten.

Weil das Gesetz die Leistung von Ersatzabgaben grundsätzlich vorsieht, und zwar auch für den Fall einer Befreiung aus wichtigem Grund, muss sich die zusätzliche Befreiung von der Leistung einer Ersatzabgabe meines Erachtens auf gut begründete, vorübergehende Verhinderungen (wie z.B. Unfall, vorübergehende Krankheit, Schwangerschaft und Niederkunft) beschränken.

So ist es zum Beispiel m.E. nicht nur legitim, sondern vielmehr notwendig, von dauerhaft befreiten oder ausgeschlossenen Ärztinnen und Ärzten, welche im Übrigen an der Ausübung der allgemeinen Praxistätigkeit entsprechend ihrem selbst gewählten und von der BEKAG abstufungsmässig akzeptierten Pensum von 25%, 50%, 75% oder 100% nicht eingeschränkt sind, eine entsprechende Ersatzabgabe zu verlangen.