

# Pflicht zur höchstpersönlichen Leistungserbringung?

Manfred Andreas, Karlsruhe<sup>1</sup>

Die Juristen beschäftigen sich spätestens seit dem Urteil des Amtsgerichts Aachen vom 31.3.1976 - 6 C 609/75 - mit dem Liquidationsrecht und der persönlichen Leistung des leitenden Arztes. Mit dem Urteil vom 20.12.2007 - III ZR 144/07 - ArztR 2008, 98 hat erstmals der Bundesgerichtshof zur persönlichen Leistungserbringung im Wahlarztbereich Stellung genommen. Ausgehend von diesem Urteil äußert sich der Verfasser zur persönlichen Leistungserbringung auch in anderen Bereichen (z.B. Privatambulanz, KV-Ermächtigungsambulanz).

## I. Persönliche Leistungserbringung durch den Wahlarzt

Der Patient kauft sich – bildlich gesprochen – mit der Wahlartabrede die Person des Wahlarztes hinzu. Während der Patient im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistungen keinen Anspruch auf die Behandlung durch bestimmte Ärzte hat, führt bei der wahlärztlichen Behandlung der durch den Patienten gewählte Arzt die Behandlung an Stelle der sonst vom Krankenhaus bestimmten Ärzte durch (Bender in Heidelberger Kommentar Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht Nr. 5485 Rdnr. 47).

Daraus sowie aus § 613 BGB und § 4 Abs. 2 Satz 1 GOÄ leitet der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 20.12.2007 ab, dass eine „**grundsätzliche** Pflicht des Wahlarztes zur **persönlichen** Behandlung“ besteht.

Der Bundesgerichtshof spricht nicht von einer absoluten Pflicht des Wahlarztes, sondern nur von einer **grundsätzlichen** Verpflichtung. Das Wort „grundsätzlich“ bedeutet, dass etwas von einem Grundsatz abgelei-

tet, auf ihm beruhend ist; es wird eine Regel aufgestellt, die Ausnahmen zulässt (Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 7. Auflage 2001, Stichwort „grundsätzlich“). Auch bei Wikipedia heißt es unter dem Stichwort „Grundsatz“, dass jedenfalls im juristischen Sprachgebrauch das Wort „grundsätzlich“ relativierend verwendet wird und zwar als übliche Richtschnur, von der in Einzelfällen abgewichen werden kann. Somit ist festzuhalten, dass der Bundesgerichtshof die Pflicht zur persönlichen Behandlung nicht ausnahmslos postuliert hat.

Zu bestimmen ist weiter, was mit der grundsätzlichen Pflicht zur „**persönlichen**“ Behandlung gemeint ist.

Unser Recht geht in §§ 164 ff. BGB davon aus, dass eine Stellvertretung möglich ist. Selbst wenn es in § 925 Abs. 1 BGB heißt, dass die Auflassung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück „bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile“ erklärt werden muss, ist Vertretung zulässig (Palandt/Bassenge § 925 BGB Rdnr. 5). Nur bei der Eheschließung ist gemäß § 1311 BGB eine

Stellvertretung bei der Erklärung des Eheschließungswillens unzulässig.

Anders als bei der Eheschließung, die ein **höchstpersönliches** Rechtsgeschäft darstellt, fordert der Bundesgerichtshof für die Behandlung durch den Wahlarzt nur die **persönliche** Leistung. Eine höchstpersönlich zu erbringende Leistung ist in § 2 Abs. 3 Satz 2 GOÄ nur für solche Wahlleistungen vorgesehen, für die eine abweichende Vereinbarung (Abdingung, Honorarvereinbarung) geschlossen worden ist. Darum sagt der Bundesgerichtshof in dem erwähnten Urteil, dass der Wahlarzt einfache ärztliche und sonstige medizinische Verrichtungen delegieren darf, was beim Vorliegen einer Abdingungsvereinbarung unzulässig wäre. Deshalb sollte sich eine Abdingung nur auf diejenigen Leistungen beziehen, die der Wahlarzt in eigener Person zu erbringen im Stande ist, weil ansonsten die Honorarvereinbarung

<sup>1</sup> Rechtsanwalt Dr. Manfred Andreas, Fachanwalt für Medizinrecht, Kanzlei für Arztrecht, Karlsruhe



leer läuft oder sogar wegen Irreführung insgesamt unwirksam werden kann.

Unrichtig ist es somit, wenn die Bundesärztekammer und die Kassenärztliche Bundesvereinigung in ihrer Stellungnahme zur persönlichen Leistungserbringung unter Nr. III (DÄBl. 41/2008, B 1865) die Auffassung vertreten, dass der Wahlarzt dem Patienten aus dem Wahlarztvertrag seine höchstpersönliche Leistung schulde.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 20.12.2007 „muss der Wahlarzt die seine Disziplin prägende Kernleistung persönlich und eigenhändig erbringen“.

**Damit wird die persönliche Pflicht des Wahlarztes zur Leistungserbringung mit dem Begriff der Kernleistung umschrieben.** Es kommt deshalb darauf an, was als Kernleistung anzusehen ist.

Die Bundesärztekammer und die Kassenärztliche Bundesvereinigung zählen in ihrer Stellungnahme zur persönlichen Leistungserbringung unter Nr. III (DÄBl. 41/2008, B 1865) folgende Kernleistungen auf:

- ▲ Anamnese,
- ▲ Indikationsstellung,
- ▲ Untersuchung des Patienten einschließlich invasiver diagnostischer Leistungen,
- ▲ Stellen der Diagnose,
- ▲ Aufklärung und Beratung des Patienten,
- ▲ Entscheidung über die Therapie und
- ▲ Durchführung invasiver Therapien einschließlich der Kernleistungen operativer Eingriffe.

Hinsichtlich der chirurgischen Tätigkeit schreibt der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 20.12.2007, dass „der als Wahlarzt verpflichtete Chirurg die geschuldete Operation grundsätzlich selbst durchführen“ muss. Hier findet sich erneut die Einschränkung, dass die Pflicht nur

„grundsätzlich“ – also nicht ausnahmslos – zu erfüllen ist. Dabei stellt sich die Frage, welche Vorbereitungen und welche Nachbereitungen noch zur persönlich geschuldeten Operationsleistung gehören. Einfache ärztliche und „sonstige“ medizinische Verrichtungen sind nach Auffassung des Bundesgerichtshofs delegationsfähig.

In der **Geburtshilfe** ist die Leitung der Geburt als Kernleistung anzusehen.

Das Oberlandesgericht Celle hat in einem Urteil vom 22.3.1982 (ArztR 1982, 267, 270) zur Kernleistung in der **Anästhesie** Folgendes ausgeführt:

*„Man wird nicht verlangen können, dass der leitende Anästhesist in jedem Falle das Betäubungsverfahren eigenhändig durchführen muss. Er darf aber nicht sämtliche Aufgaben an die nachgeordneten Ärzte delegieren, sondern wird vielmehr zumindest in der präoperativen Phase persönlich tätig werden und beispielsweise die erforderlichen Untersuchungen und die Prämedikation durchführen müssen, die Anamnese durch fachspezifische Fragen ergänzen, das Anästhesieverfahren und die zur Anwendung gelangenden Anästhesiemittel auswählen und ggf. auch das Aufklärungsgespräch mit dem Patienten führen müssen. Bei komplizierten Fällen wird man zusätzlich erwarten müssen, dass der liquidationsberechtigte Chefarzt die Ein- und Ausleitung der Narkose selbst vornimmt, während die Überwachung im Einzelfall unter Umständen auch durch hinreichend qualifizierte nachgeordnete Ärzte erfolgen kann, wenn sich der Chefarzt nur genügend rasch erreichbar im Hintergrund hält.“*

Spickhoff (JZ 13/2008, 689) hält eine durchgehend persönliche Anwesenheit des Chefarztes, etwa für die Anästhesie während lang andauernder Operationen, nicht ohne Weiteres für angezeigt.

Das Oberlandesgericht Celle hat in seinem Urteil davon gesprochen,

dass der Chefarzt die „Überwachung“ der Anästhesie auch qualifizierten nachgeordneten Ärzten überlassen dürfe. Die Deutsche Gesellschaft für Anästhesiologie und Intensivmedizin hat in der Münsteraner Erklärung II 2007 (Anästhesiologie und Intensivmedizin 12/2007, 712) allerdings darauf hingewiesen, dass es nicht nur darum geht, die Anästhesie zu überwachen, sondern die Anästhesie zu führen. Zur Kernleistung der Anästhesie hat der damalige Präsident des Chefarztverbandes, Prof. Dr. Dr. Hoffmann in Arzt und Krankenhaus in 1/1999, 15/16 Folgendes ausgeführt:

*„Angesichts der sich seit 1982 verschärfenden Rechtsprechung hinsichtlich der persönlichen Leistungserbringung ist heute nicht mehr damit zu rechnen, dass Gerichte sich damit zufrieden geben, wenn der liquidationsberechtigte Chefarzt nur bei komplizierten Fällen die Ein- und Ausleitung der Narkose selbst vornimmt. Dies wird die Rechtsprechung heute für das gesamte Narkoseverfahren fordern, wobei der liquidationsberechtigte Arzt sich selbstverständlich assistieren lassen darf. Assistenz bedeutet aber, dass der liquidationsberechtigte Arzt die Leistungserbringung selbst in der Hand behält und am Ort der Leistungserbringung anwesend ist.“*

Im Bereich der **nichtoperativen** Medizin gehören zur Kernleistung die persönliche Untersuchung sowie die Festlegung von Diagnostik und Therapie einschließlich der Beurteilung diagnostisch ermittelter Daten.

Das Oberlandesgericht Köln hat in einem Urteil vom 22.4.1998 - 5 U 144/96 - ArztR 1998, 280 die Voraussetzungen der persönlichen Leistungserbringung bejaht, weil der Chefarzt durch die Leitung und Aufsichtigung der eingeschalteten nachgeordneten Mitarbeiter jederzeit für die Durchsetzung und Einhaltung seines Behandlungskonzepts gesorgt hatte. Ausreichend war, dass der Chefarzt die Anamnese selbst er-

stellte und während des gesamten Behandlungszeitraums den Behandlungsfortgang selbstständig überwachte. Er gab sämtliche den Behandlungsgang bestimmenden Anordnungen selbst und nahm jeden den Patienten betreffenden Befund zur Kenntnis. Er veranlasste auch sämtliche Veränderungen in der Medikation selbst. Untersuchungen des Patienten durch andere Ärzte dienten lediglich der Vorbereitung der vom Chefarzt persönlich durchgeführten Visiten.

Hinsichtlich des Chefarztes einer Klinik für **Kinder- und Jugendpsychiatrie/Psychotherapie** hielt das Oberlandesgericht Hamm es in einem Urteil vom 26.4.1995 - 3 U 97/94 - NJW 1995, 2420, 2421 für ausreichend, dass der Chefarzt das Therapieprogramm entwickelt oder doch vor Behandlungsbeginn persönlich überprüft, den Verlauf der Behandlung engmaschig überwacht hat und die Behandlung nötigenfalls jederzeit beeinflussen konnte.

Besitzt der Chefarzt kein Liquidationsrecht, erhält er vielmehr nur eine Beteiligungsvergütung, gelten die Vorschriften über die persönliche Leistungserbringung gleichwohl. Denn der Krankenhausträger ist gemäß § 17 Abs. 3 Satz 7 Krankenhausentgeltgesetz nur dann berechtigt, gegenüber dem Patienten wahlärztliche Leistungen abzurechnen, wenn die dem Patienten benannten Wahlärzte die Leistungen persönlich erbracht haben.

Beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag hat der **Regelleistungspatient** zwar keinen Anspruch darauf, von einem bestimmten Arzt, insbesondere vom Chefarzt, behandelt und operiert zu werden. Hat der Chefarzt dem Regelleistungspatienten jedoch die konkrete Zusage erteilt, ihn zu operieren, dann bezieht sich die Einwilligung des Patienten in die Operation auf den Eingriff nur durch den Chefarzt. Erfolgt die Operation durch einen anderen Arzt, ist

der Eingriff rechtswidrig. Dies kann zu einer strafrechtlichen Verurteilung wegen vorsätzlicher Körperverletzung führen und begründet bei gesundheitlichen Beeinträchtigungen einen Schadenersatzanspruch des Patienten (Urteil des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 11.5.2005 - 5 U 163/04 - ArztR 2008, 133).

## II. Stellvertretung bei wahlärztlichen Leistungen

### 1. Abwesenheitsvertretung

Da der Wahlarzt seine Leistung nur grundsätzlich persönlich erbringen muss, ist eine Stellvertretung nicht von vornherein ausgeschlossen.

Ist der Chefarzt an der persönlichen Erbringung der Kernleistung verhindert, darf er deren Ausführung auf einen Stellvertreter übertragen, sofern er mit dem Patienten eine **entsprechende Vereinbarung** wirksam getroffen hat. Allerdings ist der Steigerungsfaktor für die Privatliquidation gemäß § 5 Abs. 5 GOÄ begrenzt, sofern nicht der vor Abschluss des Wahlarztvertrages dem Patienten benannte ständige ärztliche Vertreter persönlich tätig geworden ist. Der Schwellenwert darf bei der Liquidation dann nicht überschritten werden.

Der Bundesgerichtshof führt in seinem Urteil vom 20.12.2007 (ArztR 2008, 98) aus, dass bei der Stellvertretervereinbarung zwischen der unvorhersehbaren und der vorhersehbaren Verhinderung des Wahlarztes zu unterscheiden ist.

a) Eine **unvorhersehbare Verhinderung**, die auch bei nachträglich eingereichtem Urlaub bestehen kann, liegt nach Ansicht des Bundesgerichtshofs vor, wenn die Verhinderung im Zeitpunkt des Abschlusses der Wahlleistungsvereinbarung noch nicht feststand. Unvorhersehbare Verhinderungen sind außerdem Krankheit, anderweitige notfallmä-

ßige Beanspruchung, Unfall des Wahlarztes auf dem Weg zum Krankenhaus oder auch Verzögerungen aufgrund eines Verkehrsstaus oder schlechter Witterungsverhältnisse (Bender, MedR 2008, 336, 341).

Für den Fall der unvorhersehbaren Verhinderung darf die Wahlleistungsvereinbarung zwischen Patient und Krankenhausträger formularmäßig vorsehen, dass eine Stellvertretung erfolgen kann, allerdings nur durch den vor Abschluss des Wahlarztvertrages dem Patienten benannten ständigen ärztlichen Vertreter. Dies hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 20.12.2007 ausdrücklich festgehalten. Soll ein anderer als der ständige ärztliche Vertreter die Wahlleistung erbringen, bedarf es dazu einer Individualvereinbarung, die zwischen dem Chefarzt und dem Patienten schriftlich geschlossen werden muss. Die Anforderungen an eine solche Individualvereinbarung werden unten dargestellt.

Durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20.12.2007 wird die Streitfrage, ob mehr als ein ständiger Vertreter benannt werden darf, nicht beantwortet. Denn diese Frage war im Fall des Bundesgerichtshofs nicht entscheidungserheblich.

Das Landgericht München I hat in einem Urteil vom 20.2.2002 - 9 S 15647/01 - ArztR 2002, 149 zum Ausdruck gebracht, dass eine Beschränkung auf einen einzigen ständigen ärztlichen Vertreter nicht erforderlich erscheine. Demgegenüber hat der Verfasser in ArztR 1997, 67, 69/70 und 2000, 240, 242 ausgeführt, dass zwar nur ein einzelner ständiger Vertreter vorgesehen sein darf. Dabei ist es allerdings möglich, dass je nach der Station, auf welcher der Patient untergebracht ist, ein anderer ständiger Vertreter zuständig ist oder dass die ständigen Vertreter nach gewissen Subdisziplinen (z. B. Kardiologie oder Gastroenterologie) benannt werden. Entscheidend ist, dass wie bei einem Geschäftsverteilungs-

plan für den Patienten vor Abschluss des Wahlarztvertrages bestimmbar ist, welcher Facharzt für die Erbringung einer Leistung als Vertreter zum Einsatz kommen wird. Diese Auffassung scheint sich durchzusetzen (s. Bender, MedR 2008, 336, 337/338, 342).

Bedenklich ist es, wenn das Muster einer Wahlleistungsvereinbarung der Deutschen Krankenhaus Gesellschaft (Allgemeine Vertragsbedingungen [AVB] Behandlungsverträge und Wahlleistungsvereinbarungen für Krankenhäuser, 8. Auflage 2009, S. 67) vorsieht, dass die gesamten berechenbaren ärztlichen Leistungen statt vom Wahlarzt generell vom ständigen ärztlichen Vertreter erbracht werden können. Die Möglichkeit, den ständigen ärztlichen Vertreter tätig werden zu lassen, besteht bei richtigem Verständnis des Urteils des Bundesgerichtshofs nur bei unvorhergesehener Abwesenheit des Chefarztes oder ansonsten bei entsprechender individualvertraglicher Vereinbarung mit dem Patienten. Denn wenn schon bei unvorhergesehener Verhinderung der ständige ärztliche Vertreter nicht automatisch tätig werden darf, sondern nur dann, wenn dies in der Wahlleistungsvereinbarung vorgesehen ist, dann darf der ständige ärztliche Vertreter in vorhersehbaren Verhinderungsfällen erst recht nicht automatisch tätig werden.

Korrekt ist das Muster der Deutschen Krankenhausgesellschaft hinsichtlich der Benennung des ständigen ärztlichen Vertreters für den Fall der unvorhergesehenen Verhinderung (S. 68 des Musters a.a.O.). Das Vertragsmuster der Deutschen Krankenhausgesellschaft sieht folgende Formulierung vor (siehe nebenstehende Abbildung).

b) Für den **Fall der vorhersehbaren Verhinderung**, z.B. bei einem geplanten Urlaub, genügt nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs eine Vertreterklausel in der Wahlleistungsver-

**Für den Fall der unvorhergesehenen Verhinderung des Wahlarztes der jeweiligen Fachabteilung bin ich mit der Übernahme seiner Aufgaben durch seinen nachfolgend benannten ständigen ärztlichen Vertreter einverstanden:**

Fachabteilung	Wahlarzt	Ständiger ärztlicher Vertreter
Chirurgie	Dr. med. ...	Dr. med. ...
Innere Medizin	Dr. med. ...	Dr. med. ...
Gynäkologie	Dr. med. ...	Dr. med. ...
...	...	...
...	...	...

**Hinweis:**  
Für die Inanspruchnahme der oben genannten Wahlleistungen besteht kein gesetzlicher Krankenversicherungsschutz. Bei der Inanspruchnahme von Wahlleistungen ist der Patient als Selbstzahler zur Entrichtung des Entgelts verpflichtet. Prüfen Sie bitte, ob Ihre private Krankenversicherung/Beihilfe etc. diese Kosten deckt.

---

Datum Ort

---

Unterschrift des Patienten (bei minderjährigen Patienten: des oder der Sorgeberechtigten) Unterschrift des Krankenhausmitarbeiters

Ich handele als Vertreter mit Vertretungsmacht:

---

Unterschrift des Vertreters

einbarung nicht. Vielmehr muss in einem solchen Fall die Stellvertretung individuell zwischen Wahlarzt und Patient vereinbart werden (Rdnr. 13 des Urteils).

Diese Individualvereinbarung ist nur wirksam, wenn sie folgende Regelungen enthält:

- ▲ Der Patient ist so früh wie möglich über die Verhinderung zu unterrichten. Ihm ist anzubieten, dass anstelle des Wahlarztes ein bestimmter Vertreter zu den vereinbarten Bedingungen tätig wird.

- ▲ Dem Patienten muss die Möglichkeit eröffnet werden, auf die Inanspruchnahme wahlärztlicher Leistungen zu verzichten und sich ohne Zuzahlung von dem jeweils diensthabenden Arzt behandeln zu lassen.
- ▲ Sofern die jeweilige Maßnahme bis zum Ende der Verhinderung des Wahlarztes aus medizinischer Sicht verschoben werden kann, ist auch dies dem Patienten zur Wahl zu stellen.

Die Individualvereinbarung muss **schriftlich** getroffen, also vom Pati-

enten und vom Wahlarzt bzw. dessen jeweiligen Vertretern unterschrieben werden. Der Bundesgerichtshof (Rdnr. 19 des Urteils) begründet das Schriftformerfordernis damit, dass die Individualvereinbarung die Wahlleistungsvereinbarung ändere. Für die Wahlleistungsvereinbarung ergebe sich das Schriftformerfordernis aus § 17 Abs. 2 Satz 1 Krankenhausentgeltgesetz.

Bei dieser Argumentation des Bundesgerichtshofs bleibt jedoch unklar, wie ein Vertrag zwischen Patient und Chefarzt die Wahlleistungsvereinbarung, die zwischen Patient und Krankenhaussträger geschlossen wurde, ändern kann. Dies wäre nur dann möglich, wenn der Chefarzt zugleich als Vertreter des Krankenhaussträgers unterschreiben würde. So zu verfahren, ist ratsam, um etwaigen Diskussionen darüber, ob neben dem Chefarzt auch der Krankenhaussträger unterschreiben muss, die Grundlage zu entziehen.

Der Bundesgerichtshof sagt in seinem Urteil ausdrücklich, dass eine Individualabrede auch dann vorliegt, wenn sie formularmäßig abgeschlossen wurde (Rdnr. 21 des Urteils). Dabei kommt es darauf an, dass der Patient unter mehreren Alternativen wählen kann. Nebenstehend ist das Muster einer derartigen individuellen Vertretungsvereinbarung abgedruckt.

Ist der Patient aus medizinischen oder sonstigen Gründen gehindert, die Individualvereinbarung und/oder die Wahlleistungsvereinbarung zu unterschreiben, sollte ein beliebiger, ggf. vollmachtloser Vertreter (z.B. ein Mitarbeiter des Krankenhauses) die Willenserklärung für den Patienten abgeben und unterschreiben. Genehmigt der Patient später die Erklärung des vollmachtlosen Vertreters, wirkt die Genehmigung zurück (§ 184 BGB). Dann sind die unterschriebenen Erklärungen von Anfang an wirksam (so auch Biermann/Bock/Ulsenheimer, Anästhesi-

<b>Muster</b>	
<b>Individuelle Vertretungsvereinbarung</b>	
Zwischen	
_____	
(Chefarzt/Chefärztin)	
und	
_____	
(Patient/Patientin)	
<p>wird in Abänderung der vom Patienten/von der Patientin mit dem Krankenhaus geschlossenen Wahlleistungsvereinbarung Folgendes vereinbart:</p> <p>Am ..... (Datum) wurde dem Patienten/der Patientin mitgeteilt, dass der Chefarzt/die Chefärztin vom ..... bis zum ..... (Datum der Abwesenheit) wegen ..... (Grund der Abwesenheit, z.B. Fortbildung) an der persönlichen Erbringung der wahlärztlichen Leistungen verhindert ist. Der Chefarzt/die Chefärztin kann deshalb auch die am ..... (Datum) vorgesehene Maßnahme/Behandlung ..... (Bezeichnung der Maßnahme/Behandlung) nicht selbst durchführen.</p> <p>Für den Zeitraum der Abwesenheit des Chefarztes/der Chefärztin wurde der Patient/die Patientin über die folgenden Alternativen <b>ausdrücklich aufgeklärt</b>:</p> <p><input type="checkbox"/> Weil es medizinisch vertretbar ist, wird die für den ..... (Datum) vorgesehene Maßnahme/Behandlung bis zur Rückkehr des Chefarztes/der Chefärztin verschoben.</p> <p style="text-align: center;"><b>oder</b></p> <p><input type="checkbox"/> Auf ärztliche Wahlleistungen im Krankenhaus wird verzichtet. Die Behandlung erfolgt im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistungen durch den jeweiligen diensthabenden Arzt.</p> <p style="text-align: center;"><b>oder</b></p> <p><input type="checkbox"/> Der Chefarzt/die Chefärztin wird durch ..... (Name des Vertreters) vertreten, wobei die Vertretungsleistungen nach Maßgabe der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) abgerechnet werden.</p> <p>Die Parteien haben vereinbart, nach der oben angekreuzten Alternative zu verfahren.</p>	
_____	_____
Datum	Ort
_____	_____
für den Chefarzt/für die Chefärztin, zugleich für den Krankenhaussträger	Patient/in



ologie und Intensivmedizin 2008, 654, 655). Derselbe Mitarbeiter, der für den Chefarzt und/ oder den Krankenhaussträger unterschreibt, kann auch für den Patienten unterschreiben. Die möglicherweise unzulässige Doppelvertretung wird geheilt, wenn der Patient die Erklärung des – zunächst vollmachtlosen – Vertreters genehmigt (s. Palandt/ Heinrichs § 181 BGB Rdnr. 15).

c) Ohne rechtsgültige Wahlleistungsvereinbarung entsteht kein Liquidationsrecht für stationär erbrachte Leistungen. Dies hat der Bundesgerichtshof im Urteil vom 17.10.2002 - III ZR 58/02 - ArztR 2003, 128, 129 unmissverständlich ausgesprochen. Fehlt es an einer gültigen Wahlleistungsvereinbarung, braucht der Patient, auch wenn er wie ein Wahlleistungspatient behandelt wurde, nur den allgemeinen Pflegsatz – wie ein Regelleistungspatient – zu zahlen. Deshalb kommt der richtigen Formulierung der Wahlleistungsvereinbarung – auch bezüglich der Frage der Stellvertretung – besondere Bedeutung zu.

**Verwendet der Krankenhaussträger schuldhaft unrichtige Wahlleistungsformulare**, indem er beispielsweise von bewährten Mustern abweicht, **macht er sich gegenüber dem Chefarzt**, der seine Liquidationsansprüche gegenüber dem Patienten deshalb verliert, **schadensersatzpflichtig**. Dies hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 2.11.2006 - 3 B 03.1766 - ArztR 2007, 192 für beamtete Chefarzte ausgesprochen. Nichts anders gilt dann, wenn der Chefarzt beim Krankenhaussträger privatrechtlich angestellt ist. Denn das Landesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 22.3.2001 - 8 AZR 536/00 - ArztR 2002, 122, 127 erkannt, dass sogar dann, wenn nur eine Nebentätigkeitserlaubnis mit Liquidationsrecht erteilt wurde, der Krankenhaussträger verpflichtet ist, dem Chefarzt die Möglichkeit zu geben, aus dieser chef-

ärztlichen Tätigkeit Einnahmen zu erzielen. Gleichmaßen hat das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz im Urteil vom 9.11.2005 - 10 Sa 212/05 - ArztR 2006, 214 ausgesprochen, dass sich ein Krankenhaussträger schadenersatzpflichtig macht, wenn er die seinen angestellten Ärzten eingeräumten Liquidationsmöglichkeiten vereitelt. Der Krankenhaussträger muss dem liquidationsberechtigten Arzt in einem solchen Fall den entgangenen Gewinn ersetzen.

d) Zur Liquidation von Stellvertreterleistungen sei noch auf Folgendes hingewiesen: Der Chefarzt darf nur solche Leistungen des Vertreters als eigene Wahlleistungen abrechnen, die er als Chefarzt auch selbst hätte erbringen können. Fehlt dem Chefarzt beispielsweise eine Qualifikation, die nur der Vertreter hat, sodass nur der Vertreter die Leistung ordnungsgemäß erbringen kann, kommt eine Liquidation des Chefarztes in Form einer Stellvertreterleistung nicht in Betracht.

## 2. Anwesenheitsvertretung

Die bisherigen Ausführungen haben sich mit der Frage befasst, wann der Chefarzt für Leistungen liquidieren darf, die während seiner Abwesenheit durch einen Stellvertreter erbracht wurden.

Höchstrichterliche Entscheidungen dazu, ob der Chefarzt sich auch vertreten lassen darf, wenn er im Krankenhaus planmäßig anwesend ist, liegen – soweit ersichtlich – nicht vor. Allerdings hat das Oberlandesgericht Düsseldorf bezüglich der **Anwesenheitsvertretung** in einem Urteil vom 23.4.1998 - 8 U 171/97 - Folgendes zum Ausdruck gebracht: Die Privatautonomie des Patienten ermöglicht grundsätzlich die Vereinbarung, die Behandlung durch einen Stellvertreter des Chefarztes als vertragsgerechte Wahlleistung anzusehen.

Im Anschluss an das Urteil des

Bundesgerichtshofs vom 20.12.2007 wird man für eine derartige Stellvertretervereinbarung bezüglich einer Anwesenheitsvertretung fordern müssen, dass zwischen Chefarzt und Patient darüber eine schriftliche Individualvereinbarung geschlossen worden ist. Dabei kommt es entscheidend darauf an, dass der Patient die freie Wahl hat, ob er bei Anwesenheit des Chefarztes beispielsweise von einem Oberarzt operiert oder anästhesiert werden möchte. Geht der Wunsch vom Patienten aus, weil er beispielsweise den Oberarzt als Nachbarn kennt oder von ihm in der Vergangenheit stationär besonders gut versorgt wurde, sollte dies in der Individualvereinbarung zum Ausdruck kommen.

## III. Persönliche Leistungserbringung in der Privatambulanz des Chefarztes

Die grundsätzliche Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung gegenüber Selbstzahlern in der Privatambulanz ergibt sich – wie bei den stationären Wahlleistungspatienten - aus § 613 BGB und § 4 Abs. 2 Satz 1 GOÄ. Daraus folgt, dass der liquidationsberechtigte Arzt auch beim ambulanten Selbstzahler die Kernleistung erbringen muss. Allerdings unterliegt die ambulante Behandlung nicht dem Schriftformerfordernis der Wahlarztvereinbarung. Vom Grundsatz der persönlichen Leistungspflicht abweichende Vereinbarungen können deshalb formlos – auch durch schlüssiges Verhalten – getroffen werden, siehe Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.9.1988 - VI ZR 296/87 - = NJW 1989, 769, 770.

Wenn die strengen Voraussetzungen für den Liquidationsanspruch im stationären Wahlarztbereich nicht vorliegen, versagt die Rechtsprechung den Honoraranspruch des Arztes mit der Begründung, der Patient habe nicht mehr als die Regelleis-

tung erhalten, diese aber bereits über den Pflugesatz bezahlt. Der ambulante Privatpatient hat demgegenüber nicht bereits die „Kassenleistung“ bezahlt. Würde der Honoraranpruch verneint, brauchte der Patient nicht einmal die erbrachte „Kassenleistung“ zu vergüten. In jedem Fall steht dem Chefarzt ein bereicherungsrechtlicher Anspruch gegenüber dem ambulanten Selbstzahler zu, bei dem die Leistungserbringung vertragswidrig nicht persönlich erfolgte.

Hinsichtlich der privaten Notfallambulanz des Chefarztes hat der Bundesgerichtshof festgestellt, der Privatpatient sei sich darüber im Klaren, dass der Chefarzt außerhalb seiner Sprechstunde oft gar nicht in der Lage ist, sich um ihn zu kümmern, weil er seinen hauptamtlichen Pflichten im Krankenhaus nachzugehen hat und möglicherweise gar nicht anwesend ist. Deswegen sieht es der Bundesgerichtshof als Vertragsinhalt an, dass der Chefarzt liquidationsberechtigt ist, auch wenn in seiner Abwesenheit nur der diensthabende nachgeordnete Krankenhausarzt tätig wurde (BGH, a.a.O.; Urteil vom 31.1.2006 - VI ZR 66/06 - ArztR 2007, 23).

Wenn der Bundesgerichtshof formuliert, dass der Privatpatient in der Regel eine ärztliche Behandlung erwartet, die vom Chefarzt wenigstens mitverantwortet wird, so bedeutet dies, dass der Chefarzt jedenfalls dann, wenn er wieder im Krankenhaus anwesend ist, prüfen muss, ob der selbstzahlende Patient ordnungsgemäß versorgt wurde (Andreas, ArztR 1989, 167, 171).

Für die Notfallbehandlung durch nachgeordnete Ärzte kann der Chefarzt die übliche Vergütung liquidieren (Urteil des Amtsgerichts Schwabach vom 1.9.1988 - 4 C 36/88 -). Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8.11.2007 - III ZR 54/07 - ArztR 2007, 314 darf der Arzt bei durchschnittlicher Schwierigkeit und durchschnittlichem Zeitaufwand den

2,3-fachen Steigerungssatz abrechnen. Dies gilt auch bei einer ambulanten Behandlung durch nachgeordnete Ärzte. Denn die Pflicht, den Steigerungsfaktor zu senken, wenn der Chefarzt nicht persönlich tätig wurde und auch nicht durch seinen ständigen ärztlichen Vertreter behandelt hat, gilt gemäß § 5 Abs. 5 GOÄ nur für stationäre wahlärztliche Leistungen.

#### IV. Persönliche Leistung in der Ermächtigungsambulanz und Beschäftigung angestellter Ärzte

Chefarzte nehmen an der vertragsärztlichen Versorgung traditionell im Rahmen einer vom Zulassungsausschuss ausgesprochenen Ermächtigung gemäß § 116 SGB V teil. Der Ermächtigungskatalog ist in der Regel auf bestimmte Leistungen beschränkt. Außerdem gilt für den ermächtigten Arzt § 32 a Ärzte-ZV. Er lautet:

*„Der ermächtigte Arzt hat die in dem Ermächtigungsbeschluss bestimmte vertragsärztliche Tätigkeit **persönlich** auszuüben. Bei Krankheit, Urlaub oder Teilnahme an ärztlicher Fortbildung oder an einer Wehrübung kann er sich innerhalb von zwölf Monaten bis zur Dauer von drei Monaten vertreten lassen. Satz 2 gilt nicht für Ermächtigungen nach § 31 Abs. 1 Buchstabe b.“*

Somit postuliert auch das Kassenarztrecht die persönliche, aber keineswegs die höchstpersönliche Leistungserbringung. Nr. 2.2 des EBM 2009, Allgemeine Bestimmungen, besagt, dass eine Gebührenordnungsposition nur berechnungsfähig ist, wenn der an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmende Arzt die für die Abrechnung relevanten Inhalte **persönlich** erbracht hat. Die Grundpauschale für ermächtigte Ärzte hat unter den Gebührensnummern 01320 und 01321 als obligaten Leistungsinhalt den „persönlichen Arzt-Patienten-Kontakt“. Nach Nr. 4.3.1

der Allgemeinen Bestimmungen des EBM 2009 setzt ein persönlicher Arzt-Patienten-Kontakt „die räumliche und zeitgleiche Anwesenheit von Arzt und Patient und die direkte Interaktion derselben“ voraus.

Der ermächtigte Krankenhausarzt ist anders als der niedergelassene Vertragsarzt nicht berechtigt, in seiner Ambulanz Assistenzärzte zu beschäftigen. Denn die diesbezügliche Möglichkeit ist nur niedergelassenen Ärzten in § 32 Abs. 2 Ärzte-ZV, nicht jedoch ermächtigten Ärzten in § 32 a Ärzte-ZV eingeräumt (Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 27.10.2004 - 3 KA 209/04 ER - ArztR 2006, 21).

Deshalb sollten sich leitende Krankenhausärzte überlegen, ob sie sich neben ihrer Tätigkeit im Krankenhaus als Vertragsärzte niederlassen. Sofern keine Zulassungsbeschränkungen bestehen, ist die Zulassung mit Einwilligung des Krankenträgers ohne Weiteres möglich. Allerdings muss die Krankenhaustätigkeit zeitlich eingeschränkt werden. Ärzte, die nicht unmittelbar am Patienten arbeiten, wie z. B. Pathologen, bei denen auch keine Zulassungsbeschränkungen bestehen, dürfen bei einer vollen Zulassung noch bis zu 20 Stunden im Krankenhaus tätig sein. Ärzte, die unmittelbar am Patienten arbeiten, dürfen bei einer Vollzulassung noch 13 Stunden im Krankenhaus arbeiten, bei einer Teilzulassung 26 bis 33 Stunden.

Gemäß § 14 a Abs. 1 Bundesmantelvertrag-Ärzte darf ein voll zugelassener Vertragsarzt nicht mehr als drei vollzeitbeschäftigte oder teilzeitbeschäftigte Ärzte in einer Anzahl, welche im zeitlichen Umfang ihrer Arbeitszeit drei vollzeitbeschäftigten Ärzten entspricht, anstellen. Bei Vertragsärzten, welche überwiegend medizinisch-technische Leistungen erbringen, sind bis zu vier vollzeitbeschäftigte Ärzte erlaubt. Bei einem hälftigen Versorgungsauftrag vermindert sich die



Beschäftigungsmöglichkeit auf einen vollzeitbeschäftigten oder zwei teilzeitbeschäftigte Ärzte.

Nach § 15 Abs. 1 Bundesmantelvertrag-Ärzte sind persönliche Leistungen auch ärztliche Leistungen durch genehmigte Assistenten und angestellte Ärzte, soweit sie dem Praxisinhaber als Eigenleistung zugerechnet werden können. Dem Praxisinhaber werden die ärztlichen selbstständigen Leistungen des angestellten Arztes zugerechnet, auch wenn sie in der Betriebsstätte oder in der Nebenbetriebsstätte der Praxis in Abwesenheit des Vertragsarztes erbracht werden.

Gemäß § 17 Abs. 1a Bundesmantelvertrag-Ärzte hat ein vollzugelassener Vertragsarzt den Versorgungsauftrag dadurch zu erfüllen, dass er an seinem Vertragsarztsitz persönlich mindestens 20 Stunden wöchentlich in Form von Sprechstunden zur Verfügung steht. Bei einem Teilversorgungsauftrag reduzieren sich die Sprechstundenzeiten auf 10 Stunden wöchentlich für den Vertragsarztsitz.

Bei der Überlegung, ob ein Arzt angestellt werden soll, spielt natürlich auch die Frage eine Rolle, welche Vergütung dem Angestellten voraussichtlich zu zahlen ist. Es wird berichtet, dass für die Tätigkeit eines vollzeitangestellten Facharztes im Kassenbereich je nach Fachgruppe und Region Gehälter zwischen 60.000,- EUR und 90.000,- EUR pro Jahr bezahlt werden. Hinzu kommt häufig eine Prämie zwischen 15% und 25% des vom angestellten Arzt erwirtschafteten Umsatzes bei Privatpatienten (Frielingsdorf, Chefärzte Brief 6/2008, 6).

## V. Persönliche Leistung bei ambulanten Institutsleistungen des Krankenhauses

Die ambulant zu erbringenden Leistungen sollten zum Nebentätigkeitsbereich des Chefarztes gehören.

Dann ergibt sich die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung aus den jeweiligen Vorschriften, die der Chefarzt im Verhältnis zu den ambulanten Privatpatienten, den Kassenpatienten und den BG-Patienten zu beachten hat.

Sieht der Chefarztdienstvertrag die Erbringung ambulanter Leistungen als Dienstaufgabe vor, so darf der Chefarzt die Aufgaben auf entsprechend ausgebildete Ärzte seiner Abteilung delegieren. Eine solche Delegationsklausel findet sich in fast allen Chefarztdienstverträgen (s. z.B. § 6 Abs. 1 des Musters des Chefarztdienstvertrages in ArztR 2002, 180).

Ist vereinbart, dass der Chefarzt eine KV-Ermächtigung und je nach Fachgebiet eine Beteiligung am D-Arzt-Verfahren beantragt, trifft den Chefarzt die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung aufgrund der kassenarztrechtlichen Bestimmungen und des Vertrages Ärzte/Unfallversicherungsträger. Der Kassenärztlichen Vereinigung, den Krankenkassen und den Unfallversicherungsträgern ist der Arzt regresspflichtig, wenn er das Gebot der persönlichen Leistungserbringung missachtet hat. Diesen Körperschaften gegenüber kann der Arzt sich nicht mit Aussicht auf Erfolg darauf berufen, er sei nach seinem Dienstvertrag zur Delegation berechtigt. Ob und in welchem Umfang der Chefarzt im Falle des Regresses von seinem Krankenhausträger Freistellung verlangen kann, richtet sich nach den arbeitsrechtlichen Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung.

Sofern das Krankenhaus ambulante Operationen bei sozialversicherten Patienten erbringt, ist § 14 des Vertrages über ambulantes Operieren und stationersetzende Eingriffe im Krankenhaus zu beachten. Unter der Überschrift „Facharztstandard“ ist Folgendes geregelt:

„Danach sind die ärztlichen Leistungen gemäß § 115 b SGB V nur von Fachärzten, unter Assistenz von Fachärzten oder unter deren unmittelbarer Auf-

sicht und Weisung mit der Möglichkeit des unverzüglichen Eingreifens zu erbringen.“

## VI. Persönliche Leistungserbringung bei der vertragsärztlichen Verordnung von Arzneimitteln

Die Krankenkassen erstrecken die Pflicht des ermächtigten Chefarztes zur persönlichen Leistungserbringung auch auf die Verordnung von Arzneimitteln. Insbesondere in Rheinland-Pfalz fordern Krankenkassen von Chefärzten wegen nicht persönlicher Leistungserbringung Regressbeträge von bis zu 1 Million EUR. Derartige Summen ergeben sich insbesondere in solchen Ermächtigungsambulanzen, in denen teure Chemotherapien verabreicht werden. Die im Kassenarztrecht geltende vierjährige Ausschlussfrist erlaubt es den Kassen, beträchtliche Beträge aus der Vergangenheit aufzusummieren.

Die Krankenkassen erheben derartige Regressforderungen mit der Begründung,

1. die ausgestellten Verordnungen und verabreichten Medikamenten entbehrten eines Überweisungsscheins,
2. die Rezepte seien nicht vom ermächtigten Arzt und auch nicht von einem kassenarztrechtlich erlaubten Vertreter unterschrieben worden.

Wie sich die Rechtslage darstellt, lässt sich abschließend noch nicht beurteilen, weil es dazu bislang noch keine einzige veröffentlichte Gerichtsentscheidung gibt. Wegen des nicht sicher vorhersehbaren Ausgangs eines solchen Gerichtsverfahrens scheuen sich viele Chefärzte, es auf einen Sozialgerichtsprozess ankommen zu lassen. Es wurden deshalb Vergleiche geschlossen, in welchen die Chefärzte einen Teil der von den Kassen geltend gemachten Beträge bezahlt haben. Bei der Beurteilung der Rechtslage ist Folgendes zu bedenken:

1. Fehlt es für eine unstreitig notwendige Arzneimittelverordnung am Überweisungsschein, sehen die Kassen darin einen Verstoß gegen § 29 Abs. 5 Bundesmantelvertrag-Ärzte. Sie behaupten, entsprechend dieser Vorschrift müsse mangels gültigen Behandlungsausweises auf dem Rezept anstelle der Kassenangabe der Vermerk „ohne Versicherungsnachweis“ angebracht werden.

Dem Argument, der Regressforderung der Kassen stehe entgegen, dass kein Schaden entstanden sei, weil das Arzneimittel notwendigerweise – ggf. von einem anderen Vertragsarzt – habe verordnet werden müssen, halten die Kassen entgegen, dass es darauf nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum sog. normativen Schadensbegriff nicht ankomme.

An dieser Argumentation ist richtig, dass das Bundessozialgericht in seinen Urteilen den normativen Schadensbegriff vertritt (so wörtlich im Urteil vom 21.6.1995 - 6 RKa 60/94 - Arztr 1996, 203).

Der normative Schadensbegriff korrigiert den wirtschaftlichen, faktischen Schaden unter Zuhilfenahme von Wertungen, die im Normensystem zum Ausdruck kommen. So soll beispielsweise der Schädiger eines Arbeitnehmers nicht deshalb von der Schadensersatzpflicht freigestellt werden, weil der Arbeitnehmer Lohnfortzahlung vom Arbeitgeber und Ersatz der Krankheitskosten durch seine Krankenkasse erhält.

Das Bundessozialgericht erkennt in ständiger Rechtsprechung, dass ein Vergütungsanspruch dann entfällt, wenn der Leistungserbringer die Leistungen unter Verstoß gegen Vorschriften des Kassenarztrechts erbracht hat. Das Bundessozialgericht ist der Auffassung, dass das Kassenarztrecht seine Steuerungsaufgabe nur erfüllen kann, wenn beispielsweise ein nicht zugelassener Arzt die Medikamentenkosten erstatten muss, weil er medizinisch notwendige Leistungen zu Lasten der

gesetzlichen Krankenkassen veranlasst hat, ohne am vertragsärztlichen System teilzunehmen (Bundessozialgericht, a.a.O.).

In der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist aber auch anerkannt, dass ein Verstoß gegen Vorschriften, die reine Ordnungsfunktion haben, kein Grund ist, dem Leistungserbringer trotz der Entlastung der Krankenkasse eine Entschädigung zu versagen (Urteil des Bundessozialgerichts vom 24.1.2008 - B 3 KR 6/07 R - Nr. 24 unter Hinweis auf das Urteil vom 4.3.2004 - B 3 KR 4/03 R - Arztr 2005, 36, 42). Im letztgenannten Fall waren die Art und die Höhe der Abrechnung, nicht aber die grundsätzliche Berechtigung zur Abrechnung streitig. Es ging darum, ob die erbrachte Krankenhausleistung als stationäre Behandlung nach § 109 SGB V einzustufen oder als ambulante Operation nach § 115b SGB V anzusehen war. Das Krankenhaus gehörte in das Leistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung. Es hatte allerdings versäumt, zur Teilnahme am Programm des ambulanten Operierens die erforderliche Mitteilung an die Kassenverbände zu machen. Darin sah das Bundessozialgericht lediglich einen Verstoß gegen eine Ordnungsvorschrift, die nicht der Sicherstellung der Qualität der Leistungserbringung diene (so auch Urteil des Bundessozialgerichts vom 17.3.2005 - B 3 KR 2/05 R - Nr. 32).

Der lediglich fehlende Vermerk „ohne Versicherungsnachweis“ ist ebenfalls nichts weiter als ein Verstoß gegen eine Ordnungsvorschrift. Wenn geklärt ist, dass der Patient, der das Arzneimittel erhalten hat, bei der in Anspruch genommenen Krankenkasse versichert war und sich der Patient – z.B. bei einer Chemotherapie – in Dauerbehandlung beim ermächtigten Arzt befindet, ist die Krankenkasse zur Übernahme der Arzneimittelkosten jedenfalls nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen verpflichtet.

2. Die Krankenkassen leiten aus § 35 Abs. 2 Bundesmantelvertrag-Ärzte ab, dass der Arzt die Rezepte persönlich unterzeichnen müsse. Nach dem Wortlaut der Bestimmung gilt diese Pflicht jedoch nur für Vertragsärzte. Dem Glossar in § 1a Nrn. 2, 4 und 5 ist zu entnehmen, dass der Bundesmantelvertrag-Ärzte zwischen Ärzten, Vertragsärzten und ermächtigten Ärzten unterscheidet. Folglich richtet sich die Pflicht aus § 35 Abs. 2 Bundesmantelvertrag-Ärzte nicht an ermächtigte Ärzte. Zwar heißt es in § 95 Abs. 4 Satz 2 SGBV, dass die vertraglichen Bestimmungen über die vertragsärztliche Versorgung für ermächtigte Ärzte verbindlich sind. Damit wird jedoch nur zum Ausdruck gebracht, dass der ermächtigte Arzt den Bundesmantelvertrag-Ärzte beachten muss. Dieser Vertrag verpflichtet aber nur die niedergelassenen Vertragsärzte und über § 1 Abs. 6 auch die Medizinischen Versorgungszentren, Rezepte persönlich zu unterschreiben.

Selbst wenn man einen Verstoß gegen vertragsärztliche Pflichten annähme, wäre in den Fällen, in denen die Verordnung nicht vom ermächtigten Arzt selbst stammt, den Kassen ein wirtschaftlicher Schaden nicht entstanden, weil die Verordnungen notwendig waren und sonst von einem anderen Kassenarzt hätten vorgenommen werden müssen. Allein unter Berufung auf den normativen Schadensbegriff könnten die Krankenkassen einen Regressanspruch haben. Gerade die normative Wertung schließt jedoch einen Schadensersatzanspruch der Kassen, die wirtschaftlich durch das unrichtige Verhalten des ermächtigten Arztes nicht betroffen sind, aus.

Nach der zitierten Rechtsprechung muss ein Leistungserbringer auf seinen Vergütungsanspruch verzichten, wenn er gegen grundlegende Vorschriften des Kassenarztrechts und nicht nur gegen Ordnungsvorschriften verstoßen hat. Bei der Geltend-



machung der Regressforderungen geht es jedoch nicht darum, dass der ermächtigte Arzt seinen Vergütungsanspruch nach dem EBM verliert. Vielmehr soll er darüber hinaus einen fiktiven Schaden der Kassen ausgleichen, dem auf Seiten des ermächtigten Arztes keinerlei Gewinn gegenüber steht. Dies mag in einem Fall richtig sein, in welchem der verordnende Arzt mangels Zulassung oder Ermächtigung gar nicht am kassenärztlichen System teilgenommen hat (Urteil des Bundessozialgerichts vom 21.6.1995 - 6 RKa 60/94 - ArztR 1996, 203). Einen Chefarzt nur wegen nicht persönlich unterzeichneter Verordnungen mit Regressen in der Größenordnung bis zu 1 Million Euro zu überziehen, wäre jedoch ein Verstoß gegen Art. 12 Grundgesetz (Berufsfreiheit) und gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit enteignungsgleichem Charakter (Art. 14 Grundgesetz). Denn der ermächtigte Arzt würde aus Sanktionsgründen in existenzielle Bedrängnis gebracht, sofern er überhaupt gegen kassenärztliche Vorschriften verstoßen hat. Er hat den Kassen jedoch keinen wirtschaftlichen Schaden zugefügt. Der normative Schadensbegriff soll eine ungerechtfertigte Besserstellung des Schädigers vermeiden, darf aber nicht dazu führen, dass der angeblich Geschädigte eine den Qualitätsanforderungen entsprechende Leistung erhält, ohne dafür letztlich etwas bezahlen zu müssen. Die Krankenkassen haben eine ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung ihrer Patienten erhalten und dürfen aus formalen Verstößen gegen das Kassenarztrecht daraus keine existenzvernichtenden Regresse gegen ermächtigte Ärzte herleiten.

Die persönliche Leistungserbringung bei der Verordnung kommt gemäß § 15 Abs. 2 Bundesmantelvertrag-Ärzte darin zum Ausdruck, dass der Arzt sich persönlich vom Krankheitszustand des Patienten überzeugt hat oder dass ihm der Zustand

aus der laufenden Behandlung bekannt ist. Allerdings trifft auch diese Pflicht nach dem Wortlaut der Bestimmung den Vertragsarzt und nicht den ermächtigten Arzt.

### VII. Plausibilitätsprüfung beim Chefarzt

Eine statistische Maßnahme, um auch bei Chefarzten die persönliche Leistungserbringung zu kontrollieren, ist die Plausibilitätsprüfung. Gemäß § 106a Abs. 2 SGB V gehört die arztbezogene Prüfung der Abrechnungen auf Plausibilität zu den Aufgaben der Kassenärztlichen Vereinigung. Gegenstand der arztbezogenen Plausibilitätsprüfung ist insbesondere der Umfang der je Tag abgerechneten Leistungen im Hinblick auf den damit verbundenen Zeitaufwand des Vertragsarztes. Gemäß § 106a Abs. 6 SGB V vereinbaren die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und die Krankenkassenverbände Richtlinien zum Inhalt und zur Durchführung der Plausibilitätsprüfungen.

Seit der EBM 2000 plus am 1.4.2005 in Kraft getreten ist, enthalten die einzelnen Gebührensätze im Anhang 3 Angaben über die Prüfzeiten.

§ 8 Abs. 3 der gemäß § 106a Abs. 6 SGBV vereinbarten Richtlinien sieht Überprüfungen unter anderem vor, wenn die arbeitstägliche Zeit vertragsärztlicher Tätigkeit des ermächtigten Krankenhausarztes an mindestens 3 Tagen des Quartals mehr als 12 Stunden im Tagesprofil oder mehr als 156 Stunden im Quartalsprofil betragen hat.

156 Stunden pro Quartal ergeben im Durchschnitt etwa 2,6 Stunden vertragsärztlicher Tätigkeit für den einzelnen Arbeitstag. Wird diese Stundenzahl überschritten, führt die Kassenärztliche Vereinigung gemäß § 12 der erwähnten Richtlinien weitere Prüfungen durch.

Die Überschreitung der Stunden-

zahlen ist allerdings nur ein Aufgreifkriterium. Die Unplausibilität allein führt nicht zu einer Umkehr der Beweislast zu Ungunsten des Arztes (Urteil des Bundessozialgerichts vom 8.3.2000 - B 6 KA 16/99 R - ArztR 2000, 315).

Die Überschreitung der Zeitvorgaben kann dadurch erläutert werden, dass der ermächtigte Chefarzt durch Krankenunterlagen oder Zeugenaussagen belegt, dass er die abgerechneten Leistungen persönlich erbracht hat.

### VIII. Weitere Konsequenzen bei Verstößen gegen das Gebot der persönlichen Leistungserbringung

Chefarzte, die gegen das Gebot der persönlichen Leistungserbringung verstoßen, setzen sich der Gefahr aus, von ihren nachgeordneten Mitarbeitern angeschwärzt zu werden. Dies hat in einem Fall dazu geführt, dass der Chefarzt mit seinem Oberarzt vereinbarte, dass der Oberarzt noch 50.000,- EUR nachträglich als Mitarbeiterbeteiligung bekomme, wobei diese Zahlung im Grunde genommen nichts anderes als ein „Schweigegehd“ war.

Verstöße gegen das Gebot der persönlichen Leistungserbringung können zu erheblichen Sanktionen führen. Dazu gehört nicht nur die Honorarrückforderung, sondern entsprechend den obigen Ausführungen auch der Regress für verordnete Arzneimittel. Darüber hinaus muss der ermächtigte Arzt ein Disziplinarverfahren der Kassenärztlichen Vereinigung und ein berufsgerichtliches Verfahren bei der Ärztekammer befürchten.

Verstöße gegen das Gebot der persönlichen Leistungserbringung können im Extremfall zur Entziehung der Ermächtigung oder dazu führen, dass die Ermächtigung nach Fristablauf nicht neu erteilt wird.

Der Bundesgerichtshof hat mit Ur-

teil vom 10.3.1993 - 3 StR 461/92 - ArztR 1993, 313, entschieden, dass ein strafrechtlich zu ahndender Abrechnungsbetrug vorliegt, wenn ein Kassenarzt eine Abrechnung einreicht, ohne dass die verbindlichen Voraussetzungen des Abrechnungssystems vorliegen. Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Rechtsprechung keinen Verstoß gegen das Grundgesetz gesehen (Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 8.9.1997 - 2 BvR 2414/94 - NJW 1998, 810). Im Strafurteil vom 5.12.2002 - 3 StR 161/02 - ArztR 2004, 42, 45 hat

sich der Bundesgerichtshof beim Abrechnungsbetrug gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung den normativen Schadensbegriff des Bundessozialgerichts zu eigen gemacht. Bei einem Pflichtverstoß im Verordnungsbereich kommt eine Bestrafung wegen Untreue in Betracht (Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 25.11.2003 - 4 StR 239/03 - ArztR 2004, 376). Jegliche Bestrafung des Arztes wegen Betruges oder Untreue setzt voraus, dass der Arzt den (normativen) Schaden vorsätzlich herbeiführen wollte. Nach § 81a Abs. 4 SGB

V sollen die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen „die Staatsanwaltschaft unverzüglich unterrichten, wenn die Prüfung ergibt, dass ein Anfangsverdacht auf strafbare Handlungen mit nicht nur geringfügiger Bedeutung für die gesetzliche Krankenversicherung bestehen könnte“.

---

ArztR