

## Heft 8

21. August 2006

S. 337–385

PVSt 59865

Mit Klausur zur  
Fachanwaltsausbildung

### Aufsätze

**(Zahn-)Arzthaftungsrecht** *Prof. Dr. Karl Otto Bergmann* – Leitlinien, Richtlinien und Empfehlungen in der Zahnheilkunde – rechtliche Implikationen und Überlegungen 337

**Arztstrafrecht/Vertragsarztrecht** *Dr. Mark Geis* – Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot – kriminalstrafbewehrtes Treuegesetz des Kassenarztes? 345

**Sonstiges** *Dr. Reiner Fuellmich/Dirk Friedrich* – Rechtliche Aspekte der Nierenersatztherapie in der Intensivmedizin 356

### Rechtsprechung

**Vertragsarztrecht:** Vertrauensschutz bei Rückforderung vertrags(zahn)-ärztlichen Honorars – (BSG v. 8.2.2006) 365

**Leistungsrecht der GKV/Krankenhausrecht:** In-Kraft-Treten eines Versorgungsvertrages – (BSG v. 21.2.2006) 368

**Arzthaftungsrecht:** Dokumentationsversäumnisse im Entlassungsbrief einer Klinik – (OLG Schleswig v. 19.5.2006) 376

**Ärztliches Berufsrecht/Apothekenrecht:** Beleihung zum Erlass berufsordnungsrechtlicher Verwaltungsakte – (OVG Thüringen v. 27.2.2006) 381

### Rechtsprechungkompakt

**Ärztliches Gesellschaftsrecht:** Zur Unwirksamkeit einer Abfindungsvereinbarung auf Grundlage des Ertragswertes – (BGH v. 13.3.2006) 362

**Vertragsarztrecht:** Erweiterung des Praxis- und Zusatzbudgets „Psychosomatik bei Allgemeinärzten“ – (BSG v. 22.3.2006) 363



# GesundheitsRecht



Herausgeber  
Rechtsanwalt Dr. Martin Rehborn  
Rechtsanwalt Dr. Rudolf Ratzel

5. Jahrgang · Heft 8/2006 · S. 337–385

## Aufsätze

<b>Prof. Dr. Karl Otto Bergmann</b>	Leitlinien, Richtlinien und Empfehlungen in der Zahnheilkunde – rechtliche Implikationen und Überlegungen	337
<b>Dr. Mark Geis</b>	Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot – kriminalstrafbewehrtes Treuegesetz des Kassenarztes?	345
<b>Dr. Reiner Fuellmich/Dirk Friedrich</b>	Rechtliche Aspekte der Nierenersatztherapie in der Intensivmedizin	356

## Rechtsprechung *kompakt*

<b>Ärztliches Gesellschaftsrecht</b>	Zur Unwirksamkeit einer Abfindungsvereinbarung auf Grundlage des Ertragswertes BGH, Urt. v. 13.3.2006 – II ZR 295/04	362
<b>Vertragsarztrecht</b>	Erweiterung des Praxis- und Zusatzbudgets „Psychosomatik bei Allgemeinärzten“ BSG, Urt. v. 22.3.2006 – B 6 KA 80/04 R	363

## Rechtsprechung

<b>Vertragsarztrecht</b>	Vertrauensschutz bei Rückforderung vertrags(zahn)-ärztlichen Honorars BSG, Urt. v. 8.2.2006 – B 6 KA 27/05 R	365
<b>Krankenhausrecht</b>	Wochenenddienst einer teilzeitbeschäftigten Pflegekraft ArbG Dortmund, Urt. v. 22.3.2006 – 8 Ca 5508/05	367
<b>Leistungsrecht der GKV/ Krankenhausrecht</b>	In-Kraft-Treten eines Versorgungsvertrages BSG, Urt. v. 21.2.2006 – B 1 KR 22/05 R	368
<b>Leistungsrecht der GKV</b>	Internationaler Stand der Medizin „Methode Kozijavkin“ BSG, Urt. v. 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R	370
	Verordnungsfähigkeit von häuslichen Blutzuckermessungen BSG, Urt. v. 26.1.2006 – B 3 KR 4/05 R (LS)	376
<b>Arzthaftungsrecht</b>	Dokumentationsversäumnisse im Entlassungsbrief einer Klinik OLG Schleswig, Urt. v. 19.5.2006 – 4 U 33/05	376
	Ärztliche Aufklärungs- und Geburtsleitungspflicht bei adipöser Zweitgebärender OLG Koblenz, Urt. v. 18.5.2006 – 5 U 330/02 (LS)	379
<b>Ärztliches Berufsrecht</b>	Wertung der Weiterbildungszeugnisse in der Facharztprüfung OVG Niedersachsen, Beschl. v. 20.4.2006 – 8 LA 15/05	379
	Faltenunterspritzen unterliegt Heilpraktikervorbehalt OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 28.4.2006 – 13 A 2495/03 (LS)	381
	Voraussetzung für die Anerkennung als „Praktischer Arzt“ OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10.4.2006 – 13 A 1414/03 (LS)	381
<b>Ärztliches Berufsrecht/ Apothekenrecht</b>	Beleihung zum Erlass berufsordnungsrechtlicher Verwaltungsakte OVG Thüringen, Beschl. v. 27.2.2006 – 2 EO 967/05	381

**Rezensionen**

Halbe/Schirmer, Handbuch Kooperationen im Gesundheitswesen – von <i>Dr. Martin Wesch</i>	383
Heinemeyer, Elektronische Datenverarbeitung in den neuen medizinischen Versorgungssystemen – von <i>Prof. Dr. Rüdiger Kern</i>	384
Gröning/Weihe-Gröning, Heilmittelwerberecht – von <i>Dr. Hans-Dieter Lippert</i>	384

---

**GesR aktuell**

Dr. Rudolf Ratzel	V
-------------------	---

---

Dieser Ausgabe liegt der Prospekt „Seminar Update Medizinrecht“, FORUM Institut für Management GmbH, Heidelberg, bei. Wir bitten unsere Leser um freundliche Beachtung.





(ZAHN-)ARZTHAFTUNGSRECHT

## Leitlinien, Richtlinien und Empfehlungen in der Zahnheilkunde – rechtliche Implikationen und Überlegungen

RA Prof. Dr. Karl Otto Bergmann, Hamm

*In der Zahnheilkunde und insbesondere der Implantologie sind die Ansprüche der Patienten an die Qualität der medizinischen Versorgung stetig gestiegen. Der zunehmend über moderne Medien wie das Internet auch in medizinischen Fachfragen – vermeintlich – gut informierte Patient stellt, gerade auch bei der zahnärztlichen und kieferchirurgischen Behandlung, zunehmend wachsende Anforderungen an die Ergebnisse der Behandlung in medizinischer und ästhetischer Hinsicht. Die Thematik des 52. Zahnärztetages der Ärztekammer Westfalen-Lippe „Ästhetik und Implantologie – Therapie oder Luxus?“ knüpft an diese Patientenwünsche an.*

### I. Einleitung

Der behandelnde Zahnarzt sieht sich in Ausübung seiner Therapiefreiheit zunehmend in dem Konflikt, Wünsche und Ansprüche der Patienten auf eine qualitativ und ästhetisch hochwertige Behandlung zu erfüllen und gleichzeitig den Vorgaben der mehr und mehr limitierenden gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen des Gesundheitswesens gerecht zu werden. Der Druck der wirtschaftlichen Notlage des Gesundheitswesens steht dem Wunsch des Patienten und des Zahnarztes nach einer optimalen medizinischen Versorgung scheinbar unvereinbar gegenüber.

Um in dieser Situation Entscheidungs- und Orientierungshilfen zu schaffen, sind in den letzten zwei Jahrzehnten eine Fülle sog. Empfehlungen, Leitlinien und Richtlinien entwickelt worden, die unterschiedlichste Regelungen für ärztliche Behandlungsprozesse enthalten.

▷ RA Prof. Dr. jur. Karl Otto Bergmann, FA für Versicherungs- und Verwaltungsrecht, Rechtsanwälte Dr. Eick & Partner, Hamm.

1 BÄK/KBV, DÄBl. A-2154 f., B-1622 f., C-1754 f.; Dressler, FS für Geiß, S. 379; Hart, ZaeFQ 2000, 65 (65).

2 Eingehend Bergmann, Leitlinien und Haftung, in Leitlinien, Richtlinien und Gesetz, hrsg. von der AG Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V., Heidelberg, 2002, S. 65 ff.

3 Zu Richtlinien und Leitlinien im klinischen Alltag, Schwenzler, a.a.O., S. 81 ff.

### II. Leitlinien und Richtlinien – Typologie

#### 1. Leitlinien

Leitlinien werden definiert als die von ärztlichen Fachgremien für typische medizinische Sachverhalte aufgestellten Regeln guten ärztlichen Handelns, die auf die qualitative Sicherung oder auf die Verbesserung des maßgeblichen Standards diagnostischen oder therapeutischen Vorgehens abzielen.<sup>1</sup> Es handelt sich – idealerweise – um systematisch entwickelte, wissenschaftlich begründete und praxisorientierte Entscheidungshilfen über die angemessene ärztliche Vorgehensweise bei typischen gesundheitlichen Problemen. Häufig findet sich im Zusammenhang mit Leitlinien auch die bildliche Umschreibung einer Orientierungshilfe im Sinne von „Handlungs- und Entscheidungskorridoren“, von denen in begründeten Fällen abgewichen werden kann oder sogar muss.<sup>2</sup>

Leitlinien werden in vielfältigen Erscheinungsformen entwickelt. Nach ihren Inhalten ist zu differenzieren zwischen reinen Diagnoseleitlinien, Behandlungsleitlinien und Organisationsleitlinien. Der überwiegende Großteil existierender Leitlinien fällt unter die Kategorie der Behandlungsleitlinien und hat die eigentliche ärztliche Diagnose- und Therapieentscheidung zum Gegenstand. Leitlinien könne als ausformulierte Textform im Umfang eines Buches oder auch als stichpunktartig gestaltete Kurzversion erstellt werden. Häufig finden sich mehrere Varianten einer Leitlinie, in Form einer Langversion, einer Kurzfassung, der sog. „Kitteltaschenversion“ und ggf. einer für den medizinischen Laien formulierten Patientenversion. Leitlinien bereiten ärztliche Entscheidungsprozesse für Standardsituationen auf und präsentieren diese häufig in Form von „Entscheidungsbäumen“ oder Algorithmen, also sich wiederholenden Schemata.<sup>3</sup>

#### 2. Richtlinien

Von Leitlinien zu unterscheiden sind Richtlinien: **Richtlinien** sind Regelungen des Handelns oder Unterlassens, die von einer gesetzlich, berufsrechtlich, standesrechtlich oder satzungsrechtlich legitimierten Institution konsen-

## Leitlinien, Richtlinien und Empfehlungen in der Zahnheilkunde

tiert, schriftlich fixiert und veröffentlicht werden, für den Rechtsraum dieser Institution verbindlich sind und deren Nichtbeachtung definierte Sanktionen nach sich ziehen kann.<sup>4</sup>

Richtlinien unterscheiden sich von Leitlinien daher zunächst dadurch, dass Richtlinien typischerweise einen hoheitlichen Charakter beanspruchen. Damit korrespondierend finden sich in Richtlinien regelmäßig Sanktionsmöglichkeiten für den Fall der Nichtbefolgung der Richtlinieninhalte, während Leitlinienersteller als wissenschaftliche Fachgesellschaften, ärztliche Berufsverbände o.Ä. regelmäßig nicht die Kompetenz haben, solche Sanktionen auszusprechen. Die Abweichung von Leitlinieninhalten ist daher – an sich – nicht sanktionsbewährt.

Richtlinien finden sich ganz wesentlich im Sozialrecht, insbesondere im Vertragsarzt- und Vertragszahnarzt-recht. So existieren Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses bzw. Richtlinien des Bundesausschusses der Zahnärzte und Krankenkassen für die zahnärztliche Versorgung, die auf der gesetzlichen Grundlage des § 92 Abs. 1 SGB V i.V.m. §§ 25–27 SGB V und § 135 Abs. 1 SGB V erlassen werden. Hierdurch werden die zu der vertragsärztlichen bzw. vertragszahnärztlichen Versorgung gehörenden medizinischen Leistungen mit Rechtsnormqualität festgelegt. Von besonderer Bedeutung sind vor allem die Richtlinien nach § 92 Abs. 1 S. 2 Ziff. 5 SGB V, durch die über die Einführung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in das Versorgungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung entschieden wird, die sog. NUB-Richtlinien.<sup>5</sup>

Richtlinien werden aber auch durch den Wissenschaftlichen Beirat der Bundesärztekammer verfasst. Zu nennen sind hier die Richtlinien zur Gewinnung von Blut- und Blutbestandteilen und zur Anwendung von Blutprodukten gemäß §§ 12, 18 TPG, Richtlinien zur Organtransplantation gemäß § 16 TPG sowie Richtlinien zur pränatalen Diagnostik.

Inhaltlich unterscheiden sich die Richtlinien von Leitlinien durch das Fehlen des für Leitlinien konstituierenden Merkmals der logischen Entscheidungs- und Handlungsbezogenheit. Im Mittelpunkt von Richtlinien steht weniger die ärztliche Entscheidung im Behandlungsfall. Insbesondere Richtlinien i.S.d. §§ 92 ff. SGB V stellen vielmehr Positiv- und Negativlisten für die Verordnungsfähigkeit bestimmter Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung dar.

### 3. Empfehlungen

Eine dritte Kategorie professioneller Normen in der Medizin stellen sog. Empfehlungen dar. **Empfehlung** wird in diesem Zusammenhang definiert als die Beschreibung einer Möglichkeit ärztlichen Handelns oder Unterlassens. Oft findet man den Hinweis, dass sich Empfehlungen von Leitlinien und Richtlinien durch ihre bei weitem schwächere Bindungswirkung unterscheiden.

Schlagwortartig lässt sich die Differenz zwischen den unterschiedlichen Instrumenten professioneller Normsetzung wie folgt kennzeichnen:

Richtlinien *müssen* befolgt werden, Leitlinien *sollen* befolgt werden und Empfehlungen *können* befolgt werden.

### 4. Autoren

Leitlinie ist nicht gleich Leitlinie. Zum einen gibt es eine Vielzahl von Leitlinienentwicklern. Zu nennen sind hier in erster Linie die wissenschaftlich-medizinischen Fachge-

sellschaften und ihre Arbeitsgemeinschaft, die AWMF, Berufsgenossenschaften, Berufsverbände, die Bundesärztekammer sowie ihr Wissenschaftlicher Beirat und die Arzneimittelkommission der Ärzteschaft, Kliniken und Klinikverbände, Praxen und Praxisverbände, Wissenschaftliche Institute, Experten und Qualitätszirkel. Die Koordinierung der Leitlinienentwicklung liegt bei dem Ärztlichen Zentrum für Qualität in der Medizin (ÄZQ), das kontinuierlich die Anforderungen an die methodische Qualität von Leitlinien anhand nationaler und internationaler Vorgaben überarbeitet. Zuletzt wurde im Juli 2005 das Deutsche Instrument zur Methodischen Leitlinienbewertung (DELBI) entwickelt.<sup>6</sup>

### 5. Methodische Qualität von Leitlinien

Leitlinien sind nicht nur nach ihren Inhalten, sondern auch nach den ihnen zugrunde liegenden Normbildungsprozessen zu differenzieren. In Deutschland hat sich hinsichtlich der Entwicklung von Leitlinien ein 3-Stufen-Prozess durchgesetzt, in dem die Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften ihre Leitlinien entwickeln. Zur Kennzeichnung ihrer Verfahrensqualität werden die entsprechend entwickelten Leitlinien als S1-, S2- bzw. S3-Leitlinien bezeichnet.<sup>7</sup>

S1-Leitlinien werden von einer Expertengruppe erarbeitet. Dazu erstellt eine repräsentativ zusammengesetzte Expertengruppe der Wissenschaftlich-Medizinischen Fachgesellschaft im informellen Konsens eine Leitlinie, die vom Vorstand der Fachgesellschaft verabschiedet wird.

Bereits entwickelte S1-Leitlinien können durch einen ergänzenden Prozess der formalen Konsensfindung zu einer Leitlinie der Stufe S2 weiterentwickelt werden. Dabei wird die vorhandene S1-Leitlinie in einem anerkannten formalen Konsensusverfahren wie dem nominalen Gruppenprozess oder einer Konsensus- oder Delphikonferenz beraten und anschließend als S2-Leitlinie verabschiedet.

Die höchste Stufe der Leitlinienentwicklung ist die S3-Leitlinie. Dabei wird die Leitlinienentwicklung der 2. Stufe erweitert: Ein wesentlicher Unterschied zu Leitlinien niedrigerer Rangstufen besteht darin, dass Leitlinien der 3. Entwicklungsstufe die vorliegende wissenschaftliche Evidenz explizit in ihre Empfehlungen einbeziehen. Man spricht daher von „evidenzbasierten Konsensus-Leitlinien“, wenn Leitlinien der Entwicklungsstufe S3 gemeint sind. Durch die Bezeichnung wird deutlich, dass diese Form ärztlicher Leitlinien sowohl die Konsensuselemente der 1. und 2. Entwicklungsstufe als auch die Grundsätze der evidenzbasierten Medizin in sich vereinigt. Im Unterschied zu Leitlinien der schwächeren Entwicklungskategorien zeichnen sich S3-Leitlinien durch eine systematische Vorgehensweise bei ihrer Erstellung (systematische Recherche, formalisierte Konsensusverfahren) und ihren expliziten Charakter aus. Die einzelnen Empfehlungen der Leitlinien sind mit der ihnen zugrunde liegenden Evidenz verknüpft, indem die Stärke der für die Empfehlung vorhandenen Evidenz für den Nutzer der Leitlinie deut-

4 BÄK/KBV, DÄBl. 1997, A-2154 f., B-1622 f., C-1754 f.; *Ollenschläger* in Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V., Leitlinien, Richtlinien und Gesetz, S. 50.

5 Instrukтив *Figgner*, Richtlinien des Bundesausschusses Ärzte und Krankenkassen – überholter Standard?, a.a.O., S. 33 ff.

6 Veröffentlicht am 7.6.2005, DÄBl. 2000, A-1170 ff.; ebenfalls abrufbar unter [www.delbi.de](http://www.delbi.de).

7 *Ollenschläger*, Evidenzbasierte Leitlinien-Risiken und Chancen, in Leitlinien, Richtlinien und Gesetz, a.a.O., S. 47 ff.

## Leitlinien, Richtlinien und Empfehlungen in der Zahnheilkunde

lich erkennbar mittels der bekannten Evidenz-Kategorien angegeben wird.<sup>8</sup>

### 6. Leitlinien im Bereich der Zahnmedizin

Auch die Deutsche Gesellschaft für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde (DGZMK) entwickelt und veröffentlicht Entscheidungshilfen für die zahnärztliche Praxis.<sup>9</sup> Diese werden als „Wissenschaftliche Stellungnahmen“ bzw. Statements bezeichnet. Inhaltlich handelt es sich im Sinne der genannten Definitionen um Leitlinien, die im Wesentlichen als Konsensus- bzw. Expertenleitlinien, also auf der Stufe der S1- bzw. S2-Leitlinien in der Kategorisierung der AWMF einzuordnen sind. Das Verfahren der Erstellung einer Leitlinie der DGZMK läuft wie folgt ab:

Im Vorfeld der Leitlinienerstellung steht die Priorisierung möglicher Leitlinienthemen. Dies bedeutet, dass solche Themen, zu denen die DGZMK seitens der Zahnärzte oder der Patienten besonders häufig Anfragen erreichen, ausgewählt werden. Dann wird zunächst ein Bearbeitungsauftrag an einen für die besondere Thematik anerkannten Experten vergeben. Dieser erstellt zunächst einen Arbeitsentwurf, der der zuständigen Fachgruppe (Arbeitskreis der DGZMK, Arbeitsgemeinschaft der DGZMK, Gesellschaft in der DGZMK) zur Beurteilung und Konsensbildung vorgelegt wird. Nach Bildung eines sog. fachinternen Konsensus wird der Arbeitsentwurf in einem weiteren Schritt unterschiedlichen Fachgebieten innerhalb des Vorstands zur kritischen Wertung vorgestellt und so ein interdisziplinärer Konsens herbeigeführt. Der Entwurf wird anhand der hierbei entstandenen Anregungen überarbeitet. Auf der Basis des so herbeigeführten breiten Expertenkonsensus wird der Text vom Vorstand der DGZMK publiziert. Zur Gewährleistung der Aktualität einmal veröffentlichter Texte wird eine routinemäßige Überarbeitung der Stellungnahmen alle zwei Jahre angestrebt. Darüber hinaus wird der Vorstand der DGZMK bei wissenschaftlich belegten und wohl begründeten Einwänden in Bezug auf den Text einer Stellungnahme eine sofortige Überprüfung und eine ggf. notwendige Überarbeitung veranlassen.

### 7. Das Für und Wider von Leitlinien

Nachdem wir uns nun mit dem Werdegang von Leitlinien beschäftigt haben, bleibt die Frage, ob die Leitlinien uns nützen oder sogar mehr schaden als nützen. Häufig wird das Modell der evidenzbasierten Medizin kritisiert. Die Aufgabe der evidenzbasierten Medizin, die vielfältigen Rationalitätsdefizite der klinischen Praxis wie der gesundheitlichen Versorgung unserer Bevölkerung abzubauen, wie *Raspe* es formuliert, wird schlagwortartig als „Kochbuchmedizin im DRG-Stress“

bezeichnet. Die Vorschriften werden als autoritativ empfunden, sie wirken „fremdbestimmend“. Ärzte fühlen sich in ihren notwendigen ärztlichen Entscheidungsspielräumen eingeengt. *Bruhne* hat es einmal so formuliert, dass statt der Therapeuten früherer Zeiten mit ihren manchmal allzu genialen Therapiefehlern heute der „Therapievollstrecker“ das Behandlungsfeld beherrscht,

mit seiner Gefährdung durch Scheinevidenzen infolge eines geschickten Designs von scheinbar erstklassigen, aber „geschönt“ Studien. Auch argumentieren die Leitlinien ablehnende Ärzte mit dem Argument, der Praktiker gewinne seine Professionalität erst eigentlich im Grenzgebiet zwischen Wissenschaft und Praxis. Der Mangel an Gewissheit ist genau sein Ort, denn Entscheidungen in der Medizin müssen regelmäßig unter Unsicherheiten getroffen werden.<sup>10</sup>

Dem Juristen kommt diese Argumentation so vor, als ob der Arzt, natürlich auch der Zahnarzt, gerne ohne Kochbuch kocht, also mit Intuition, Auffassungsgabe und Genialität. Jedenfalls zeigt dies, dass es sich um einen sehr sensibel diskutierten Bereich handelt. Das Thema der „Qualitätssicherung“ in Medizin und Zahnmedizin ist also nicht nur hochaktuell, sondern auch sehr sensibel. Das Thema der „Qualitätssicherung“ hat inzwischen alle Bereiche der Ärzteschaft erfasst. Die Bundesärztekammer und die Kassenärztliche Bundesvereinigung haben im Jahr 1995 die ärztliche Zentralstelle Qualitätssicherung (ÄZQ) gegründet, die inzwischen zu einer weithin gehörten Einrichtung im deutschen Gesundheitswesen geworden ist. Dementsprechend hat die Zahnärzteschaft Ende der 1990er-Jahre den Ausschuss Qualitätssicherung gegründet und zum 1.1.2000 die zahnärztliche Zentralstelle Qualitätssicherung, zqz, als eine Stabstelle im Institut der deutschen Zahnärzte (IDZ) gegründet. Seit dem Jahr 2001 ist die zqz mit 2 Mitarbeitern arbeitsfähig. Sie hat vor allem beratende Aufgaben im Sinne einer Staatsstelle und unterstützt die Trägerorganisation, also die Bundeszahnärztekammer und Kassenärztliche Bundesvereinigung bei allen Fragen der zahnärztlichen Berufsausübung. Mit der Errichtung der zqz haben BZÄK und KZBV dieselben Strukturen zur Förderung der Qualitätssicherung wie die Ärzte geschaffen. Zentrale Aufgabe der zqz ist die solide Dokumentation der wissenschaftlichen fachlichen Grundlagen der Qualitätssicherung und der Qualitätssicherungsmaßnahmen bezogen auf nationale wie internationale Entwicklungen und Aktivitäten. Vier Themenschwerpunkte charakterisieren die Arbeit der zqz.

1. Zusammen mit den Zahnärztekammern wird ein Konzept für ein Qualitätsmanagementsystem erarbeitet, das zahnärztliche Praxis-Managementsystem (z-PMS).
2. Dokumentationssysteme auf der Grundlage der Basisdiagnostik in der Neubeschreibung einer präventionsorientierten Zahnheilkunde sollen die Entwicklung der Qualität unterstützen.
3. Dritter Schwerpunkt ist die Bestandsaufnahme, Dokumentation und Koordination im Bereich der zahnärztlichen Fortbildung.
4. Die zqz koordiniert die Erstellung von Leitlinien in der Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde und sorgt für deren Veröffentlichung und Fortschreibung.

Wie bei den Ärzten wurde zunächst eine Leitlinie für Leitlinien erarbeitet, ferner wurde ein Ablaufschema für die Koordination bei der Stellung von Leitlinien vereinbart, und zwar in enger Kooperation mit der Deutschen Gesellschaft für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde (DGZMK). Auch die Bildung und Unterstützung von Qualitätszirkeln ist Aufgabe der zqz.

### 8. Beispiel: Leitlinie Implantatversorgung

Aufgabe dieses Beitrages kann es nicht sein, die wissenschaftliche Evaluation der Leitlinien zur Implantatversorgung durchzuführen. Vielmehr ist es Ziel, am Beispiel der Leitlinie Implantatversorgung der AWMF und der

<sup>8</sup> Instruktiv zu Standards und Leitlinien mit Fallbeispielen *Bergmann*, Die Arzthaftung, 2. Aufl., S. 14 ff.

<sup>9</sup> Vgl. bereits *Kühler/Mühling*, Leitlinien für die Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie, Berlin-Heidelberg, 1998.

<sup>10</sup> Eingehend *Praetorius*, Leitlinien und ärztliche Entscheidungsspielräume, Eine kritische Bestandsaufnahme unter ethischem Aspekt, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung (2005) 99, 15–23.

### Leitlinien, Richtlinien und Empfehlungen in der Zahnheilkunde

wissenschaftlichen Stellungnahme der DGZMK, den Entwicklungsstand der Leitlinien zu exemplifizieren. Soweit ersichtlich hat die AWMF im Leitlinienregister Nr. 007/009 unter der Entwicklungsstufe 1 die Leitlinie Implantatversorgung im Jahr 1998 veröffentlicht. Die Leitlinie enthält unter Ziffer 1 die Definition der Implantatversorgung, in Ziffer 2 werden die Therapieziele in Ziffer 3 die Therapieindikationen, in Ziffer 4 die Untersuchungen, getrennt in notwendige und weiterführende Untersuchungen, in Ziffer 5 die Therapie, in Ziffer 6 die Risikofaktoren, in Ziffer 7 die Komplikationen und in Ziffer 8 allgemeine Empfehlungen vorgestellt. Wenn der Leser diese Leitlinie überprüft, so wird er feststellen, dass die Leitlinie nicht etwa konkret die Versorgung des Patienten mit Implantaten ermöglicht, sondern zu den einzelnen Rubriken lediglich Hilfen gibt. So werden in Ziffer 2 unterschiedliche Therapieziele vorgestellt, die teils kumulativ, teils singular Ziel der zahnärztlichen Maßnahme sein sollen. In Ziffer 3 werden unterschiedlichste Therapieindikationen genannt, die je nach konkreter Situation dem Zahnarzt eine Hilfestellung geben können, aufgrund welcher Indikation im konkreten Fall die Implantatversorgung gerechtfertigt wäre. Ziffer 4 nennt zum einen die notwendigen Untersuchungen, zum anderen weiterführende Untersuchungen, deren Sinn im konkreten Fall zu prüfen wäre. Die Stichworte unter „Therapie“ sind Gedankenstützen, dass beispielsweise der Zahnarzt an die Auswahl eines geeigneten Implantats denken muss, an die richtige Implantatpositionierung, an die Stabilität, an die Augmentation zur Verbesserung des Implantatlagers usw. Für den Juristen wie für den Zahnmediziner sind die „Risikofaktoren“ interessant, nämlich welche Risiken einer standardgerechten Implantatversorgung entgegenstehen können. Gleichermaßen interessant wiederum für Juristen und Mediziner sind unter Ziffer 7 die sog. „Komplikationen“. Das sind sämtlich diejenigen Komplikationen, die auch bei sachgerechter Implantatversorgung auftreten können und infolgedessen aufklärungspflichtig sind, etwa Nachblutung, Infektion, Narbenbildung, Fistelbildung, insbesondere auch Neuropathie oder Parästhesie. Es soll später noch einmal die Frage der Aufklärung und die Frage etwaiger Behandlungsfehler in der Implantologie näher untersucht werden. Insgesamt kann die Leitlinie Implantatversorgung aus der Sicht des Arztes und Arztrechters, sicherlich auch des Gutachters, Anleitung, Gedankenstütze, Hilfsmittel bei der Patientenaufklärung und Indikator für Risiken und Komplikationen sein.

Wenn man demgegenüber die „Wissenschaftliche Stellungnahme der DGZMK“ prüft, stellt man zum einen fest, dass diese – scheinbar – aktualisiert ist. Es gibt die wissenschaftliche Stellungnahme „Implantologie in der Zahnheilkunde“ von *Spiekermann*, Aachen, Stand 1/98 und die gemeinsame Stellungnahme der DGZMK und DGI Stand 7/2005, welche die frühere Stellungnahme aus dem Jahr 1998 ersetzt. Prüft man beide Stellungnahmen konkordant, stellt man zur Überraschung fest, dass die Stellungnahmen identisch sind. Mit anderen Worten: Die Stellungnahme von 1998 ist nunmehr als gemeinsame Stellungnahme von DGZMK und DGI veröffentlicht worden. In beiden wissenschaftlichen Stellungnahmen werden ebenfalls Indikation und Indikationseinschränkungen beschrieben, sodann wird aber der Diagnostik und Planung in der Stellungnahme weiterer Raum eingeräumt. Es sind also weitere praktische Hilfen für den Implantologen beschrieben, so die Panoramaschichtaufnahme mit Messreferenz als Basisdokumentation oder andere bildgebende Verfahren, ferner die Zahl der Abstützungen zur Stabilisierung der Prothese oder die Ar-

beit bei großen Schalllücken. Aus der Sicht des Arztrechters kann diese wissenschaftliche Stellungnahme nur als Ergänzung zur Leitlinie Implantatversorgung der AWMF verstanden werden. Der Zahnarzt sollte sowohl die Leitlinie der AWMF als auch die wissenschaftliche Stellungnahme der DGZMK kennen. Auch dann wird er nicht in der Lage sein, ohne theoretische Vertiefung in Lehrbüchern und ohne praktische Weiterbildung Implantatversorgung zu leisten.

Es darf ein Zwischenfazit gezogen werden:

Die praktische Arbeit mit den Leitlinien, zeigt, dass mit den Leitlinien keine „Kochbuchmedizin“ geschaffen wird, auch nicht geschaffen werden kann, sondern nur eine notwendige Anleitung gegeben wird, Therapieziele, Therapieindikationen, Komplikationen und Risiken zu berücksichtigen. Leitlinien können also weder die praktische Arbeit noch das theoretische Studium ersetzen, sondern nur Hilfestellung für therapiekonformes und risikobewusstes ärztliches Verhalten geben.<sup>11</sup>

### III. Rechtliche Konsequenzen für Patienten und Arzt

Juristen und Ärzte haben im Zusammenhang mit der zunehmenden Zahl von Leitlinien in Deutschland, die zwischenzeitlich die Zahl von 1000 weit überschreitet, kontrovers diskutiert, inwieweit die Vorgabe von Standards, Leitlinien und Richtlinien auch zu einer Veränderung und Verschärfung des zivilrechtlichen Haftungsmaßstabes in der Arzthaftung führen kann und die Ausübung der ärztlichen Therapiefreiheit deutlich einschränke. Es wurde davor gewarnt, dass sich die Ärzteschaft durch die Entwicklung und Erstellung von Leitlinien selbst strengere Maßstäbe für die Arzthaftung schaffe und damit der Justiz hohe Messlatten für die Bestimmung ärztlicher Sorgfaltspflichten im Rahmen der Arzthaftung an die Hand gebe.

Ausgangspunkt für die Bestimmung der ärztlichen Sorgfaltspflichten ist stets der medizinische Standard, der im Zeitpunkt der Behandlung aktuell Gültigkeit besitzt. Dem wird auch seitens der Gerichte bei der Überprüfung ärztlichen Handelns im Rahmen von Arzthaftungsprozessen Rechnung getragen, indem der medizinische Standard die Grundlage der unter rechtlichen Gesichtspunkten an die ärztliche Sorgfalt zu stellenden Anforderungen ist. Das Recht kann die ärztlichen Sorgfaltspflichten im Rahmen der Behandlungsfehlerhaftung daher nicht losgelöst von der medizinischen Bewertung, wie standardgemäßes ärztliches Handeln in einer spezifischen Behandlungssituation aussieht, treffen. Aus diesem Grund kann ein Gericht auch nicht allein aufgrund seiner rechtlichen Würdigung, ohne Mitwirkung der medizinischen Profession, das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers im Rahmen des Arzthaftungsprozesses annehmen. Dem Erfordernis, den jeweils einschlägigen medizinischen Standard festzustellen, wird das Gericht durch die Beauftragung und Begutachtung des Sachverhalts durch einen medizinischen Sachverständigen der einschlägigen Fachrichtung gerecht.

Der von dem Arzt bzw. dem Zahnarzt in der Behandlungssituation einzuhaltende medizinische Standard wird in der Medizin wie folgt charakterisiert:

<sup>11</sup> Eingehend zur Umsetzung in der Praxis *Ollenschläger/Kirchner/Kirchner*, Standards und Richtlinien in Behandlungspfaden, Standardisierbarkeit ärztlicher Leistung, in *Oberender* (Hrsg.), *Clinical Pathways*, Stuttgart, 2005, S. 118 ff.

## Leitlinien, Richtlinien und Empfehlungen in der Zahnheilkunde

„Der medizinische Standard repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat.“<sup>12</sup>

Standardgemäß ist danach ein allgemein im Hinblick auf eine Erkrankung beschriebenes ärztliches Handeln, das nach medizinisch-wissenschaftlicher Erkenntnis und/oder ärztlicher Erfahrung innerhalb der Profession akzeptiert ist.

### 1. Rechtsprechung zu ärztlichen Leitlinien

Die seitens der Ärzteschaft vielfach beschworene Gefahr, dass Gerichte die Erstellung eines Gutachtens durch einen medizinischen Sachverständigen in den Fällen nicht mehr für nötig halten werden, in denen Leitlinien zur Thematik existieren, hat sich bislang nicht bestätigt. Die Rechtsprechung hat nur in sehr geringem Maß bislang auf Leitlinien überhaupt Bezug genommen. Eine Umfrage unter den Spruchkörpern der Gerichte hat ergeben, dass sämtliche teilnehmenden Spruchkörper auch für die Zukunft die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Bestimmung des medizinischen Standards für unverzichtbar halten.

Um aufzuzeigen, in welchem Umfang die Rechtsprechung bislang von Leitlinien Gebrauch gemacht hat, seien beispielshalber drei Gerichtsurteile vorgestellt:

#### a) OLG Hamm, Urt. v. 9.5.2001 – 3 U 250/99<sup>13</sup>

Einem Urteil des OLG Hamm vom 9.5.2001 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger machte Schadensersatzansprüche gegen die beklagte Krankenhausträgergesellschaft wegen ärztlicher Fehlbehandlung seiner im Krankenhaus verstorbenen Ehefrau geltend. In dem Verfahren war streitig, ob die Vornahme einer Herzkatheter-Untersuchung ohne Thromboseprophylaxe einen Behandlungsfehler begründet. Das in erster Instanz zuständige Landgericht hatte die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass der Tod der Ehefrau des Klägers nicht durch eine fehlerhafte Behandlung im Krankenhaus der Beklagten verursacht worden sei. Auch die Berufung des Klägers vor dem OLG Hamm hatte keinen Erfolg. Der behandelnde Arzt berief sich in dem Verfahren darauf, dass es im Zeitpunkt der Behandlung keine Leitlinie, Richtlinie oder Empfehlung der medizinischen Fachgesellschaften für eine vom Kläger als medizinischen Standard behauptete Thromboseprophylaxe gegeben habe. Er machte damit geltend, die Behandlung der Patientin anhand der geltenden Empfehlungen ausgerichtet zu haben.

Das Gericht hat in den Entscheidungsgründen des Urteils festgestellt, dass der kardiologische Standard im Zeitpunkt der Behandlung im Jahr 1996 nicht die Durchführung einer Thromboseprophylaxe mittels Heparin vor der Durchführung einer Rechts-Herz-Katheter-Untersuchung erforderte. Dabei hat sich das Gericht bei der Beurteilung dieser Frage vergegenwärtigt, dass der gebotene medizinische Standard nicht allein durch Empfeh-

lungen oder Richtlinien der zuständigen medizinischen Gesellschaft geprägt werde. Vielmehr beurteile sich nach der ständigen Rechtsprechung des BGH die – bei der regelrechten Behandlung – zu beachtende Sorgfalt nach dem Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft zur Zeit der Behandlung. Die Richtlinien könnten diesen Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft grundsätzlich nur deklaratorisch wiedergeben, nicht aber konstitutiv begründen.

#### b) OLG Naumburg, Urt. v. 19.12.2001 – 1 U 46/01<sup>14</sup>

Bei einem vom OLG Naumburg im Jahr 2001 zu entscheidenden Sachverhalt ging es um die medizinische Indiziertheit einer kieferchirurgischen Behandlung und um die Frage, ob echte Behandlungsalternativen bestanden, die zu einer entsprechenden Verlaufs- und Risikoaufklärung Anlass gegeben hätten. Zur Begründung ihres Anspruchs berief sich die Klägerin auf ärztliche Leitlinien der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF).

Das OLG Naumburg bemerkte hierzu in seiner Urteilsbegründung, dass die ärztlichen Leitlinien der AWMF „unbeschadet ihrer wissenschaftlichen Fundierung derzeit lediglich Informationscharakter für die Ärzte selbst haben und haben sollen“. Einer weitergehenden Bedeutung, etwa als verbindliche Handlungsanleitung für praktizierende Ärzte, stehe zumindest derzeit die anhaltende Diskussion um ihre Legitimität als auch um ihre unterschiedliche Qualität und Aktualität entgegen. Zudem seien die Leitlinien der AWMF forensisch betrachtet wegen ihres abstrakten Regelungsgehalts grundsätzlich auch nicht geeignet, ein auf den individuellen Behandlungsfall gerichtetes Sachverständigengutachten zu ersetzen. Das Gericht weist zudem darauf hin, dass es Sache einer Prozesspartei, die sich auf Leitlinien berufen will, sei, diese dem Gericht in geeigneter Form zur Verfügung zu stellen, wobei weiter zu beachten sei, dass grundsätzlich natürlich nur die Leitlinie in der zum Behandlungszeitpunkt geltenden Fassung von Bedeutung sein könne.

#### c) OLG Hamm, Urt. v. 11.1.1999 – 3 U 131/98<sup>15</sup>

Das OLG Hamm hatte im Jahr 1999 über folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Der Kläger erlitt auf einer Zugfahrt entweder einen Herz-Kreislauf-Stillstand infolge Kammerflimmerns oder einen Vorderwandinfarkt. Mitreisende versuchten eine Reanimation durch Herzmassage und Atemspende. Im nächsten Bahnhof wurde der beklagte niedergelassene Internist verständigt, der den Kläger untersuchte und für Tod erklärte. Die Reanimation wurde nicht wieder aufgenommen. Wenige Minuten später erreichte die ebenfalls verständigte Notärztin den Bahnhof und stellte im EKG des Klägers Kammerflimmern fest. Sie begann mit einer Herzdruckmassage und einer Maskenbeatmung. Seit dem Ereignis liegt der Kläger im Dauerkoma. Dem beklagten Internisten wird mit der Klage vorgeworfen, dass es fehlerhaft gewesen sei, den Kläger für tot zu erklären und nicht für die Fortsetzung der Reanimation zu sorgen, wodurch die schwere Hirnschädigung des Klägers hätte vermieden oder entscheidend vermindert werden können. Die Klage wurde in zwei Instanzen abgewiesen.

Das OLG Hamm hat in der unterlassenen Reanimation durch den niedergelassenen Internisten im Rahmen der erforderlichen Notfallversorgung einen Behandlungsfehler gesehen. Das Gericht hat in den Entscheidungsgründen festgestellt, dass es unter den Umständen des Falles gegen die „Leitlinien für Wiederbelebung und Notfallversorgung“ verstieß, die Reanimation nicht fortzuführen

12 Carstensen, DÄBl. 1989, B-1737; *Taupitz*, NJW 1986, 2851 (2858); *Hart* in *Hart*, *Ärztliche Leitlinien*, S. 139 f.; *Hart*, *MedR* 1998, 8 (9 ff.); *Laufs/Uhlenbruck-Laufs*, § 3 Rz. 16; § 39 Rz. 9; *Wigge*, *ZaeFQ* 2001, 452 (453).

13 OLG Hamm, Urt. v. 9.5.2001 – 3 U 250/99, *VersR* 2002, 857 (857 ff.).

14 OLG Naumburg, Urt. v. 19.12.2001 – 1 U 46/01, *MedR* 2002, 1373 (1373 ff.).

15 OLG Hamm, Urt. v. 11.1.1999 – 3 U 131/98, *VersR* 2000, 1373 (1373 ff.).

## Leitlinien, Richtlinien und Empfehlungen in der Zahnheilkunde

oder fortführen zu lassen. Das OLG Hamm stellt anheim, dass die Leitlinien für den nicht am organisierten Notfalldienst beteiligten Beklagten nicht unmittelbar verbindlich sein mögen, betont aber, dass diese „dennoch die überwiegende Überzeugung maßgeblicher ärztlicher Kreise“ von der Richtigkeit einer Fortsetzung der Reanimation in einem solchen Fall zeigen. Der Arzt im Einzelfall dürfte sich dann aber allenfalls anders verhalten, als dies die Leitlinie empfehle, wenn er mit den ihm verfügbaren Mitteln die sichere Überzeugung gewinnen konnte, dass eine Schwertschädigung des Gehirns schon eingetreten oder auch bei Fortsetzung der Reanimation mit Gewissheit unvermeidbar wäre. Im vorliegenden Fall fehlte es allerdings an dem Nachweis der Kausalität des Behandlungsfehlers für den Schaden des Klägers. Das Gericht bewertete den Behandlungsfehler nicht als groben Behandlungsfehler. Es begründete seine Auffassung mit der in Fachkreisen herrschenden Diskussion über die Reanimationgrundsätze, die nach den Ausführungen des Sachverständigen in der Herabstufung der ursprünglichen Richtlinien zu Leitlinien zum Ausdruck komme.

### 2. Stellungnahme zu der bisherigen Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zu ärztlichen Leitlinien zeigt vor allem, dass bislang keine Systematik der Gerichte im Umgang mit den ärztlichen Leitlinien zu erkennen ist. Deutlich wird jedoch: Die seitens der Ärzteschaft geäußerten Befürchtungen, dass sich die Gerichte „auf die Leitlinien stürzen“ und diese eins zu eins auf den beurteilenden Fall übertragen werden, haben sich nicht bestätigt. Die Gerichte legen auch weiterhin den medizinischen Standard als den entscheidenden Maßstab für die rechtliche Bewertung ärztlichen Handelns zugrunde. Sie erkennen jedoch an, dass Leitlinien, Richtlinien und Empfehlungen durchaus in der Lage sein können, diesen medizinischen Standard zutreffend wiederzugeben. Hierbei ist jedoch die Qualität der einschlägigen Leitlinie zu beachten. Entsprechen Leitlinien dem Idealtyp, also der evidenzbasierten Konsensusleitlinie, S3-Leitlinie, geben sie den medizinischen Standard wieder und können insoweit auch den Haftungsmaßstab bestimmen. Weichen Leitlinien allerdings vom Standard ab, darf ihnen kein Einfluss auf den Haftungsmaßstab eingeräumt werden. Die Gerichte haben sich in der Vergangenheit und werden sich wohl auch zukünftig nicht anmaßen, selbst zu bestimmen, ob eine Leitlinie den im Zeitpunkt der Behandlung geltenden Standard zutreffend wiedergegeben hat. Dies wird vornehmlich ebenso wie die Frage der Feststellung des medizinischen Standards durch einen ärztlichen Gutachter erfolgen.

Es kann daher festgestellt werden, dass die zunehmende Anzahl existierender Leitlinien bislang wenig Einfluss auf die Bewertung ärztlichen Handelns durch die Gerichte nimmt. Dagegen stellen sich durch die Leitlinienexistenz neue Aufgaben und Sorgfaltsanforderungen an die gutachterliche Tätigkeit des Sachverständigen. Mit der zunehmenden Bekanntheit ärztlicher Leitlinien sowie der zunehmenden Berufung auf solche Leitlinien durch Ärzte und Patienten zur Verstärkung ihrer Positionen im Prozess, ist zu erwarten, dass die Gerichte zunehmend auf eine angemessene Berücksichtigung von Leitlinien in Sachverständigengutachten hinwirken werden.

### IV. Begutachtung durch den medizinischen Sachverständigen und ärztliche Leitlinien

Aufgrund der Bedeutung, die insbesondere hochwertige, d.h. evidenzbasierte und durch Konsensus getragene Leitlinien, bei der Feststellung des medizinischen Standards innehaben können, ergibt sich für medizinische Gutachter und Sachverständige die Notwendigkeit ihrer angemessenen Berücksichtigung. Dies gilt sowohl für Verfahren vor den Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen bei den Ärztekammern sowie für die Begutachtung im Rahmen zivilrechtlicher Arzthaftungsprozesse. Bei der Ausstellung ärztlicher Gutachten hat der Arzt gemäß § 25 der Muster-Berufsordnung für die Deutschen Ärztinnen und Ärzte mit der notwendigen Sorgfalt zu verfahren und nach bestem Wissen seine ärztliche Überzeugung auszusprechen. Der Sachverständige bewertet das streitgegenständliche aktive Tun oder Unterlassen des behandelnden Arztes aus objektiver medizinischer Sicht und prüft es auf Übereinstimmungen oder Widersprüche zum medizinischen Standard. Hierzu hat er den allgemein anerkannten Stand der Medizinischen Wissenschaft und der ärztlichen Praxis, d.h. der ärztlichen Erfahrung zum Zeitpunkt der Behandlung festzustellen. Existieren zu dem Themenkomplex Richtlinien, Leitlinien oder Empfehlungen der Wissenschaftlichen-Medizinischen Fachgesellschaft der entsprechenden Fachrichtung, so hat der Sachverständige diese in seiner Begutachtung grundsätzlich zu berücksichtigen. Ein differenziertes Vorgehen ist angezeigt: Zum einen ist nach der Qualität der Leitlinie bzw. der Richtlinie zu unterscheiden. Handelt es sich um eine hochwertige evidenzbasierte Konsensusleitlinie (S3-Leitlinie), die im Behandlungszeitpunkt bereits Gültigkeit besaß, so muss der Gutachter die Inhalte dieser Leitlinie bei seiner Begutachtung berücksichtigen, um seinen Sorgfaltspflichten zu entsprechen. Da die Leitlinie von einer mehrköpfigen Expertenkommission im Konsens und auf wissenschaftlicher Grundlage nach systematischer Recherche erstellt wurde, ist der Sachverständige gehalten, den medizinischen Standard nicht abweichend von den Empfehlungen der Leitlinie zu bestimmen. Ansonsten würde er sich aufgrund seiner subjektiven Bewertung der wissenschaftlichen Evidenz sowie seiner persönlichen Erfahrung über die in einem komplexen und standardisierten Verfahren herausgefilterten medizinischen Standards hinwegsetzen.

Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob die fragliche Leitlinie überhaupt den zu begutachtenden Individualfall betrifft oder ob eine von der Leitlinie nicht umfasste Behandlungssituation vorliegt. Diese Entscheidung kann nicht durch den Richter, sondern einzig durch den medizinischen Sachverständigen getroffen werden. Bevor er sich auf die Inhalte einer Leitlinie bezieht, muss er daher in einem ersten Schritt zunächst herausfinden, ob thematisch einschlägige Leitlinien tatsächlich die zu begutachtende Behandlungssituation betreffen. In einem weiteren Schritt muss der Sachverständige feststellen, ob der behandelnde Arzt die Leitlinieninhalte bei seiner Behandlung beachtet hat. Dies bedeutet nicht automatisch, dass der Sachverständige das Vorliegen eines Behandlungsfehlers dann bejahen wird, wenn der Arzt nicht gemäß den Leitlinienempfehlungen gehandelt hat. Hier sind die konkreten Umstände des individuellen Behandlungsfalles ausreichend zu würdigen. Während die Leitlinie eine abstrakte Aussage über den medizinischen Standard enthält, sind von dem behandelnden Arzt in der konkreten Behandlungssituation viele entscheidungserhebliche Besonderheiten in der Person des Patienten, der Erscheinungsform seiner Erkrankung, das Vorliegen von Komorbiditäten und andere Umstände der konkreten

## Leitlinien, Richtlinien und Empfehlungen in der Zahnheilkunde

Behandlungssituation zu berücksichtigen. Dies kann bedeuten, dass ein sorgfältiger behandelnder Arzt gerade nicht die in der Leitlinie empfohlene Behandlungsmaßnahme, sondern eine alternative Behandlungsmethode wählen wird. Da hochwertige Leitlinien aber gerade den medizinischen Standard wiedergeben, ist bei einer Abweichung von Leitlinienempfehlungen zu erwarten, dass der Arzt einen Grund für die Abweichung benennt und zur Sicherung des Beweises, dass er die Leitlinienempfehlungen wahrgenommen und beachtet hat, vernünftigerweise auch in den Behandlungsunterlagen dokumentiert. Der Sachverständige wird anhand dieser Angaben überprüfen, ob der behandelnde Arzt aufgrund von objektiv nachvollziehbaren Gesichtspunkten eine außerhalb des Behandlungskorridores der Leitlinie liegende Maßnahmen der Behandlung gewählt hat und auf diese Weise seinem konkreten Patienten eine standardgemäße Therapie zuteil geworden ist.

Hiervon zu unterscheiden ist die Situation, in der nur eine schwächere Leitlinienform, beispielsweise einer reinen Expertenleitlinie (S1-Leitlinie) vorliegt. Aufgrund des Verfahrens der Erstellung der Leitlinie kann hier nicht in gleicher Weise von der Übereinstimmung der Leitlinie mit dem medizinischen Standard ausgegangen werden. Der Sachverständige ist in diesem Fall auch dazu berufen, zunächst zu überprüfen, inwieweit die Leitlinie den medizinischen Standard im Behandlungszeitpunkt zutreffend wiedergegeben hat. Hierzu hat er die Leitlinieninhalte auf Übereinstimmung mit wissenschaftlichen Erkenntnissen, die im Behandlungszeitpunkt bereits vorlagen und den hierzu bestehenden Erfahrungen der Ärzte dieser Fachrichtung zu überprüfen. Dabei kann selbstverständlich bezüglich unterschiedlicher Leitlinieninhalte ein unterschiedliches Ergebnis gefunden werden. Erst in einem weiteren Schritt wird der Sachverständige sodann das Handeln des Arztes anhand der Leitlinieninhalte bzw. der von ihm herausgearbeiteten medizinischen Standards überprüfen.

### V. Begutachtung durch den medizinischen Sachverständigen bei der Implantatbehandlung<sup>16</sup>

Haftungsfragen anlässlich von Implantatbehandlungen haben naturgemäß in den letzten Jahren zugenommen, und zwar zum einen wegen der breiteren Anwendung der Implantatchirurgie in der zahnärztlichen Praxis und zum anderen wegen der Fortentwicklung der Systeme durch die Hersteller. Auch die Patientenanwälte haben sich dieser Fallgruppe intensiver angenommen, u.a. nicht zuletzt deshalb, weil die Implantologieschäden anders als bei den gängigen Haftungsfällen wie zum Beispiel Weisheitszahn, Brücken etc. in der Regel höhere Streitwerte hervorrufen. Ehe wir uns hier den schwierigeren Bereichen der Behandlungsfehler zuwenden, soll auch für die Gutachter das Problem der Aufklärung noch einmal in den Mittelpunkt gerückt werden.

1. Der Zahnarzt haftet wie jeder Arzt für die mit der Implantatbehandlung verbundene Körperverletzung, wenn sie infolge mangelnder Einwilligung rechtswidrig ist. Es spielt keine Rolle, ob es sich bei der Körperverletzung um einen Verkehrsunfall oder um eine Heilbehandlung handelt. Auch wenn der Zahnarzt mit den edelsten Ab-

sichten die Implantatbehandlung beginnt, muss er das aus der grundgesetzlich geschützten Würde des Menschen abzuleitende Selbstbestimmungsrecht achten und dessen Zustimmung einholen.

2. Auch der Gutachter darf nicht verkennen, dass der Patient regelmäßig zum Vorwurf des Aufklärungsmangels und damit mangelhafter Einwilligung greift, wenn er bei missglückter Therapie Schwierigkeiten beim Nachweis eines Behandlungsfehlers hat. Behauptet der Patient, er wäre nicht aufgeklärt worden, obliegt dem Zahnarzt die volle Beweislast für eine wirksame Einwilligung des Patienten in den Eingriff. Die wirksame Einwilligung setzt ausreichende Aufklärung voraus.

An dieser Stelle sei nur kurz darauf hingewiesen, dass die Aufklärung wegen der Beweislast möglichst exakt zu dokumentieren ist. Hier wird bei den Zahnärzten immer noch am meisten „gesundigt“. Es darf kein Behandlungshindernis sein, vor der Implantatbehandlung eine entsprechende Einwilligung in einem Formblatt schriftlich zu dokumentieren und in diesem Formblatt die aufklärungspflichtigen Risiken festzuhalten. Die Unterschrift des Patienten ist manchmal „Gold wert“.

3. Aufgabe des Sachverständigen ist es, das Maß der Risikoauflklärung zu bestimmen. Da die Implantatbehandlung sicherlich nicht zu den risikoärmsten Behandlungsformen der Zahnmedizin gehört, muss auf die Aufklärung über die Risiken der Implantatversorgung und die daraus entstehenden Folgen größter Wert gelegt werden. Weil regelmäßig neben der Implantatbehandlung auch andere Behandlungsalternativen zur Verfügung stehen, gehört zur Risikoauflklärung die Erörterung der anderen Behandlungsformen und die Abwägung der Vor- und Nachteile der verschiedenen Handlungsalternativen. Hier kommt es also für den Sachverständigen darauf an, die besonderen Therapieindikationen für eine Implantatbehandlung darzulegen. Aus den AWMF-Leitlinien Implantologie seien die Therapieindikationen für die Implantatversorgung ausdrücklich aufgeführt:

#### Therapieindikationen

- Ungünstiges Prothesenlager
- Zahnloser Kiefer, Frendlücken, Schallücken, Einzelzahnersatz
- Ausgeprägte Alveolarkammatrophie
- Hart- oder Weichteildefekte im Kiefer- und Gesichtsbereich
- Nichtanlage von Zähnen oder Hypodontie
- Zahnverlust und/oder Defekte infolge einer Tumorerkrankung oder eines Traumas (z.B. Oberkiefer, Unterkiefer, Nase, Orbita, Ohr)
- Mastikatorische Dysfunktion (teilweise oder vollständige Ober- und/oder Unterkiefermissbildung und/oder Kieferkammatrophie)
- Ästhetische Defekte
- Sprachstörungen
- Verhaltens- und/oder psychologische Störung
- Schmerzen (Nervkompression, Weichgewebeerregung)
- Inadäquate Zahnverankerung
- Craniofaciale Deformität
- Allergie gegen prothetische Materialien
- Insuffizienter Prothesenhalt
- Befestigung eines Obturators
- Verankerung von medizinischen Hilfsmitteln

Im Rahmen der Abwägung der Vor- und Nachteile der verschiedenen Handlungsalternativen hat der Sachverständige auch auf die Risikofaktoren einzugehen, die ebenfalls hier genannt sein sollen.

<sup>16</sup> Allgemein zur Bedeutung der Leitlinien, Richtlinien und Empfehlungen für den gerichtlichen Sachverständigen, *Steffen/Dressler*, *Arzthaftungsrecht*, 9. Aufl., Köln, Rz. 161–164.

## Leitlinien, Richtlinien und Empfehlungen in der Zahnheilkunde

### Risikofaktoren

- Insuffiziente prothetische und/oder chirurgische Planung
- Faktoren, welche die Osteointegration des Implantates beeinflussen (Implantatmaterial, Implantatgeometrie, Implantatoberfläche; Knochenangebot)
- Neurologische Funktionsstörungen
- Neuromuskuläre Erkrankung
- Parafunktionelle Habits
- Schlechte Mundhygiene
- Starker Knochenabbau

Auch sie gehören in die Abwägung der Vor- und Nachteile. Der Jurist kann dem behandelnden Implantologen nur raten, diese Risikofaktoren in einem Aufklärungsbogenformblatt auch tatsächlich zu nennen, gegebenenfalls anzukreuzen oder zu vermerken, dass sie erörtert worden sind.

Die dritte Aufgabe des Sachverständigen ist die Unterstützung des Gerichts bei der Ermittlung der Komplikationen. Auch die Komplikationen sind in den AWMF-Leitlinien genannt:

### Komplikationen

- Nachblutung
- Verletzung benachbarter anatomischer Strukturen
- Schmerz
- Neuropathie oder Parästhesie
- Infektion (akut oder chronisch)
- Nasale- oder Kieferhöhlenfistel
- Unterkieferfraktur
- Reaktive Gingivahyperplasie
- Narbenbildung
- Prothetisch nicht versorgbares Implantat
- Instabiles Implantat
- Implantatverlust
- Verlust des transplantierten Materials (z.B. Knochen)
- Implantatbruch

Auch hier gilt wiederum, dass diese Komplikationen zweckmäßigerweise in einem Aufklärungsmerkblatt aufgeführt sind, damit für das Gericht evident ist, dass sich dieser Implantologe um eine sachgerechte Patientenaufklärung bemüht hat. Aufgabe des Sachverständigen ist es dann, das Risiko abzuschätzen, das konkret hier verwirklichte Risiko in die Risikofaktoren einzugliedern und zu bewerten.

4. Gelegentlich wird der Sachverständige auch noch bei der Prüfung des hypothetischen Entscheidungskonfliktes benötigt. Steht nämlich fest, dass keine wirksame Aufklärung gegeben war, oder kann der Zahnarzt nicht beweisen, dass er den Patienten wirksam aufgeklärt hat, bleibt die vom Gericht zu entscheidende Frage, ob der Patient bei richtiger und sachgerechter Aufklärung von der Durchführung des Eingriffs abgesehen oder eine andere Therapieform gewählt hätte. Da es hier nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich ausreicht, wenn der Patient bei sachgerechter und vollständiger Aufklärung in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre und er sich möglicherweise den Eingriff überlegt hätte, wird der Gesichtspunkt der hypothetischen Einwilligung selten greifen. Hier kann der Sachverständige unterstützend eingreifen, wenn er aus sachverständiger Sicht darlegt, dass eine andere Behandlung als die Implantatbehandlung im konkreten Fall völlig unvernünftig gewesen wäre, sodass der Patient bei vollständiger Abwägung des Für und Wider sich in jedem Fall für das Implantat entschieden hätte.

5. Gelingt dies, wie meist, aber nicht, dann kann der Zahnarzt nur noch den Beweis antreten, dass der Schaden auch bei einer alternativen Behandlung oder völlig

unabhängig von dem von ihm durchgeführten Eingriff eingetreten wäre. Auch dies ist letztlich eine Sachverständigenfrage.

Die Ausführungen zeigen, dass auch im Rahmen der Patientenaufklärung die Sachverständigen, wenn das Gericht die „Klaviatur“ der Patientenaufklärung beherrscht – und hiervon kann man bei Arzthaftungskammern oder den spezialisierten Senaten des Oberlandesgerichts ausgehen – oft mit ihrem Sachverständigenrat gefordert werden.

Noch wichtiger ist die Aufgabe des Sachverständigen bei der Bewertung, ob mit dem implantatchirurgischen Eingriff eine fehlerhafte Behandlung verbunden ist, die zu einem Gesundheitsschaden des Patienten geführt hat. Da der Arzt nur bei einem schuldhafte Behandlungsfehler haftet, ist es Aufgabe des Sachverständigen, dem Gericht die objektive Unterschreitung des medizinischen Standards deutlich zu machen. Liegt aber die objektive Unterschreitung des medizinischen Standards vor, kommt es auf persönliche Vorwerfbarkeit nicht an, da es für die zivilrechtliche Haftung – anders als bei strafrechtlicher Verurteilung – auf persönliche Schuld nicht ankommt.

Behandlungsfehler sind nun gerade bei Implantationen in mehrfacher Hinsicht denkbar, so insbesondere bei fehlender Therapieindikation.

### 6. Fehlende Therapieindikation

Mit den Therapieindikationen haben wir uns bereits im Rahmen der Aufklärung beschäftigt. Auch im Rahmen der Bewertung eines Behandlungsfehlers bedarf es sorgfältiger Überlegungen für den konkreten Fall, und zwar diesen Einzelfall, weil oft kein verbindlicher medizinischer Konsens hinsichtlich der Behandlungsalternativen festgestellt werden kann. Eindeutig ist es allerdings, wenn die gestellte Therapieindikation auf einem Diagnoseirrtum beruht, wenn also die Diagnose auf unvollständiger Befundgrundlage gestellt wurde. Die Nichterhebung notwendiger Kontrollbefunde ist gleichzeitig ein Behandlungsfehler. Hierzu gehören Fälle unzureichender radiologischer Abklärung des Implantationsgebietes, fehlende Ausschlussdiagnosen, z.B. wegen Materialunverträglichkeit oder die Nichterhebung eines allgemein ärztlichen Befundes vor einem chirurgischen Eingriff.

So sind auch linguale Perforationen des Alveolarfortsatzes oder eine retromaxiläre Blutung bei Implantationen im Tuba-Bereich als Behandlungsfehler zu bewerten, wenn sie auf ungenügender röntgenologischer Darstellung der zweiten Ebene begründet sind.

Auch Nervschädigungen haben nicht allein bei der Frage des Aufklärungsfehlers, sondern schon beim Behandlungsfehler ihre Bedeutung. Konnte die Nervschädigung bei präoperativer vollständiger Diagnostik ausgeschlossen oder bei postoperativer Röntgenkontrolle entdeckt und behandelt werden, liegt ein Behandlungsfehler vor. Wird eine Nervkompression entdeckt, ist es ein Behandlungsfehler, wenn unterlassen wird, das Implantat sofort zu entfernen bzw. zurückzudrehen oder definitive Klärung durch weitere Schichtaufnahmen herbeizuführen. Ebenso ist es behandlungsfehlerhaft, den Patienten gegebenenfalls nicht in eine Fachklinik zu mikrochirurgischen Nervenrekonstruktion zu überweisen.

Es würde zu weit führen, sämtliche Behandlungsfehler bei Schädigung von Nerven und Kieferknochen darzustellen, hier liegt das Gros der Behandlungsfehler. Auch bei der Nachsorge kommen Behandlungsfehler vor, so, wenn ein gelockertes Implantat nicht entfernt oder mit einer Suprakonstruktion versorgt wird. Fehlerträchtig ist

## Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot

auch die Positionierung der Implantate, fehlerhafte Positionsbestimmung oder Implantieren ohne Schablone. Genug der Einzelfälle.

Wichtig ist für den Sachverständigen die Dokumentation. Bei der Aufklärung des Geschehensablaufs kommt der ärztlichen Dokumentation überragende Bedeutung zu. Sind notwendige Kontrollbefunde nicht dokumentiert, der Nachweis von Verlaufszeitkontrollen und Nachsorgemaßnahmen nicht dokumentiert, gehen Dokumentationsmängel zulasten des dokumentationspflichtigen Arztes. Aufgabe des Sachverständigen ist es darzulegen, was dokumentiert werden muss und was im konkreten Fall trotz Dokumentationspflichtigkeit nicht dokumentiert ist. Sodann ist es seine Aufgabe, zu unterstellen, dass die dokumentationspflichtige Maßnahme nicht durchgeführt worden ist, und zu bewerten, wie der Kausalverlauf bei Durchführung der dokumentationspflichtigen Maßnahme gewesen wäre.

Hier erfordert die Begutachtung Einfühlung in das juristische Denken. Nur so kann der Sachverständige tauglicher Gehilfe des Gerichts sein.

### VI. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen: Ärztliche Leitlinien ersetzen nicht den Sachverständigenbeweis im Rahmen eines Arzthaftungsprozesses. Sie sind insbesondere kein

antizipiertes Sachverständigengutachten. Jedoch stellen die Leitlinien der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen-Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF) und die wissenschaftlichen Stellungnahmen der DGZMK eine bedeutende Erkenntnisquellen für Ärzte und Sachverständige bei der Ermittlung des medizinischen Standards und damit der erforderlichen ärztlichen Sorgfalt im Einzelfall dar. Es bedarf dabei sowohl einer Sachverständigenbegutachtung bei der Entscheidung der Vorfrage, ob eine einschlägige professionelle Norm überhaupt vorliegt, sowie bei der Frage, ob die Inhalte der Norm in vertretbarer Weise durch den behandelnden Arzt umgesetzt wurden.

Auf diese Weise bringen insbesondere hochwertige Leitlinien den Ärzten eine Sicherheit in ihrem Behandlungsalltag und eine Gewähr, dass eine an dem medizinischen Standard ausgerichtete Behandlung letztlich nicht im Falle einer gerichtlichen Bewertung zu Haftungsansprüchen des Patienten führen wird. Die Formulierung hochwertiger Leitlinien in einem anerkannten und formalisierten Verfahren stellt sicher, dass sich der vor Ort handelnde Arzt nach denselben Empfehlungen richten kann, wie sie ggf. später auch der Gutachter in einem möglichen Rechtsstreit über das Vorliegen eines Behandlungsfehlers anwenden wird. Ärztliche Leitlinien geben hier dem Arzt und dem Patienten Rechtssicherheit darüber, was zum jeweiligen Zeitpunkt als guter ärztlicher Standard anzusehen ist.

## ARZTSTRAFRECHT/VERTRAGSARZTRECHT

### Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot – kriminalstrafbewehrtes Treuegesetz des Kassenarztes?

RA Dr. Mark Geis, Frankfurt a.M.

*Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung integriert die Verletzung sozialrechtlicher Pflichten des Kassenarztes in den Untreuestrafatbestand des § 266 StGB; daneben stehen weiterhin mögliche Strafbarkeiten wegen Betruges (§ 263 StGB). Der Beitrag nimmt unter Einbe-*

*ziehung aktueller staatsanwaltschaftlicher Verfügungen eine Sichtung des Streitfeldes vor. Er kommt zu dem Ergebnis, dass der BGH eine Verkürzung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Rechtskonkretisierungskonzept des kassenärztlichen Versorgungssystems vornimmt. Die Anwendung des Missbrauchstatbestandes des § 266 StGB wegen Verstoßes gegen die durch den BGH allein geprüften §§ 12 und 70 SGB V ist unhaltbar, weil diese Normen auch die Krankenkasse selbst adressieren und deshalb nicht den inneren, sondern den äußeren Rahmen der abgeleiteten Vertretungsbefugnis des Kassenarztes abstecken – was einen Vollmachtmissbrauch ausschließt. Der anhand eines umfänglicher bestehenden Wirtschaftlichkeitsgebotes des SGB V allenfalls zu prüfende Treubruchstatbestand des § 266 StGB scheidet am Vorliegen der speziellen Treuepflicht des Kassenarztes.*

▷ RA Dr. Mark Geis, Fachanwalt für Strafrecht, Frankfurt a.M.

- 1 Neufassung des Abs. 1 durch das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26.5.1933 (RGBl. I, 295). LK-Schünemann, 11. Aufl. 1998, § 266 Rz. 2 weist auf die Aufgabe hin, ein „im Kern auf Überlegungen der Weimarer Zeit aufbau(endes), in der endgültigen Gestaltung aber doch schon autoritäres Gedankengut erkennen (lassendes)“ Gesetz im Geiste der heutigen freiheitlich-demokratischen Grundordnung auszulegen. Restriktives Grundverständnis gehört dazu, vgl. *Matt*, NJW 2005, 389 m.w.N.
- 2 Mit der Vierten Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens vom 8.12.1931 (RGBl. I 1931, 699) nebst Vertrags- und Zulassungsordnung (RGBl. I 1932, 2) und der Neuregelung der §§ 368 bis 373 RVO durch die Verordnung über kassenärztliche Versorgung vom 14.1.1932 (RGBl. I 1932, 19) war der kassenärztliche Dienst endgültig in die Sphäre des öffentlichen Rechts übergegangen. Einzelverträge zwischen Krankenkasse und Arzt wurden nunmehr nicht mehr geschlossen. Schon seit der Notverordnung zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände vom 26.7.1930 (RGBl. I 1930, 321) war bestimmt, dass die Krankenpflege das notwendige Maß nicht überschreiten dürfe und bestand eine Pflicht zur wirtschaftlichen Ordnungsweise. Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung des Kassenarztrechts *Schnapp* in *Schnapp/Wigge*, Handbuch des Vertragsarztrechts, Das gesamte Kassenarztrecht, 2. Aufl. 2006, S. 1 ff., insbes. S. 7 ff.

### I. Einleitung

Den derzeitigen Untreuestrafatbestand des § 266 StGB gibt es im Wesentlichen seit 1933,<sup>1</sup> die Anfänge der kassenärztlichen Verordnungsfunktion nebst Wirtschaftlichkeitsgebot liegen noch davor.<sup>2</sup> Ob die Ende 2003 durch den BGH entdeckte Integrationsmöglichkeit beider Systeme ein Ausdruck des Sinnspruchs „Gut Ding will Wei-

## Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot

le haben“ ist oder doch eher im Gegenteil Zeichen eines der Justiz und insbesondere der Strafjustiz nicht gut anstehenden Modedenkens, ist dem Streit zugänglich. Die Beiträge zur insgesamt bedenklichen Ausweitung des Untreuetatbestandes sind in letzter Zeit jedenfalls Legion; zuletzt wiederholte *Schünemann* in einem neuerlichen Versuch, den „Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestandes“<sup>3</sup> zu lokalisieren, die These einer „Tendenzwende vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht“.<sup>4</sup>

Wenn der Gärtner – wie durch *Schünemann* offenbar vermutet – in der eigenen Hecke sitzt, leidet naturgemäß die Sauberkeit des Außenschnitts. Auch die Rechtsprechung des BGH zur Strafbarkeit sozialrechtswidriger kassenärztlicher<sup>5</sup> Verordnungen ist – natürlich – noch nicht gefestigt. Während der 4. Senat in einer bereits viel beachteten<sup>6</sup> Entscheidung vom 25.11.2003<sup>7</sup> erstmals<sup>8</sup> feststellte, dass die Verschreibung medizinisch unter keinem Gesichtspunkt indizierter Medikamente den Untreuetatbestand erfüllt und mögliche Betrugstaten unter dem Gesichtspunkt fehlender Stoffgleichheit ausschied, erstreckte der 1. Senat in einem nur vordergründig völlig gleichgerichteten Beschluss vom 27.4.2004<sup>9</sup> die Untreuestrafbarkeit auf Fälle kassenärztlicher Kick-Back-Rabattannahmen. Auch für eine Strafbarkeit wegen Betruges sah der 1. Senat breiteren Raum: Insbesondere unter Abrechnung nach dem Kostenerstattungsprinzip sei er möglich; in den Fällen der Abrechnung unter dem Sachleistungsprinzip komme Betrug als mitbestrafte Nachtat in Betracht.

Ebenfalls die Annahme von nicht deklarierten Zuwendungen durch einen Kassenarzt – hier ging es um Erstattung von Praxissondermüllentsorgungskosten nach Verordnung von Röntgenkontrastmitteln für den Sprechstundenbedarf – betraf eine daraufhin ergangene Entscheidung des OLG Hamm vom 22.12.2004,<sup>10</sup> welche auf die Rechtsprechung des 1. Senats zur Strafbarkeit von undeklarierten Rabattannahmen ausdrücklich Bezug nahm.

In dieser Situation sind jüngst zwei bemerkenswerte Verfügungen der Staatsanwaltschaft Ulm und der übergeordneten Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart ergangen. Sie bieten Anlass für eine umfänglichere Sichtung und Bewertung des Streitfeldes.

## II. Die Verfügungen der Staatsanwaltschaft Ulm und der Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart

### 1. Verfügung der Staatsanwaltschaft Ulm

Nach der vorangegangenen Publikation von Vorwürfen eines Wochenmagazins, wonach ein großer süddeutscher Generikahersteller in den zurückliegenden Jahren Ärzten und Apothekern mit Rabatten und anderen Zuwendungen bedacht habe für die bevorzugte Verschreibung seiner Medikamente,<sup>11</sup> hatte die Staatsanwaltschaft Ulm Ermittlungen wegen des Verdachts des Betruges (§ 263 StGB), der Untreue (§ 266 StGB) und der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) eingeleitet. Sie stellte diese Ermittlungen mit Verfügung vom 19.12.2005<sup>12</sup> sodann aber zunächst ein, weil eine Strafbarkeit aus Rechtsgründen nicht erkennbar sei:

Eine Strafbarkeit von Ärzten wegen Untreue und Betruges komme nicht in Betracht, weil der Preis für die verordneten Medikamente aufgrund der bestehenden Preisbindung festgelegt gewesen sei und weil keine zureichenden Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass die be-

treffenden Verschreibungen medizinisch nicht indiziert waren. Den Ärzten obliege wohl auch nicht eine besondere Vermögensbetreuungspflicht gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen.<sup>13</sup>

Eine Strafbarkeit nach § 299 StGB scheidet aus, weil Kassenärzte weder „Angestellte“ noch „Beauftragte“ der gesetzlichen Krankenkassen seien. Sie unterlägen zwar den Bestimmungen des SGB V, seien aber trotz dessen Vorgaben als „Freiberufler“ nicht Angestellte. Auch seien sie nicht „Beauftragte“, da sie nicht unmittelbar wirtschaftliche Interessen der Krankenkassen wahrnehmen.<sup>14</sup>

Eine Strafbarkeit von Kassenärzten wegen der Annahme von Rabatten und anderen Zuwendungen wurde also insgesamt verneint.

### 2. Verfügung der Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart

Unter Hinweis darauf, dass der BGH bislang noch nicht über die strafrechtliche Relevanz eines Verstoßes gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot bei der Rezeptierung medizinisch indizierter, preislich jedoch über Konkurrenzprodukten liegender Medikamente entschieden habe, hob indes die Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart die genannte Einstellungsverfügung nunmehr mit Verfügung vom 13.4.2006<sup>15</sup> auf, soweit sie mögliche Vergehen der Untreue und des Betruges betraf.

Die Auffassung der Staatsanwaltschaft Ulm über die fehlende Strafbarkeit nach § 299 StGB teilt die General-

3 So (natürlich mit Artikel versehen) der Titel seines soeben in der *NStZ* 2006, 196 ff., veröffentlichten Beitrages.

4 A.a.O., S. 196 m.w.N.

5 Das Gesetz verwendet die Begriffe des „Kassenarztes“ und des „Vertragsarztes“ seit dem Gesundheitsstrukturgesetz vom 21.12.1992 (BGBl. I, 2266) nebeneinander (vgl. z.B. „Kassenärztliche Vereinigung“), wenn auch neben der Vereinheitlichung der bisher unterschiedlich geregelten Formen der Teilnahme an der kassenärztlichen und vertragsärztlichen Versorgung die durchgehende Bezeichnung als „vertragsärztlich“ beabsichtigt war (vgl. *Wigge* in *Schnapp/Wigge*, Handbuch des Vertragsarztrechts, Das gesamte Kassenarztrecht, 2. Aufl. 2006, S. 23 f.). Wegen der eingeführten Prägnanz wird hier der – auch durch die Strafrechtsprechung zumeist benutzte – Begriff des „Kassenarztes“ weiterverwendet.

6 Besprechungen liegen vor u.a. von *Taschke*, *StV* 2005, 406 ff.; *Weidhaas*, *ZMGR* 2005, 52 ff.; *Herffs*, *wistra* 2006, 65 ff. und *Ulsenheimer*, *MedR* 2005, 622 f.

7 BGH, Beschl. v. 25.11.2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17 = *GesR* 2004, 268 = *wistra* 2004, 143 = *NJW* 2004, 454 = *NStZ* 2004, 266 = *MedR* 2004, 268.

8 *Ulsenheimer*, *MedR* 2005, 622, 623; *Weidhaas*, a.a.O., S. 54; vgl. auch Mitteilung Nr. 79/2004 der Pressestelle des BGH vom 30.6.2004 (online zugänglich über [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)); *Herffs*, a.a.O., S. 65 sieht in der Abgrenzung von Deliktakten allerdings durchaus Kontinuität zu früheren Entwicklungen.

9 BGH, Beschl. v. 27.4.2004 – 1 StR 165/03, *NStZ* 2004, 568 = *MedR* 2004, 613.

10 OLG Hamm, Urt. v. 22.12.2004 – 3 Ss 431/04, *GesR* 2005, 173 ff. mit krit. Anm. *Bernsmann/Schoß*, *GesR* 2005, 193 ff. = *MedR* 2005, 236 mit krit. Anm. *Steinbilper* = *NStZ-RR* 2006, 13.

11 Vgl. Zusammenfassung in Pressemitteilung der StA Ulm vom 20.12.2005, <http://www.justiz-bw.de/servlet/PB/menu/1192381/index.html>.

12 Verfügung der Staatsanwaltschaft Ulm vom 19.12.2005, wesentlicher Inhalt mitgeteilt in Pressemitteilung der StA Ulm vom 20.12.2005, <http://www.justiz-bw.de/servlet/PB/menu/1192381/index.html>.

13 Vgl. Pressemitteilung der StA Ulm vom 20.12.2005 (a.a.O.).

14 A.a.O.

15 Verfügung der Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart vom 13.4.2006, wesentlicher Inhalt mitgeteilt in Pressemitteilung der StA Ulm vom 13.4.2006, <http://www.justiz-bw.de/servlet/PB/menu/1199521/index.html>.

## Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot

staatsanwaltschaft Stuttgart; die Ermittlungen bleiben insoweit eingestellt.<sup>16</sup>

### III. Perspektiven der weiteren Rechtsentwicklung

Die genannten staatsanwaltschaftlichen Verfügungen zeigen vor dem Hintergrund und auf der Basis der zuvor ergangenen Entscheidungen des BGH und des OLG Hamm sowie des bisher hierzu vorliegenden Schrifttums exemplarisch einige der nunmehr ins Zentrum des dogmatischen Interesses rückenden Fragen auf.

#### 1. Strafbarkeit nach § 299 StGB

Zu Recht verneinen sowohl die Staatsanwaltschaft Ulm als auch die Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart eine Strafbarkeit unter dem Gesichtspunkt des § 299 StGB (Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr). Infolge der Entscheidung des 4. Senats war zwar eine Auffassung vorgetragen worden, welche die vom BGH bejahte und aus der Rechtsprechung des BSG übernommene (sozial-)gesetzliche Befugnisberufung des Kassenarztes zum Vertreter der Krankenkasse weit gehend ungeprüft auf den Tatbestand des § 299 StGB übertragen wollte,<sup>17</sup> der gesetzliche Befugnisberufungen aber nicht enthält und ein *personales Befugniserteilungselement* – mindestens faktisch wirkende Berufung aus dem Betrieb des Geschäfts-

herrn heraus – voraussetzt.<sup>18</sup> Schon deren fachjuristisch ungewöhnlich triumphante Eingangsfeststellung: „Das gesamte Schrifttum und auch die Strafverfolgungspraxis übersehen jedoch, dass der niedergelassene Kassenarzt als ‚Beauftragter‘ der jeweiligen Krankenkasse als ‚geschäftlicher Betrieb‘ in Betracht kommt“, war jedoch unzutreffend. Vielmehr war die Frage, ob der Kassenarzt als Beauftragter der Krankenkasse angesehen werden kann, zuvor schon durch *Taschke* diskutiert – und mit zutreffender Begründung verneint worden.<sup>19</sup> Der BGH und das OLG Hamm haben die fern liegende Strafbarkeit nach der Norm also zu Recht nicht erwogen.

#### 2. Strafbarkeit nach § 263 und § 266 StGB

Im Zentrum bleiben die Normen des § 263 und des § 266 StGB. Auf die bereits breit diskutierten Fragen der Betrugsstrafbarkeit soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden, wenn auch zu konstatieren ist, dass in den Entscheidungen des 4. Senats des BGH einerseits und des 1. Senats des BGH andererseits, wie oben angeführt, durchaus unterschiedliche und in Teilbereichen auch inkompatible Auffassungen vertreten werden. Die Entscheidungen des BGH und des OLG Hamm stellen jedoch dringlicher Fragen der Anwendung des Untreuetatbestandes, insbesondere die Frage nach dem Verhältnis des sozialrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebotes des SGB V und der strafrechtlichen Treuepflicht des § 266 StGB.

### IV. Offen bleibende Fragen des Untreuetatbestandes

#### 1. Die Entscheidung des 4. Senats: Verwirklichung des Missbrauchs- oder des Treubruchtatbestandes?

##### a) Tatbestandsalternativen des § 266 StGB

Der Tatbestand des § 266 StGB enthält zwei Alternativen, deren Verhältnis im Einzelnen seit jeher umstritten ist:<sup>20</sup> Während der Missbrauchstatbestand als erste Tatbestandsalternative – soweit wohl noch einhellige Meinung – durch das Auseinanderfallen von rechtlchem Können (im Außenverhältnis) und rechtlchem Dürfen (im Innenverhältnis) und eben den Missbrauch des rechtlchen Könnens unter Überschreiten des rechtlchen Dürfens verwirklicht wird,<sup>21</sup> scheint der Treubruch als zweite Tatbestandsalternative die (rechtlche oder tatsächliche) Pflicht zur Fürsorge für fremdes Vermögen<sup>22</sup> auf den Punkt zu bringen. Da diese Vermögensbetreuungspflicht seit einer sehr knapp formulierten<sup>23</sup> Grundsatzentscheidung des BGH vom 26.7.1972<sup>24</sup> durch die h.M. auch für die erste Tatbestandsalternative (den Missbrauchstatbestand) vorausgesetzt wird, ist der Blick frei dafür, dass gemeinsamer Unrechtskern des § 266 StGB der rechtsgeschäftlich (1. Tatbestandsalternative) oder nicht rechtsgeschäftlich (2. Tatbestandsalternative) begangene<sup>25</sup> Missbrauch<sup>26</sup> der anvertrauten und insofern durch den Vermögensinhaber nicht mehr kontrollierten Herrschaft über fremdes Vermögen ist. *Schünemann* hat den Zusammenhang – in der Grundlegung seiner typologischen Theorie – prägnant wie folgt formuliert: „Die natürliche Folge einer Abwesenheit von Kontrolle ist die Treupflicht, während solche Personen, die ständiger Kontrolle unterliegen und deshalb keine Herrschaft ausüben, auch nicht in diesem Sinne Treue schulden<sup>27</sup>“. Da es um Anvertrauen in Bezug auf die Übertragung der Vermögensherrschaft geht, wird deutlich, dass – so die zentra-

<sup>16</sup> Vgl. Pressemitteilung der StA Ulm vom 13.4.2006 (a.a.O.).

<sup>17</sup> *Pragal*, NStZ 2005, 133 f.

<sup>18</sup> Eingehend dazu *Reese*, PharmR 2006, 92 ff. (97), und *Geis*, wistra 2005, 369 ff. *Reese* betont (a.a.O., S. 98) zu Recht, dass vor diesem Hintergrund durch eine „Qualifizierung des Vertragsarztes als Beauftragter der Krankenkasse auch die (fließende) Grenze zu einer verbotenen Analogie (§ 1 StGB, Art. 103, Abs. 2 GG) zumindest berührt, wenn nicht gar überschritten werden“ dürfte. *Tröndle/Fischer*, § 299, Rz. 10b formuliert zwar unter Bezugnahme auf *Pragal* inzwischen, „hinsichtlich niedergelassener Kassenärzte (werde) zu Recht vorgeschlagen, sie als Beauftragte i.S. von (§ 299) Abs. 1 des geschäftlichen Betriebs der Krankenkassen anzusehen“, doch zeigt dies gerade die durch *Reese* zutreffend betonte Friktion mit dem Analogieverbot: Strafbarkeit muss aufgrund Gesetzes bestehen und nicht auf „Vorschlag“; die Tätereigenschaft wird durch Gesetz zugewiesen und nicht durch „ansetzen als“. Im Übrigen steht die Auffassung *Fischers* noch auf der Basis der knappen Literaturauswertung bei *Pragal*, der u.a. das gesamte medizinstrafrechtliche Fachschrifttum unbeachtet lässt (vgl. *Pragal*, a.a.O., bei Fn. 13), sodass in Folgeauflagen Änderungen durchaus nicht ausgeschlossen sind: „dass an einer Unrechtsvereinbarung und an der Unlauterkeit i.S. von § 299, in aller Regel kein Zweifel bestehe“ (so *Pragal*, NStZ 133, 136)“, sieht *Fischer* (a.a.O.) schon jetzt als „in dieser Allgemeinheit allerdings zweifelhaft“ an. Insgesamt ablehnend auch *Bernsmann/Schoß*, GesR 2005, 193 (195f.).

<sup>19</sup> *Taschke*, Strafvorschriften und Ordnungswidrigkeiten, Rz. 225, in *Anhalt/Dieners*, Handbuch des Medizinprodukterrechts, München 2003, unter wesentlicher Betonung der trotz Einbindung in das Kassensystem verbleibenden Freiberuflichkeit.

<sup>20</sup> *Tröndle/Fischer*, § 266 Rz. 6, unter Verweis auf (umf.) LK-*Schünemann*, 11. Aufl. 1998, § 266 Rz. 8 ff.

<sup>21</sup> *Tröndle/Fischer*, § 266 Rz. 21.

<sup>22</sup> So die alte Treubruchtheorie zusammengefasst durch LK-*Schünemann*, 11. Aufl. 1998, § 266 Rz. 6.

<sup>23</sup> LK-*Schünemann*, 11. Aufl. 1998, § 266 Rz. 8.

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 24.7.1972 – 2 StR 62/72, BGHSt 24., 386.

<sup>25</sup> Vgl. LK-*Schünemann*, 11. Aufl. 1998, § 266 Rz. 20.

<sup>26</sup> LK-*Schünemann*, 11. Aufl. 1998, § 266 Rz. 8, spricht anstatt von „Missbrauch“ hier von „rücksichtsloser Ausübung“.

<sup>27</sup> LK-*Schünemann*, 11. Aufl. 1998, § 266 Rz. 20, wobei diese Formulierung hier auf den Treubruchtatbestand gemünzt ist, aber für beide Alternativen gültig sein dürfte – vgl. LK-*Schünemann*, a.a.O., Fn. 20 Anfang und Fn. 21 Anfang: zentrale Merkmale bzw. Kern des Untreuenrechts. Auch die rechtsgeschäftliche Ausübung von Herrschaft kann streng überwacht werden. Das Fehlen von Kontrolle sieht auch *Tröndle/Fischer*, § 266 Rz. 29 zur Treuepflicht, als wesentlichen Gesichtspunkt an.

### Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot

len Eingrenzungskriterien der Rechtsprechung<sup>28</sup> – die Wahrung der Vermögensbetreuung Hauptinhalt der Pflichtübertragung, die Vermögensbetreuungspflicht also Hauptpflicht sein muss, und dass der – dann und deshalb insgesamt strafrechtlich Treupflichtschuldige – unkontrolliert und insofern selbstständig tätig werden muss.<sup>29</sup>

Die Unterscheidung der Tatbestandsalternativen des § 266 StGB bleibt gleichwohl von einiger Bedeutung.<sup>30</sup> Bei Verneinung des Missbrauchstatbestandes rückt die besonders qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht stärker in den Mittelpunkt;<sup>31</sup> die Staatsanwaltschaft Ulm sah gerade Letztere, wie dargelegt, nicht als gegeben an. Gleichzeitig stellt sich dann aber die Frage einer im oben genannten Sinne rechtsgutsbezogenen – welche übertragenen Herrschaftselemente werden missbraucht? – Synchronisierung der Treupflicht.

#### b) Die Auffassung des 4. Senats des BGH

Der 4. Senat des BGH leitet die Befugnisse des Kassenarztes, wie schon erwähnt, aus dem Gesetz ab.<sup>32</sup> Unter Berufung auf entsprechende Rechtsprechung des BSG<sup>33</sup> stellt er fest, der Kassenarzt, der Schlüsselfigur sei,<sup>34</sup> dürfe „den materiellen (und formellen) Rahmen der kassenärztlichen Versorgung nicht verlassen“.<sup>35</sup> Unter Verweis auf die §§ 12 Abs. 1 S. 2 und 70 Abs. 1 S. 2 SGB V hält der BGH fest, der Kassenarzt dürfe deshalb Leistungen, die jenseits der Bandbreite offener Wertungen nach den Regeln der ärztlichen Kunst eindeutig nicht notwendig, nicht ausreichend oder unzumutbar sind, nicht verordnen. Verschreibe er dennoch ein Medikament, obwohl er wisse, dass er die Leistung im Sinne des § 12 Abs. 1 SGB V nicht bewirken dürfe, so missbrauche er („Missbrauchstatbestand“) diese ihm „vom Gesetz eingeräumten Befugnisse“.<sup>36</sup>

Der BGH geht also mit dem BSG davon aus, dass auch die Norm des § 12 SGB V den materiellen und formellen Rahmen der kassenärztlichen Versorgung mitbestimmt.<sup>37</sup> Wird die Norm verletzt, so ist dieser Rahmen, wie der BGH explizit und insoweit zutreffend feststellt, verlassen.

Dies zeigt jedoch ein durchgreifendes Problem auf: Es liegt ein Widerspruch in der Feststellung, der Kassenarzt, der § 12 Abs. 1 SGB V verletze, verlasse den ihm gegebenen Rahmen und missbrauche seine Befugnisse deshalb. Die Verletzung des § 12 Abs. 1 SGB V begründet nicht den Missbrauch der Befugnisse, der Kassenarzt verlässt seine Befugnisse vielmehr. Nach Verlassen des Befugnisrahmens ist ein Missbrauch nicht mehr möglich.

#### c) Gemeinsame äußere Befugnisbegrenzung durch § 12 SGB V

Dass es sich bei dieser Betrachtung nicht nur um Präzisionismus handelt, zeigt ein genauerer Blick auf die Norm des § 12 Abs. 1 SGB V: Diese – und dasselbe gilt für § 70 Abs. 1 SGB V – richtet sich nicht nur an den Kassenarzt, sondern auch an die Krankenkasse selbst. Diese selbst ist Adressat des Wirtschaftlichkeitsgebotes,<sup>38</sup> sie selbst darf nicht Leistungen bewilligen, die nicht notwendig, nicht ausreichend oder unzumutbar sind. Sie kann nur diese ihr selbst eingeräumten Befugnisse weitergeben. Der Kassenarzt kann keine weiteren übertragenen Vermögensbefugnisse haben als die Krankenkasse selbst. Die §§ 12 und 70 SGB V bestimmen also den gemeinsamen äußeren Befugnisrahmen von Kassenarzt und Krankenkasse und nicht den inneren Befugnisrahmen des Kassenarztes im Verhältnis zur Krankenkasse.

Der Missbrauchstatbestand scheint deshalb in der Tat auszuschneiden.

Ein Gesichtspunkt bleibt allerdings aufzuklären:

Vertragspartner der Krankenkasse beim Medikamentenkauf ist nach der auch insoweit vom BSG übernommenen Rechtsprechung des BGH der Apotheker.<sup>39</sup> Weil es nicht sinnvoll und auch nicht möglich wäre, diesem die Einhaltung des kassenrechtlichen Rahmens und damit die neuerliche Überprüfung des Wirtschaftlichkeitsgebotes des § 12 SGB V aufzubürden,<sup>40</sup> übernimmt die Krankenkasse zusätzlich eine Art Garantieerklärung: Sie bezahlt den Apotheker auch dann, wenn eine sachlich unbegründete Verordnung vorliegt; nur der äußere Rahmen ist vom Apotheker zu prüfen. Diese Garantieerklärung ist in Arzneimittellieferverträgen der Kassen- und Apothekerverbände nach § 129 SGB V enthalten, welche gerade notwendig sind, weil die dem Apotheker vorgelegte Verordnung sachlich unzutreffend sein kann. Ohne diese zusätzliche Garantieerklärung würde die Verordnung zur Begründung des Kaufpreisanspruches nicht ausreichen, weil sie auch unwirtschaftliche und deshalb vom Kassenrahmen nicht gedeckte Leistungen enthalten kann; das weiß der Apotheker, muss es aber – aufgrund des Rahmenvertrages – nicht prüfen. Die Kasse bleibt wegen der überschießenden Garantieerklärung zum Regress gegenüber dem außerhalb des Kassenrahmens, also unwirtschaftlich verordnenden, Arzt berechtigt und wohl auch verpflichtet, § 106 SGB V.

Wohl aus diesen Zusammenhängen wird teilweise abgeleitet, der BGH entnehme „die dem Arzt obliegende Vermögensbetreuungspflicht nicht dem Gesetz, sondern den konkreten von den Parteien gestalteten Verträgen“.<sup>41</sup> Das widerspricht jedoch nicht nur den soeben erörterten und insoweit eindeutigen Entscheidungsgründen („vom Gesetz eingeräumte Befugnisse“), es geht auch daran vorbei, dass der Kassenarzt – auch vermittelt über die Kassenärztliche Vereinigung oder die Krankenkasse – nicht Vertragspartei wird oder im Verhältnis zur Apotheke mit entsprechender Aufgabe handelt. Die Krankenkasse selbst belegt vielmehr mittels des Rahmenvertrages, an dem der Kassenarzt unbeteiligt bleibt, die ausgeschriebene Verordnung vor deren Übergabe mit der Garantieerklärung, die Verordnung werde bezahlt; richtig ist die Feststellung, dass „die Vertragsparteien“ – Kas-

28 Nachweise bei Tröndle/Fischer, § 266 Rz. 28.

29 Vgl. insbesondere zur Identität von Abwesenheit von Kontrolle und strafrechtlich verstandener Selbstständigkeit LK-Schünemann, 11. Aufl. 1998, § 266 Rz. 20.

30 Natürlich auch prozessual: Es handelt sich um verschiedene Strafgesetze i.S.v. § 265 StPO, vgl. LK-Schünemann, 11. Aufl. 1998, § 266 Rz. 27 (m.w.N. auch aus der Rechtsprechung).

31 Herffs, wistra 2006, 63 (64), sieht sie wohl nur als Merkmal des Treubruchtatbestandes an.

32 Zutreffend Weidbaas, ZMGR 2005, 52 (55); a.A. Herffs, wistra 2006, 63 (65).

33 BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271 (278, 281 f.).

34 BGH, Beschl. v. 25.11.2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17 = GesR 2004, 268 = wistra 2004, 143 = NJW 2004, 454 = NStZ 2004, 266 = MedR 2004, 268, Ziffer 2.a) der Entscheidungsgründe.

35 A.a.O., Ziffer 3.a) der Entscheidungsgründe.

36 A.a.O.

37 Besonders deutlich BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271 (282).

38 Vgl. zutreffend Neugebauer, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der gesetzlichen Krankenversicherung: Normierung – Inhalt – Konkretisierung, Berlin 1996 (zugl. Diss. Bonn 1994/1995), S. 25.

39 BGH, Beschl. v. 25.11.2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17 = GesR 2004, 268 = wistra 2004, 143 = NJW 2004, 454 = NStZ 2004, 266 = MedR 2004, 268, Ziffer 2.a) der Entscheidungsgründe.

40 Eingehend BSG, Urt. v. 17.1.1996 – 3 RK 26/94, BSGE 77, 194 (200 f.).

41 Herffs, wistra 2006, 63 (65).

## Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot

sen- und Apothekerverbände – in den Rahmenverträgen nach § 129 SGB V „die Bindungswirkung der ärztlichen Verordnung im Vergleich zu den Regelungen des SGB V verstärkt und erweitert“<sup>42</sup> haben. Nur letztere, hinter den Rahmenverträgen zurückbleibende Regelungen des SGB V beschreiben aber den äußeren Befugnisrahmen des Kassenarztes.

Der Missbrauchstatbestand des § 266 Abs. 1, 1. Alt., StGB scheidet deshalb in der Tat aus.<sup>43</sup>

42 Herffs, wistra 2006, 63 (64, 65).

43 Auch *Ulsenheimer*, MedR 2005, 622 (626), sieht mit *Bernsmann/Schoß*, GesR 2005, 193 (194), die Voraussetzungen des Missbrauchstatbestandes mit allerdings anderen Überlegungen im Ergebnis als nicht gegeben an: Der Kassenarzt übe in Fällen des Vollmachtmissbrauchs seine Vollmacht „zwar im Rahmen eines rechtswirksamen Innenverhältnisses (zur Krankenkasse)“ aus, diese Vollmacht entfalte „jedoch im Außenverhältnis: Krankenkasse – Apotheker keine Rechtswirksamkeit“. Der Vollmachtmissbrauch habe „die Unverbindlichkeit der getroffenen Willenserklärung zur Folge“ (*Ulsenheimer*, a.a.O., unter Berufung auf *Schilken* [2001] in Staudinger, BGB, § 167, Rz. 101). Dabei müssen zwar entsprechende subjektive Elemente auf der Kontrahentenseite vorausgesetzt werden, nämlich Kollusion oder mindestens Fahrlässigkeit (vgl. *Schilken* [2001] in Staudinger, BGB, § 167, Rz. 96 ff.). Dass der Apotheker die Wirtschaftlichkeit gerade nicht zu prüfen hat, könnte dem widersprechen. So leiten auch – insoweit gegensätzlich zu *Ulsenheimer* – *Bernsmann/Schoß*, GesR 2005, 194, mit Blick auf BSG, Urt. v. 17.1.1996 – 3 RK 26/94, BSGE 77, 194 (198 ff.), „in den vom BGH entschiedenen Fällen ... zwischengeschalte(r) – gutgläubige(r) – Apotheker“ die *Wirksamkeit* der die Apotheker betreffenden Verträge ab und damit (was allerdings wegen des tatsächlich auch für die Krankenkasse durch § 12 I SGB V begrenzten Vollmachtsaußenumfangs nicht zwingend ist, s.o.) hier die Möglichkeit der Verwirklichung des Missbrauchstatbestandes. Man wird indes unterscheiden müssen. Die Entscheidung des 4. Senats betraf ja keinen Fall des Kick-Back oder anderer Kollusion. Die Entscheidung des 1. Senats lässt durchaus Raum für die Überlegung, dem Apotheker das kollusive Verhalten des hinter ihm stehenden Arzneimittel- bzw. Medizinproduktlieferanten zuzurechnen (womit man wieder auf einer dogmatischen Linie mit *Ulsenheimer* und der Möglichkeit der Annahme von Unwirksamkeit des Geschäfts aufgrund Vollmachtmissbrauchs wäre). Für diesen Fall bringt die insoweit bestehende Unterschiedlichkeit der Positionen von *Ulsenheimer* und *Bernsmann/Schoß* die grundsätzliche Fragwürdigkeit der Nachteilskonstruktion des BGH zum Ausdruck, der das Nachteilszufügungsereignis in der Kontrahierung des (gutgläubigen) Apothekers sieht anstatt in der Absprache mit dem hinter ihm stehenden (kollusiven) Lieferanten, bei dem sich die Preiserhöhung indes realisieren würde.

44 A.A., vgl. z.B. Tröndle/*Fischer*, § 266 Rz. 29.

45 LG Mainz, Beschl. vom 13.11.2000 – 1 Qs 257/00, NJW 2001, 906 f.; krit. Tröndle/*Fischer*, § 266 Rz. 29, mit dem Argument, es bestehe kein Pflichtenunterschied zwischen dem Einkaufen und dem Einsetzen von „Herzklappen“. Dem wird man spätestens nicht mehr zustimmen, wenn ein Mitarbeiter der Beschaffungsabteilung dieselbe Auffassung vertritt und in den OP kommt, um das Einsetzen vorzunehmen. Eine Einschränkung mag sich ergeben, wenn die Verwaltungstätigkeit zur hauptsächlich anvertrauten Aufgabe wird. Eine Verurteilung durch das LG Heidelberg, Urt. v. 28.3.2001 – 1 Kls 42 Js 22565/97, hat der BGH unter grundsätzlicher Bejahung der Treuepflicht eines Ärztlichen Direktors wegen Fehlens eines Vermögensnachteils aufgehoben (BGH, Urt. v. 23.05.2002 – 1 StR 372/01, NJW 2002, 2801 ff. m. Anm. *Taschke*, PharmaR 2002, 409 ff.; vgl. auch *Taschke*, Strafvorschriften und Ordnungswidrigkeiten, Rz. 258 ff., in Anhalt/Dieners, Handbuch des Medizinprodukterrechts, München 2003). Nach *Ulsenheimer*, MedR 2005, 622 (626) liegt auch für den Kassenarzt „die entscheidende Tätigkeit ... auf ärztlichem Gebiet“ (auf der Basis der durch ihn vorausgesetzten Geltung der qualifizierten Treuepflicht auch für den Missbrauchstatbestand). Auch *Reese*, PharmR 2006, 92 (100), betont die primäre Behandlungspflicht.

46 LG Halle, Beschl. v. 3.12.1999 – 22 Qs 31/99, wistra 2000, 279 (280); zitiert aber z.B. bei Schönke/Schröder/*Lenckner/Perron*, 27. Aufl. 2006, § 266 Rz. 25; *Ulsenheimer*, MedR 2005, 622 (626) (zustimmend).

47 LG Halle, a.a.O.

48 BVerfG, Urt. v. 23.3.1960 – 1 BvR 216/51, BVerfG 11, 30.

49 A.a.O., Gründe IV. 2.

50 BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271.

## 2. Die Frage der Vermögensbetreuungspflicht des Kassenarztes

Der nach Verneinung des Missbrauchstatbestandes zu prüfende Treubruchtatbestand setzt in besonderem Maße die Pflicht zur Betreuung der fremden Vermögensinteressen als Hauptpflicht voraus, also als wesentliche und nicht nur beiläufige Pflicht.<sup>44</sup> Dies ist nach dem Sinn des § 266 StGB zwingend: Da es, wie oben dargelegt, strafrechtlich gerade um die Abwehr des Missbrauchs übertragener Vermögensherrschaft geht, ginge die Betrachtung von nur mitläufig erlangten Herrschaftsausübungsmöglichkeiten am Tatbestand vorbei.

Das LG Mainz sah hinsichtlich Dienstverträgen, bezogen auf ärztlichen Pflichtumfang jedoch durchaus in ähnlichem Zusammenhang, den Erwerb überteuerter Herzschrittmacher-Implantate für die Klinik durch Chefarzt und Oberarzt der Kardiologieabteilung nur als Verletzung einer „selbstverständlichen Nebenpflicht“ an, das Vermögen des Hospitals nicht mutwillig oder grob fahrlässig zu schädigen; es lägen aber keine Verletzungen der „typischen“ und „hauptsächlichen“ vertraglichen Pflicht, ärztliche Leistungen zu erbringen, vor, und verneinte deshalb eine besondere Treuepflicht.<sup>45</sup>

Mit ganz ähnlicher Begründung leitet auch das LG Halle in einer oft übersehenen Entscheidung vom 3.12.1999<sup>46</sup> das Fehlen der „Verfügungsbefugnis oder Vermögensbetreuungspflicht nach § 266 StGB des Kassenarztes im Verhältnis zur Krankenkasse“ ab: Die „Befugnis des Kassenarztes, die Pflicht der Kasse gegenüber ihren Versicherten zur Versorgung mit den notwendigen ärztlichen Leistungen nebst Heil- und Hilfsmitteln zu konkretisieren“, diene „in erster Linie dazu, die medizinisch im konkreten Fall indizierten Maßnahmen festzulegen“. Dass dadurch mittelbar auch das Vermögen der Kasse berührt wird, begründe keine Vermögensbetreuungspflicht. Der Arzt habe „zwar einen relativ weiten Entscheidungsspielraum bei der Auswahl des medizinisch Notwendigen“. Die Modalitäten der Abrechnung seien aber „so genau vorgeschrieben, dass der Kassenarzt über den von § 266 vorausgesetzten, vermögensrechtlichen Entscheidungsspielraum“ gerade nicht verfüge.<sup>47</sup>

Dass kein materiell besonderes Pflichtenverhältnis des Kassenarztes zum Vermögen der Krankenkasse besteht, ergibt sich auch explizit aus der Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 23.3.1960<sup>48</sup> zum Kassenarztsystem. Das BVerfG stellt hier nach gründlicher historischer und systematischer Analyse in Bewertung des Normengefüges fest: „Vor allem ist die Tätigkeit als Arzt im Ganzen die gleiche wie die des nicht zu den Kassen zugelassenen Arztes. Die Beschränkungen in der Wahl der Behandlungsweise und bei der Verschreibung von Heilmitteln, die ihm aus Rücksicht auf die finanzielle Leistungsfähigkeit der Krankenkassen auferlegt sind, unterscheiden sich nur der Form nach von den Beschränkungen, die sich bei der Behandlung von Privatpatienten aus deren individueller finanzieller Leistungsfähigkeit ergeben“<sup>49</sup>. Wer den Arzt – zu Recht – nicht als i.S. von § 266 StGB vermögensstreupflichtig gegenüber einem Privatpatienten oder dessen Krankenversicherung ansieht, würde dies danach auch nicht gegenüber der Krankenkasse tun dürfen.

Auf dem nunmehr erarbeiteten Hintergrund lohnt eine neuerliche und genauere Lektüre der durch den 4. Strafsenat des BGH in Bezug genommenen Grundsatzentscheidung des BSG vom 16.12.1993<sup>50</sup> zur Schlüsselrolle des Kassenarztes im Rahmen des Kassenärztlichen Versorgungssystems.

## Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot

### 3. Der BSG-Entwurf des Rechtskonkretisierungskonzeptes des SGB V

#### a) Die Interpretation des Rechtskonkretisierungskonzeptes durch den 4. Senat des BSG

Der 4. Senat des BSG notiert die Figur der Schlüsselrolle des Kassenarztes<sup>51</sup> im Rahmen der Postulation eines dem SGB V interpretierend so entnommenen – wie das BSG formuliert – „*Rechtskonkretisierungskonzeptes*“<sup>52</sup> der kassenärztlichen Versorgung. „Kerngedanke dieses Konkretisierungskonzeptes ist“, so wörtlich das BSG, „dass die für die Entstehung eines Anspruchs im Einzelfall notwendige Erkenntnis, ob eine und gegebenenfalls welche Krankheit besteht und was zu ihrer Behandlung im Sinne der Zwecke des § 27 Satz 1 SGB V medizinisch notwendig ist, im Kern weder einem Bestimmungsrechts (vgl. § 315 BGB) des Versicherten noch der Wahl (vgl. § 262 BGB) oder der hoheitlichen Entscheidung der Krankenkasse überantwortet wird. Ausschlaggebend (sei), dass ein an der kassenärztlichen (vertragsärztlichen) Versorgung teilnehmender und dadurch mit der erforderlichen Rechtsmacht beliehener Arzt („Kassenarzt“ im Sinne von §§ 76 Abs. 1 Satz 1, 73 Abs. 2 SGB V) als „Kassenarzt“ das Vorliegen einer Krankheit feststellt und eine medizinisch nach Zweck und Art bestimmte Dienst- oder Sachleistung zu ihrer Behandlung im Sinne von § 27 Abs. 1 SGB V verordnet (bzw. anordnet)“.<sup>53</sup>

Mit der Bezugnahme auf § 27 Satz 1 SGB V bringt das BSG die besondere Bedeutung der Frage der Beurteilung der *medizinischen Notwendigkeit* zum Ausdruck. Denn nach § 27 Satz 1 SGB V haben Versicherte (nur) Anspruch auf Krankenbehandlung – zu der nach Satz 2 der Norm ärztliche Behandlung (so S. 2 Ziffer 1) und Versorgung mit Arzneimitteln (S. 2 Ziffer 3) gehören –, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern.

Das Konkretisierungskonzept des BSG geht also bei genauerer Betrachtung gar nicht dahin, dass der Kassenarzt auch insoweit Beliehener sei, als es um die Frage der Wirtschaftlichkeit medizinischer Maßnahmen geht.

#### b) Mehrstufigkeit des Rechtskonkretisierungskonzeptes

Das BSG leitet dies explizit her unter genauerer Betrachtung des Inhalts des subjektiv-öffentlichen Rechts auf Krankenbehandlung (welches, wie soeben dargestellt, nur auf medizinisch notwendige Behandlung geht, § 27 S. 1 SGB V) und unter Verweis auf die weiteren Normen des SGB V. Dabei erkennt das BSG das Rechtskonkretisierungskonzept als mehrstufig und weist darauf hin, dass in einem ersten Schritt<sup>54</sup> zunächst der Gemeinsame Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen (§ 91 SGB V) „gesetzlich dazu bestellt“<sup>55</sup> ist, durch Richtlinien zur Sicherung der kassenärztlichen Versorgung (§ 92 SGB V) im Rahmen des Möglichen abstrakt – generelle Maßstäbe aufzustellen, fortzuschreiben und jederzeit zu korrigieren, nach denen das im Einzelfall medizinisch Notwendige sowie dessen Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Erforderlichkeit zu beurteilen sind.<sup>56</sup>

Zur Frage des Beleihungsumfangs bzw. Kompetenzzumfangs des Kassenarztes stellt das BSG klar, dass dem vom Versicherten frei gewählten Kassenarzt nur innerhalb dieser Vorgaben sodann die Kompetenz zugewiesen ist – wie das BSG ausdrücklich formuliert: – „das Recht des Versicherten gegenüber der Krankenkasse (nur) in medizinischer Hinsicht verbindlich zu konkretisieren“.<sup>57</sup>

Die Beschreibung dieses Rechtskonkretisierungskonzept durch den 4. Senat des BSG betrachtet, so lässt sich zusammenfassen, keine singulären Normen des SGB V, sondern das legale Gesamtbild des vorwiegend hier normierten Systems der kassenärztlichen Versorgung.

Insbesondere ist das Rechtskonkretisierungskonzept nicht abgeleitet anhand allein oder auch nur im Wesentlichen anhand der Normen der §§ 12 und 70 SGB, den Generalbeschreibungen des Wirtschaftlichkeitsgebotes. Diese Normen können schon deshalb nicht eine Zuweisung von Aufgaben an einzelne Funktionsträger des kassenärztlichen Versorgungssystems oder gar die Ableitung von Kompetenzzuweisungen zwischen den einzelnen Beteiligten begründen, weil sie alle Funktionsträger nebeneinander und als gemeinsame Adressaten des Wirtschaftlichkeitsgebotes nennen.

Das Abheben auf das legale Gesamtbild des kassenärztlichen Versorgungssystems ist in der Literatur kritisiert worden mit dem Argument, dass sich eine öffentlich-rechtliche Beleihung – Zuweisung der Aufgabe auch (und nur auch, denn – wie oben dargelegt – wird zuerst auch der Gemeinsame Bundesausschuss durch das BSG als „gesetzlich bestellt“<sup>58</sup> angesehen) an den Kassenarzt, die öffentlich-rechtliche Aufgabe der Gesundheitsorge nach dem Sachleistungsprinzip mit Wirkung gegenüber dem Versicherten und gegenüber dessen Recht nach § 27 SGB V zu konkretisieren – aus konkretem Gesetz ergeben müsse.<sup>59</sup>

Dies ist zutreffend. Entscheidend ist hier aber etwas Anderes: Das Rechtskonkretisierungskonzept des Kassenärztlichen Versorgungssystems, wie es vom 4. Senat des BSG beschrieben wird, sieht den Kassenarzt keineswegs als gleichsam Alleinverantwortlichen für die Konkretisierung des Anspruchs des Versicherten nach § 27 SGB V, es betraut ihn nur in medizinischer Hinsicht damit, als insoweit Beliehener und in medizinischer Schlüsselrolle gegenüber dem einzelnen Versicherten dann die medizinische Schlusskonkretisierung vorzunehmen; eine wirtschaftlich wirkende Konkretisierung ist zuvor in der ersten Stufe schon erfolgt. Beide Konkretisierungen werden vom 4. Senat des BSG als öffentlich-rechtliche Aufgabe angesehen. Das BSG stellt allerdings nirgends die in der bereits angesprochenen Grundsatzentscheidung vom 23.3.1960 vorgenommene Wertung des BVerfG grundsätzlich infrage, wonach die Tätigkeit des Kassenarztes trotz der Einbindung in ein öffentlich-rechtliches System freiberuflichen Charakters bleibt. Das BVerfG spricht insofern von der Vermeidung einer „Intensität öffentlich-rechtlicher Erfassung“ des Kassenarztes im Kassenarztsystem.<sup>60</sup>

51 BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271, 283.

52 BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271, 281; vgl. auch die umfanglichere Darstellung der Leistungsansprüche der Versicherten im Rechtskonkretisierungskonzept des SGB V bei *Schwerdtfeger*, NZS 1998, 49 ff. (97 ff.).

53 BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271 (281), Hervorheb. Verf.

54 BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271 (280).

55 A.a.O.

56 A.a.O.

57 A.a.O., S. 280 (281).

58 Vgl. nochmals BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271 (280).

59 *Neumann* in Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, Das gesamte Kassenarztrecht, § 13 Rz. 20, 21.

60 BVerfG, Urt. v. 23.3.1960 – 1 BvR 216/51, BVerfG 11, 30, Gründe IV. 1. Deshalb kann der Kassenarzt schon materiell jedenfalls auch nicht als Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Ziff. 2c StGB angesehen werden (vgl. zutreffend *Taschke*, StV 2005, 406 [409]).

### Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot

#### c) Eingang einer zivilrechtlichen Vertreteridee durch den 3. Senat des BSG

Der durch den 4. Senat des BSG beschriebene Entwurf des Rechtskonkretisierungskonzeptes des kassenärztlichen Versorgungssystems ist durch den 3. Senat des BSG mit Entscheidung vom 17.1.1996<sup>61</sup> übernommen worden. Der 3. Senat des BSG hat dieses Konzept allerdings unter Einbau eines dogmatischen Bruchs verwässert. Der 3. Senat des BSG transformiert nämlich die öffentlich-rechtliche Aufgabe der (daraufhin für die zuständige Krankenkasse rechtliche Bindungswirkung entfaltenden) Konkretisierung des Leistungsanspruchs nach § 27 SGB V gegenüber dem Versicherten – und nur gegenüber dem Versicherten, wie der 4. Senat des BSG ausdrücklich feststellt (Festsetzung der medizinisch notwendigen Leistungen „mit Rechtswirkung für die zuständige KK (nur) im Leistungsverhältnis zum Versicherten“<sup>62</sup>) in eine zivilistische „Vertreter“-Funktion gegenüber der Krankenkasse. Erstmals in der Entscheidung des 3. Senats vom 17.1.1996 findet sich diese mutierte Rolle und der Vertreterbegriff. Die dogmatische Bruchstelle lässt sich sehr genau eingrenzen, sie findet sich in drei benennbaren Sätzen.

Nachdem sich der 3. Senat unter Bezugnahme auf dessen oben genannte Entscheidung vom 16.12.1993 der Auffassung des 4. Senats des BSG angeschlossen hat, wonach der Kassenarzt, insoweit als Schlüsselfigur, dem Versicherten ein bestimmtes Arzneimittel verschreibe, welches er bei der diagnostizierten Krankheit als medizinisch notwendig erachte,<sup>63</sup> stellt er fest: „Bei Ausstellung der Verordnung handelt er kraft der ihm durch das Kassenarztrecht verliehenen Kompetenzen als Vertreter der Krankenkasse. Er gibt somit mit Wirkung für und gegen diese eine Willenserklärung ab. Der Apotheker, dem das Kaufvertragsangebot der Krankenkasse mit der Vorlage der kassenärztlichen Verordnung angetragen wird, nimmt dieses an, indem er dem Versicherten das Arzneimittel aushändigt“<sup>64</sup>. Mithin handele es sich, wie in der Folge festgestellt wird, um einen zwischen Krankenkasse und Apotheker geschlossenen Vertrag zugunsten des Versicherten.<sup>65</sup>

Der dogmatische Fehler ist evident: Nach Auffassung des 3. Senats soll der Kassenarzt bei Ausstellung der Verord-

nung eine Willenserklärung abgeben. Diese geschähe jedoch, dies übersieht der 3. Senat, gegenüber dem Versicherten und nicht gegenüber dem Apotheker, welcher das angeblich in der Verordnung liegende „Angebot“ erst später annehmen muss. Der 3. Senat behilft sich hier mit der These, der Versicherte könne insoweit als Bote der Willenserklärung jene zum Apotheker tragen.<sup>66</sup> Das geht aber daran vorbei, dass der Konkretisierungsakt nicht gegenüber dem Apotheker stattfindet, sondern vorher, bei Ausstellung der Verordnung. Inhaltlich wird verkannt, dass der Konkretisierungsakt – wie der 4. Senat des BSG in der durch den 3. Senat ausdrücklich bezogenen Entscheidung vom 16.12.1993, wie dargelegt, feststellt – öffentlich-rechtlich ist. Bei Vorhandensein der durch den 3. Senat postulierten zivilrechtlichen Abläufe bedürfte es auch nicht der Arzneimittelrahmenverträge nach § 129 SGB V<sup>67</sup> und der folgenden Arzneimittellieferverträge; ein Kaufpreisanspruch gegenüber der Krankenkasse bestünde unmittelbar aus dem angeblich zwischen Krankenkasse und Apotheker geschlossenen Vertrag. Folgerichtig bestimmt z.B. § 3 Abs. 1 des Rahmenvertrags des Deutschen Apothekerverbandes e.V. und der Spitzenverbände der Krankenkassen (AOK, BKK, IKK, Seekrankenkasse, Landwirtschaftliche Krankenkasse, Bundesknappschaft) über die Arzneimittelversorgung in der Fassung vom 5.4.2004, dass der Vertrag zwischen Kasse und Apotheke durch die Annahme einer ordnungsgemäßen gültigen vertragsärztlichen Verordnung zustande kommt<sup>68</sup> – und nicht durch die Annahme einer Willenserklärung der Krankenkasse. Völlig zu Recht sieht deshalb eine weithin bestehende und inzwischen wohl herrschende Meinung in der Literatur einen Vertrag nicht zwischen Krankenkasse und Apotheker, sondern zwischen dem – durch den mit der nach medizinischer Notwendigkeit in Konkretisierung des Anspruchs des Versicherten nach § 27 SGB V erfolgten kassenärztlichen Verordnung versehenen – Versicherten und dem Apotheker begründet an; die Krankenkasse tritt in die hierdurch begründete Schuld aufgrund der beschriebenen Abläufe des kassenärztlichen Systems ein.<sup>69</sup>

Der 4. Strafsenat des BGH übersieht diese andere – und, wie dargelegt, zutreffende – Auffassung der Literatur nicht.<sup>70</sup> Er meint allerdings, es käme auf sie nicht entscheidungserheblich an. Dies wird – allerdings aus anderen als den durch den BGH wohl vorausgesetzten Gründen – durchaus zutreffen. Die Anwendung der unzutreffenden Auffassung des 3. Senats des BSG verstellt dem 4. Strafsenat allerdings – und hier wird die Sache strafrechtlich höchst erheblich – den Blick für den tatsächlichen Inhalt des Rechtskonkretisierungskonzeptes, wie es durch den 4. Senat des BSG in Interpretation des gesamten Normengebildes des Systems der kassenärztlichen Versorgung entworfen wurde. Dies gilt umso mehr, als die Zuweisung einer zivilrechtlichen Vertreterstellung an den Kassenarzt diesen von der gesetzlichen Aufgabe der Konkretisierung des Anspruchs des Versicherten nach § 27 SGB V – also einer Pflicht, die man durchaus als im Lager des Versicherten stehend ansehen kann,<sup>71</sup> mindestens aber als neutral zwischen den Lagern von Krankenkasse und Versichertem stehend ansehen muss – einseitig in das Lager der Krankenkasse verschiebt. Die Folgen für die strafrechtliche Betrachtung liegen auf der Hand: Da der Treuebruchtatbestand voraussetzt, dass die verletzte Pflicht innerhalb der vom Treugeber verliehenen Herrschaftsmacht anzusiedeln ist, über das fremde Vermögen zu verfügen und es zu betreiben (Identität der zu betreuenden und der geschädigten Interessen),<sup>72</sup> funktioniert die strafrechtliche Treuezuschreibung an den Kassenarzt – die in Wahrheit keine

oder als besonders Verpflichteter gemäß § 11 Abs. 1 Ziff. 4 StGB (vgl. zutreffend Reese, PharmR 2006, 92 [94]); zudem fehlt es an einer formellen Verpflichtung nach dem Verpflichtungsgesetz, die in Ziff. 4 explizit vorausgesetzt und für Ziff. 2c analog ebenso zu fordern ist. Strafbarkeiten nach § 331 StGB scheiden deshalb ebenfalls aus.

61 BSG, Urt. v. 17.1.1996 – 3 RK 26/94, BSGE 77, 194 ff.

62 BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271 (278).

63 BSG, Urt. v. 17.1.1996 – 3 RK 26/94, BSGE 77, 194 (200).

64 BSG, Urt. v. 17.1.1996 – 3 RK 26/94, BSGE 77, 194 (200).

65 A.a.O.

66 A.a.O.

67 Es handelt sich dabei um Verschaffungsverträge nach § 2 Abs. 2 Satz 2 SGB V (vgl. dazu auch Zipperer in Maaßen/Schermer/Wiegand/Zipperer, GKV-Komm., § 2 Rz. 8 f.).

68 Zitiert mit Herffs, wistra 2006, 63 (64), der im Weiteren allerdings zu teilweise abweichenden Schlüssen gelangt.

69 Vgl. Obermayer, Das ärztliche Rezept, Diss. Gießen 1991; S. 148 ff.; Schmitt, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, 1990, S. 217 ff.; Wigge, NZS 1999, 584 (586).

70 BGH, Beschl. v. 25.11.2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17 = GesR 2004, 268 = wistra 2004, 143 = NJW 2004, 454 = NStZ 2004, 266 = MedR 2004, 268, Ziffer 3.a) der Entscheidungsgründe.

71 So ausdrücklich Ulsenheimer, MedR 2005, 622 (626).

72 BGH, Urt. v. 23.5.2002 – 1 StR 372/01, BGH 47, 295 = NJW 2002, 2801 = NStZ 2002, 648 = StV 2003, 500.

## Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot

Treuzuschreibung durch die Krankenkasse ist, sondern allenfalls eine Treuzuschreibung durch das kassenärztliche System sein könnte, zu dem aber auch der Versicherte gehört – nur, wenn der Kassenarzt einseitig in dieses Lager geschoben wird; und dafür bereitet die fehlgehende „Vertreter“-Auffassung den Boden.

### 4. Verkürzung des Rechtskonkretisierungskonzeptes durch den BGH

#### a) Neubewertung der Entscheidung des 4. Senats des BGH

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich also, dass der BGH die Auffassung des BSG nur um wesentliche Teile verkürzt wiedergibt. Tatsächlich stützt das durch den 4. Senat des BSG postulierte und insoweit auch durch den 3. Senat des BSG nicht infrage gestellte umfängliche Rechtskonkretisierungskonzept des SGB V nicht die Auffassung, der Kassenarzt konkretisiere den Behandlungsanspruch des Versicherten zentral im Hinblick auf medizinische Notwendigkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Erforderlichkeit. Hinsichtlich Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Erforderlichkeit geschieht die Konkretisierung vielmehr bereits in wesentlichem Umfang durch die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses nach § 92 SGB V. Nur in medizinischer Hinsicht findet in einem zweiten Schritt dann die Konkretisierung im Hinblick auf die medizinische Notwendigkeit statt. Diese Konkretisierung geschieht nicht etwa im bestimmenden Interesse der Krankenkasse, die für die Betreuung ihres Vermögens Kompetenz zugeschrieben hätte. Sie erfolgt im bestimmenden Interesse des den Arzt zur Ausübung seiner Hauptaufgabe, zu heilen und zu lindern, aufsuchenden Patienten im kassenärztlichen System, das dem Arzt als Nebenaufgabe die Kompetenz zugeschrieben hat, den Anspruch des Versicherten auf medizinische Behandlung gemäß § 27 SGB V medizinisch zu betreuen; diese letztere Nebenaufgabe reflektiert dann auf die Vermögensinteressen der verschiedenen Krankenkassen. Letztere sind damit auch keine Übertragungssubjekte i.S.d. § 266 StGB; die Übertragung der Hauptaufgabe des Arztes – zu heilen und zu lindern – geschieht vielmehr durch den Patienten.

Das Bestehen des – durch den BGH zu Unrecht unbeachtet gelassenen – vorgängigen ersten Konkretisierungsschrittes (§§ 91 bis 94 SGB V) beschränkt den Kassenarzt umfangreich in seiner Freiheit. In Bezug auf die Fragen von Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Erforderlichkeit findet er in Form der durch den Gemeinsamen Bundesausschuss erlassenen Richtlinien nach § 92 SGB V bereits durch andere Beliehene bzw. „vom Gesetz dazu Bestellte“<sup>73</sup> – den Gemeinsamen Bundesausschuss nach § 91 SGB V – vorgenommene Entscheidungen vor, welche ihn binden. Ihm bleibt nun im Rahmen dieser Bindung die Beurteilung der medizinischen Notwendigkeit; dies ist seine Konkretisierungskompetenz.

#### b) Wirtschaftliche Kontrolliertheit und Unfreiheit des Kassenarztes

Die Strenge und der Detailreichtum dieser Bindungen nach § 92 SGB V werden oft kritisiert, weil sie die therapeutischen Möglichkeiten des Arztes massiv eingrenzen. Andererseits fließen in die Richtlinien Erfahrungen aus der Gesamtheit der medizinischen Behandlungstätigkeit ein. Vorliegend ist der medizinische Aspekt dieser Frage nicht zu diskutieren. Entscheidend ist hier, dass zu konstatieren ist, dass dem Kassenarzt aufgrund der die Frage der Wirtschaftlichkeit bereits behandelnden ersten Konkretisierungsstufe die Freiheit der wirtschaftlich unge-

bundenen, allein aus der optimalen medizinischen Versorgung des Patienten begründeten Behandlungs- und Arzneimittelwahl gerade genommen ist. Das SGB V stellt den Kassenarzt hier in ein Konstrukt von massiven wirtschaftlich-rechtlichen Eingrenzungen, welches ihn wirtschaftlich gerade nicht frei stellt, zugunsten des Versicherten mit Wirkung für und gegen die Krankenkasse verbindlich den Behandlungsumfang und die Arzneimittelwahl zu entscheiden. Hinzu tritt die nach vorne reflektierende Wirtschaftlichkeitsprüfung (nebst Regressmöglichkeit) nach § 106 SGB V – nach Abs. 1 überwachen (sic!) die Krankenkassen die Wirtschaftlichkeit der vertragsärztlichen Versorgung. Die genaue Betrachtung des Rechtskonkretisierungskonzeptes des SGB V zeigt die Anwesenheit massiver wirtschaftlicher Kontrolle; nur in medizinischer Sicht besteht – und dies ist gerade der Sinn der mehrstufigen Rechtskonkretisierung – Freiheit des Arztes. Dieser seiner wirtschaftlichen Unfreiheit und Kontrolliertheit entspricht das Fehlen eigener wirtschaftlicher Herrschaft.

#### c) Folgen für die strafrechtliche Treuepflicht

Es ist in Erinnerung zu rufen, dass Schutzzweck des § 266 StGB, wie oben ausführlich dargelegt, die Abwehr des Missbrauchs der unkontrolliert anvertrauten Vermögensherrschaft als Hauptpflicht ist.

Die Krankenkasse selbst anvertraut dem Kassenarzt überhaupt keine Vermögenssorge. Eine Zuschreibung von Pflichten erfolgt allein durch das kassenärztliche Versorgungssystem. Dieses weist dem Kassenarzt, wie gezeigt werden konnte, aber keineswegs als Hauptaufgabe die Vermögenssorge für die Krankenkasse zu; es enthält auch nicht das strafrechtsspezifische unkontrollierte Anvertrauen der Vermögensherrschaft der Krankenkasse. Damit fehlt eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 StGB.

Das vermögensbezogen gerade bestehende Fehlen unkontrollierten wirtschaftlichen Anvertrauens besteht seit Begründung des kassenärztlichen Systems,<sup>74</sup> es findet seinen Ausdruck in den oben genannten Restriktionen.<sup>75</sup>

Das Ultima-Ratio-Prinzip des Strafrechts findet hier also einen dogmatischen Anwendungsfall: Da das Kassenarztssystem des SGB V gerade nicht unkontrollierte Vermögenssorgeübertragung beschreibt und gerade keine unter viktimodogmatischen Aspekten schutzlose, d.h. vom Rechtsgutsträger nicht ausreichend absicherbare Rechtsgutsflanke offen<sup>76</sup> lässt, ist kein strafrechtlicher Schutz nach § 266 StGB gefordert.

<sup>73</sup> Vgl. nochmals BSG, Urt. v. 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271 (280).

<sup>74</sup> Instrukтив Günther, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der kassenärztlichen Verordnungsweise, Berlin 1988 (zugl. Diss. Hamburg 1988), mit detaillierter Darstellung der Normenentwicklung (insbes. S. 72 ff.), der auch auf die die Behandlungs- und Verordnungsfreiheit einschränkende (S. 119) kassenärztliche Funktion der Arzneimittelrichtlinien hinweist (S. 89), welches durchaus auch gerade mit Blick auf die „Marketingstrategien der pharmazeutischen Industrie“ geschah (S. 88).

<sup>75</sup> Wobei hier nur die wichtigsten wirtschaftlichkeitslenkenden Normen genannt sind. Zu weiteren Restriktionen vgl. etwa Neugebauer, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der gesetzlichen Krankenversicherung: Normierung – Inhalt – Konkretisierung, Berlin 1996 (zugl. Diss. Bonn 1994/1995), S. 24, und Wigge/Wille in Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, Das gesamte Kassenarztrecht, § 19 Rz. 30, unter Benennung u.a. der neuen Nutzenbewertung des Instituts für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen.

<sup>76</sup> Nur solche Flanken strafrechtlich zu bewahren, wäre nach der zutreffenden Ansicht von LK/Schünemann, 11. Aufl. 1998, § 266 Rz. 2, Aufgabe des Untreuetatbestandes.

## Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot

Die neue Rechtsprechung des BGH missachtet diesen zuvor seit über 70 Jahren gewährten Grundsatz. Sie verstößt damit auch gegen das verfassungsrechtliche Gebot, das Merkmal der Treuepflicht wegen der sonst bedenklchen Weite des Untreuetatbestandes restriktiv auszulegen.<sup>77</sup>

### 5. Besonderheiten bei der Entgegennahme von Kick-Back-Zahlungen

#### a) Die Entscheidung des 1. Senats des BGH vom 27.4.2004

Der 1. Senat des BGH hat die Ausführungen des 4. Senats zur „Vertretereigenschaft“ des Kassenarztes, wie schon angeführt, in seiner Entscheidung vom 27.4.2004<sup>78</sup> zur Strafbarkeit der Entgegennahme von Kick-Back-Zahlungen im Wesentlichen ohne besondere

Prüfung übernommen. Im Zentrum seiner Entscheidung steht, ohne dass die besondere Problematik der Eingliederung von Kick-Back-Vorgängen in den Missbrauchstatbestand beleuchtet würde – sie bedeutet in der Sache allerdings nicht weniger als einen Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, welche die Annahme von Kick-Back-Zahlungen gerade nicht dem Missbrauchstatbestand zugeschlagen hat<sup>79</sup> – die Frage des Vermögensnachteils.

Damit ist, nachdem der 4. Senat mit der Strafbarstellung der Verordnung von Leistungen, die eindeutig nicht notwendig, nicht ausreichend oder unzweckmäßig sind, nur drei der vier im Tatbestand des § 12 Abs. 1 SGB V genannten Kriterien explizit genannt hatte,<sup>80</sup> ohne besondere Erwähnung oder gar weitere Auseinandersetzung entweder umgehend stillschweigend auch das vierte Merkmal des Wirtschaftlichkeitsgebotes nach § 12 Abs. 1 SGB V, nämlich die Unwirtschaftlichkeit im engeren Sinne,<sup>81</sup> angewandt worden, wo durch die sozialrechtliche Rechtsprechung und Literatur gemeinhin Preisaspekte bei gleich wirksamen Leistungen verortet werden.<sup>82</sup>

Möglich ist aber auch, dass der 1. Senat aus der Rechtsprechung des 4. Senats nunmehr vollends eine rein zivilrechtlich betrachtete Vertretereigenschaft des Kassenarztes im Verhältnis zur Krankenkasse extrahiert („Willenserklärungen ... mit Wirkung für und gegen die Krankenkasse“) und den Kassenarzt unter völliger Aufgabe jeder Herleitung der Pflichten aus der öffentlich-rechtlichen Primärmaterie des SGB V alleine – unbenannten – zivilrechtlichen Pflichtmaßstäben unterstellt (womit ein neuer Ast der Untreuehecke gepflöpft wäre).

Zur Schadensfrage macht der 1. Senat die bedrückend einfache Rechnung auf, dem Vermögen der betroffenen Krankenkassen sei ein Nachteil i.S.d. § 266 StGB entstanden, weil diese durch die Verordnungen der Kassenärzte verpflichtet worden seien, die „um die Rabattanteile übersteuert(en)“ bzw. „übersetzten“ Preise zu zahlen.<sup>83</sup> Diese waren indes, so heißt es an anderer Stelle, noch „marktüblich“.<sup>84</sup>

§ 266 StGB stellt aber, so wird insbesondere zur Kick-Back-Problematik in der Literatur zutreffend festgestellt, nach seinem klaren Wortlaut nicht bereits die unterlassene Vermögensmehrung, sondern erst die Nachteilszufügung unter Strafe.<sup>85</sup> Die Subsumtion unter § 266 StGB wäre nur möglich, wenn die Vertragsverhandlungen (mag man die Tätigkeit des Kassenarztes, ohnehin weitgehend, so bezeichnen) bereits zu einer vermögenswerten Anwartschaft des Geschäftsherrn – hier also der Krankenkasse – auf Vereinbarung eines um die Kick-Back-Zahlung geminderten Preises geführt hätten, die dann mangels Realisierung – vielmehr Abschluss um den um die Kick-Back-Zahlung erhöhten Betrag – wieder entwertet wurde.<sup>86</sup> Solches stellt der 1. Senat indes nicht fest. Vielmehr liegt offenkundig der Fall vor, dass ein günstigerer Vertragsabschluss für den Geschäftsherrn – aufgrund der sozialrechtlichen Vergütungskonstruktion – gar nicht zu realisieren gewesen wäre (es gilt die regelmäßige Festpreisregelung<sup>87</sup> und ein allenfalls erkennbares Interesse des Lieferanten am Geneigtmachen für weitere Geschäfte begründet keine Exspektanz im Hinblick auf das augenblickliche Geschäft<sup>88</sup>), was aber die Mindestvoraussetzung einer Schädigung durch Zerstörung einer Anwartschaft darstellt.<sup>89</sup>

b) Die Entscheidung des OLG Hamm vom 22.12.2004  
Wiederum die Frage der Vermögensstreuepflicht steht auch im Zentrum der ebenfalls die Annahme von unde-

77 Bisher allg. Ansicht, vgl. z.B. Tröndle/Fischer, § 266 Rz. 28 m.w.N.

78 BGH, Beschl. v. 27.4.2004 – 1 StR 165/03, GesR 2004, 371, NSStZ 2004, 568 = MedR 2004, 613.

79 Seit der Grundsatzentscheidung vom 28.1.1983 – 1 StR 820/81, BGH 31, 322 = NJW 1983, 1807 ff. („2. Alt.“). Weitere Nachweise bei Tröndle/Fischer, § 266 Rz. 21 und 38a, mit der prägnanten wie zutreffenden Formulierung: „Kein Missbrauch“. Vgl. grundlegend dazu Rönna, Kohlmann-FS (2003), 239 (247 f.); zitiert mit Tröndle/Fischer, § 266, Rz. 21. Rönna weist auch Entscheidungen des BGH nach, welche die Frage nicht ausdrücklich ansprechen (a.a.O., S. 246, was allerdings betreffend BGH, Urt. v. 28.1.1983 – 1 StR 820/81, BGH 31, 322 = NJW 1983, 1807 ff., unzutreffend ist). Der BGH hat indes zuletzt mit Entscheidung des 5. Senats vom 2.12.2005 – 5 StR 119/05, NSStZ 2006, 214, klargestellt, dass in solchen Fällen der Missbrauchstatbestand – rechtsfehlerhaft angenommen durch die Vorinstanz – ausscheidet. Vgl. eingehend auch Schünemann NSStZ 2006, 196 (200).

80 So zutreffend Taschke, StV 2005, 406 ff., in seiner Anmerkung zu dem Beschluss des 4. Senats vom 25.11.2003 – 4 StR 239/03, BGHSt 49, 17 = GesR 2004, 268 = wistra 2004, 143 = NJW 2004, 454 = NSStZ 2004, 266 = MedR 2004, 268. Allerdings spricht der BGH an einer Stelle der genannten Entscheidung – die Begriffe möglicherweise als synonym ansehend – von „nicht notwendigen bzw. unwirtschaftlichen Leistungen“ (a.a.O., Gründe 3.a.). Bei Nennung der drei Kriterien zitiert der BGH wörtlich *Schwerdtfeger*, NZS 1998, 49 ff. (97 ff., 101 1. Sp.), der das 4. Kriterium, die Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne, auf S. 47 anspricht. Ob die übernommenen Zeilen durch den BGH durchreflektiert sind, verbleibt danach eher zweifelhaft.

81 Zur Struktur des Wirtschaftlichkeitsbegriffes vgl. *Neugebauer*, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der gesetzlichen Krankenversicherung: Normierung – Inhalt – Konkretisierung, Berlin 1996 (zugl. Diss. Bonn 1994/1995), S. 64 ff., und insbesondere zum Verhältnis des in der Paragraphenüberschrift als Oberbegriff für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Leistung, die das Maß des Notwendigen nicht überschreitet, verwendeten Wirtschaftlichkeitsbegriffes gegenüber dem als Unterbegriff gleichberechtigt neben den Begriffen ausreichend, zweckmäßig und notwendig in einer Aufzählung verwendeten Wirtschaftlichkeitsbegriff S. 69–71.

82 Vgl. *Neugebauer*, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der gesetzlichen Krankenversicherung: Normierung – Inhalt – Konkretisierung, Berlin 1996, S. 70.

83 BGH, Beschl. v. 27.4.2004 – 1 StR 165/03, GesR 2004, 371 = NSStZ 2004, 568 = MedR 2004, 613, Urteilsgründe III. 2. b). Dies ist eine Argumentation, die sich durchaus auch in anderen Entscheidungen des BGH findet, so jetzt in der Entscheidung des 5. Senats vom 2.12.2005 – 5 StR 119/05, NSStZ 2006, 214.

84 BGH, Beschl. v. 27.4.2004 – 1 StR 165/03, GesR 2004, 371 = NSStZ 2004, 568 = MedR 2004, 613, Urteilsgründe III. 1.

85 *Schünemann*, NSStZ 2006, 196 (200).

86 Was wiederum weiter bestehend auch in der Entscheidung des 5. Senats vom 2.12.2005 – 5 StR 119/05 zugrunde gelegt wird, vgl. *Schünemann*, NSStZ 2006, 196 (200), m.w.N. Zur Frage der Exspektanzen vgl. auch *Bernsmann/Schoß*, GesR 2005, 193, und für Kick-Back-Konstellationen grundlegend *Rönna*, Kohlmann-FS (2003), S. 239 (257 ff.).

87 Vgl. zutreffend *Bernsmann/Schoß*, GesR 2005, 193 (194).

88 Vgl. *Rönna*, Kohlmann-FS (2003), S. 239 (258).

89 *Schünemann*, a.a.O.

## Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot

klarierten Zuwendungen betreffenden Entscheidung des OLG Hamm vom 22.12.2004.<sup>90</sup> Auch sie zeigt die mangelnde dogmatische Fundierung der neuen, die Verletzung sozialrechtlicher kassenärztlicher Pflichten in den Untreuetatbestand des § 266 StGB vornehmenden Rechtsprechung auf.

Das OLG hält unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des 1. Senats des BGH und im Rahmen von Ausführungen zur Verwirklichung des Missbrauchstatbestandes fest: „Sollte der Angeklagte die AOK tatsächlich zur Zahlung überhöhter Rechnungsbeträge verpflichtet haben, läge hierin auch ein Verstoß gegen die ihm aufgrund seiner Stellung im kassenärztlichen Abrechnungssystem gegenüber der AOK obliegenden Vermögensbetreuungspflichten“. Die mangelnde Deklaration und Herausgabe der kostenlosen Versorgungsleistungen gegenüber der AOK – das OLG sieht darin „eine der Bezahlung eines Schmiergeldes ähnliche und wirtschaftlich einer solchen Zahlung gleichwertige Leistung“<sup>91</sup> – verletze jedoch „keine spezifische Treuepflicht i.S.v. § 266 StGB“.<sup>92</sup> Die Betrachtungen des OLG, das hier in einer formalzivilistischen Einzelaktsbetrachtung<sup>93</sup> Verpflichtungsgeschäft von (nachfolgender?) Nichtdeklaration und Nichtherausgabe (die auch nur Fortdauern der Nichtdeklaration ist) scheiden will, zeigen die mangelnde Plausibilität der Prüfung der Vermögensbetreuungspflicht zur 1. Alternative (Missbrauchstatbestand) gegenüber der 2. Alternative (Treuebruchstatbestand) des § 266 StGB und illustrieren die fehlende Synchronisation im Hinblick auf das gemeinsame Rechtsgut, den Missbrauch der Herrschaft über anvertrautes Vermögen. Denn man kann nicht sinnvoll unter derselben Herrschaftsgeltung für die Nichtvornahme des Verpflichtungsgeschäfts (welches das Vermögen vorerst nur gefährden könnte) eine stärkere Treuepflicht annehmen als für eine spätere Verpflichtung, das Erlangte herauszugeben (die zu missachten den Vermögensschaden realisierte).

### 6. Einordnung der durch die StA Ulm zu bewertenden Fälle

#### a) Keine Kick-Back-Konstellation

Wie durch die Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart zutreffend vorausgesetzt<sup>94</sup> hat der BGH über die Frage, ob die Rezeptierung medizinisch indizierter, preislich jedoch über Konkurrenzprodukten liegender Medikamente strafbar sei, noch nicht entschieden.

Insbesondere stellen solche Konstellationen trotz der in den Medien behaupteten Verknüpfung mit dem Empfang von Zuwendungen keinen Anwendungsfall der durch den 1. Senat<sup>95</sup> als strafbar angesehenen Kick-Back-Gewährung dar. Denn bei Rezeptierung besteht jedenfalls keinerlei Preisgestaltungsmöglichkeit; es finden auch gar keine Preiserörterungen statt.

Es stellt sich deshalb in der Tat zunächst unabhängig vom Empfang von Zuwendungen die Frage, ob jede Verschreibung preislich über Konkurrenzprodukten liegender Medikamente Strafbarkeit auslöst.

Im sozialrechtlichen Sinne ließe sich durchaus die Auffassung vertreten, dass zur Vermeidung eines Verstoßes gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot stets von mehreren gleich wirksamen Medikamenten das preisgünstigste Medikament zu verschreiben ist, m.a.W.: Jeder Einzelfall der Verschreibung des nicht billigsten Medikaments begründet einen Verstoß gegen das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot.<sup>96</sup>

Die ungefilterte Übernahme dieses Grundsatzes in das Strafrecht unterliegt jedoch erheblichsten Bedenken und scheint nach judizieller Bewertung derselben selbst in den bisher vorliegenden, oben diskutierten, höchstrichterlichen Entscheidungen und auch in der Verfügung der Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart nicht gewollt.

#### b) Nur gravierend pflichtwidrige – eindeutig unwirtschaftliche – Verordnung strafbar

Der 4. Senat des Bundesgerichtshofs hat bezüglich der – wie oben erörtert – drei durch ihn ausdrücklich erwähnten Kriterien aus dem bezogenen Tatbestand des § 12 SGB V, nämlich denjenigen der Notwendigkeit, des Ausreichens und der Zweckmäßigkeit der Leistung, festgestellt, dass nur der „eindeutige“ Verstoß gegen diese Merkmale zur Strafbarkeit führe. Wenngleich es sich (auch) dabei um ein wörtliches Zitat sozialrechtlicher Ausführungen – von *Schwerdtfeger*<sup>97</sup> – handelt, könnte man durchaus auch eine strafrechtliche Restriktion des Wirtschaftlichkeitsgebotes (im Sinne des Oberbegriffs) herauslesen, da eine Restriktion im Sinne von Eindeutigkeit im sozialrechtlichen Tatbestand des § 12 SGB V – jedenfalls *expressis verbis* – nicht enthalten ist. In der Sache handelte es sich dann um die Erstreckung des schon zuvor – durch den 1. Senat des BGH – bei bestimmten zivilrechtlichen Pflichtenkonstellationen zur Strafbarkeitsbegrenzung geforderten Merkmals der „gravierenden Pflichtverletzung“<sup>98</sup> – es ist zutreffende Ausprägung sinngemäßer Anerkennung der asymmetrischen Akzessorität<sup>99</sup> des Strafrechts (Der Verstoß gegen Zivilrecht ist zwar notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung der Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB<sup>100</sup>) – auf den Bereich

90 OLG Hamm, Urt. v. 22.12.2004 – 3 Ss 431/04, GesR 2005, 173 ff. mit krit. Anm. *Bernsmann/Schoß*, GesR 2005, 193 ff. = MedR 2005, 236 mit krit. Anm. *Steinbilper* = NStZ-RR 2006, 13.

91 A.a.O. S. 237.

92 A.a.O., unter Bezugnahme auf BGH, Beschl. v. 13.12.1994 – 1 StR 622/94, NStZ 1995, 233, 234 (Hervorheb. Verf.).

93 Notation mit *Schünemann*, NStZ 2006, 196 (200), der in der jüngeren Rechtsprechung des 5. Senats des BGH eine formaljuristische Einzelaktsbetrachtung ausmacht.

94 Vgl. nochmals Verfügung der Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart vom 13.4.2006, wesentlicher Inhalt mitgeteilt in Pressemitteilung der StA Ulm vom 13.4.2006, <http://www.justiz-bw.de/servlet/PB/menu/1199521/index.html>.

95 In dem oben behandelten Beschluss v. 27.4.2004 – 1 StR 165/03, GesR 2004, 371 = NStZ 2004, 568 = MedR 2004, 613.

96 Vgl. *Neugebauer*, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der gesetzlichen Krankenversicherung: Normierung – Inhalt – Konkretisierung, Berlin 1996, S. 70.

97 *Schwerdtfeger*, NZS 1998, 49 ff. (97 ff., 101), von dem, wie oben dargelegt, auch die Beschränkung auf die Nennung nur drei der vier Kriterien des § 12 Abs. 1 SGB V übernommen ist.

98 Vgl. BGH, Urt. v. 15.11.2001 – 1 StR 185/01, BGHSt 47, 148, 152 = NJW 2002, 1211 = NStZ 2002, 262; BGH, Urt. v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01, BGHSt 47, 187 (197f.); relativiert jetzt durch den 3. Senat mit dem Urteil v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NStZ 2006, 214, vgl. dazu die Anm. von *Rönnau*, NStZ 2005, 218 ff., insbes. S. 220, und umfassend *Schünemann*, NStZ 2006, 196 (197 f.).

99 *Dierlamm*, StraFo 2005, 397 (398 ff.), mit *Lüderssen*, Eser-Festschrift, S. 163 (170); *Schünemann*, NStZ 2006, 196 (197), spricht bei solchen Bewertungen von „einer Art, Puffertheorie“.

100 So prägnant *Dierlamm*, StraFo 2005, 397. Es spricht aber nichts dagegen, die asymmetrische Akzessorität i.S. von *Lüderssen* auf das Verhältnis jeder – also nicht nur zivilrechtlicher, sondern auch öffentlich-rechtlicher – Primärmaterie zum Strafrecht zu beziehen. Dabei bietet sich eine bessere Chance zur Durchdringung der Frage nach dem unreuespezifischen Strafzweck, die zu stellen auch in der praktischen Tagesarbeit manchmal lohnt. Denn Strafrecht ist seinerseits öffentliches Recht; das spezifisch Strafrechtliche lässt sich im Verhältnis zur Primärmaterie nicht strafrechtlichen öffentlichen Rechts signifikanter herausarbeiten.

## Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot

der öffentlich-rechtlichen Pflichtenbegründung.<sup>101</sup> Wenn gleich die Ableitung von strafrechtlich relevanten Vermögensbetreuungspflichten des Kassenarztes angesichts des oben dargelegten tatsächlichen Gesamtgehalts des öffentlich-rechtlichen Pflichtengefüges des Kassenärztlichen Systems insgesamt äußerst fragwürdig scheint und abzulehnen ist, ist wenigstens die Restriktion für sich doch zu begrüßen. Es drängt sich auf, diese Restriktion auch für das vierte Merkmal des Tatbestandes des § 12 SGB V, also die Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne, zu übernehmen. Dann wäre nur die „eindeutig unwirtschaftliche“ Verordnung strafbar.

Damit bleibt aber die Frage nach der Ausfüllung des Begriffs der Eindeutigkeit. Von zwei gleich wirksamen Medikamenten ist eines im Einzelfall preisgünstiger als das andere, das scheint sich auch sozialrechtlich recht eindeutig aus den Listen zu ergeben. Das scheint also strafrecht-

lich nicht weiterzuhelfen. Gesucht wird nach einer spezifisch strafrechtlichen Restriktion. Hier scheint doch wieder das Kriterium der Zuwendung – welches ja Anlass für die medialen Vorwürfe<sup>102</sup> war – in die Erwägungen einbeziehbar. Das Merkmal der in der Verfügung aus eigennützigen Zwecken gesehenen *Sachwidrigkeit* war schon früher eines der Kriterien der Bestimmung der gravierenden Pflichtverletzung.<sup>103</sup> Lässt sich ein Zusammenhang nachweisen zwischen Zuwendung und unwirtschaftlicher Ordnungsweise, so könnte man die unwirtschaftliche Verordnung im strafrechtlichen Sinne eindeutig unwirtschaftlich nennen. Zum Element der objektiven Unwirtschaftlichkeit käme das subjektive Element der Unwirtschaftlichkeit hinzu, das Eindeutigkeit herstellen soll. Die Praxis zeigt allerdings, dass Restriktionen aus dem subjektiven Feld für den Verteidiger eher kleineren Kaliber sind.<sup>104</sup> Er wird darauf hinweisen, dass ein Kassenarzt sich wegen werbemäßiger Zuwendungen nur in den seltensten Fällen fürderhin an den Gönner sklavisch gebunden fühlen wird. Die Staatsanwaltschaft wird es oft anders sehen. Die Annahme der Zuwendung würde damit zum diffusen Zurechnungsmerkmal außerhalb dogmatisch sauber begründbarer Schuldzuschreibung und rechtsstaatlicher Strafnormenbestimmtheit.<sup>105</sup>

Die Nachteilszufügung bleibt meist fraglich. Wenn nicht die Verordnung des nicht billigsten Medikaments strafbegründend wirkt, sondern die Zuwendungsannahme, fehlt nach allgemeinen Regeln von Kausalität und erlaubtem Alternativverhalten der Nachteil, wenn auch ein rechtmäßig zu verschreibendes bzw. vor Zuwendung verschriebenes Medikament nicht unter dem Festbetrag läge.

## V. Weiterführende Fragen im Zusammenhang mit der neu eingeführten Bonus-Malus-Regelung des Arzneimittelversorgungs-Wirtschaftlichkeitsgesetzes (AVWG)

An einem Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB fehlt es insbesondere dann, wenn der Nachteil durch gleichzeitig eintretende wirtschaftliche Vorteile für das betreute Vermögen kompensiert wird.<sup>106</sup> Unter diesem Gesichtspunkt stellt sich die Frage, ob die neuen gesetzlichen Regelungen des AVWG<sup>107</sup> jedenfalls für Neufälle, möglicherweise aber auch als Maßstab für die strafrechtliche Untreuebeurteilung von Altfällen, in Betracht kommen. Denn nach Art. 1 Ziff. 5e des AVWG wird in § 84 SGB V ein Absatz 7a eingefügt, nach welchem – kurz gefasst – Ärzte Ausgleichszahlungen in Höhe von bis zu 50 % überschießender Beträge an die Krankenkasse zu leisten haben, wenn sie bei bestimmten leistungsstarken Wirkstoffgruppen durch Verschreibung teurerer Medikamente eine bestimmte gemittelte Preisgrenze überschreiten (Malus-Regelung); die Verordnung unter den Preisgrenzen bleibender Medikamente wird durch Ausschüttung von Bonuszahlungen an die Ärzte, welche das gewünschte Ordnungsverhalten einhalten, bezahlt (Bonus-Regelung).<sup>108</sup>

Ein Arzt kann sich nunmehr also bundesgesetzlich sanktioniert Zuwendungen verschaffen, indem er bestimmte Arzneimittel anderen vorzieht.<sup>109</sup> Im Einzelfall müssen das preiswertere sein. Daraus ergeben sich jedoch Folgefragen, welche sich bei Einführung des Wirtschaftlichkeitsgebotes in die Untreuestrafbarkeit nach § 266 StGB stellen und hier nur angerissen werden können: Bleibt die Verordnung den zulässigen Kostenwert übersteigen-

101 Das OLG Karlsruhe, Beschl. v. 13.2.2006 – 3 Ws 199/04, GesR 2006, 232 = ZMGR 2006, 72 ff. m. Anm. Weidhaas, nimmt bei der Überprüfung durch Vorsitzende bzw. Geschäftsführer einer KV vorgenommener öffentlich-rechtlicher Vergleichsverträge über die in den §§ 54 SGB X und 55 VwVerfG bereits vorhandenen Restriktionsmöglichkeiten hinaus (Ungewissheitsmerkmal, Ermessensmerkmal, Zweckmäßigkeitmerkmal) begrüßenswerterweise noch eine Synchronisierung mit der Rechtsprechungsdogmatik zu Risikogeschäften – wozu wegen der gemeinsamen Informationsknappheit, so ebenso verblüffend wie zutreffend das OLG, auch der Vergleichsschluss gehöre – vor und urteilt, dass nur der schlechterdings nicht vertretbare Vergleichsabschluss strafbar sein könne (unter Bezugnahme u.a. auf Tröndle/Fischer, § 266 Rz. 45, der begrüßenswerterweise sogar „offenkundige Unvertretbarkeit“ fordert).

102 Die medialen Vertreter eines strafjuristischen Generalangriffs auf die Kassenärzteschaft wollen außerjuristisch zuweilen einen Schaden für das Gesamtsystem hochrechnen. Ob die Stärkung der Marktposition eines Generikaherstellers einen gesamtwirtschaftlichen Schaden anrichtet, bleibt allerdings unklar. Das Argument, es gebe im Einzelfall noch preisgünstigere, hebt nämlich wiederum nur auf den Einzelfall ab und gibt die wirtschaftliche Gesamtbeurteilung gerade wieder auf (zum Vorwurf gegenüber der forschenden pharmazeutischen Industrie, Generikahersteller nicht ausreichend in den Markt kommen zu lassen – Stand 1988 –, vgl. Günther, Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der Kassenärztlichen Ordnungsweise, Berlin 1988 (zugl. Diss. Hamburg 1988), S. 105 und passim).

103 Vgl. zusammenfassend etwa Dierlamm, StraFo 2005, 397 (402 f.); Matt, NJW 2005, 389 (390).

104 Worauf zutreffend auch Ulsenheimer, MedR 2005, 622 (627), hinweist (Prüfung des subjektiven Tatbestandes praktisch „ohne genügende Durchschlagskraft“).

105 Wobei allerdings der Gesichtspunkt der Unbestimmtheit vor dem BVerfG nur beschränkt weiterhelfen dürfte, denn das BVerfG entgegnet auf die Beschwerde gegen die Unbestimmtheit des internen Blanketts ausgerechnet mit dem Verweis auf die Prüfung des angeblich bestimmten Vorsatzes; vgl. dazu Lüderssen, Eser-FS, S. 163, 177, unter Hinweis auf die Entscheidung des BVerfG vom 18.5.1988 – 2 BvR 579/84, BVerfGE 78, 205 (213). Vgl. kritisch zur Rspr. des BVerfG auch Dierlamm, StraFo 2005, 397, 402. Erfolgversprechender scheint ein Angriff unter dem Signum des Willkürverbots, zumal die dogmatischen Mängel der augenblicklichen Auslegung, wie dargelegt, mit der Missachtung expliziter Bewertungen des Kassenarztes durch das BVerfG einhergehen.

106 A.A., vgl. z.B. Tröndle/Fischer, § 266 Rz. 73.

107 Gesetz zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit in der Arzneimittelversorgung vom 26.4.2006, in Kraft getreten am 1.5.2006, BGBl. I 2006, 984.

108 Schimmelpfeng-Schütte vertritt in einem jüngst erschienenen Beitrag zur „Arzneimittelversorgung im Spannungsfeld der Interessen der gesetzlichen Krankenversicherung und der Pharmaindustrie“ (GesR 2006, 12 ff.) die Auffassung, „die Grundprinzipien der GKV und der Pharmaindustrie (seien) nicht kompatibel“. Die GKV diene dem Gemeinwohl; wesentliches Prinzip sei das Wirtschaftlichkeitsgebot. Die Pharmaindustrie unterliege demgegenüber den Gesetzen der freien Marktwirtschaft (a.a.O., S. 15). Wenn diese These stimmt – was wohl insinuiert, dass die freie Marktwirtschaft dem Gemeinwohl nicht per se diene –, kommt dem an falscher Stelle Marktgesetze zur Geltung bringenden AVWG und insbesondere der genannten Norm Januscharakter zu.

109 Grundsätzlich kritisch Hoppe, Deutsches Ärzteblatt, 24.3.2006.

## Rechtliche Aspekte der Nierenersatztherapie

der Medikamente im Zusammenhang mit der Gewährung von Rabattzuwendungen oder anderen Zuwendungen strafbar, wenn aufgrund der Verordnung Maluszahlungen zu leisten sind?<sup>110</sup> Wie ist die Rechtslage, wenn durch die durch ein Bonusversprechen nach dem AVWG (Zuwendungen von öffentlichen Körperschaften sind kein strafrechtlich grundsätzlich ungeeigneter Tatgewinn) verstärkte Verordnung der preiswerteren Arzneimittel eines Herstellers hierdurch andere Arzneimittel desselben Herstellers oder eines anderen Herstellers, für den Arzt erkennbar, teurer werden – was nach bekannten betriebswirtschaftlichen Phänomenen durchaus eine normale Folge sein wird. Ist es dem verordnenden Arzt dann unter Strafandrohung nach § 266 StGB versagt, sich die Bonuszuwendung zu verschaffen? Umgekehrt ergibt sich etwa die Frage: Darf ein Arzneimittelhersteller Maluszahlungen eines Arztes ausgleichen, um zu verhindern, dass dieser zur Vermeidung eigener Vermögensnachteile jahrelang aus allein medizinischen Gründen verschriebene Arzneimittel nunmehr unberücksichtigt lässt? Ein Meer von weiteren Folgefragen schlosse sich an. Der durch das AVWG entstehende enorme zusätzliche Verwaltungsaufwand<sup>111</sup> erstreckte sich auch auf den Strafjustizbetrieb. Auch deshalb sollte das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot aus strafrechtlichen Erwägungen herausgehalten werden.

### VI. Fazit

Die aktuellen Verfügungen der Staatsanwaltschaft Ulm und der Generalstaatsanwaltschaft Stuttgart weisen auf die Überprüfungsbedürftigkeit der Rechtsprechung zum Untreuetatbestand und insbesondere zur Strafbarkeit sozialrechtswidriger kassenärztlicher Verordnungen hin.

Der 4. Senat des BGH lässt bei der Betrachtung der kassenärztlichen Pflichten die Erstellung der wirtschaftlichen Richtlinien durch den Gemeinsamen Bundesausschuss nach den §§ 91–94 SGB V unbeachtet und verkürzt damit die Rechtsprechung des BSG zum Rechtskonkretisierungskonzept der kassenärztlichen Versorgung um den essenziellen ersten Schritt. Diese Richtlinien bedeuten – neben weiteren gesetzlichen Restriktionen – eine umfängliche wirtschaftliche Festlegung des Kassenarztes, dem die strafrechtsspezifisch unkontrollierte

Herrschaft über das Vermögen der Krankenkasse gerade nicht anvertraut wird. Die durch den 4. Senat des BGH demgegenüber vorgenommene Anwendung des Missbrauchstatbestandes des § 266 StGB wegen Verstoßes gegen die allein geprüften §§ 12 und 70 SGB V ist unhaltbar, weil diese Normen auch die Krankenkasse selbst adressieren und deshalb nicht den inneren, sondern den äußeren Rahmen der abgeleiteten Befugnis des Kassenarztes abstecken. Der 1. Senat des BGH erstreckt diese unzutreffende Rechtsprechung ohne dogmatische Einordnung in das System des SGB V auf Kick-Back-Geschäfte und bricht dabei en passant auch noch mit der bisherigen Ansicht des BGH, wonach Kick-Back-Geschäfte gerade nicht dem Missbrauchstatbestand unterfallen.

Die weitere Entwicklung des Streitfeldes bleibt durchaus offen. Die aus ihrer besonders angreifbaren sozialen Stellung resultierende eingeschränkte strafjustizielle Wehrhaftigkeit des Kreises der möglichen Beschuldigten ist mittlerweile ein wenig besser bekannt; die Geeignetheit und Angemessenheit der Verfahrensbeendigung nach § 153a StPO ebenfalls.<sup>112</sup> Dies wird dazu führen, dass viele Rechtsfragen vorgerichtlich zu erörtern sein werden. Auf den Fortgang der verbleibenden Verfahren darf man – was im Hinblick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot allerdings kein gutes Zeichen ist – gespannt sein.

Da die neue Rechtsprechung des BGH auch explizite Auslegungen des Kassenarztes durch das BVerfG missachtet, wonach sich bei der Verschreibung von Arzneimitteln gerade keine materiell besonderen Beschränkungen aus Rücksicht auf die finanzielle Leistungsfähigkeit der Krankenkassen ergeben, wird man die diesbezüglich geradezu provokante Konstruktion einer Vermögensbetreuungspflicht auch dem BVerfG vorzulegen haben.

<sup>110</sup> Weil es sich nicht um Sanktionen handelt, die Ausgleichsansprüche vielmehr unmittelbare Rechnungsposten werden, ist das Kompensationsunmittelbarkeitserfordernis gewahrt.

<sup>111</sup> Beklagt etwa durch Hoppe, a.a.O.

<sup>112</sup> Vgl. zu diesem Zusammenhang – gleichfalls aus Verteidigerperspektive – eindringlich nunmehr auch Dorn, A/ZusR 2006, 66 ff. Die Auswirkungen auf die berufsspezifischen Folgeverfahren (grundlegend Feigen, MedR 1988, 283 ff.) sind stets abzuwägen.

## SONSTIGES

### Rechtliche Aspekte der Nierenersatztherapie in der Intensivmedizin

RA Dr. Reiner Fuellmich/Dirk Friedrich, Göttingen

*Der Beitrag spürt den rechtlichen Problemen nach, die durch die Verfügbarkeit verschiedener Methoden zur Behandlung akuten Nierenversagens in der Intensivmedizin aufgeworfen werden. Unter Bezugnahme auf den aktuellen Stand medizinwissenschaftlicher Forschung werden zunächst die verfügbaren Therapien beschrieben und evaluiert. Sodann werden die medizinisch-praktischen Eigenheiten der Therapien unter dem Gesichtspunkt der Haftung der Beteiligten untersucht. Berücksichtigung finden dabei die Aufklärung des Patienten und die durch das AMG geregelten Anforderungen an den Einsatz der*

*Geräte. Schließlich wird die Frage angerissen, welche Forderungen an das betriebswirtschaftliche Management bei Benutzung der Systeme in der Intensivabteilung zu stellen sind, um einer Haftung wegen Organisationsmängeln zu entgehen.*

▷ Rechtsanwalt Dr. Reiner Fuellmich, LL.M. (UCLA) und Dirk Friedrich, LL.M. (William and Mary), Magister des Wirtschaftsrechts, Göttingen

## Rechtliche Aspekte der Nierenersatztherapie

## I. Einleitung: Fortschritte in der Nierenersatztherapie der Intensivmedizin

Der Begriff „Nierenersatztherapie“ (*renal replacement therapy*, RRT) bezeichnet alle Behandlungsmöglichkeiten, mit deren Hilfe bei teilweisem oder totalem Nierenversagen<sup>1</sup> die ausfallenden Funktionen der Nieren übernommen werden können.<sup>2</sup> Die herkömmliche, intermittierende Dialyse (ID), die drei bis vier Stunden andauert,<sup>3</sup> ist jedoch bei kreislaufinstabilen Intensivpatienten nicht oder nur unter erheblichen Risiken anwendbar.<sup>4</sup> Deshalb wurden Lösungen zur Ermöglichung einer verlängerten Behandlung entwickelt.<sup>5</sup> Zwei konkurrierende Lösungen werden in der Intensivmedizin benutzt.

Zum einen findet sich die auf der herkömmlichen intermittierenden Dialyse aufsetzende SLEDD-Therapie (*sus-*

*tained (bzw. slow) low efficient extended daily dialysis*), die niedrig-effiziente, verlängerte tägliche Dialysebehandlung für kreislaufinstabile Patienten. Zum anderen existiert die sog. CRRT (*continuous renal replacement therapy*) zur Therapie akut nierengeschädigter Intensivpatienten über einen Zeitraum von vierundzwanzig Stunden und mehr. Die beiden Therapieformen unterscheiden sich stark in den zugrunde liegenden Methoden. Ziel dieses Beitrags ist es auszuloten, welche haftungsrechtlichen Konsequenzen die Anwendung der jeweiligen Methode für Krankenträger, Krankenhaus, Ärzte und sonstiges Personal nach sich ziehen kann.

Zunächst werden dazu die praktischen und medizinischen Unterschiede von SLEDD-Therapie und CRRT dargestellt. Im Anschluss daran sollen die spezifischen Schwierigkeiten beider Methoden hinsichtlich der Befolgung haftungsrelevanter Vorschriften im Bereich des Medizinrechts näher betrachtet werden.

## II. SLEDD- und CRRT-Therapie

### 1. System der CRRT-Therapie

Bei der kontinuierlichen Nierenersatztherapie handelt es sich um ein übliches Behandlungsverfahren in der Intensivmedizin.<sup>6</sup> Ziel der Therapie ist, die Funktion der akut geschädigten Nieren des Intensivpatienten mit akutem Nierenversagen für einen über vierundzwanzig Stunden hinausgehenden Zeitraum zu ersetzen. Zusätzlich wird der Säure-Basen-Haushalt des akut erkrankten Patienten normalisiert und es werden Störungen des Elektrolythaushalts – wie z.B. eine Hyperkaliämie – ausgeglichen.<sup>7</sup> Moderne Systeme behandeln den Patienten durchgehend bis zu zweiundsiebzig Stunden, ohne dass ein Filterwechsel notwendig ist.<sup>8</sup>

Bei den kontinuierlichen Nierenersatzverfahren werden mehrere Formen unterschieden.<sup>9</sup> Zunächst gibt es arterio-venöse und veno-venöse Verfahren. Die arterio-venösen Verfahren machen sich den Druckunterschied zwischen dem arteriellen und dem venösen System im menschlichen Körper zunutze.<sup>10</sup> Hierdurch kommen diese Verfahren ohne Blutpumpe aus, da der Druckunterschied als treibende Kraft genutzt wird.<sup>11</sup> Je nach Art der Blutreinigung unterscheidet man bei der veno-venösen CRRT weiterhin nach folgenden Untergruppierungen:

– CVVHD (kontinuierliche veno-venöse Hämodialyse), bei der eine Dialysierflüssigkeit außen an der blutführenden Filterkapillare vorbeiströmt und durch Diffusion kleine Stoffe austauscht oder ersetzt.<sup>12</sup>

– CVVH (kontinuierliche veno-venöse Hämofiltration), bei der eine sterile Intensionslösung direkt dem Blut zugeführt wird, um dann durch Filterkapillare hindurch gemeinsam mit Giftstoffen aus dem Blut abfiltriert zu werden.<sup>13</sup>

– CVVHDF (kontinuierliche veno-venöse Hämodiafiltration), eine Therapie, welche die beiden vorhergenannten Verfahren kombiniert.<sup>14</sup>

Die dabei eingesetzten Lösungen werden in gebrauchsfertigen Gebinden (meistens Vier- bis Fünf-Literbeutel) hergestellt und an den Verbraucher geliefert. Hämofiltrationslösungen werden nach den Vorschriften des AMG hergestellt. Dialysierflüssigkeiten sind zum Teil noch als CE-zertifizierte Medizinprodukte auf dem Markt. Die Zusammensetzung der Lösung wird nach aktuellen Patientenbedürfnissen vom Arzt ausgewählt und bisweilen unter der Therapie verändert. Ein praktischer Vorteil der CRRT ist die Möglichkeit einer effektiven und kontrollierten<sup>15</sup> Reinigung des Blutes von kleinen und großen

- 1 Akutes Nierenversagen ist ein multifaktoriell bedingtes klinisches Syndrom, das durch eine prinzipiell reversible Einschränkung der exkretorischen Nierenfunktion gekennzeichnet ist, vgl. dazu insgesamt und umfassend *Druml* in Hörl/Wanner, Dialyseverfahren in Klinik und Praxis, 6. Aufl. 2004, S. 11 ff.
- 2 Akutes Nierenversagen tritt bei 5–7 % aller stationär behandelten Patienten und bei 10–23 % aller Intensivpatienten auf, vgl. *Mehta/Chertow*, Acute Renal Failure Definitions and Classification: Time for Change?, *American Journal of the American Society of Nephrology*, 14 (2003), S. 2178; *Singri/Ahya/Levin*, Acute renal failure, *J. Am. Medical Ass.* 2003, S. 747 ff.; *Kellum/Angus/Johnson/Leblanc/Griffin/Ramakrishnan/Linde-Zwirble*, Continuous versus intermittent renal replacement therapy: a meta-analysis, *Int. Care Med.* 28 (2002), S. 29 ff.
- 3 *Vanholder/Van Biesen/Lameire*, What Is the Renal Replacement Method of First Choice for Intensive Care Patients?, *J. Am. Soc. Nephrol.* 12 (2001), S. S40.
- 4 Vgl. *Kellum* et al (Fn. 2), S. 29; *Wendon/Smithies/Sheppard/Bullen/Tinker/Bihari*, Continuous high volume venous-venous haemofiltration in acute renal failure, *Intensive Care Medicine* 15 (1989), S. 358. *Wendon* et al. sehen die intermittierende Dialyse als angemessen für Patienten mit einem singulären Organversagen, aber nicht für Patienten mit multiplem Organversagen – wie bei Intensivpatienten wahrscheinlich – an.
- 5 Vgl. *Kellum* et al (Fn. 2), S. 29.
- 6 Es wurde in seinen Grundzügen erstmals beschrieben von den Göttingern *Kramer/Wigger/Rieger/Matthaei/Scheler*, Arteriovenous Haemofiltration: A New and Simple Method for Treatment of Overhydrated Patients Resistant to Diuretics, *Klin. Wochenschrift (Journal of Molecular Medicine)* 55 (1977), S. 1121. Eine in den Vereinigten Staaten durchgeführte Studie schätzt den Anteil der mittels CRRT behandelten Patienten auf 20 %, vgl. *Mehta/Letteri*, Current status of renal replacement therapy (RRT) for acute renal failure (ARF): A survey of US nephrologists, *J. Am. Soc. Nephrol.* 7 (1996), S. 1457. Üblicher, jedoch je nach Behandlungszentrum einzelfallabhängig, ist die Behandlung mit CRRT in Europa, vgl. *Lameire/Van Biesen/Vanholder/Colardijn*, The place of intermittent hemodialysis in the treatment of acute renal failure in the ICU patient, *Kidney Int.* 66 (1998), S. S110.
- 7 Vgl. *Van Bommel/Bouvy/Sol/Zietse/Vincent/Bruining/Weimar*, Acute Dialytic Support fort he Critically Ill: Intermittent Hemodialysis Versus Continuous Arteriovenous Hemodiafiltration, *Am. J. Nephrol.* 15 (1995), S. 192.
- 8 *Vanholder/Van Biesen/Lameire* (Fn. 3), S. S40 sprechen von einem theoretisch unbegrenzten Zeitraum.
- 9 Vgl. *Barenbrock/Schäfer* in Hörl/Wanner (Fn. 1), S. 37 ff.; *Riegel* in Hörl/Wanner (Fn. 1), S. 107 ff.
- 10 Vgl. *Kramer* et al. (Fn. 6).
- 11 *Jansen*, Hämolysse bei kontinuierlicher Nierenersatztherapie, Münster (Westfalen), Univ., Diss., 2005, <http://deposit.dbb.de/cgi-bin/dokserv?idn=974535990>, S. 4.
- 12 Vgl. *Jansen* (Fn. 11), S. 5.
- 13 Vgl. *Jansen* (Fn. 11), S. 4 f.; *Manassa*, Kontinuierliche Verfahren in der Nierenersatztherapie, Düsseldorf, Univ., Diss., 1999, S. 14.
- 14 Vgl. *Jansen* (Fn. 11), S. 5; Bei dieser handelt es sich um die gebräuchlichste Form, vgl. *Wadrop/Ciraulo/Milner/Gregori/Kendrick/Richart/Maxwell/Barker*, A Comparison of Continuous Renal Replacement Therapy to Intermittent Dialysis in the Management of Renal Insufficiency in the Acutely Ill Surgical Patient, *The American Surgeon*, 71 (2005), S. 36 (37).
- 15 Systeme, die Online-Monitoring des Dialyseerfolgs erlauben, haben mittlerweile das Forschungsstadium verlassen und befinden sich im

## Rechtliche Aspekte der Nierenersatztherapie

Substanzen (z.B. hochvolumige Hämofiltration zur Myoglobinentfernung bei Sepsis/Vergiftung/Medikamenten-Überdosierung usw.).<sup>16</sup> Der Arzt kann bei modernen Hämofiltrationsgeräten durch die Auswahl der Dialysat- bzw. Filtrations-Flussraten die Reinigungswirkung während der Therapie adjustieren.<sup>17</sup> Daneben existieren zahlreiche medizinische Vorteile der CRRT gegenüber der ID, darunter z.B. eine verbesserte hämodynamische Stabilität,<sup>18</sup> eine kürzere Zeitdauer bis zur Wiederherstellung der Nierenfunktion sowie eine bessere Überwachung auf Azotämie.<sup>19</sup>

Die Materialien, die mit Patientenblut in Kontakt kommen, sind Einmalartikel, die nach Gebrauch nicht mehr verwendet werden. Dies verringert die inflammatorische Wirkung, welche der extrakorporale Kreislauf auf den Patienten haben kann.<sup>20</sup> Die Vorbereitung für den nächsten Einsatz erfolgt also gleichsam rein technisch durch Austausch der Einmalkomponenten. Als Nachteil der CRRT werden die vermeintlich höheren Kosten durch die Verwendung steriler Einmalartikel und Lösungen in Fertiggebinden genannt.<sup>21</sup>

Teilweise kommen klinische Studien zu dem Ergebnis, dass der Einsatz von CRRT statt anderer Methoden die Sterblichkeit von Intensivpatienten mit Nierenversagen verringern kann.<sup>22</sup> Wegen mangelnder Qualität der Studien ist jedoch bislang unklar, ob dies tatsächlich auf die überlegenen Fähigkeiten von CRRT oder andere Umstände zurückzuführen ist.<sup>23</sup>

## 2. System der SLEDD-Therapie

Die SLEDD-Verfahren bezeichnen eine Gruppe von Therapien, mit deren Hilfe die herkömmliche, intermittierende Nierenersatztherapie über einen Zeitraum von sechs, acht, zwölf oder gar vierundzwanzig Stunden ausgedehnt wird.<sup>24</sup> Die Therapieform ist in diesem Sinne also diskontinuierlich und in der täglichen Anwendungsdauer beschränkt,<sup>25</sup> da mit Ende des Anwendungszeitraums ein Fortsetzen der Therapie nur nach Filterwechsel möglich ist. Dies begünstigt inflammatorische „First-Use-Reaktionen“.<sup>26</sup> Andererseits ist das Personal möglicherweise mit SLEDD-Geräten (wegen ihrer Entwicklung aus herkömmlichen Dialysegeräten) teilweise besser vertraut, was die Investitionskosten verringern kann.<sup>27</sup>

Die erreichbare kontrollierte Entgiftung des Patienten ist auf kleine Moleküle (Harnstoff, Harnsäure, Elektrolyte etc.) beschränkt, da nur diese durch die ausschließlich zur Verfügung stehende Diffusion entfernt werden können.<sup>28</sup> Ein konvektiver Transport wie bei der Hämofiltration, welcher auch große Giftstoffe entfernen könnte, findet nicht kontrolliert statt. Eine zusätzliche Belastung des Patienten – mit unklarer klinischer Bedeutung – entsteht durch die Möglichkeit eines Temperaturverlusts.<sup>29</sup>

Damit SLEDD-Systeme flexibel eingesetzt werden können, verfügen manche über einen Tank für die Dialysierflüssigkeit (batch) mit bis zu neunzig Litern Inhalt,<sup>30</sup> der Unabhängigkeit von der Wasserver- und -entsorgung gewährleistet. Die Vor- und Aufbereitung der Dialysierflüssigkeit findet an Vorbereitungseinheiten statt, an die das Einzelgerät zur Füllung, aber auch zur Leerung und Desinfektion angeschlossen werden muss.<sup>31</sup> Eine Kontaminierung des Dialysats stellt eine Gefahr dar.<sup>32</sup> Die Dialysierflüssigkeit wird unsteril in das Batch-Einzelgerät eingefüllt und bei manchen Systemen nachträglich mit einer UV-Lampe sterilisiert. Dies führt zu Keim-, aber nicht Pyrogenfreiheit.<sup>33</sup>

Bei der Behandlung ist vorgesehen, dass ein Arzt auf einer „Rezeptkarte“ die Zusammensetzung der Lösung re-

zeptiert, die dann vom Personal (der Station, in welcher die Vorbereitungseinheit installiert ist, z.B. der Dialysestation) aus flüssigen und festen Konzentraten als Zutaten hergestellt wird. Der Präparator benötigt einen Trinkwasseranschluss und eine Osmose-Wasseranlage zur Versorgung mit aufbereitetem Wasser.<sup>34</sup> Bei der Verdünnung der Konzentrate mit Osmosewasser wird zur Entkeimung z.B. eine eingebaute UV-Lampe benutzt.<sup>35</sup>

Nach dem Füllvorgang wird das Einzelgerät von der Vorbereitungseinheit getrennt und an den Einsatzort, etwa eine Intensivstation oder eine andere Station, verbracht. Die Dialysierflüssigkeit wird durch eine Pumpe dem Tank entnommen, zirkuliert an den blutführenden Kapillaren des Dialysators vorbei, nimmt hierbei die Giftstoffe des Patienten auf und gelangt dann zurück in den Tank, aus dem sie entnommen wurde. Eine Unterschichtung von Verbrauchsdialysat unter die frische Lösung oben im Tank soll beide Phasen trennen. Aus der Literatur ist nicht zu entnehmen, ob nicht doch Pharmaka oder Giftstoffe aus dem mit Giftstoffen angereicherten und verbrauchten Dialysat in die noch ungebrauchte Dialysierflüssigkeit im selben Tank abwandern können; zur Qualitätskontrolle ist eine Leitfähigkeitsprüfung vorgesehen.

Nach beendeter Therapie, nämlich wenn die frische Lösung im Tank verbraucht ist, also zwischen vier und

praktischen Einsatz, vgl. zu deren Nutzen *Locatelli/Buoncristiani/Canaud/Köhler/Petitclerc/Zucchelli*, Haemodialysis with online monitoring equipment: Tools or toys?, *Nephrology Dialysis Transplantation*, 20 (2005), S. 22–33; *Ronco/Brendolan/Bellomo*, Online monitoring in continuous renal replacement therapies, *Kidney Int.* 56, Suppl. 72 (1999), S. 58.

16 Vgl. *Abdeen/Mehta*, Dialysis modalities in the intensive care unit, *Critical Care Clinics* 18 (2002), S. 223; *Tetta/Bellomo/Brendolan/Piccinini/Digito/Dan/Irone/Lonnemann/Moscato/Buades/La Greca/Ronco*, Use of adsorptive mechanisms in continuous renal replacement therapies in the critically ill, *Kidney Int.* 56, Suppl. 72 (1999), S. S15; *Druml*, Metabolic aspects of continuous renal replacement therapies, *Kidney Int.* 56, Suppl. 72 (1999), S. S56.

17 *Abdeen/Mehta* (Fn. 16).

18 *Abdeen/Mehta* (Fn. 16).

19 *Daxi/Dehual/Honglang*, A retrospective study of continuous renal replacement therapy versus intermittent hemodialysis in severe acute renal failure, *Clin. Med. J.* 114 (2001), S. 1157.

20 *Schetz*, Non-renal indications for continuous renal replacement therapy, *Kidney Int.* 56, Suppl. 72 (1999), S. S88.

21 *Abdeen/Mehta* (Fn. 16).

22 Vgl. statt aller *Kellum* et al. (Fn. 2), S. 29 m.w.N.

23 Vgl. *Kellum* et al. (Fn. 2), S. 33.

24 Vgl. *Schlaeper/Amerling/Manns/Levin*, High clearance continuous renal replacement therapy with a modified dialysis machine, *Kidney Int.* 56, Suppl. 72 (1999), S. 20; *Vanholder* et al. (Fn. 3), S. S42 f.

25 *Waldrop* et al. (Fn. 14), S. 37.

26 Vgl. oben (Fn. 20).

27 *Marshall/Golper/Shaver/Alam/Chatoth*, Sustained low-efficiency dialysis for critically ill patients requiring renal replacement therapy, *Kidney Int.* 60 (2001), S. 777.

28 S.o. (Fn. 16).

29 *Waldrop* et al. (Fn. 14), S. 38.

30 Vgl. *Kleophas/Backus/Lonnemann/Fassbinder* in Hörll/Wanner, (Fn. 1), S. 50.

31 Vgl. *Kleophas/Backus/Lonnemann/Fassbinder* in Hörll/Wanner, (Fn. 1), S. 50 f.

32 *Schlaeper* et al. (Fn. 24), S. S22.

33 Pyrogenreaktionen unter der Hämodialysebehandlung sind meist Folge einer Besiedlung der Wasserversorgung, der Dialysatanks, der Dialysatmischsysteme und der Enthärtungsanlagen, vgl. *Röckel/Heidbreder* in Hörll/Wanner (Fn. 1), S. 370.

34 Vgl. *Schlaeper* et al. (Fn. 24), S. S22; *Kleophas/Backus/Lonnemann/Fassbinder* in Hörll/Wanner (Fn. 1), S. 50.

35 Vgl. *Kleophas/Backus/Lonnemann/Fassbinder* in Hörll/Wanner (Fn. 1), S. 51.

## Rechtliche Aspekte der Nierenersatztherapie

zwanzig Stunden, wird das Einzelgerät zum Entleeren zurück an die Vorbereitungseinheit verbracht und durch Druckluft entleert. Dem dreimaligen Spülen mit ca. fünf Liter Wasser folgt eine Desinfektion z.B. mit Per-Essigsäure-Nebel. Nach ca. fünfzehn Minuten Einwirkzeit wird das Desinfektionsmittel durch erneutes Spülen ausgewaschen. Eine Rückstandskontrolle der Per-Essigsäure ist für die meisten Batch-Geräte nicht zwingend vorgeschrieben.

### III. Befolgung haftungsrelevanter Vorschriften

Aus der Verschiedenartigkeit der Therapieformen resultieren für die Beteiligten spezifische Haftungsfolgen, die im Folgenden untersucht werden sollen. Chronologischer Rahmen dieser Darstellung ist das Prozedere rund um Aufklärung und Behandlung des Patienten. Berücksichtigung findet insbesondere die Schadensersatzhaftung des medizinischen Personals und des Klinikbetreibers vor dem Hintergrund allgemeiner Haftungsregeln und dem AMG.

#### 1. Aufklärung des Patienten

Der Patient ist grundsätzlich vor der Behandlung über die Vor- und Nachteile verschiedener Behandlungs- und Therapiemethoden aufzuklären. Erst nach Aufklärung des Patienten kann er seine Zustimmung erklären. Bei bewusstlosen Patienten – wie es im Bereich der Intensivmedizin häufig der Fall sein kann – kommt insbesondere die mutmaßliche Einwilligung infrage, die auch durch Befragung der Angehörigen ermittelt werden kann.<sup>36</sup> Ausgehend vom Selbstbestimmungsrecht des Patienten argumentiert etwa der Bundesgerichtshof, dass die Aufklärung über unterschiedliche Behandlungsmöglichkeiten Voraussetzung einer rechtmäßigen Behandlung sei.<sup>37</sup> Vor dem Hintergrund mehrerer verfügbarer Behandlungsmethoden ist konkret auch auf die besonderen Gefahren der in Betracht gezogenen Therapie hinzuweisen.<sup>38</sup> Konkret muss der behandelnde Arzt (und der Anwender des Gerätes) den Patienten bzw. seine Angehörigen aufklären, dass es noch andere Möglichkeiten als die SLEDD-Therapie (z.B. CRRT) gibt und die Unterschiede aufzeigen (z.B. die unterschiedlichen/zusätzlichen Gefahren, die Möglichkeiten der Einstellung der Flüssigkeiten auf den Patienten unter der laufenden Therapie, die Tatsache, dass alle Materialien, die mit Patientenblut in Kontakt kommen können, als Einmalartikel verworfen

werden, die Mitteilung der Pyrogenfreiheit für großvolumige Infusate, der notwendige tägliche Filterwechsel, der mögliche Temperaturverlust etc.). Aufklärungswichtig ist dabei vor allem der Umstand der Verwendung der Nierenersatztherapie im Bereich der Intensivmedizin. Schon die geringfügig erhöhte abstrakte Gefahr einer Behandlungsmethode manifestiert in einem für den Intensivpatienten besonders erhöhten Risiko, über das aufzuklären ist. Sollte sich medizinwissenschaftlich doch definitiv herausstellen, dass der Einsatz von CRRT die Sterblichkeit von Intensivpatienten mit Nierenversagen gegenüber SLEDD verringert,<sup>39</sup> so wäre dies ohne Zweifel eine weitere unbedingt aufklärungswichtige Tatsache – mit entsprechenden haftungsrechtlichen Folgen. Sollte – wie einige Studien andeuten<sup>40</sup> – im jeweiligen Einzelfall das eine dem anderen System überlegen sein, so bedeutet es eine Pflichtverletzung, nicht das geeignetere System zur Behandlung zu wählen.

Der behandelnde Arzt kann sich auch nicht etwa Entlastung verschaffen, indem er auf das Nichtvorhandensein eines besser geeigneten Geräts verweist.<sup>41</sup> Steht eine Behandlung mit besseren personellen und apparativen Mitteln andererseits zur Verfügung, so ist darüber aufzuklären, sobald sich das neue Verfahren weitgehend durchgesetzt hat und dem Patienten einen entscheidenden Vorteil bietet.<sup>42</sup> Angesichts des gleichermaßen weit verbreiteten Einsatzes von CRRT und SLEDD in Europa ist demnach grundsätzlich die erste Bedingung erfüllt. Ein entscheidender Vorteil kann wiederum darin liegen, dass eine *generelle* oder *konkrete* medizinisch begründete Überlegenheit der einen oder der anderen Methode gegeben ist.

Bei fahrlässiger Verletzung der hier skizzierten Aufklärungspflicht sind der Arzt bzw. der Anwender schadensersatzpflichtig, insbesondere wenn der Patient sich bei richtiger und vollständiger Aufklärung für eine andere Methode hätte entscheiden wollen.<sup>43</sup> Insoweit wird sogar vermutet, dass der Patient sich bei richtiger und vollständiger Aufklärung für die andere, weniger gefährliche, weniger invasive oder schlicht: sicherere Methode entschieden hätte. Aber auch der Krankenträger ist den Patienten bei fehlerhafter Aufklärung haftbar, und zwar genauso, als wäre eine fehlerhafte Behandlung durchgeführt worden. Tatsächlich hat sich die Haftung wegen einer Aufklärungspflichtverletzung inzwischen zu einer Art Auffangtatbestand entwickelt für diejenigen Fälle, in welchen ein echter Behandlungsfehler nicht oder nur schwer nachgewiesen werden kann.

#### 2. Anforderungen an die Gerätevorbereitung und Inbetriebnahme des Geräts

##### a) Relevanz des Arzneimittelgesetzes

###### aa) Arzneimittelbegriff

CRRT-Systeme sind transportabel und stehen sofort steril einsatzbereit zur Verfügung. Die in verschiedenen Gebinden verfügbaren Substitutions- und Dialysierflüssigkeiten können von jedem behandelnden Arzt sofort verwendet werden. Die Geräteeinheit handelsüblicher Batch-SLEDD-Systeme kann nur verwendet werden, wenn zuvor die Dialysierflüssigkeit hergestellt worden ist. Dafür stehen Konzentrate zur Verfügung. Hieraus können sich Konsequenzen vor dem Hintergrund des Arzneimittelgesetzes ergeben, wenn die von SLEDD-Systemen benötigten Dialysierflüssigkeiten dem Begriff des „Arzneimittels“ in § 2 Abs. 1 AMG unterfallen.

36 Zur Aufklärung vgl. Katzenmeier, *Arzthaftung*, Heidelberg 2000, S. 323 ff.; Laufs, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2003, S. 86 ff.; Giesen, *Arzt haftungsrecht*, 4. Aufl. 1995, S. 165 ff.

37 BGH, Urt. v. 15.3.2005 – VI ZR 313/03, GesR 2005, 255 = NJW 2005, 1718.

38 Vgl. auch BGH v. 21.11.1996 – VI ZR 329/94, VersR 1996, 233; anders aber wohl BGH v. 28.2.1984 – VI ZR 106/82, NJW 1984, 1810, wenn eine Behandlung bewährt und besonders risikoarm ist.

39 S.o. II. 1.).

40 Z.B. Wendon et al. (Fn. 4), S. 363.

41 Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass die mit der Anschaffung des einen oder des anderen Systems verbundenen Kosten hinsichtlich der Pflicht zur Aufklärung keine Rolle spielen.

42 BGH v. 22.9.1987 – VI ZR 238/86, NJW 1988, 763. Folgerichtig genügt es für eine Verletzung der Aufklärungspflicht, dass ernsthafte Stimmen in der medizinischen Wissenschaft auf bestimmte, mit einer Behandlung verbundene Gefahren hinweisen, vgl. BGH v. 21.11.1995 – VI ZR 329/94, VersR 1996, 233.

43 BGH v. 7.2.1984 – VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103 und seitdem ständig; Nüßgens, Zur hypothetischen Einwilligung des Patienten, in FS Nirk, München, 1992, S. 745 (749 f.); weitere Nachweise bei Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, 5. Aufl. 2003, Rz. 258 ff.

## Rechtliche Aspekte der Nierenersatztherapie

Dialysierflüssigkeiten, auch Osmose-Wasser, das zusammen mit für die Dialysierbehandlung zugelassenen Konzentraten hergestellt wird, ist eine Zubereitung aus Stoffen, nämlich ein Erzeugnis aus zwei oder mehreren Stoffen, die in dem Erzeugnis noch ganz (oder teilweise) enthalten sind, mithin ein Gemisch i.S.d. § 3 Nr. 1 AMG. Um eine Zubereitung handelt es sich bei flüssigen Gemischen, wobei es auf die Konzentration nicht ankommt.<sup>44</sup> Wird die Dialysierflüssigkeit als Substitutat benutzt, dient sie eindeutig einem Verwendungszweck nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 AMG, um nämlich vom menschlichen oder tierischen Körper erzeugte Wirkstoffe oder Körperflüssigkeiten zu ersetzen. Zumindest wäre die Dialysierflüssigkeit aber ein Arzneimittel, da sie dazu dient, die Funktionen und den Zustand des Körpers, insbesondere des Blutes, zu beeinflussen.<sup>45</sup> Dialysierflüssigkeiten und Substitutatlösungen sind daher Arzneimittel, was zur Anwendbarkeit des AMG führt.

## bb) Erlaubnisvorbehalt des AMG

Die berufs- oder gewerbsmäßige Herstellung von Arzneimitteln steht unter Erlaubnisvorbehalt, § 13 AMG. „Herstellen“ i.S.d. AMG wird definiert in § 4 Abs. 14 AMG und umfasst Bereiche des ärztlichen Handelns, die normalerweise nicht dem Arzneiwesen und der Erlaubnispflicht unterliegen würden.<sup>46</sup> Das Arzneimittelgesetz unterscheidet allerdings zwischen der Herstellung und dem In-Verkehr-Bringen von Arzneimitteln. So definiert § 4 Abs. 17 AMG das In-Verkehr-Bringen als das Vorrätighalten zum Verkauf oder zu sonstiger Abgabe, das Feilhalten, das Feilbieten und die Abgabe an andere. Die Unterscheidung zwischen der Herstellung und der Abgabe als einer der Formen des In-Verkehr-Bringens hat Bedeutung für § 13 AMG. Was unter Abgabe im Zusammenhang mit der Herstellungserlaubnis nach § 13 AMG zu verstehen ist, wird in dessen Absatz 1 Satz 3 festgelegt: Eine Abgabe an andere liegt vor, wenn die Person, die das Arzneimittel herstellt, eine andere ist als die, die es anwendet.

Für das Arzneimittelrecht besteht daher in Rechtsprechung<sup>47</sup> und Literatur<sup>48</sup> Einigkeit darüber, dass bei der Herstellung durch einen Arzt, der das von ihm hergestellte Arzneimittel selbst am Patienten anwendet oder in seinen unmittelbaren Einwirkungsbereich durch weisungsgebundene Hilfskräfte oder durch den Patienten selbst anwenden lässt, keine Abgabe in diesem Sinne vorliegt. Ärzte brauchen deshalb keine Herstellungserlaubnis, solange sie die von ihnen hergestellten Arzneimittel nicht aus der Hand geben. Wenn das Arzneimittel an die Patienten oder andere Ärzte weitergegeben wird und damit die Verfügungsgewalt über das Arzneimittel wechselt, ist hingegen unter den Voraussetzungen des § 13 AMG eine Herstellungserlaubnis erforderlich.<sup>49</sup>

Aus dem Anwendungsbereich des AMG fallen also nur die ärztlichen Behandlungen heraus, die ohne einen Wechsel der Verfügungsgewalt über das Arzneimittel erfolgen. Tatsächliche Verfügungsgewalt hat, wer die freie, durch keine Weisungen gehemmte, nur durch die bestehenden Rechtsvorschriften eingeschränkte Möglichkeit hat, mit der Sache nach Belieben zu verfahren. Eine Abgabe an andere i.S.d. § 13 AMG liegt demnach immer dann vor, wenn bei einem Wechsel der tatsächlichen Verfügungsgewalt Hersteller und Anwender verschiedene Personen sind.<sup>50</sup> Das ist insbesondere der Fall, wenn das Mittel den Verantwortungsbereich des herstellenden Arztes verlässt, etwa weil nicht dessen Hilfspersonen, sondern ein anderer selbstständig handelnder Arzt die Verantwortung über die unmittelbare Anwendung trägt.<sup>51</sup>

## cc) Verletzung des AMG

Konkret hängt eine mögliche Verletzung von § 13 AMG von den Gepflogenheiten in der jeweiligen Klinik ab. Hier spielt wiederum der spezifische Einsatz von Geräten zur Nierenersatztherapie bei der Behandlung von Intensivpatienten eine Rolle. Anders als bei üblichen Formen der Dialysebehandlung kann die klinikinterne Kompetenz entweder bei der Intensivabteilung oder der nephrologischen Abteilung liegen. Der organisatorische Konflikt wird dabei unterschiedlich aufgelöst. Eine erste Möglichkeit ist die Zuständigkeit der nephrologischen Abteilung für die Versorgung mit Geräten zur Nierenersatztherapie beim Intensivpatienten. Das Gerät wird in dieser Abteilung von Nephrologen vorbereitet und dann auf die räumlich getrennte Intensivstation verbracht, wo nephrologisches Pflegepersonal die Patienten anschließt und die Behandlung überwacht. In Abweichung hierzu ist es zweitens möglich, dass das Gerät durch nicht nephrologisches Personal angeschlossen und überwacht wird. Drittens kommt infrage eine lediglich administrative Rolle der Nephrologie bei der Versorgung mit Geräten. Vorbereitung, Anschluss und Überwachung erfolgen jeweils durch Intensivpersonal. Viertens kommt in Betracht eine organisatorische Alleinzuständigkeit einer anderen als der nephrologischen Abteilung, etwa der Intensivstation, evtl. mit einer Weitergabe der Geräte an andere Stationen.

Die erste Möglichkeit ist diejenige, welche am ehesten eine Vereinbarkeit mit dem AMG gewährleistet. Ein Wechsel der Verfügungsgewalt ist dann nicht gegeben, wenn der verantwortliche Arzt das vorbereitete Gerät an ihm unterstelltes Pflegepersonal abgibt.<sup>52</sup> Denn der Einsatz von entsprechend ausgewähltem medizinischem Hilfspersonal, seien es Assistenzärzte, medizinisch-technische Assistenten, Krankenschwestern oder -pfleger, ist zulässig, solange der herstellende Arzt die Verantwortung für deren Handeln trägt und in der Lage ist, die notwendige Überwachung zu gewährleisten.<sup>53</sup> Das AMG bestimmt indirekt also die organisatorischen Abläufe innerhalb

44 Vgl. zum Arzneimittelbegriff *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rz. 148.; vgl. zum Begriff der „Zubereitung aus Stoffen“ *Hoffmann*, Der Zubereitungsbegriff des AMG, DAZ 1964, 1829; *Sander*, Arzneimittelrecht, Loseblatt, Komm., AMG § 3 Anm. 1, 3; *Kloesel/Cyran*, Arzneimittelrecht, AMG § 3 Anm. 1, 3; vgl. zu flüssigen Gemischen VG Berlin v. 16.5.1961 – VG I A 220.60, DAZ 1961, 889.

45 Vgl. *Kloesel/Cyran*, AMG § 2 An. 9 ff.; *Sander*, AMG § 2 Nr. 25.

46 Vgl. dazu *Kloesel/Cyran*, AMG § 4, Anm. 34.

47 Vgl. BVerfG v. 16.2.2000 – 1 BvR 420/97, NJW 2000, 857 (Frischzellen); zuvor bereits BVerfG v. 2.12.1993 – 3 C 42/91, BVerfGE 94, 341; OVG NRW v. 20.2.1997 – 13 A 568/95, NJW 1998, 847 in ausdrücklicher Abkehr von OVG NRW v. 20.10.1987 – 13 B 2506/87, NJW 1989, 792.

48 Vgl. *Deutsch*, Medizinrecht, 3. Aufl. 1997, S. 534 f.; *Hoppe*, Arzneimittelherstellung durch Ärzte – Zulässigkeit und Stellvertretung, MedR 1996, 72; *Kloesel/Cyran*, Arzneimittelrecht, Kommentar, § 13 Anm. 11; *Pabel*, NJW 1989, 759 f.; *Räpple*, Das Verbot bedenklicher Arzneimittel, 1991, S. 36 ff.; *Wolz*, Bedenkliche Arzneimittel als Rechtsbegriff, 1988, S. 40 ff.

49 Die Ausnahmevorschrift des § 13 Abs. 2 Nr. 2 AMG gilt nur für Krankenhausträger, allerdings nur bezüglich der Krankenhausapotheke, § 14 ApoG; vgl. hierzu auch *Kloesel/Cyran*, AMG, § 13 Anm. 25.

50 Vgl. VGH Kassel v. 7.4.1992 – 11 UE 842/89, MedR 1993, 150 (Thymusdrüsenpräparate); *Hoppe* (Fn. 48), S. 72 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rz. 1013.

51 Vgl. hierzu *Hoppe* (Fn. 48), S. 72; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rz. 1010.

52 Vgl. VG Karlsruhe v. 29.9.1982 – 7 K 207/81, MedR 1983, 199; VGH Kassel v. 7.4.1992 – 11 UE 842/89, MedR 1993, 150 (Thymusdrüsenpräparate).

53 Vgl. *Hoppe* (Fn. 48), S. 72 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rz. 1170.

## Rechtliche Aspekte der Nierenersatztherapie

von Kliniken. Es liegt auf der Hand, dass diese regulatorische Einflussnahme Kosten hervorruft, da die Zahl der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der betriebswirtschaftlichen Organisation reduziert wird.<sup>54</sup>

Dagegen verstoßen die zweite und dritte der oben vorgezeichneten Organisationsmöglichkeiten gegen das AMG. Eine Übergabe des durch die nephrologische Abteilung zur Nierenersatztherapie vorbereiteten Geräts an Personal anderer Stationen führt zu einer Anwendung des Arzneimittels durch einen anderen als den Hersteller. Obliegen in diesem Fall Anschluss an den Patienten und Überwachung der Behandlung dem Personal der Intensivstation, so ist der Anwendungsbereich des § 13 AMG berührt. Ebenfalls ein Verstoß wäre es, wenn im Rahmen der vierten Möglichkeit das auf der Intensivstation vorbereitete Gerät an andere Stationen weitergegeben würde. Das AMG zieht der organisatorischen Ablaufgestaltung somit enge Grenzen.

### b) Aufsichtsrechtliche Folgen

Nach § 67 AMG haben Betriebe und Einrichtungen, die Arzneimittel herstellen, dies vor Aufnahme ihrer Tätigkeit der zuständigen Behörde anzuzeigen. Auch ein Krankenhaus, eine Dialysestation oder eine Intensivbehandlungsstation wird von dieser Vorschrift erfasst, denn die Verwendung des Begriffs „Einrichtungen“ stellt klar, dass die Überwachung auch dort lückenlos stattfinden soll, wo der Betriebscharakter zweifelhaft sein kann. Als Einrichtungen i.S. von § 64 AMG, dem Grundtatbestand der Überwachungsvorschriften, sind z.B. Krankenhäuser, Krankenhausapotheken und sonstige gemeinnützige Einrichtungen anzusehen.<sup>55</sup> Soweit es sich um eine Klinikapotheke handelt, deren Tätigkeit der Behörde jeweils bekannt ist, wird es einer Anzeige nicht bedürfen. Die Krankenhausapotheke hat von der zuständigen Behörde die Betriebserlaubnis erhalten, sodass sie Arzneimittel selbst herstellen kann.<sup>56</sup> Anderes gilt bei einem Krankenhaus, das keine Apothekenbetriebslaubnis besitzt. Auch wenn dort von Ärzten bei der Behandlung eine Herstellung von Arzneimitteln i.S. von § 13 Abs. 1 AMG vorgenommen wird, hat eine Anzeige zu erfolgen. Dies ergibt sich schon aus § 67 Abs. 2 AMG, der sich besonders auf die Herstellung von Arzneimitteln bezieht, für die es einer Erlaubnis nach § 13 AMG nicht bedarf.

### 3. Haftungsrechtliche Folgen in Anknüpfung an Organisationsmängel

Grundsätzlich folgen auch nicht unerhebliche haftungsrechtliche Risiken für die Klinik unter dem Gesichtspunkt des Organisationsverschuldens. Es ist zwischen der Ersteinrichtung einer entsprechenden Organisationsstruktur und der nachfolgenden Überwachung zu differenzieren.

Den Träger des Krankenhauses treffen primäre Sorgfaltspflichten dahingehend, eine an den Aufgaben orientierte, zweckmäßige Organisation der Klinik zu schaffen. Die Bandbreite relevanter Aspekte reicht von der Wahl einer geeigneten Rechtsform bis hin zur Einrichtung einzelner Abteilungen.<sup>57</sup> Sekundäre Organisationspflichten verlangen vom Krankenhausträger, die einmal eingerichtete Organisation fortlaufend zu überwachen und durch geeignete Maßnahmen zu kontrollieren, ob die Zweckmäßigkeit immer noch gegeben ist. Erkennt der Träger Ineffektivitäten, so ist er gehalten, die Organisationsstruktur zu ändern, will er der Haftung entgehen. Wesentlicher Gesichtspunkt ist die Art der arbeitsteiligen Organisation. Verstöße gegen diese Organisationspflichten – durch fehlende oder auch fehlgehende Organisation – ziehen eine Haftung nach sich. Grundsätzlich trifft die Haftung den Träger des Krankenhauses (§ 89 Abs. 1 BGB), der jedoch nur durch seine verfassungsmäßig berufenen Vertreter handeln kann, vgl. § 31 BGB. Für Krankenhäuser ist es gesicherte Rechtsprechung, dass auch Chefarzte in diesem Sinne haften können.<sup>58</sup>

Konkret treffen den Krankenhausträger Organisationspflichten bezüglich des Zusammenspiels von Intensivmedizin und Nephrologie. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die Anwendbarkeit des AMG auf die Lösungs-Eigenherstellung bei Batch-SLEDD-Systemen. Den Anforderungen einer haftungsrechtlich unbedenklichen Organisation ist dann genüge getan, wenn die einzelnen Verantwortungsbereiche genügend abgegrenzt sind und insbesondere auch das Personal über die konfligierenden Zuständigkeiten aufgeklärt worden ist. Zur ordnungsgemäßen Organisation gehört auch die kontinuierliche – und damit kostenträchtige – Überwachung des Einsatzes von medizinischen Geräten in den Abteilungen. Es ist also festzulegen, welches der vorhandenen Systeme in welcher Abteilung eingesetzt wird. Hinsichtlich des AMG muss außerdem gewährleistet sein, dass der organisatorische Ablauf den aufsichtsrechtlich gestellten Anforderungen entspricht, insbesondere Verstöße gegen §§ 13 und 64 ff. AMG ausgeschlossen sind.

## IV. Zusammenfassendes Ergebnis

Die herkömmliche intermittierende Nierenersatztherapie ist für die Anwendung in der Intensivmedizin vielfach nicht geeignet. Der Intensivmedizin stehen für die extrakorporale Blutwäsche SLEDD-Therapie und CRRT-Verfahren zur Verfügung. Beide sind noch medizinisch üblich; beide sind, wenn auch in unterschiedlichem Maße, wissenschaftlich anerkannt. CRRT verfügt über offensichtliche Vorteile insbesondere die Verträglichkeit für den Patienten und die Möglichkeit einer kontinuierlichen Behandlung betreffend. Haftungsrechtlich äußern sich die Vorteile des CRRT-Verfahrens bei dem Umfang der Aufklärungspflicht des behandelnden Arztes. Auf Vor- und Nachteile der beiden Verfahren ist hinzuweisen. Wegen des geringeren Risikos der CRRT-Methode sind Intensivpatienten in der Regel explizit darüber aufzuklären, dass anderenorts eine gefahrlosere Behandlungsoption zur Verfügung steht, sollte der Krankenhausträger nur über Batch-SLEDD-Systeme verfügen. Die Vorbereitung von Batch-SLEDD-Systemen kann überdies dem AMG unterfallen. Ein Krankenhausträger benötigt daher eine entsprechende Erlaubnis zur Herstellung von Arzneimitteln nach dem AMG. Die mit der SLEDD-Nierenersatztherapie besetzten Stationen müssen die durch das AMG vorgeschriebenen Mitwirkungs- und Anzeigepflichten befolgen. Haftungsrechtlich sind insbesondere die für das Organisationsverschulden entwickelten

<sup>54</sup> Zur Messung der volkswirtschaftlichen Kosten von Regulierung vgl. beispielhaft *Hahn/Hird*, The Costs and Benefits of Regulation: Review and Synthesis, Yale J. on Reg. 8 (1991) 233, 253. Vgl. zu den durch Regulierung verursachten mikroökonomischen Kosten speziell im Bereich der Krankenhäuser *Sloan/Steinwald*, Effects of Regulation on Hospital Costs and Input Use, Journal of Law and Economics, 23 (1980), 81.

<sup>55</sup> *Kloessel/Cyran*, AMG, § 64 Anm. 1a.

<sup>56</sup> Vgl. *Kloessel/Cyran*, AMG, § 67 Anm. 7.

<sup>57</sup> Vgl. zum Organisationsverschulden speziell auf Krankenhäuser bezogen *Bergmann*, Die Organisation des Krankenhauses unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten, VersR 1996, 810; *Lippert*, Das Organisationsverschulden in Hochschulklinika – zivilrechtliche Aspekte, NJW 1984, 2606.

<sup>58</sup> Vgl. *Palandt-Heinrichs*, § 89 BGB Rz. 6 m.w.N.

## Ärztliches Gesellschaftsrecht

Regeln von Bedeutung. Wegen der möglichen Haftung des Krankenhauträgers und seines Personals sind beim Einsatz von Batch-SLEDD-Systemen besondere Anforder-

ungen an die Binnenorganisation des Krankenhauses sowie dessen organisatorisches Überwachungssystem zu stellen.

## Rechtsprechung kompakt



## Ärztliches Gesellschaftsrecht

Zur Unwirksamkeit einer Abfindungsvereinbarung auf Grundlage des Ertragswertes

BGB §§ 723 Abs. 3, 738 Abs. 1 S. 2

Die Vereinbarung einer Abfindung für den ausscheidenden BGB-Gesellschafter auf der Grundlage des Ertragswertes des Gesellschaftsunternehmens kann gem. § 723 Abs. 3 BGB unwirksam sein, wenn der Liquidationswert des Unternehmens den Ertragswert erheblich übersteigt und deshalb ein vernünftiger Gesellschafter auf der Grundlage einer Abfindung nach dem Ertragswert von dem ihm an sich zustehenden Kündigungsrecht keinen Gebrauch machen würde.

BGH, Urt. v. 13.3.2006 – II ZR 295/04  
(OLG Koblenz – 3 U 136/00)

**Das Problem:** Der Kl. ist aufgrund eigener Kündigung aus der mit dem Bekl. zum Betrieb eines Feriendorfes geführten BGB-Gesellschaft ausgeschieden. Er begehrt vom Bekl. eine auf Basis des von ihm behaupteten Liquidationswertes des Feriendorfes i.H.v. 7,08 Mio. DM bemessende Abfindung und hält den geringeren Ertragswert wegen der geringen Rentabilität des Betriebes nicht für maßgebend. Der Bekl. hat indes den Ertragswert der Bemessung der Abfindung zugrunde gelegt und widerspricht dem Begehren des Kl. u.a. mit der Begründung, dass er das Feriendorf bei einer höheren Abfindung wegen der geringen Rentabilität nicht fortführen, sondern zerschlagen müsse. Das Berufungsgericht hat die Klage weitestgehend abgelehnt und ausgeführt, dass bei der Abfindungsbemessung der mit 2,2 Mio. DM ermittelte Ertragswert zugrunde zu legen sei, weil zum einen aufgrund der Beweisaufnahme der im Gesellschaftsvertrag verwendete Begriff des „gemeinen Wertes“ den Ertragswert meine. Zum anderen müsse das Abfindungsinteresse des Kl. hinter dem Fortführungsinteresse des Bekl. zurückstehen, weil die Parteien bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags übereingestimmt hätten, dass auch im Falle des Ausscheidens einer der Gesellschafter das Feriendorf fortführen solle.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Auf die Revision des Kl. hat der BGH die Entscheidung des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückgewiesen, damit es die Höhe des Liquidationswertes des Feriendorfes und auf dieser Grundlage die Höhe des Abfindungsanspruchs des Kl. feststellen kann. Das Berufungsgericht habe verkannt, dass die unter den Parteien getroffene Vereinbarung der Abfindung zum Ertragswert gem. § 723 Abs. 3 BGB unwirksam sei. Denn eine abfindungsbeschränkende Regelung sei hiernach nichtig,

durch die an eine Kündigung derart schwer wiegende Nachteile geknüpft werden, dass ein Gesellschafter vernünftiger Weise von dem ihm formal zustehenden Kündigungsrecht keinen Gebrauch machen, sondern an der gesellschaftlichen Bindung festhalten werde. Ein solcher Nachteil könne darin bestehen, dass der im Ausscheidensfall bestehende Abfindungsanspruch des Gesellschafters unzumutbar eingeschränkt werde. Vorliegend sei eine solche unzumutbare Beschränkung des Abfindungsanspruches anzunehmen, weil der vertragliche vereinbarte Ertragswert so weit unter dem Liquidationswert liege, dass ein vernünftiger Gesellschafter auf dieser Grundlage von dem ihm an sich zustehenden Kündigungsrecht keinen Gebrauch machen würde. Der Liquidationswert belaufe sich nach dem für das Revisionsverfahren als richtig zu unterstellenden Vortrag des Kl. auf das Dreieinhalbfache des Ertragswertes.

**Konsequenzen für die Praxis:** Der BGH hat in erster Linie seine st. Rspr. (z.B. BGH, WM 1984, 1506; ZIP 1989, 768, ZIP 1993, 1160 [1163]) bestätigt, nach der das in § 723 Abs. 3 BGB statuierte Verbot, das Kündigungsrecht entgegen § 723 Abs. 1 f. BGB zu beschränken, nach allgemeinen Umgehungsgrundsätzen auch zur Unwirksamkeit von vertraglichen Abfindungsklauseln führe, soweit hiernach dem ausscheidenden Gesellschafter eine erheblich unter dem tatsächlichen Wert seines Gesellschaftsanteils liegende Abfindung zustehen und hierdurch dem Gesellschafter faktisch die Entscheidung zur Kündigung unmöglich gemacht werden würde. Zugleich hat der BGH sich zwar nicht abschließend, jedoch erstmals auch dahingehend geäußert, dass zur Bestimmung des groben Missverhältnisses auch auf den Zerschlagungs-/Liquidationswert der Gesellschaft abzustellen sei, zumindest wenn dieser wegen der geringen Rentabilität des Gesellschaftsbetriebes erheblich über dem auf der Grundlage der als werbend fortgesetzten Gesellschaft ermittelten (Ertrags-)Wert liege (vgl. zur Bedeutung des Liquidationswertes z.B. auch BayObLG, BB 1995, 1759 [1760]; OLG Düsseldorf, AG 2004, 324 [327]).

Darüber erscheint es konsequent, dass der BGH hier nicht seine Rechtsprechung aufgreift, nach der die durch die Unwirksamkeit der vertraglichen Abfindungsregelung notwendige Korrektur unter angemessener Berücksichtigung der beiderseitigen Belange, insbesondere unter Berücksichtigung auch des Unternehmens-/Fortführungsinteresses dadurch erreicht werden soll, dass eine Abfindung zwischen dem vertraglichen Anteils- und dem Verkehrswert zugrunde zu legen sei (vgl. hierzu z.B. BGH, BGHZ 123, 281 [289]). Vielmehr hat der BGH – wohl vor dem Hintergrund des übereinstimmenden Parteivorbringens, dass zur Aufbringung der auf Basis des Liquidationswertes zu ermittelnden Abfindung der Gesellschaftsbetrieb tatsächlich zerschlagen werden muss – die Sache an das Berufungsgericht zur Feststellung der dem Kl. auf der Grundlage des Liquidationswertes zustehen-

## Vertragsarztrecht

den Abfindung zurückverwiesen. Der BGH dürfte hier davon ausgehen, dass dann, wenn feststehe, dass sich eine Zerschlagung des Unternehmens auch dann nicht vermeiden lasse, wenn dem ausgeschiedenen Gesellschafter eine gerade noch seinem berechtigten Abfindungsinteresse und dem Verbot des § 723 Abs. 3 BGB Rechnung tragende Abfindung zugebilligt werden würde, es dem ausgeschiedenen Gesellschafter nicht zumutbar sei, überhaupt eine Abfindungsbeschränkung hinzunehmen. Denn vom ursprünglichen Parteiwillen, eine Abfindungsbeschränkung zum Zwecke des Erhalts des Unternehmens hinzunehmen, wäre dies jedenfalls nicht mehr gedeckt.

**Beraterhinweis:** Insbesondere bei der Überprüfung, aber auch schon bei der Gestaltung von vertraglichen Abfindungsregelungen muss beachtet werden, dass sich eine Unwirksamkeit einer Abfindungsregelung wegen Verstoßes gegen das in § 723 Abs. 3 BGB statuierte Verbot auch daraus ergeben kann, wenn zwischen dem unter Zugrundelegung des Liquidationswertes ermittelten tatsächlichen Anteilswert und dem nach der vertraglichen Regelung ermittelten Anteilswert ein grobes Missverhältnis besteht. Der ausgeschiedene Gesellschafter ist dann zum vollen Verkehrs-/Liquidationswert seines Anteils abzufinden, wenn zugleich feststeht, dass im Falle der nach dem höheren Liquidationswert bemessenden Abfindung der Gesellschaftsbetrieb zu zerschlagen ist. Denn bei der Ergänzung der durch die Unwirksamkeit der Abfindungsregelung entstandenen Vertragslücke kann in diesem Fall eine Abfindungsbeschränkung rechtfertigendes Unternehmens-/Fortführungsinteresse des oder der verbleibenden Gesellschafter nicht mehr angenommen und berücksichtigt werden.

RA Mark Kroel,  
Sozietät Dr. Rehborn,  
Dortmund

bis 4/2002 zwischen 75 und 102 budgetrelevante Fälle (Fachgruppendurchschnitt: ca. 900), mit Überweisungsanteilen zwischen 0 und 0,91 % (Fachgruppe ca. 1,05 %). Die Anteile Gesprächsleistungen an ihrer Gesamtpunktmenge beliefen sich seit 1996 zwischen 11 und 60 %, bei der GNR 850 EBM-Ä betrug sie maximal 2 %, bei der GNR 851 EBM-Ä zwischen 4 und 18 %, bei der GNR 855 EBM-Ä zwischen 0 und 6 %.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Die Revision hatte keinen Erfolg. Die Bkl. hat, wie das LSG zutreffend entschieden hat, ihren Antrag auf Erweiterung des Praxis- und Zusatzbudgets „Psychosomatik“ zu Recht abgelehnt.

Auf Antrag des Vertragsarztes konnten Praxis- und Zusatzbudgets gem. Nr. 4.3 der Allgemeinen Bestimmungen AI., Teil B, EBM-Ä im Einzelfall zur Sicherstellung eines besonderen Versorgungsbedarfs erweitert werden.

Zur Auslegung des Begriffs „besonderer Versorgungsbedarf“ in Nr. 4.3 der Allgemeinen Bestimmungen a.a.O. EBM-Ä hat das BSG mehrfach Stellung genommen. Danach setzt der besondere Versorgungsbedarf eine im Leistungsangebot der Praxis tatsächlich zum Ausdruck kommende Spezialisierung und eine von der Typik der Arztgruppe abweichende Praxisausrichtung voraus, die messbaren Einfluss auf den Anteil der im Spezialisierungsbereich abgerechneten Punkte im Verhältnis zur Gesamtpunktzahl der Praxis hat (s. BSG, SozR 3-2500 § 87 Nr. 31 S. 179 i.V.m. 178; SozR 4-2500 § 87 Nr. 1 Rz. 16 u. Nr. 2 Rz. 10 m.w.N.). Dies erfordert vom Leistungsvolumen her, dass bei dem Arzt das durchschnittliche Punktzahlvolumen je Patient in den vom Budget erfassten Bereich die Budgetgrenze übersteigt und zudem, dass bei ihm im Verhältnis zum Fachgruppendurchschnitt eine signifikant überdurchschnittliche Leistungshäufigkeit vorliegt, die zwar allein noch nicht ausreicht, aber immerhin ein Indiz für eine entsprechende Spezialisierung darstellt (s. BSG, SozR 3-2500 § 87 Nr. 31 S. 178 u. SozR 4-2500 § 87 Nr. 2 Rz. 10).

Das Begehren der Kl. auf Erweiterung ihres Praxisbudgets wegen vermehrter Gesprächsleistungen ist entsprechend dem Rechtsgedanken zu beurteilen, die der erkennende Senat zur Erweiterung des bis zum 31.6.1997 geltenden Teilbudgets „Gesprächsleistungen“ entwickelt hat. Nach dieser Rechtsprechung konnte bei Allgemeinärzten eine überdurchschnittliche Beratungs- und Gesprächsintensität keine Freistellung von Teilbudgets „Gesprächsleistungen“ begründen, weil diese Leistungen für sie typisch sind und dementsprechend keine von der Typik dieser Arztgruppe abweichende Praxisausrichtung belegen können. Eine Freistellung von diesen Teilbudgets war nur für Fachärzte u.U. möglich (wie z.B. BSG, Urt. v. 16.5.2001 – USK 2001-153, S. 937 m.H.a. S. 938 auf intensivpsychosomatisch tätige Gynäkologen, HNO-Ärzte u. Urologen; vgl. BSG, Urt. v. 6.9.2000, BSGE 87, 112 [117 f.] = SozR 3-2500 § 87 Nr. 26 S. 138 o.). Ein Sachgrund, von dieser Bewertung für die zum 1.7.1997 eingeführten Praxisbudgets abzugehen, ist nicht ersichtlich. Das bedeutet, dass Allgemeinärzte auch unter der Geltung der Praxisbudgets einen besonderen Versorgungsbedarf, wie er für die Erweiterung dieses Budgets gegeben sein muss, nicht darauf stützen können, dass intensive Beratungs- und Gesprächsleistungen erforderlich seien.

Die Kl. hat auch keinen Anspruch auf Erweiterung des Zusatzbudgets „Psychosomatik, übende Verfahren“. Dies setzt ebenfalls das Vorliegen eines besonderen Versorgungsbedarfs gem. Nr. 4.3 der Allgemeinen Bestimmungen a.a.O. EBM-Ä voraus. Dabei gelten nach der Rechtsprechung des BSG für die Erweiterung eines Zu-



## Vertragsarztrecht

Erweiterung des Praxis- und Zusatzbudgets „Psychosomatik bei Allgemeinärzten“

EBM-Ä Nr. 4.3; EBM-Ä GNR. 850, 851, 855

1. Die überdurchschnittliche Erbringung von Beratungs- und Gesprächsleistungen begründet für einen Allgemeinarzt auch bei geringer Patientenzahl keinen besonderen Versorgungsbedarf für die Erweiterung des Praxisbudgets.

2. Für die Erweiterung des qualifikationsgebundenen Zusatzbudgets „Psychosomatik“ ist eine strukturelle Besonderheit der Patientenschaft notwendig.

BSG, Urt. v. 22.3.2006 – B 6 KA 80/04 R  
(LSG Brandenburg – L 5 KA 4/01)

**Das Problem:** Streitig ist, ob der Kl. ein Anspruch auf Erweiterung ihres Praxis- und Zusatzbudgets „Psychosomatik“ zusteht. Die Bkl. erkannte der Kl. das Zusatzbudget „Psychosomatik, übende Verfahren“ zu, lehnte aber den gleichzeitigen Antrag auf Erweiterung des Praxisbudgets aufgrund der Gesprächsleistungen und des Zusatzbudgets ab. Die Kl. wies in den Quartalen 3/1997

## Vertragsarztrecht

satzbudgets höhere Anforderungen als für dessen erstmalige Zuerkennung (BSG, SozR 4-2500 § 87 Nr. 2 Rz. 11). Dies beruht darauf, dass qualifikationsgebundene Zusatzbudgets darauf gerichtet sind, Eigenheiten von Praxen zu berücksichtigen, die sich aus einer speziellen fachlichen Qualifikation ergeben, und demgemäß nach dem tatsächlichen Leistungsvolumen bemessen werden, das in diesem Bereich ein Arzt mit entsprechender Qualifikation in der Vergangenheit im Durchschnitt aufzuweisen hatte (s.o. m.H.a. BSG, SozR 4-2500 § 87 Nr. 2 Rz. 7, Nr. 3 Rz. 1 u. Nr. 10 Rz. 14), sowie darauf, dass die Zuerkennung eines Zusatzbudgets eine Leistungsmenge deutlich über dem Durchschnitt der Fachgruppe erfordert (vgl. BSG, SozR 4-2500 § 87 Nr. 2 Rz. 13). Die Zuerkennung eines Zusatzbudgets bedingt bereits das Vorliegen struktureller Besonderheiten in der jeweiligen Praxis. Für die Annahme eines darüber hinausgehenden „besonderen Versorgungsbedarfs“ i.S. der Regelung in Nr. 4.3 der Allgemeinen Bestimmungen a.a.O. EBM-Ä müsste der Arzt weitergehend darlegen, dass die von ihm mit solchen speziellen Leistungen zu versorgende Patientenschaft in ihrem Zuschnitt signifikant vom Durchschnitt der Fachkollegen, die gleichermaßen qualifiziert sind und denen ebenfalls ein solches Zusatzbudget zuerkannt worden war, abweicht und dass dadurch bei ihm im Bereich des Zusatzbudgets ein Leistungsbedarf besteht, der deutlich über den Bedarf dieser Fachkollegen hinausgeht. Er müsste also belegen, dass seine Patientenschaft durch strukturelle Besonderheiten im Vergleich zu derjenigen seiner Fachkollegen mit gleichem Zusatzbudget geprägt ist und dass dies einen deutlichen überdurchschnittlichen Bedarf bei den von diesem Budget erfassten Leistungen ergibt. Indizien dafür können sich aus hohen Überweisungsanteilen ergeben (BSG, SozR 3-2500 § 87 Nr. 31 S. 179 f.) sowie einer im Verhältnis zur Fachgruppe überdurchschnittlichen Leistungshäufigkeit.

Diese Voraussetzungen hat die Kl. nicht erfüllt. Der von ihr erhöht geltend gemachte Bedarf an psychosomatischen Leistungen hat sich nicht in einem erhöhten Überweisungsanteil niedergeschlagen. Zudem liegt auch kein spezieller Zuschnitt und keine Struktur der Besonderheit der von ihr zu versorgenden Patientenschaft im Vergleich zum Patientenkreis ihrer Fachkollegen mit gleichem Zusatzbudget vor. Dafür reicht eine (behauptete) Häufung schwerer Krankheitsfälle unterschiedlicher Art nicht aus, wie die Kl. dies mit ihrem Vorbringen geltend gemacht hat, bei ihren psychosomatisch behandelten Patienten habe es sich um solche gehandelt, die chronisch und/oder multimorbide krank waren, funktionelle oder psychische oder psychosomatische Störungen, Neurosen und Psychosen hatten, teilweise onkologisch erkrankt und/oder Diabetiker, Allergiker bzw. Schmerztherapiepatienten waren und die größtenteils in unterschiedlicher fachärztlicher Betreuung zuvor nicht erfolgreich hatten behandelt werden können. Ein – über das Zusatzbudget „Psychosomatik, übende Verfahren“ hinausgehender – besonderer Versorgungsbedarf i.S. der zugrunde liegenden Regelung der Nr. 4.3 der Allgemeinen Bestimmungen a.a.O. EBM-Ä ist mithin nicht gegeben.

**Konsequenzen für die Praxis:** Das vorliegende Urteil setzt die bekannte Rechtsprechung des BSG zur Auslegung des Merkmals „zur Sicherstellung eines Versorgungsbedarfs“ für die Erweiterung des Praxis- und Zusatzbudgets fort. Es zeigt sich, dass den Voraussetzun-

gen, unter denen eine KV das Praxis- und Zusatzbudget erweitern kann, enge Grenzen gesetzt sind. Das Merkmal „Versorgungsbedarf“ stellt auf objektive Kriterien ab, wonach ein bestimmtes Leistungsangebot einer Praxis unter Sicherstellungsaspekten erforderlich ist. In einer Einzelfallentscheidung wird dies für Allgemeinmediziner bei den Gesprächsleistungen, die in das Praxisbudget fallen, grundsätzlich verneint. Bei Beratungs- und Gesprächsleistungen handelt es sich um typische Leistungen für Allgemeinmediziner. Besonderheiten wie kleine Fallzahl, eine intensive Betreuung der Patienten sowie ein besonderer Zuschnitt der Patientenschaft rechtfertigen keine Erhöhung. Aus Sicht des BSG sind daher kaum Fallkonstellationen ersichtlich, nach denen einem Allgemeinmediziner in diesem Bereich überhaupt eine Erweiterung des Praxisbudgets zugestehen ist. Eine vergleichbare Situation liegt bei den qualifikationsgebundenen Zusatzbudgets vor. Angesichts der auf spezielle Leistungen in einem bestimmten Behandlungsbereich qualifikationsgebundenen Zusatzbudgets besteht nur hier – unter ganz besonders gelagerten Voraussetzungen – die Notwendigkeit für eine Erweiterung. Das BSG fordert hier das Vorliegen struktureller Besonderheiten der Praxis, die einen darüber hinausgehenden Versorgungsbedarf begründen. Auch hier wird zunächst auf objektive Kriterien abgestellt. So ist ein Indiz für einen besonderen Versorgungsbedarf ein hoher Überweisungsanteil sowie eine im Verhältnis zur Fachgruppe überdurchschnittliche Leistungshäufigkeit. Entscheidend ist aber ein spezieller Zuschnitt und eine besondere Struktur im Vergleich zu den Fachkollegen. Es bedarf bei einer Begründung des Antrags einer dezidierten und nachweisbaren Darlegung.

**Beraterhinweis:** Mit Einführung des EBM 2000 plus wurden die ehemaligen Praxis- und Zusatzbudgets abgelöst. Dennoch werden Urteile des BSG, die im Zusammenhang mit der Erweiterung der Praxis- und Zusatzbudgets ergangen sind bzw. ergehen werden, auch zukünftig von Bedeutung sein. In vielen HVV sind, unabhängig davon ob sog. Punktzahlgrenzvolumina bzw. Individualbudgets eingeführt worden sind, ggf. Härtefallregelungen vorgesehen, die eine Erhöhung der Budgets auf Antrag vorsehen. Auch diese knüpfen im Wesentlichen als Voraussetzung an die „Sicherstellung eines besonderen Versorgungsbedarfs“ an. Von daher wird die hierzu ergangene Rechtsprechung des BSG im Rahmen der Praxis- und Zusatzbudgets ihre Relevanz behalten.

Im Zusammenhang mit der Frage der Erhöhung des Praxis- und Zusatzbudgets sollte berücksichtigt werden, dass verschiedene KVen durch ihre Vorstände Durchführungsbestimmungen erlassen haben, in denen im Einzelnen festgelegt ist, unter welchen Voraussetzungen Ausnahmebudgets gewährt werden. Vielfach werden diese Kriterien von dem antragstellenden Arzt nicht erfüllt, sodass unter der Voraussetzung, dass die Durchführungsbestimmungen selbst rechtmäßig sind, ein Erhöhungsantrag von vornherein nicht durchsetzbar ist. Erst im weiteren Verlauf des Verfahrens wird man sich konkret mit den Vorgaben, die das BSG an die Erweiterung der Praxis- und Zusatzbudgets aufgestellt hat, auseinandersetzen müssen.

RA Dirk Timmermann,  
Sozietät Dr. Rebborn,  
Dortmund

## RECHTSPRECHUNG

Mit ● gekennzeichnete Entscheidungen haben einen redaktionellen Leitsatz, mit ○ versehene Leitsätze stammen vom Einsender. Amtliche Leitsätze bleiben ohne Kennzeichnung.

**Volltext-Service:** Abgedruckte Entscheidungen sind auf ihren wesentlichen Inhalt konzentriert. VOLLTEXTTE können Sie in der Redaktion bestellen (0,50 € pro Seite, mind. 5,00 €, zzgl. 2,50 € für Eilzusendung per Fax). Bitte geben Sie Datum, Aktenzeichen und möglichst Ihre Kunden-Nr. an: Fax (02 21) 9 37 38-906, E-Mail: gesr@otto-schmidt.de



## Vertragsarztrecht

Vertrauensschutz bei Rückforderung vertrags(zahn-)ärztlichen Honorars

BMV-Z § 19a; EKV-Z § 12 Abs. 1 S. 1; SGB V § 85 Abs. 4b bis 4e; SGB X § 45 Abs. 2 u. 4; HVM KZÄV Nordrhein § 4 Abs. 2

**Zu den Anforderungen an Regelungen über die rückwirkende Korrektur fehlerhafter Honorar- oder Degressionsbescheide.** ●

BSG, Urt. v. 8.2.2006 – B 6 KA 27/05 R  
(LSG Nordrhein-Westfalen – L 11 KA 29/04)

**Aus dem Tatbestand:**

Umstritten sind eine nachträgliche Neuberechnung der Punktwertdegression und eine damit verbundene Honorarrückforderung für das Jahr 1993.

Der kl. zahnärztlichen Gemeinschaftspraxis gehörten im Jahr 1993 die zur vertragszahnärztlichen Versorgung zugelassenen Zahnärzte Dr. B., Dr. M., Dr. S. im ganzen Jahr und Dr. M.-W. ab dem 1.4.1993 an. Die Praxis rechnete 1993 insgesamt 1.431.825 Punkte ab. In ihrem ursprünglichen Bescheid v. 11.10.1995 berücksichtigte die bekl. Kassenzahnärztliche Vereinigung (KZÄV) bei der Berechnung der Honorarminde- rung aufgrund von Punktmengenüberschreitungen gem. § 85 Abs. 4b bis 4e SGB V (Degressionsregelung) alle vier Zahnärzte in vollem Umfang und gestand der Praxis eine entsprechende degressionsfreie Gesamtpunktmenge zu. Daraus ergab sich ein bereits einbehaltener Honorarabzug von 4.398,48 DM.

Mit Bescheid v. 9.11.1998 korrigierte die Bekl. ihre Berechnung der Honorarminderung für das Jahr 1993 und forderte 21.406,36 DM von der Kl. zurück. Zur Begründung führte sie aus, das BSG habe entschieden, dass bei einer Gemeinschaftspraxis für einen Partner, der im laufenden Kalenderjahr als gleichberechtigtes Mitglied in die Praxis aufgenommen werde, nicht die volle degressionsfreie Punktmenge von 350.000 Punkten, sondern nur ein der Dauer seiner Tätigkeit entsprechender Anteil anzurechnen sei. Deshalb könnten für das erst zum zweiten Quartal 1993 in die Gemeinschaftspraxis eingetretene Mitglied Dr. M.-W. nur drei Viertel dieses Betrages zum Ansatz kommen. Das habe zur Folge, dass sich der Anteil des Honorars der Kl., der der Degression unterliege, erhöhe. Den Widerspruch der der Kl. angehörenden Zahnärzte wies die Bekl. zurück (Bescheid v. 10.2.1999).

Klage und Berufung sind erfolglos geblieben. ...

**Aus den Gründen:**

Die Revision der Kl. – einer vertragszahnärztlichen Gemeinschaftspraxis in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft, die an Stelle der Gesellschafter nach entsprechender Rubrumsberichtigung die Beteiligtenposition eingenommen hat (hierzu s. BSG, SozR 4-1930 § 6 Nr. 1 Rz. 12 und BSG, Urt. v. 24.10.1978 – 12 RK 53/76, SozR 4-1500 § 86 Nr. 2 Rz. 8 mit Nachweisen zur BGH-Rspr.) – hat Erfolg. Die vorinstanzlichen Gerichte haben die angefochtenen Bescheide der Bekl. zu Unrecht als rechtmäßig angesehen. Diese Bescheide sind rechtswidrig und beschweren die Kl. (§ 54 Abs. 2 S. 1 SGG).

Rechtsgrundlage der angefochtenen Änderungsbescheide sind die Regelungen im BMV-Z und im EKV-Z über die Befugnis der KZÄV zur Vornahme sachlich-rechnerischer Richtigstellungen auch im Wege nachgehender Berichtigung. Nach § 19 Buchst. a BMV-Z obliegt es den KZÄVen, die vom Zahnarzt eingereichten Honorarforderungen rechnerisch und gebührenordnungsmäßig zu prüfen und ggf. zu berichtigen. Nach § 12 Abs. 1 S. 1 EKV-Z überprüft die KZÄV die Abrechnung rechnerisch und gebührenordnungsmäßig und stellt sie richtig. Diese Vorschriften sehen zwar im Unterschied zu den Regelungen im ärztlichen Bereich nicht ausdrücklich die Möglichkeit vor, sachlich-rechnerische Richtigstellungen auch noch nachträglich, d.h. nach erfolgter Auszahlung der Honorare durch die KZÄV, vorzunehmen. Jedoch gehen die Vertragspartner des BMV-Z sowie des EKV-Z von der Zulässigkeit nachgehender Honorarberichtigungen aus. Die an die Vertragszahnärzte geleisteten Zahlungen haben – nicht anders als die Zahlungen der KÄVen an die Vertragsärzte – zunächst nur vorläufigen Charakter; unrichtige Honorarbescheide können innerhalb der für die Durchführung von Prüfverfahren vorgesehenen Frist korrigiert werden. Der Vertragszahnarzt muss bis zum Ablauf dieser Frist mit der Möglichkeit einer nachträglichen Prüfung und Richtigstellung rechnen und kann auf den Bestand des ihm vorab erteilten Honorarbescheides nicht vertrauen (BSG, SozR 3-5525 § 32 Nr. 1 S. 3). Diese Grundsätze gelten entsprechend, wenn sich nicht die Honorarabrechnung im engeren Sinne nachträglich als unrichtig herausstellt, sondern die Vorschriften über die Honorarminderung gem. § 85 Abs. 4b bis 4e SGB V fehlerhaft angewandt worden sind (BSG, Urt. v. 30.6.2004 – B 6 KA 34/03 R, GesR 2004, 522 = BSGE 93, 69 = SozR 4-2500 § 85 Nr. 11, jeweils Rz. 8).

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Berichtigung des ursprünglichen Bescheides über die Berechnung der Punktmengenüberschreitung gem. § 85 Abs. 4b SGB V für das Jahr 1993 v. 11.10.1995 sind erfüllt. Diesem Bescheid liegt die Rechtsauffassung zugrunde, dass der kl. Gemeinschaftspraxis für das Jahr 1993 viermal eine degressionsfreie Gesamtpunktmenge von 350.000 Punkten zusteht, weil 1993 dort vier Zahnärzte tätig geworden sind. Da eine aus vier Zahnärzten bestehende Gemeinschaftspraxis jedoch nur im zweiten, dritten und vierten Quartal des Jahres 1993 bestanden hat, kann die

## Vertragsarztrecht

Kl. von den 350.000 Punkten, die ursprünglich für den vierten Partner der Gemeinschaftspraxis angesetzt worden waren, nur drei Viertel in Anspruch nehmen. Der degressionsfreie Betrag ist bei nur zeitweiser Mitgliedschaft des Partners einer Gemeinschaftspraxis nur anteilig entsprechend der Dauer seiner Tätigkeit in dem betroffenen Jahr in Ansatz zu bringen (BSG, Urt. v. 3.12.1997 – 6 RKa 79/96, USK 97155 S 955 ff.). Davon gehen auch die Beteiligten inzwischen übereinstimmend aus.

Gleichwohl sind die angefochtenen Bescheide rechtswidrig. Sie tragen dem Vertrauensschutz der Kl. nicht hinreichend Rechnung. Der Senat hat sich in seinem Urteil v. 30.6.2004 (BSG, Urt. v. 30.6.2004 – B 6 KA 34/03 R, GesR 2004, 522 = BSGE 93, 69 = SozR 4-2500 § 85 Nr. 11) mit der nachträglichen Korrektur eines Bescheides über die Berechnung der Punktmengenüberschreitung gem. § 85 Abs. 4b SGB V befasst. In diesem Verfahren waren – wie hier – Bescheide Streitgegenstand, mit denen die KZÄV einen Degressionsbescheid korrigiert hatte, dem ursprünglich die Rechtsauffassung zugrunde gelegen hatte, für jeden einer Gemeinschaftspraxis angehörenden Zahnarzt stehe der Praxis der volle degressionsfreie Betrag von 350.000 Punkten auch dann zur Verfügung, wenn der Zahnarzt nur in einem Teil des Jahres Mitglied der Gemeinschaftspraxis gewesen ist. Der Senat hat dazu entschieden, dass dann, wenn die ursprüngliche Fehlerhaftigkeit eines Degressionsbescheides nicht auf generellen Berechnungsfehlern, sondern auf einer individuell fehlerhaften Rechtsanwendung der KZÄV bei Erlass des ursprünglichen Honorarmindeungsbescheides beruht, die KZÄV den inzwischen als rechtswidrig erkannten Degressionsbescheid zwar unter Anwendung der bundesmantelvertraglichen Vorschriften über die nachträgliche Korrektur von anfänglich rechtswidrigen Honorarbescheiden berichtigen kann. Sie muss aber im Rahmen des Berichtigungsverfahrens die speziellen Vertrauensschutztatbestände des § 45 Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 SGB X entsprechend heranziehen (a.a.O., jeweils Rz. 18). Dies bedarf hier keiner erneuten Begründung, da die Beteiligten inzwischen übereinstimmend von dieser Rechtsauffassung ausgehen.

Bei Anwendung dieses Prüfungsmaßstabs ergibt sich, dass das Vertrauen der Kl. auf den Bestand des ursprünglichen Berechnungsbescheides v. 11.10.1995, soweit sie dadurch begünstigt worden ist, schutzwürdig ist. Keiner der Tatbestände des § 45 Abs. 2 S. 3 SGB X, der die Berufung auf Vertrauensschutz ausschließt, ist hier gegeben. Auf ein vorwerfbares Handeln der Kl. oder deren Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit der ursprünglichen Degressionsberechnung beruft sich auch die Bekl. nicht.

Danach könnten die angefochtenen Bescheide nur rechtmäßig sein, wenn der HVM der Bekl. eine ausdrückliche Ermächtigung zu einer vertrauensschutzunabhängigen, rückwirkenden Korrektur fehlerhafter Degressionsberechnungen enthielte und insoweit mit höherrangigem Recht vereinbar wäre. Darauf beruft sich sinngemäß die Bekl., wenn sie geltend macht, § 3 Nr. 3 ihres HVM gestatte im Gegensatz zu § 4 Abs. 2 des HVM der KZÄV Nordrhein, der Gegenstand des Senatsurteils v. 30.6.2004 gewesen ist, die Korrektur ursprünglich fehlerhafter Degressionsberechnungen ohne Berücksichtigung von Vertrauensschutzerwägungen. Dieser Rechtsauffassung der Bekl. ist jedoch nicht zu folgen.

Gemäß § 3 Nr. 3 HVM ergehen – nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zum Inhalt dieser gem. § 162 SGG nicht revidiblen Vorschrift – Abrechnungen „unter dem Vorbehalt einer Berichtigung wegen Überschreitung gesetzlicher Punktmengengrenzen“. Diese Vorschrift un-

terscheidet sich zwar von § 4 Abs. 2 HVM der KZÄV Nordrhein. Nach dieser Bestimmung steht die Verteilung der Gesamtvergütung „unter dem Vorbehalt einer späteren Berichtigung“. Der Unterschied zwischen beiden Normen besteht aber lediglich darin, dass in § 3 Nr. 3 HVM der den Vorschriften über die Degression (§ 85 Abs. 4b SGB V) entstammende Begriff der „gesetzlichen Punktmengengrenzen“ ausdrücklich angesprochen wird. Das führt nicht zu einer anderen Beurteilung hinsichtlich der Korrekturmöglichkeit von Degressionsbescheiden.

Der Senat hat in seinem Urteil v. 30.6.2004 der Regelung des § 4 Abs. 2 HVM der KZÄV Nordrhein die ihr von dieser KZÄV beigemessene Fähigkeit, Rechtsgrundlage für die Korrektur fehlerhafter Degressionsberechnungen für die Vergangenheit ohne Berücksichtigung von Vertrauensschutzerwägungen zu sein, nicht deshalb abgesprochen, weil in dieser Vorschrift der Tatbestand der Punktmengenbegrenzungen nicht ausdrücklich erwähnt worden wäre. Der Senat hat vielmehr ausgeführt, dass die Regelung des § 4 Abs. 2 HVM der KZÄV Nordrhein wegen ihrer Unvereinbarkeit mit bundesrechtlichen Vorgaben für die Honorarverteilung und für sachlich-rechnerische Richtigstellungen unwirksam wäre, wenn sie als Normierung einer Korrekturkompetenz der KZÄV ohne inhaltliche und umfangmäßige Begrenzung verstanden werden müsste (vgl. BSG, Urt. v. 30.6.2004 – B 6 KA 34/03 R, GesR 2004, 522 = BSGE 93, 69 = SozR 4-2500 § 85 Nr. 11, jeweils Rz. 13). An den sich aus dem BMV-Z und dem EKV-Z ergebenden bundesrechtlichen Befugnissen und Beschränkungen kann der als landesrechtliche Satzung ergehende HVM der einzelnen KZÄV ungeachtet der Gestaltungsfreiheit der Vertreterversammlung als Normgeber nichts Grundlegendes ändern (vgl. BSG, Urt. v. 30.6.2004 – B 6 KA 34/03 R, GesR 2004, 522 = BSGE 93, 69 = SozR 4-2500 § 85 Nr. 11, jeweils Rz. 13). Ob zwischen der KZÄV und den Landesverbänden der Krankenkassen bzw. den Verbänden der Ersatzkassen auf der Grundlage des § 85 Abs. 4 S. 2 SGB V in der ab dem 1.1.2004 geltenden Fassung oder auf der Grundlage des § 85 Abs. 4e Satz 5 SGB V abweichende Regelungen über die rückwirkende Korrektur fehlerhafter Honorar- oder Degressionsbescheide vereinbart werden könnten, bedarf hier keiner Entscheidung. Entsprechende Regelungen existierten in dem maßgeblichen Zeitraum nicht.

Wegen des Grundsatzes, dass ein landesrechtlicher HVM nichts an den bundesrechtlichen Befugnissen und Beschränkungen sachlich-rechnerischer Richtigstellungen ändern darf und kann, stellt der hier maßgebende § 3 Nr. 3 HVM der KZÄV Westfalen-Lippe – ebenso wie § 4 Abs. 2 HVM der KZÄV Nordrhein – keine wirksame Grundlage für sachlich-rechnerische Richtigstellungen bei fehlerhafter Berechnung der gesetzlichen Punktmengengrenzen infolge falschen Ansatzes degressionsfreier Punktmengen für Gemeinschaftspraxen ohne Berücksichtigung von Vertrauensschutzaspekten dar. In solchen Fällen besteht auch nach den bundesmantelvertraglichen Vorschriften keine freie Korrekturbefugnis der KZÄV, wie der Senat im Urteil v. 30.6.2004 ausgeführt hat (s. BSG, Urt. v. 30.6.2004 – B 6 KA 34/03 R, GesR 2004, 522 = BSGE 93, 69 = SozR 4-2500 § 85 Nr. 11, jeweils Rz. 13 ff.).

Danach sind die angefochtenen Korrekturbescheide der Bekl. entgegen der Auffassung der vorinstanzlichen Gerichte rechtswidrig. Der Kl. muss der Vorteil einer ursprünglich zu günstigen Berechnung ihrer degressionsfreien Punktmenge für das Jahr 1993 aus Vertrauensschutzgründen erhalten bleiben. Zur Rückzahlung von Honorar ist sie deshalb nicht verpflichtet. ...

## Krankenhausrecht



## Krankenhausrecht

## Wochenenddienst einer teilzeitbeschäftigten Pflegekraft

BGB § 315; TZBfG §§ 4, 8

**Wird eine teilzeitbeschäftigte Pflegekraft zum gleichen Teil in Wochenenddiensten herangezogen wie eine Vollzeitkraft, so wird sie dieser gegenüber nicht wegen der Teilzeit ungleich behandelt.** ●

*ArbG Dortmund, Urt. v. 22.3.2006 – 8 Ca 5508/05*

**Aus dem Tatbestand:**

Die Parteien streiten über die Verteilung der Arbeitszeit.

Der Bekl. ist als gemeinnütziger Verein organisiert. Die Kl. arbeitet seit 1993 als Kinderpflegerin in der Wohn- und Pflegeeinrichtung für behinderte Menschen des Bekl. mit 50 % der normalen Arbeitszeit. Ihr Bruttomonatsgehalt beträgt 1.300,-€.

§ 8 ihres Arbeitsvertrages lautet:

„Vertragsänderungen müssen schriftlich niedergelegt werden. Sonstige Abreden sind nicht getroffen.“

Die Frage der Verteilung der Arbeitszeit ist im Arbeitsvertrag unregelt, auch finden diesbezüglich auf das Arbeitsverhältnis keine tarifvertraglichen Vorschriften Anwendung. Seit Beginn des Arbeitsverhältnisses arbeitete die Kl. im Block 12 Tage im Monat einschließlich eines Wochenendes und hatte ansonsten frei.

Nach Abklärung mit ihrem Betriebsrat entschied der Bekl. zukünftig auch Teilzeitkräfte im 14-tägigen Wechsel zu Wochenenddiensten heranzuziehen. Diese Regelung erfolgte zunächst für drei Monate auf Probe, beginnend ab Juli 2005.

In der Praxis werden nunmehr Vollzeitbeschäftigte regelmäßig jedes zweite Wochenende zum Dienst herangezogen, Teilzeitbeschäftigte jedoch nicht regelmäßig, und zwar insbesondere dann nicht, wenn sie dies nicht wünschen und betriebliche Erfordernisse es nicht gebieten.

Die Mitarbeiter des Bekl. können ihre Dienstzeiten den Dienstplänen entnehmen. Entsprechend einer Vereinbarung mit dem Betriebsrat werden die beabsichtigten Dienstpläne bis zum 15. des Vormonats dem Betriebsrat zugeleitet und nach Zustimmung des Betriebsrates im Betrieb ausgehängt.

**Aus den Gründen:**

Die zulässige Kl. ist unbegründet.

Die Anordnung des Bekl. v. 1.7.2005 zum Wochenendeinsatz von Teilzeitkräften ist rechtmäßig und auch für die Kl. verbindlich.

Es ist zunächst auf den auch von der Kl. zu akzeptierenden Grundsatz hinzuweisen, dass der Arbeitgeber die Lage der Arbeitszeit im Rahmen des ihm durch den Arbeitsvertrag eingeräumten Direktionsrechts nach billigem Ermessen bestimmt (§ 315 BGB).

Dies gilt auch für Teilzeitbeschäftigte. Dass dieses von der Rechtsordnung akzeptiert wird, ergibt sich bereits aus § 12 Teilzeit- und Befristungsgesetz, der Arbeit auf Abruf zulässt. Nach § 12 Abs. 2 TZBfG ist es hinreichend, wenn der Arbeitgeber die Lage der Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt.

Zwar kann die Befugnis des Arbeitgebers zur Festlegung der Arbeitszeit im Rahmen des vertraglichen Direktionsrechts vertraglich eingeschränkt werden. Dies ist jedoch nicht erfolgt, und zwar weder durch die von dem Bekl. bestrittene Äußerung ... im Einstellungsgespräch der Kl. noch durch die jahrelange Handhabung.

Wenn die Schwester D. J. im Einstellungsgespräch der Kl. gesagt hat, es sei üblich, die Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten auf zwölf Tage einschließlich nur eines Wochenendes im Block zu verteilen, so ergibt sich hieraus noch keine rechtliche Verpflichtung für den Bekl. Der Verweis auf eine Üblichkeit ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch sogar eine Abgrenzung von einer rechtlichen Verpflichtung. Im Übrigen ist nicht erkennbar, wieso die Schwester D. J. bevollmächtigt gewesen sein soll, für den Bekl. rechtlich verpflichtende Erklärungen beim Abschluss des Arbeitsvertrages abzugeben.

Der Arbeitsvertrag ist auch nicht stillschweigend durch die bisherige Praxis dahingehend geändert worden, dass die Arbeitszeit festgelegt wäre. Die Kl. konnte die kontinuierliche Praxis des Bekl. nicht dahingehend verstehen, dass sich der Bekl. hierdurch verpflichten wollte, diese Praxis beizubehalten und zum Vertragsinhalt zu machen. Der gegenteilige Standpunkt würde dazu führen, dass Arbeitsverhältnisse im Laufe ihres Fortbestandes mehr und mehr erstarren.

Ergänzend wird auf § 8 des Arbeitsvertrages hingewiesen, wonach Vertragsänderungen schriftlich niedergelegt werden müssen und sonstige Abreden nicht getroffen sind.

Liegt somit die Festlegung der Arbeitszeit im Rahmen des Direktionsrechts des Bekl., so ist die Ausübung des Direktionsrechts dahingehend zu überprüfen, ob sie der Billigkeit entspricht (§ 315 Abs. 3 S. 1 BGB). Insbesondere ist das Verbot der Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter zu beachten (§ 4 Abs. 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz).

Der Bekl. muss seinen Dienst auch am Wochenende aufrechterhalten, da er eine Wohn- und Pflegeeinrichtung für behinderte Menschen betreibt. Es ist daher nur zu überprüfen, wen er für diese Wochenenddienste in welchem Umfang heranziehen darf.

Es widerspricht dabei weder § 4 Abs. 1 TZBfG noch § 315 BGB, wenn Teilzeitbeschäftigte wie Vollzeitbeschäftigte jedes zweite Wochenende arbeiten müssen. Die Kl. wird dadurch nicht wegen der Teilzeitarbeit schlechter behandelt als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer (§ 4 Abs. 1 S. 1 TZBfG). Sie wird gleich behandelt. Wird eine hälftig teilzeitbeschäftigte Pflegekraft zum gleichen Teil zu Wochenenddiensten herangezogen wie eine vollzeitbeschäftigte Pflegekraft, so wird sie gegenüber dieser nicht wegen der Teilzeit ungleich behandelt (BAG v. 1.12.1994 – 6 AZR 501/94, NZA 1995, 590). Diese Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist nicht durch die Entscheidung des BAG v. 24.4.1997 überholt (BAG v. 24.4.1997 – 2 AZR 352/96, NZA 1997, 1047). Sie wurde in letzterer Entscheidung nicht aufgegeben oder abgeändert. Auch betraf die Entscheidung v. 24.4.1997 einen anders gelagerten Sachverhalt, in dem die umsatzstärksten Zeiten und vor allem die Samstagarbeit gerade von den Teilzeitbeschäftigten abgedeckt werden sollte; des Weiteren ging es um die Wirksamkeit einer Änderungskündigung.

§ 6 TzBfG ist aus mehreren Gründen nicht entsprechend anzuwenden. Er regelt in § 8 Abs. 4 S. 1 TzBfG, dass der Arbeitgeber der Verringerung der Arbeitszeit zustimmen und ihre Verteilung entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers festzulegen hat, soweit betriebliche Gründe nicht entgegenstehen. Voraussetzung für eine entsprechende Anwendung (Analogie) ist, dass eine planwidrige Regelungslücke im Gesetz besteht und eine vergleichbare Interessenlage vorliegt. Weder das Eine noch das Andere ist hier gegeben. Zum einen gibt es die allgemeine und vom Gesetz auch z.B. in § 12 TzBfG zugrunde gelegte Regelung, dass der Arbeitgeber im Rah-

## Leistungsrecht der GKV/Krankenhausrecht

men seines Direktionsrechtes die Lage der Arbeitszeit festlegt. Auch ist § 8 Abs. 4, Abs. 5 TzBfG eine Ausnahmenvorschrift für Regelungen im Zusammenhang mit einem Verlangen des Arbeitnehmers nach Reduzierung der Arbeitszeit und Ausnahmenvorschriften sind restriktiv auszulegen. Auch liegt eine unterschiedliche Interessenlage vor, wenn der Arbeitgeber die Reduzierung seiner Arbeitszeit verlangt und nunmehr auch über die Festlegung der Arbeitszeit zu verhandeln ist, wie in § 8 TzBfG, oder ob der Arbeitgeber im Rahmen eines bestehenden Teilzeitarbeitsverhältnisses die Verteilung der Arbeitszeit ändern möchte.

Die Ausübung des Direktionsrechtes ist nicht deswegen unbillig (§ 315 Abs. 3 S. 1 BGB), weil die Kl. nach ihrem Vortrag eine Woche im Monat ihre 91-jährige Mutter in Hannover pflegt und dabei Schwägerin und Bruder von der Pflege entlastet, ihre auswärtigen Kinder besucht oder Rehabilitationsmaßnahmen durchführt. In all jenen Fällen ist nicht erkennbar, wieso die Kl. durch einen zweiten Wochenenddienst im Monat an der Ausübung dieser privaten Tätigkeiten die, worauf es hier nicht ankommt, unterschiedlich anerkennenswert sind, behindert wird; eine bloße Behinderung bei diesen Aktivitäten, die sie nicht unzumutbar erschwert, wäre auch nicht hinreichend, um die Ausübung des Ermessens als unbillig erscheinen zu lassen.



## Leistungsrecht der GKV/ Krankenhausrecht

In-Kraft-Treten eines Versorgungsvertrages

SGB V §§ 13 Abs. 3, 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 39 Abs. 1 S. 2, 108 Nr. 3, 109 Abs. 3 S. 2

**Ein Versorgungsvertrag i.S.d. § 108 Nr. 3 SGB V wird gem. § 109 Abs. 3 Satz 2 SGB V erst mit der staatlichen Genehmigung wirksam. Diese wirkt nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück. Gesetzliche Krankenkassen dürfen bis zu dieser Genehmigung Leistungen in einem solchen Krankenhaus nicht bewilligen, Versicherte können sie nicht beanspruchen.** ●

BSG, *Urt. v. 21.2.2006 – B 1 KR 22/05 R*  
(LSG Baden-Württemberg – L 11 KR 1138/04)

### Aus den Gründen:

I. Die Beteiligten streiten über die Erstattung der Kosten stationärer Krankenhausbehandlung.

Der Kl. war zunächst Generalbevollmächtigter der im Februar 2001 verstorbenen, bei der bekl. Ersatzkasse versichert gewesen R. D. (im Folgenden: D.); inzwischen ist er Testamentsvollstrecker über deren Nachlass. Der Kl. beantragte für D. am 8.11.2000 bei der Bekl. die Kostenübernahme für eine geplante stationäre Behandlung in der Klinik St. G. in Bad A., einer Fachklinik für Innere Medizin und Onkologie. Dazu legte er den Einweisungsschein einer anderen Klinik vor, in der D. zuvor behandelt worden war. Die Bekl. lehnte die Kostenübernahme unter Hinweis auf die fehlende Zulassung der Klinik St. G. als Vertragskrankenhaus telefonisch ab. Vom 10.11.

bis 13.12.2000 wurde D. in der Klinik St. G. stationär behandelt. Dafür fielen Kosten i.H.v. 22.161,57 DM an, welche D. bzw. ihre Erben trugen. Im November 2000 beantragte der Kl. bei der Bekl. erneut die Kostenübernahme. Er wies darauf hin, dass der Krankenhausträger und die Krankenkassenverbände bereits am 1.9.2000 einen Versorgungsvertrag für die Klinik St. G. geschlossen hätten. Dieser Vertrag wurde im Mai 2001 vom zuständigen Bayerischen Staatsministerium genehmigt. Die Bekl. lehnte die Kostenübernahme weiterhin ab und wies den Widerspruch hiergegen zurück (Bescheid v. 27.12.2000, Widerspruchsbescheid v. 30.11.2001).

Das SG hat die Bekl. zur Erstattung des Krankenkassenteils (5.061,79 EUR) verurteilt (Urt. v. 30.9.2003). Das LSG hat die dagegen gerichtete Berufung der Bekl. zurückgewiesen, weil diese die Übernahme der Kosten für die Krankenhausbehandlung zu Unrecht abgelehnt habe. Zum Zeitpunkt der stationären Behandlung sei der maßgebliche Versorgungsvertrag bereits verbindlich geschlossen gewesen und es habe nur noch die landesbehördliche Genehmigung ausstanden. Die im Mai 2001 erteilte Genehmigung habe Rückwirkung auf den zunächst schwebend unwirksamen Vertrag entfaltet (Urt. v. 18.5.2004). ...

II. Die Revision der Bekl. ist begründet. Die Urteile des LSG und SG waren aufzuheben und die Klage abzuweisen. Der Kl. ist als Testamentsvollstrecker (vgl. §§ 2197 ff. BGB) Partei kraft Amtes und kann den hier streitgegenständlichen, zum Nachlass der Versicherten D. gehörenden behaupteten Erstattungsanspruch aufgrund des ihm zugewiesenen Amtes im eigenen Namen geltend machen (vgl. Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 69 Rz. 4b; Edenhofer in Palandt, BGB, 64. Aufl. 2005, § 2212 Rz. 2; BSG, SozR 2200 § 393 Nr. 12). Der behauptete Kostenerstattungsanspruch besteht indessen nicht. Der Versicherten D. stand mangels Krankenhauszulassung ein Anspruch auf Erstattung der in der Klinik St. G. für ihre Behandlung entstandenen Kosten nicht zu. Die Vorinstanzen hätten ihrer Klage nicht stattgeben dürfen.

Die Voraussetzungen des als Rechtsgrundlage für die Kostenerstattung hier allein in Betracht kommenden § 13 Abs. 3 Alt. 2 SGB V bzw. § 13 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 SGB V (i.d.F. des Gesundheitsstrukturgesetzes v. 21.12.1992, BGBl. I, 2266 bzw. – ab 1.7.2001 – i.d.F. von Art. 5 SGB IX Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen v. 19.6.2001, BGBl. I, 1046) sind nicht erfüllt. Nach dieser Vorschrift ist eine Krankenkasse zur Kostenerstattung verpflichtet, wenn sie eine notwendige Leistung zu Unrecht abgelehnt hat und dem Versicherten dadurch für die selbst beschaffte Leistung Kosten entstanden sind. Der in Betracht kommende Kostenerstattungsanspruch reicht allerdings nicht weiter als ein entsprechender Sachleistungsanspruch; er setzt daher voraus, dass die selbst beschaffte Behandlung zu den Leistungen gehört, welche die Krankenkassen allgemein in Natur als Sach- oder Dienstleistung zu erbringen haben (st.Rspr., vgl. z.B. BSG, *Urt. v. 24.9.1996 – 1 RK 33/95*, BSGE 79, 125 [126 f.] = SozR 3-2500 § 13 Nr. 11 S. 51 f. m.w.N.; *Urt. v. 18.5.2004 – B 1 KR 21/02 R*, GesR 2005, 27 = BSGE 93, 1 = SozR 4-2500 § 31 Nr. 1 – Immucothel; *Urt. v. 19.10.2004 – B 1 KR 27/02 R*, GesR 2005, 322 = BSGE 93, 236 = SozR 4-2500 § 27 Nr. 1 – Visudyne). Das war bei der stationären Krankenhausbehandlung der Versicherten D. v. 10.11. bis 13.12.2000 in der Klinik St. G. in Bad A. nicht der Fall, weil diese Klinik im genannten Zeitraum kein zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenes Krankenhaus gewesen ist.

## Leistungsrecht der GKV/Krankenhausrecht

Als die Bekl. die beantragte Krankenhausbehandlung in der genannten Klinik am 8.11.2000 telefonisch und erneut mit Bescheid v. 27.12.2000 ablehnte, lag die Genehmigung des Versorgungsvertrages noch nicht vor. Diese erfolgte erst im Mai 2001. Schon insoweit kann bezogen auf den Zeitpunkt des Antrags auf Übernahme/Zusage der Behandlungskosten und der Ablehnung durch die bekl. Krankenkasse im November und Dezember 2000 nicht die Rede davon sein, die Bekl. habe eine Leistung damals (8.11. und 27.12.2000) zu Unrecht abgelehnt. Die Bekl. hätte zu diesem Zeitpunkt mangels Vorliegens einer wirksamen Krankenhauszulassung gar nicht anders handeln können, als den Antrag abzulehnen.

Die Leistungsablehnung ist auch nicht nachträglich etwa dadurch rechtswidrig geworden, dass die Genehmigung des Versorgungsvertrages später noch erfolgt ist. Die nachträgliche Genehmigung des Versorgungsvertrages im Mai 2001 ändert nichts daran, dass die Klinik St. G. im streitigen Zeitraum (November/Dezember 2000) nicht den Status eines zugelassenen Krankenhauses hatte. Versicherte haben indessen nur Anspruch auf stationäre Behandlung in – bereits zum Zeitpunkt der Behandlung – zugelassenen Krankenhäusern.

Nach § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V haben Versicherte Anspruch auf (voll-)stationäre Behandlung in einem „zugelassenen Krankenhaus (§ 108)“, wenn das Behandlungsziel nicht durch andere teilstationäre, vor- und nachstationäre oder ambulante Behandlung erreicht werden kann. Nach § 108 SGB V dürfen die Krankenkassen Krankenhausbehandlungen nur durch zugelassene Krankenhäuser erbringen lassen. Zugelassene Krankenhäuser sind nach der Legaldefinition des § 108 SGB V erstens Hochschulkliniken i.S. des Hochschulbauförderungsgesetzes, zweitens Krankenhäuser, die in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommen sind (Plankrankenhäuser) sowie drittens Krankenhäuser, die einen Versorgungsvertrag mit den Landesverbänden der Krankenkasse und den Verbänden der Ersatzkassen abgeschlossen haben. Während Hochschulkliniken und Plankrankenhäuser bereits kraft Gesetzes zugelassene Krankenhäuser sind, erlangen sonstige Krankenhäuser diesen Status erst durch den insoweit konstitutiven Abschluss eines Versorgungsvertrages, welcher der Genehmigung durch die für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörden bedarf (vgl. BSG, Urt. v. 29.5.1996 – 3 RK 26/95, BSGE 78, 243 [247] = SozR 3-2500 § 109 Nr. 2 S. 16 m.w.N.).

Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen war die Klinik St. G. im streitigen Zeitraum kein zugelassenes Krankenhaus i.S.v. § 108 SGB V. Die Klinik St. G. ist weder eine Hochschulklinik noch ein Plankrankenhaus; hierüber besteht zwischen den Beteiligten kein Streit. Die Klinik St. G. hatte im streitigen Zeitraum auch (noch) nicht den Status eines zugelassenen Krankenhauses i.S.v. § 108 Nr. 3 SGB V. Zwar hatte der Krankenhausträger der Klinik St. G. mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen bereits am 1.9.2000 einen Versorgungsvertrag geschlossen. Dieser kam gem. § 109 Abs. 1 S. 3 SGB V durch die Einigung zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen und dem Krankenhausträger zu Stande. Er wurde aber erst im Mai 2001 vom zuständigen Bayerischen Staatsministerium (vgl. BSG, Urt. v. 29.5.1996 – 3 RK 26/95, BSGE 78, 243 [247] = SozR 3-2500 § 109 Nr. 2) genehmigt und gem. § 109 Abs. 3 S. 2 SGB V erst mit dieser Genehmigung wirksam. Die Genehmigung wirkt entgegen der Rechtsauffassung der Vorinstanzen nicht auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Versorgungsvertrages im September 2000

zurück (a.A. Knittel in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, § 109 SGB V Rz. 7, Stand Dezember 1997).

Die vorherige Zustimmung zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts wird im Allgemeinen als Einwilligung (vgl. § 183 S. 1 BGB), die nachträgliche Zustimmung hingegen als Genehmigung (vgl. § 184 Abs. 1 BGB) bezeichnet, jedoch folgt aus der Verwendung des Begriffs der „Genehmigung“ nicht zwangsläufig, dass die erteilte Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirkt. Diese Rechtsfolge ist zwar im Zivilrecht der Regelfall, sie tritt nach § 184 Abs. 1, 2. Halbs. BGB jedoch auch dort nur ein, soweit nichts anderes bestimmt ist. Ob die Genehmigung Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses entfaltet oder das Rechtsgeschäft erst ab dem Zeitpunkt der Genehmigungserteilung wirksam werden lässt, ist dem öffentlichen Recht, vor allem dem Genehmigungserfordernis selbst und den mit ihm im Zusammenhang stehenden Bestimmungen zu entnehmen (vgl. BVerwG, Urt. v. 21.1.2004 – 6 C 1/03, BVerwGE 120, 54 [59] = Buchholz 442.066 § 33 TKG Nr. 3; BGH, Urt. v. 15.6.1960 – V ZR 105/59, BGHZ 32, 383 [389 f.]; Heinrichs in Palandt, BGB, 65. Aufl. 2006, Einf. vor § 182 Rz. 6 m.w.N.; Gursky in Staudinger, BGB, Stand Mai 2001, Vorbem. zu §§ 182 ff. Rz. 60 und 62 m.w.N.).

Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung schließt es seinem Zweck nach aus, einer dem Leistungserbringerrecht zuzurechnenden behördlichen Genehmigung eines Versorgungsvertrages Rechtswirkungen für Zeiten vor ihrer Erteilung beizumessen. Für das Vertragsarztrecht ist insoweit anerkannt, dass statusbegründenden Akten grundsätzlich nur Wirkung für die Zukunft zukommt (vgl. BSG, Urt. v. 28.1.1998 – B 6 KA 41/96 R, SozR 3-1500 § 97 Nr. 3 S. 5/6; Urt. v. 10.5.2000 – B 6 KA 67/98 R, BSGE 86, 121 [123] = SozR 3-5520 § 24 Nr. 4; BSG, Urt. v. 5.2.2003 – B 6 KA 42/02 R, SozR 4-2500 § 95 Nr. 4 Rz. 15). Nichts anderes gilt für die Zulassung eines Krankenhauses zur stationären Behandlung, bei welcher der Genehmigung des Versorgungsvertrages ebenfalls statusbegründende Wirkung zukommt. Ebenso wie bei einer ambulant-ärztlichen Behandlung ein Anspruch Versicherter auf Sachleistungsgewährung in der gesetzlichen Krankenversicherung nur besteht, wenn der ärztliche Leistungserbringer bereits im Zeitpunkt der Behandlung über eine wirksame Zulassung verfügte, kann im stationären Bereich zulasten der Krankenkassen erst abgerechnet werden, wenn die erforderliche Genehmigung erteilt worden ist. § 109 Abs. 3 S. 2 SGB V bestimmt insoweit durch die Verwendung des Präsens nicht nur sprachlich, sondern auch der Sache nach rechtlich zutreffend, dass Abschluss und Ablehnung des Versorgungsvertrages erst „mit der Genehmigung“ durch die zuständige Landesbehörde und damit erst vom Zeitpunkt der Genehmigung an wirksam „werden“. Liefße man eine Rückwirkung der Genehmigung zu, könnten bis zur Erteilung der zunächst ungewissen Genehmigung Schwebezustände auftreten, die sich mit dem Erfordernis eindeutiger und klarer Rechtsverhältnisse bezüglich des Behandlungsanspruchs bereits bei Beginn der Behandlung nicht in Einklang bringen ließen (allgemein zur Maßgeblichkeit der Verhältnisse im Zeitpunkt des Beginns einer Krankenhausbehandlung vgl. BSG, Urt. v. 16.9.1997 – 1 RK 28/95, BSGE 81, 54 [58] = SozR 3-2500 § 135 Nr. 4 S. 13 f. – immunbiologische Therapie; Urt. v. 8.2.2000 – B 1 KR 18/99 R, SozR 3-2500 § 135 Nr. 12 S. 56 f. – ASI).

Lässt sich ein Versicherter nach bloßem Abschluss des Versorgungsvertrages in einem am Versorgungsvertrag

## Leistungsrecht der GKV

beteiligten Krankenhaus behandeln und wird die Genehmigung des Versorgungsvertrages endgültig verweigert, wäre eine Rückabwicklung der erbrachten Leistungen praktisch nicht möglich und es stellte sich die Frage, wer dieses Risiko der endgültigen Genehmigungsverweigerung zu tragen hat. Die Finanzierung des Krankenhausaufenthalts wäre sowohl für den Krankenhausträger als auch für den Versicherten mit kaum kalkulierbaren Risiken verbunden. Denn die Genehmigung ist keine bloße Formalie, mit deren Erfüllung regelmäßig gerechnet werden darf. Bei Vertragsabschluss ist damit noch keineswegs sicher, dass die Genehmigung tatsächlich erfolgen wird, zumal § 109 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB V den Abschluss eines Versorgungsvertrages vor allem dann nicht zulässt, wenn das Krankenhaus für eine bedarfsgerechte Versorgung nicht erforderlich ist (BSG, Urt. v. 5.7.2000 – B 3 KR 20/99 R, BSGE 87, 25 = SozR 3-2500 § 109 Nr. 7). In einem solchen Fall darf auch die Genehmigung nach § 109 Abs. 3 S. 2 SGB V nicht erteilt werden.

...



## Leistungsrecht der GKV

Internationaler Stand der Medizin „Methode Kozijavkin“

SGB V §§ 2 Abs. 1 S. 3, 15 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1, 27 Abs. 1 S. 1, 275 Abs. 2 Nr. 3

**1. Generelle Tatsachen (hier: das Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen für die Gewährung einer bestimmten, außerhalb von EU und EWR angebotenen Form der Krankenbehandlung) haben die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit auf möglichst breiter Grundlage zu ermitteln.**

**2. Die Feststellung des „allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse“ erfordert auch die Berücksichtigung von Erkenntnissen aus dem internationalen Bereich.**

BSG, Urt. v. 13.12.2005 – B 1 KR 21/04 R  
(LSG Niedersachsen-Bremen – L 4 KR 101/04)

## Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Kostenübernahme für in der Ukraine erfolgte Behandlungsmaßnahmen.

Die 1988 geborene Kl., die bei der bekl. Ersatzkasse über ihren Vater familienversichert ist, leidet seit ihrer Geburt unter einer zerebralen Bewegungsstörung mit Entwicklungsretardierung. Im August 1993 wurde sie erstmals im Rehabilitationszentrum des Neurologen und Chirotherapeuten Prof. Dr. Kozijavkin behandelt, zunächst in Polen, später in der Ukraine. Dessen Therapiekonzept, das er selbst „System der intensiven neurophysiologischen Rehabilitation (SINR)“ nennt (im Folgenden: „Methode Kozijavkin“), besteht in einer sog. multimodalen Behandlung. Es ist darauf ausgerichtet, in jeweils etwa zweiwöchigen Behandlungszyklen unter Beteiligung ärztlicher und nichtärztlicher Fachkräfte eine Verbesserung der Bewegungsmöglichkeiten von zerebralparetischen Kindern und Erwachsenen herbeizuführen (u.a. unter Einsatz von Akupressur, Akupunktur, Wärmebehandlung mit Bienenwachs, Reflextherapie, Manualtherapie, Krankengymnastik). Den Kern der Therapie bildet eine Behandlung der Wirbelsäule mit Techniken der Manualtherapie, bei der durch wringende Griff-

fe Wirbelsäulenblockaden gelöst werden sollen. An diese Intensivphase schließt eine drei- bis zwölfmonatige Stabilisationsphase an, der wiederum eine zweiwöchige Intensivbehandlung folgt (zu dieser Methode vgl. bereits Urteile des BSG v. 16.6.1999 – B 1 KR 4/98 R, BSGE 84, 90 ff. = SozR 3-2500 § 18 Nr. 4 – Kozijavkin I sowie v. 14.2.2001 – SozR 3-2500 § 18 Nr. 6 – Kozijavkin II).

Im Oktober 1993 beantragte der Vater der Kl. bei der Bekl. erstmals, die Kosten der Behandlung von August 1993 (4.800 DM) sowie der Unterkunft und Reise (3.154 DM), erstattet zu erhalten. Die Bekl. lehnte dies ab: Aus mehreren Gutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) ergebe sich, dass in Deutschland in ausreichendem Maße therapeutische und rehabilitative Einrichtungen für Zerebralparetiker existierten, sodass es einer Auslandsbehandlung nicht bedürfe; darüber hinaus bestehe bei der streitbefangenen Behandlung eine sehr geringe Erfolgswahrscheinlichkeit, weil deren Wirksamkeit nicht methodisch einwandfrei und nachvollziehbar belegt sei ...

Der Vater der Kl. hat dagegen im Mai 1994 Klage erhoben. Die Kl. ist in der Folgezeit wiederholt erneut im Institut Prof. Dr. Kozijavkin in der Ukraine behandelt worden. Die Bekl. hat die Kostenübernahme auch für fünf weitere Behandlungszyklen zwischen Mitte 1994 und Mitte 2000 jeweils abgelehnt, zuletzt für die Zeit v. 25.7.2000 bis 8.8.2000 ...

Das SG hat zunächst den Vater der Kl. als „Kl.“ gegen alle seit 1993 ergangenen Bescheide angesehen; in der mündlichen Verhandlung v. 24.4.1997 hat es „das Rubrum ... berichtigt“ und nunmehr die Kl., vertreten durch die Eltern, der Klägerposition zugeordnet. Nach zwischenzeitlichem Ruhen des Verfahrens hat das SG sämtliche Bescheide nach § 96 SGG als Verfahrensgegenstand angesehen und die Klage abgewiesen. Der Anspruch auf Leistungen aus der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung habe gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 SGB V während der streitigen Zeiträume geruht. Das BSG habe entschieden, dass die „Methode Kozijavkin“ nicht dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspreche ...

Im anschließenden Berufungsverfahren hat die Kl. ihr Begehren unter Rücknahme der weitergehenden Klage vor dem LSG die Erstattung der Kosten für die v. 25.7. bis 8.8.2005 erfolgte Behandlung beschränkt .... Das LSG hat die Bekl. unter Aufhebung der vorangegangenen Entscheidung verurteilt, die Kl. hinsichtlich der Behandlung v. 25.7. bis 8.8.2005 neu zu bescheiden. (*Wird ausgeführt.*)

## Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der bekl. Krankenkasse ist i.S.d. Zurückverweisung der Sache an das LSG zur erneuten Verhandlung und Entscheidung begründet.

Anders als das LSG entschieden hat, kann nach dem Ergebnis seiner Ermittlungen nicht angenommen werden, dass die Kl. Anspruch auf Neubehandlung hinsichtlich der Kostenerstattung für die v. 25.7. bis 8.8.2000 erfolgte Behandlung durch Prof. Dr. Kozijavkin in der Ukraine hat. Über den erhobenen Anspruch kann ohne weitere Sachaufklärung nicht entschieden werden. Der Senat verweist die Sache gem. § 170 Abs. 2 S. 2 SGG an das LSG zurück. Dies ist sowohl aus prozessrechtlichen Erwägungen geboten (dazu unter 1.) als auch sachgerecht, um unter Anlegung zutreffender Maßstäbe zunächst von einer Tatsacheninstanz ermitteln zu lassen, ob im Falle der Kl. die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 18 SGB V erfüllt waren (dazu unter 2.).

1. In Bezug auf den allein noch streitigen, in die Zeit des laufenden Klageverfahrens fallenden Behandlungszeitraum 25.7. bis 8.8.2000 (...) fehlt es jedenfalls an der Sachurteilsvoraussetzung eines ordnungsgemäßen Vorverfahrens gegenüber der Kl. (§ 78 Abs. 1 und 3 SGG). Die ursprünglich angegriffenen Bescheide der Bekl. waren an den Vater der Kl. gerichtet und sind von ihm als Stammversicherten angefochten worden. Auch nach der

## Leistungsrecht der GKV

„Rubrumsberichtigung“ v. 24.4.1997 hat unabhängig von der teilweisen Klagerücknahme im Berufungsverfahren das erforderliche Vorverfahren gefehlt. Ein gegenüber dem Stammversicherten ergangener Widerspruchsbescheid ersetzt nicht das gegenüber dem Familienangehörigen erforderliche Vorverfahren (vgl. BSG [12. Senat], Urt. v. 18.3.1999 – B 12 KR 8/98 R, SozR 3-1500 § 78 Nr. 3 Leitsatz 1; zur dann – übergangsweise – in Betracht kommenden Nachholung des Verwaltungsverfahrens nach Zurückverweisung des Rechtsstreits an das LSG vgl. BSG, Urt. v. 24.9.1996 – 1 RK 26/95, SozR 3-2500 § 30 Nr. 8 S. 29 f. und v. 16.6.1999 – B 1 KR 6/99 R, SozR 3-2500 § 10 Nr. 16 S. 66).

Selbst wenn man hier in der Fortführung des Rechtsstreits durch die Beteiligten nach der „Rubrumsberichtigung“ eine zulässige Modifizierung des Streitgegenstandes sehen wollte, wäre ein Widerspruchsverfahren entgegen der Ansicht der Vorinstanzen nicht entbehrlich. (*Wird ausgeführt.*)

2. Für eine Entscheidung des Revisionsgerichts in der Sache würden auch bei zulässiger Klage die instanzgerichtlichen Tatsachenfeststellungen nicht ausreichen. Insoweit hängt der Klageerfolg davon ab, ob in Bezug auf die Behandlung der Kl. in dem Institut von Prof. Dr. Kozijavkin in der Ukraine v. 25.7. bis 8.8.2000 die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 S. 1 SGB V (in der hier noch maßgeblichen bis 31.12.2003 geltenden Fassung des Gesundheitsstrukturgesetzes v. 21.12.1992, BGBl. I, 2266) vorgelegen haben. Da die Feststellungen des LSG hierzu für eine Sachentscheidung nicht genügen, muss es die erforderlichen Ermittlungen nachholen. Der Senat verweist die Sache auch aus diesem Grunde an das LSG zurück.

a) Dabei muss das LSG in prozessualer Hinsicht in Bezug auf den betroffenen Behandlungszeitraum v. 25.7. bis 8.8.2000 zunächst auf eine sachdienliche Antragstellung der Kl. hinwirken (§ 106 Abs. 1 SGG); denn auch ein auf Verurteilung der Bekl. zur Neubescheidung hinsichtlich der „Kostenerstattung für die Behandlung“ gerichtetes Begehren muss zur Vermeidung eines Folgerechtsstreits über den schon jetzt erkennbaren Leistungsrahmen hinreichend bestimmt sein. Bislang ist aber unklar, auf Erstattung welcher konkret bei der Kl. angefallenen und von ihr beanspruchten Behandlungs- und Nebenkosten (z.B. für Unterkunft, Verpflegung, Fahrkosten) das Klagebegehren genau gerichtet ist.

b) Nach § 18 SGB V kann eine Krankenkasse die Kosten einer (notwendigen, § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V) „Behandlung einer Krankheit“ (Abs. 1 S. 1) sowie „weitere Kosten für den Versicherten“ und Kosten „für eine erforderliche Begleitperson“ (Abs. 2) ganz oder teilweise übernehmen, wenn eine dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Behandlung „nur im Ausland möglich“ ist. Die Regelung ermöglicht als Rechtsfolge nicht nur eine Kostenübernahme, sondern auch – nach entsprechender vorheriger Antragstellung und Ablehnung der Kostenübernahme durch die Krankenkasse – die hier begehrte Kostenerstattung (vgl. zuletzt BSG, Urt. v. 17.2.2004 – B 1 KR 5/02 R, BSGE 92, 164, 165 = SozR 4-2500 § 18 Nr. 2 Rz. 7; ferner BSG v. 3.9.2003 – B 1 KR 34/01 R, SozR 4-2500 § 18 Nr. 1 Rz. 8 – Auslandsbehandlung nach Petö).

c) Bei der Prüfung, ob eine bestimmte Untersuchungs- oder Behandlungsmethode dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht und ob eine diesem Standard genügende Behandlung im Inland möglich ist, geht es um die Feststellung genereller Tatsachen, für die die Beschränkung des § 163 SGG nicht gilt. Diese Fragen stellen sich nämlich in allen Fällen, in de-

nen über die Leistungspflicht der Krankenkassen zu entscheiden ist und können nicht von Fall zu Fall und von Gericht zu Gericht unterschiedlich beantwortet werden. Es ist Aufgabe der Revisionsinstanz, auch in einer solchen Konstellation durch Ermittlung und Feststellung der allgemeinen Tatsachen die Einheitlichkeit der Rechtsprechung sicherzustellen und so die Rechtseinheit zu wahren (BSG, Urt. v. 16.6.1999 – B 1 Kr 4/98 R, BSGE 84, 90 [94, 97] = SozR 3-2500 § 18 Nr. 4 S. 16 f., 19; BSG, SozR 3-2500 § 18 Nr. 6 S. 26 f. m.w.N.; vgl. auch BSG, Beschl. v. 7.10.2005 – B 1 KR 107/04 B, zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen). Gleichwohl ist es dem Senat schon aus den unter 1. dargestellten, sich im Fall stellenden prozessrechtlichen Besonderheiten verschlossen, selbst in entsprechende Ermittlungen einzutreten. Das schließt es nicht aus, über den vom LSG entschiedenen Fall der Kl. hinaus die Grundsätze für die stets auch von den Tatsacheninstanzen vorzunehmende Ermittlung allgemeiner Tatsachen bei Behandlungen im Ausland außerhalb von Europäischer Union (EU) und Europäischem Wirtschaftsraum (EWR) zu verdeutlichen und dabei auf zwischenzeitlich eingetretene Rechtsänderungen europarechtlicher Art aufmerksam zu machen (vgl. z.B. § 18 Abs. 1 SGB V in der ab 1.1.2004 geltenden Fassung des Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung [GMG] v. 14.11.2003, BGBl. 2190).

d) Der Senat geht davon aus, dass ein Leistungsanspruch der Kl. aus Vertrauensschutzgründen jedenfalls noch in der Zeit der hier erfolgten Behandlung nicht schon daran scheitert, dass hier (möglicherweise) eine spezielle Verordnung der Auslandsbehandlung durch einen deutschen Arzt fehlt (dieses generelle Erfordernis einer solchen Verordnung für Auslandsbehandlungen bislang offen lassend zuletzt: BSG, Urt. v. 17.2.2004 – B 1 KR 5/02 R, GesR 2004, 429 = BSGE 92, 164 [165] = SozR 4-2500 § 18 Nr. 2 Rz. 7 m.w.N.). Für die Entbehrlichkeit einer solchen ärztlichen Verordnung könnte immerhin angeführt werden, dass die Krankenkassen nach Beantragung der Kostenübernahme vor Durchführung der Maßnahme in derartigen Fällen ohnedies regelmäßig verpflichtet sind, durch den MDK prüfen zu lassen, ob die begehrte Krankenbehandlung nur im Ausland möglich ist (§ 275 Abs. 2 Nr. 3 SGB V). Darüber hinaus ist die Leistungsgewährung der Krankenkassen für eine Auslandskrankenbehandlung selbst ohnehin nicht vom Erfordernis ärztlicher Verantwortung i.S.v. § 15 Abs. 1 SGB V freigestellt; in gleicher Weise wie bei einer Behandlung im Inland muss vielmehr ein Arzt die Notwendigkeit der Behandlung festgestellt sowie die Einhaltung der medizinischen Standards gewährleistet und zumindest überwacht haben (vgl. schon BSG, SozR 4-2500 § 13 Nr. 3 Rz. 13 f.). Dafür dass solches hier nicht der Fall war, ist nichts ersichtlich.

e) Neben dem hier außer Streit befindlichen Vorliegen einer behandlungsbedürftigen und in Bezug auf die gesetzlichen Behandlungsziele des § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V (allgemein) behandlungsfähigen Krankheit der Kl. ist zum einen Voraussetzung für die nach § 18 Abs. 1 S. 1 SGB V zu treffende Ermessensentscheidung der beklagten Ersatzkasse, dass die in der Ukraine v. 25.7. bis 8.8.2000 durchgeführte Behandlung der Kl. dem „allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse“ entsprach und darüber hinaus – kumulativ (vgl. schon BSG, Urt. v. 16.6.1999 – B 1 KR 4/98 R, BSGE 84, 90 [91] = SozR 3-2500 § 18 Nr. 4 S. 13 – Kozijavkin I) – zum anderen „nur im Ausland“ möglich war. Die bisherigen Feststellungen des LSG reichten auch bei einer zulässigen Klage nicht aus, um darüber zu entscheiden,

## Leistungsrecht der GKV

ob die genannte streitige erste (dazu unter f) und zweite Voraussetzung (dazu unter g) erfüllt sind.

f) Aufgrund der bisherigen Feststellungen des LSG kann nicht darüber entschieden werden, dass die bei der Kl. v. 25.7. bis 8.8.2000 in der Ukraine angewandte „Methode Kozijavkin“ von ihrem Konzept her seinerzeit überhaupt dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprach und somit die erste wesentliche Voraussetzung des § 18 Abs. 1 S. 1 SGB V erfüllt ist. Das gilt sowohl vom Ausgangspunkt der bisherigen Rechtsprechung des Senats her (dazu unter aa)) als auch erst recht unter Berücksichtigung einer erforderlichen notwendigen Präzisierung dieser Rechtsprechung (dazu unter bb)). Hierzu wird das LSG auch den genaueren Inhalt der Behandlung aufzuklären haben (vgl. näher g), cc)).

aa) Nach der auch vom LSG zutreffend wiedergegebenen Rechtsprechung des Senats ist entscheidend, dass die Leistung im Ausland den Kriterien des in § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V geregelten Wissenschaftlichkeitsgebots entsprochen hat. Das wiederum ist der Fall, wenn die „große Mehrheit der einschlägigen Fachleute (Ärzte, Wissenschaftlicher)“ die Behandlungsmethode befürwortet und von einzelnen, nicht ins Gewicht fallenden Gegenstimmen abgesehen über die Zweckmäßigkeit der Therapie Konsens besteht. Dieses setzt im Regelfall voraus, dass über Qualität und Wirksamkeit der neuen Methode – die in ihrer Gesamtheit und nicht nur in Bezug auf Teilaspekte zu würdigen ist – zuverlässige, wissenschaftlich nachprüfbar Aussagen gemacht werden können. Der Erfolg muss sich aus wissenschaftlich einwandfrei durchgeführten Studien über die Zahl der behandelten Fälle und die Wirksamkeit der Methode ablesen lassen. Die Therapie muss in einer für die sichere Beurteilung ausreichenden Zahl von Behandlungsfällen erfolgreich gewesen sein (BSG, Urt. v. 16.6.1999 – B 1 KR 4/98 R, BSGE 84, 90 [96 f.] = SozR 3-2500 § 18 Nr. 4 S. 18 f. – Kozijavkin I; BSG, SozR 3-2500 § 18 Nr. 6 S. 23 ff. – Kozijavkin II).

Der Senat hatte diese Voraussetzungen in den zitierten Urteilen in Bezug auf die „Methode Kozijavkin“ verneint: Diese Methode sei in den verfügbaren Äußerungen deutscher Wissenschaftler und sozialpädiatrisch tätiger Ärzte überwiegend skeptisch bis ablehnend beurteilt worden, wobei sich die Kritik einerseits auf die unspezifische Kombination verschiedener Behandlungsformen bezogen habe und andererseits das Fehlen vergleichender Effektivitätsstudien – auch im Hinblick auf die enge Bindung der Behandlungsmethode an die Person des Prof. Dr. Kozijavkin und dessen Weigerung, andere Ärzte in die Methode einzuweisen – bemängelt worden sei. Der Senat hat insoweit weiter wörtlich ausgeführt: „Dies könnte sich allerdings geändert haben, nachdem das Behandlungskonzept der Arbeitsgruppe um Dr. Kozijavkin und die damit erzielten Ergebnisse auf der Jahrestagung der Deutschen Gesellschaft für Kinderheilkunde und Jugendmedizin im September 1999 einem Fachpublikum vorgestellt und veröffentlicht worden sind.“ Darüber hinaus hat der Senat daran angeknüpft, dass Prof. Dr. Dr. von Voss, der sich früher mehrfach skeptisch zu der Methode geäußert hatte, seine Vorbehalte in einem für ein VG erstatteten Gutachten v. 28.10.1999 nicht wiederholt, sondern nunmehr von einem mutmaßlich günstigen Einfluss der Therapie aufgrund des Zusammenwirkens der verschiedenen Behandlungssegmente gesprochen und konstatiert habe, dass nach eigener Erfahrung Behandlungserfolge bei einer großen Zahl von klinisch betreuten Patienten zu verzeichnen seien. Der Senat hat seinerzeit offen lassen können, ob diese Sichtweise des Gutachters

nur diejenige eines einzelnen Wissenschaftlers war oder ob sich aufgrund der neueren Erkenntnisse auch bei anderen Pädiatern ein Meinungswandel vollzogen habe und ob die eingetretene Entwicklung bei Zugrundelegung der vom Senat schon in seinen Urteilen v. 16.6.1999 (BSG, Urt. v. 16.6.1999 – B 1 KR 4/98 R, BSGE 84, 90 ff. = SozR 3-2500 § 18 Nr. 4 u.a.) formulierten rechtlichen Anforderungen eine Neubewertung der Kostentragung durch die Krankenkassen erforderlich mache (so zum Ganzen: BSG, Urt. v. 14.2.2001, SozR 3-2500 § 18 Nr. 6 S. 24 – Kozijavkin II).

Die im Berufungsverfahren dazu vom LSG eingeholten Sachverständigengutachten sind nicht geeignet, nunmehr die tragende Aussage des angefochtenen Urteils zu stützen, dass eine solche Änderung der Bewertung der „Methode Kozijavkin“ ab September 1999 gerechtfertigt sei. Das LSG hat sich vielmehr allein auf die Meinung zweier Ärzte gestützt, von denen im Voraus bekannt war, dass sie die „Methode Kozijavkin“ befürworten, und hat insbesondere klare Feststellungen dazu unterlassen, ob beide eine Mehrheitsmeinung vertreten oder vielleicht selbst nur als „Einzelstimmen“ zu qualifizieren sind.

So ist darauf hinzuweisen, dass einer der vom LSG gehörten Sachverständigen (Prof. Dr. Mau) die Frage nach der Akzeptanz der Methode in Fachkreisen eindeutig verneint hat. Die beiden anderen Gutachter (Prof. Dr. Dr. von Voss und Dr. Helling), die die Auffassung der Kl. stützen, führen demgegenüber im Kern nur aus, aus welchen Gründen sie selbst den Einsatz der „Methode Kozijavkin“ auf der Grundlage der von ihnen gewonnenen Erkenntnisse befürworten; sie berufen sich dazu im Wesentlichen nur auf Vorträge bzw. Veröffentlichungen Kozijavkins bzw. aus dessen Umfeld sowie auf eigene Beobachtungen bei den Patienten. Aus diesen befürwortenden gutachtlichen Stellungnahmen wird indessen nicht in nachvollziehbarer Weise deutlich, welchen Widerhall die Methode tatsächlich in der breiten Fachöffentlichkeit gefunden hat. Zur Feststellung dieses entscheidungserheblichen Umstandes kann die lediglich in pauschaler Weise gegebene Einschätzung einzelner, der Therapie im Grundsatz positiv gegenüber stehender Mediziner ersichtlich nicht ausreichen. Um den erforderlichen Grad der Verbreitung deutlich machen zu können, müsste vielmehr im Einzelnen aufgelistet werden, welche (namentlich benannten) Fachautoren und ärztlichen Behandler bzw. Fachinstitutionen sich bis zu dem im Falle der Kl. maßgeblichen Behandlungszeitpunkt für die „Methode Kozijavkin“ ausgesprochen hatten und welche eine zurückhaltendere oder gar ablehnende Haltung einnahmen.

Selbst bei alleiniger Zugrundelegung der vom LSG eingeholten Gutachten ist aber die von ihm bejahte Verbreitung und Akzeptanz der Behandlungsmethode in Fachkreisen nicht plausibel und hätte weiterer Ermittlungen bedurft. So stellt Prof. Dr. Dr. von Voss in seinem Gutachten v. 6.8.2002 z.B. selbst die von anderen Ärzten und Wissenschaftlern gegen die „Methode Kozijavkin“ vorgebrachten Einwendungen dar. Zwar verwirft er diese Einwände aus seiner wissenschaftlichen Sicht, zieht aber die Existenz solcher Gegenstimmen (weiterhin) zumindest nicht in Zweifel. Gezielt zur Akzeptanz unter Fachleuten befragt äußert er zu Frage 2 („Wie groß ist die Akzeptanz?“), dass „sowohl Kinderärzte als auch Krankengymnasten/-nastinnen ... bei einem Großteil der Patienten positive Veränderungen nach der Behandlung“ bestätigten. Dazu, in welchem Maße dies der Fall ist, d.h. wie das Pro und Kontra zahlenmäßig und/oder gewichtungsmäßig einzuschätzen ist, äußert sich der Gutachter aber nicht (kritisch insoweit zu Recht schon MDS-

## Leistungsrecht der GKV

Gutachten Dr. K. v. 1.6.2004, S. 12). Ähnliches ist den Ausführungen zu der Frage zu entnehmen, seit wann die Methode in Deutschland anerkannt ist; auch dazu wird nicht – i.S.d. dargestellten Rechtsprechung des Senats – in einer für unbeteiligte Dritte nachvollziehbaren Weise von einer überwiegenden Akzeptanz berichtet, sondern nur davon, dass „zunehmend“ Kinderärzte, Sozialpädiater usw. positive Entwicklungsveränderungen bzw. Entwicklungsfortschritte bestätigten; auch an anderer Stelle wird nur die besondere Akzeptanz „vornehmlich von Eltern“ bestätigt, aber auch „von einer Reihe von Kinderärztinnen und Kinderärzten“. Von den dem Gutachten beigefügten Literaturstellen stammen die meisten i.Ü. aus den Jahren nach 2000, sodass sie zu dem vom LSG als maßgeblich angesehenen Zeitpunkt September 1999 noch nicht vorgelegen haben können. Prof. Dr. Dr. von Voss bezeichnet die „Methode Kozijavkin“ als „neues Therapieverfahren“, das „jüngst“ (2002) in Übersichtsarbeiten in Forschungsberichten dargestellt worden sei, und erwähnt selbst, dass es eine Reihe kritischer Stimmen zu dieser Methode gebe. Eine – nicht nahtlos in Einklang mit dem Gutachten stehende – eher zurückhaltende Würdigung hat Prof. Dr. Dr. von Voss i.Ü. in einer Veröffentlichung des „Internationalen Fördervereins für medizinische Rehabilitation nach Kozijavkin“ (IFRK spezial v. 14.6.2003, im Internet recherchiert am 18.11.2005 unter: [http://www.ifrk.org/index\\_1/frames/neurointensiv\\_stellungnahme\\_v\\_voss.pdf](http://www.ifrk.org/index_1/frames/neurointensiv_stellungnahme_v_voss.pdf)) abgegeben. Darin heißt es u.a., Therapiewirksamkeitsstudien zur ICP müssten weltweit eingefordert werden, und es sei noch ein langer Weg, bis man sich aufmachen werde, ein so komplexes Krankheitsbild umfassend zu erforschen; die Arbeitsgruppe Kozijavkin habe sich „mutig auf den Weg gemacht“, für Kinder und Jugendliche mit ICP „therapeutisches Neuland zu betreten“; man werde gespannt sein dürfen, welche Behandlungsdaten sie dereinst vorlegten. Hieraus wird deutlich, dass der Gutachter auch die bisherigen Erkenntnisse zur Behandlungsmethode Kozijavkin an anderer Stelle noch mit gewisser Zurückhaltung und dem Wunsch nach einer stärkeren wissenschaftlichen Untermauerung gewürdigt hat.

Auch aus den Ausführungen des Gutachters Dr. Helling lässt sich eine überwiegende Akzeptanz in Fachkreisen nicht herleiten. Dieser hat differenziert zwischen Orthopäden und Kinderorthopäden sowie Chirotherapeuten einerseits, bei denen die Akzeptanz „groß sein (dürfte)“, während dies andererseits bei Pädiatern und Neuropädiatern nur in deutlich geringerem Maße der Fall sein dürfte. Diese Äußerungen gründen nicht erkennbar auf gerichtsfest nachvollziehbare Fakten, sondern haben eher spekulativen Charakter (auch insoweit schon MDS-Gutachten Dr. K. v. 1.6.2004, S. 11). Dr. Helling lehnt es darüber hinaus ab, von einer „Methode Kozijavkin“ zu sprechen, und gibt nur die Ansicht der Manualtherapeuten wieder. („Diese Behandlungsmethoden sind nach meiner Ansicht von der großen Mehrheit der manualtherapeutischen Ärzte befürwortet.“) Auch daraus lässt sich nicht schließen, dass die Mehrheit der einschlägigen Fachleute, sondern allenfalls die Mehrheit der Manualtherapeuten eine an die „Methode Kozijavkin“ angelehnte Behandlung befürwortet.

Das LSG muss deshalb in weiteren Ermittlungen aufklären, welche Meinung einschlägige Fachleute zu der „Methode Kozijavkin“ (in ihrer Gesamtheit, d.h. nicht nur bezogen auf einzelne ihrer Elemente, vgl. BSG, SozR 3-2500 § 18 Nr. 6 S. 25 f.) vertreten und ob sich nur Einzelstimmen gegen die Anwendung der Methode bei ICP-Patienten wenden.

bb) Das Vorgehen des LSG gibt i.Ü. Anlass zu präzisieren, was unter der „großen Mehrheit der einschlägigen Fachleute“ zu verstehen ist und welche Studien in den Blick zu nehmen sind. Es entspricht allgemeinem Wissenschaftsverständnis, dass die Wissenschaftlichkeit einer Studie weder vom Ort ihrer Entstehung noch von der Stelle ihrer Publikation abhängt. Infolgedessen versteht es sich von selbst, dass als Basis für die Herausbildung eines Konsenses alle international zugänglichen einschlägigen Studien dienen können. In ihrer Gesamtheit kennzeichnen sie den Stand der medizinischen Erkenntnisse. Davon zu unterscheiden ist die Frage, welcher Personenkreis für die Ermittlung der „großen Mehrheit der einschlägigen Fachkreise“ in den Blick zu nehmen ist. Indem § 2 Abs. 1 Satz 3 SGB V auf den „allgemein anerkannten“ Stand der medizinischen Erkenntnisse abstellt, soll dasjenige erfasst werden, was sich im internationalen wissenschaftlichen Diskurs ob seiner wissenschaftlichen Überzeugungskraft durchgesetzt hat. Insoweit sind im Ausgangspunkt nicht nur inländische Fachleute einzubeziehen. Das schließt andererseits nicht aus, zur Ermittlung des „allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse“ inländische Institutionen zu befragen, insbesondere dann, wenn sichergestellt ist, dass sie den auf internationaler Ebene „allgemein anerkannten Stand“ als maßgeblich rezipieren und ggf. zugrunde legen. Das harmoniert auch mit den Anforderungen des europäischen Rechts. So geht der Europäische Gerichtshof (EuGH) davon aus, nur diejenige Auslegung der Wendung „in ärztlichen Kreisen üblich“ sei nicht diskriminierend, die – auch bei grundsätzlicher Anknüpfung an das Inland – eine Ausrichtung an dem von der internationalen Medizin als anerkannt Angesehenen für maßgeblich erachtet (vgl. EuGH, Urt. v. 12.7.2001 – Rs. C-157/99, EuGHE I-2001, 5473 ff. = SozR 3-6030 Art. 59 Nr. 6, S. 32 f. – Smits/Peerbooms, Rz. 92 ff.).

Da es bei den insoweit gebotenen weiteren Ermittlungen, welche Position einschlägige Fachkreise zur „Methode Kozijavkin“ vertreten, um die Feststellung allgemeiner Tatsachen geht, kommt es in besonderer Weise darauf an, Erkenntnisse auf einer möglichst breiten Grundlage zu gewinnen; in der Zeit verfügbarer medizinischer Datenbanken im Internet (z.B. Deutsches Institut für medizinische Dokumentation und Information [DIMDI]) und juristische Informations- und Dokumentationssysteme (z.B. JURIS) ist dies nicht mit außergewöhnlichen und unzumutbaren Ermittlungsschwierigkeiten verbunden. Zu diesem Zweck stehen verschiedene Möglichkeiten der Ermittlung zur Verfügung.

(1) Sofern sich allein aus der zahlenmäßigen Aufschlüsselung einer allerdings typischerweise auch nur mittels sachverständiger Hilfe möglichen Literaturrecherche kein klares Bild ergeben sollte, kommt es darauf an, wie unterschiedliche Bewertungen ggf. gemessen am Grad ihrer jeweiligen wissenschaftlichen Evidenz zu gewichten und einzuschätzen sind (vgl. § 9 der Richtlinie über die Bewertung medizinischer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden i.d.F. v. 1.12.2003, [BAnz Nr. 57 S. 5678], zuletzt geändert am 20.9.2005 [BAnz Nr. 222 S. 16166]). Eine derartige Gewichtung haben erstmals die MDS-Gutachten von Dr. Kruse v. 8.5.2003 und v. 1.6.2004 vorgenommen; bei Zweifeln an deren Überzeugungskraft müsste durch Zuhilfenahme geeigneter Sachverständiger ggf. erneut die Gewichtung von zum Behandlungszeitpunkt vorliegenden widerstreitenden Fachveröffentlichungen geklärt werden (zum Stellenwert entsprechender MDS-Gutachten vgl. allerdings § 275 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 4 und Abs. 5 S. 1 SGB V). Insoweit kann sich z.B. eine Anfrage bei dem inzwischen mit Wir-

## Leistungsrecht der GKV

kung zum 1.1.2004 gem. § 139a SGB V errichteten Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) anbieten. Das Institut wird zu Fragen von grundsätzlicher Bedeutung für die Qualität und Wirtschaftlichkeit der im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung erbrachten Leistungen tätig und erstellt wissenschaftliche Ausarbeitungen, Gutachten und Stellungnahmen zu Fragen der Qualität und Wirtschaftlichkeit der im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung erbrachten Leistungen. Es stellt auch für alle Bürger verständliche allgemeine Informationen zur Qualität und Effizienz in der Gesundheitsversorgung zur Verfügung (§ 139a Abs. 3 Nr. 2 und 6 SGB V). Zwar sind nach § 139b Abs. 1 und 2 SGB V Gerichte und Krankenkassen nicht unmittelbar befugt, das IQWiG mit einer Untersuchung zu beauftragen; das schließt es jedoch nicht aus, dass diese beim IQWiG vorliegende Informationen abrufen und zum konkreten Verfahren beziehen. Die Krankenkassen können darüber hinaus in geeigneten Fällen über ihre Spitzenverbände eine Befragung des IQWiG durch den Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) oder über die Aufsichtsbehörden einen Antrag durch das Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung veranlassen (§ 139b Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 SGB V). Auf diese Weise können daher vom IQWiG Informationen auch zu Fragestellungen eingeholt werden, die nicht in den Kompetenzbereich des G-BA nach §§ 91 ff. SGB V fallen und zu denen das IQWiG, dessen Träger der G-BA ist, deshalb auch keine Stellungnahmen abgibt. Das gilt insbesondere für Auslandsbehandlungen, für deren Beurteilung der G-BA nicht zuständig ist (vgl. BSG, Urtr. v. 16.6.1999 – B 1 KR 4/98 R, BSGE 84, 90 [96] = SozR 3-2500 § 18 Nr. 4 S. 18; BSG, SozR 3-2500 § 18 Nr. 6 S. 25; BSG, Urtr. v. 3.9.2003 – B 1 KR 34/01 R, SozR 4-2500 § 18 Nr. 1 Rz. 15 – Petö). Das Institut dürfte zumindest in der Lage sein, z.B. einschlägige medizinische Fachgesellschaften zu benennen oder Hinweise auf geeignete Sachverständige zu geben.

(2) Zur Feststellung des allgemein anerkannten Standes der wissenschaftlichen Erkenntnisse, insbesondere des Umstandes, ob die große Mehrheit der einschlägigen Ärzte und Wissenschaftler die Behandlungsmethode befürwortet und sie für zweckmäßig hält, liegt des Weiteren die Einholung von Stellungnahmen der einschlägigen Fachgesellschaften nahe. Welche Fachgesellschaften dafür infrage kommen, bestimmt sich nach der konkreten Erkrankung und der Art der im Einzelfall streitbefangenen Behandlung; es sind also regelmäßig diejenigen, die sich um eine Behandlung der Erkrankung bemühen, und deren Aufgabengebiet die konkrete Behandlungsmethode zugerechnet werden kann. Im Fall der hier streitbefangenen ICP, für deren Behandlung z.T. auf eine Fülle zur Verfügung stehender Methoden verwiesen wird (vgl. z.B. Stellungnahme der Gesellschaft für Neuropädiatrie, Monatsschrift für Kinderheilkunde 1999, 696 ff., und Leitlinie der Deutschen Gesellschaft für Sozialpädiatrie und Jugendmedizin v. 25.6.2004, im Internet unter <http://www.dgsj.de/Ilspastischecp.php> sowie die Aufstellungen, z.B. <http://members.aol.com/geburt/main/therapie/startseite.html> [eine Patientenorganisation] – jeweils recherchiert am 22.11.2005), bedeutet das, dass zumindest ein Meinungsbild der Vereinigung für Kinderorthopädie sowie der Fachgesellschaften für Pädiatrie, Sozialpädiatrie, Neuropädiatrie und Jugendmedizin eingeholt werden muss. Die Art der Behandlung fordert zumindest die Feststellung, wie Fachgesellschaften im Bereich der Manualtherapie und Neurologie bzw. Kinderneurologie die „Methode Kozijavkin“ beurteilen.

(3) In diesem Zusammenhang kann zusätzlich von Bedeutung sein, inwieweit sich unter Fachleuten konsensfähige medizinische Erkenntnisse bereits sogar in ärztlichen Leitlinien niedergeschlagen haben. Wie das BSG entschieden hat, musste die Feststellung, was dem anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse unter Berücksichtigung des medizinischen Fortschritts jeweils entsprach, bis zum Wirksamwerden der neuen für die Inlandsbehandlung geltenden gesetzlichen Instrumentarien zur Bestimmung von Inhalt, Umfang und Qualität der Krankenhausbehandlung nach anderen Kriterien getroffen werden. In diesem Zusammenhang wurde vor allem den Stellungnahmen der medizinischen Fachgesellschaften Bedeutung zugemessen, die sich z.B. in Leitlinien niedergeschlagen hatten und auf diese Weise geeignet waren, „Standards“ zu definieren (so BSG, Urtr. v. 19.11.1997 – 3 RK 6/96, BSGE 81, 182 [187 f.] = SozR 3-2500 § 109 Nr. 5 S. 39 f. [3. Senat] – Hyperthermie). Auch der erkennende 1. Senat des BSG hat sich in jüngerer Zeit in Bezug auf Leistungsansprüche im Inland bisweilen auf die Angaben und Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften zu Behandlungsstandards gestützt (vgl. BSG, Urtr. v. 19.2.2002 – B 1 KR 16/00 R, SozR 3-2500 § 92 Nr. 12 S. 71 – Colon-Hydrotherapie; v. 19.2.2003 – B 1 KR 1/02 R, GesR 2003, 325 = BSGE 90, 289 [292, 294 f.] = SozR 4-2500 § 137c Nr. 1 Rz. 7, 15 – Magenband; zuletzt BSG, Urtr. v. 16.2.2005 – B 1 KR 18/03 R – stationäre Schizophrenie-Behandlung, v. BSGE 94, 161 [170 f.] = SozR 4-2500 § 39 Nr. 4 Rz. 22). Zwar gibt es Erkenntnisse, die eine differenziertere Betrachtung der von ärztlicher Seite selbstregulativ geschaffenen Regelwerke im Rahmen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung gebieten dürften (dazu schon Urteil des Senats v. 16.2.2005, a.a.O., m.w.N.). Andererseits liegt es nahe, Leitlinien einschlägiger medizinischer Fachgesellschaften jedenfalls dann zur Konkretisierung des Leistungsanspruchs von Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung mit heranzuziehen und auszuwerten, wenn die normalerweise im innerstaatlichen Bereich zur Leistungskonkretisierung berufenen Institutionen – wie hier – dafür keine Zuständigkeit besitzen. In ähnlicher Weise kann daher vorgegangen werden, wenn über die Akzeptanz in Fachkreisen für eine bestimmte, nach dem Beteiligtenvorbringen nur außerhalb von EU und EWR mögliche Behandlung gestritten wird.

(4) Als weitere Möglichkeit der Ermittlung des Standes der medizinischen Erkenntnisse können schließlich Gutachten aus anderen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren, insbesondere aus den Verfahren anderer Landessozialgerichte beigezogen werden. Für die „Methode Kozijavkin“ kommt beispielsweise die Beiziehung von Gutachten der LSG für das Saarland, Sachsen und Thüringen in Betracht, die ebenso wie das LSG, an das nun zurückverwiesen wird, über diese Methode und ihre Anerkennung eine Entscheidung zu treffen hatten (LSG für das Saarland, Beschl. v. 24.2.2000 – L 2 K 17/97, veröffentlicht in JURIS, Dok-Nr. KSRE083011018; Sächsisches LSG, Urtr. v. 20.3.2000 – L 1 KR 30/01, JURIS, Dok-Nr. KSRE094431518; Thüringer LSG, Urtr. v. 18.12.2002 – L 6 KR 836/02, JURIS Dok-Nr. KSRE091600218). Auch die vorliegenden MDS-Gutachten von Dr. Kruse wird das LSG im weiteren Verfahrensgang mit zu würdigen haben.

g) Sollten die Ermittlungen des LSG ergeben, dass die in der Ukraine vorgesehene Behandlungsmethode zum Behandlungszeitpunkt im aufgezeigten Sinne dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprach (erste Voraussetzung des § 18 Abs. 1 S. 1

## Leistungsrecht der GKV

SGB V), muss es weiter genauer feststellen, ob ebenfalls das weitere Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, d.h., ob eine Behandlung mit demselben Behandlungsziel wie dem bei der Kl. angestrebten zum vorgesehenen Behandlungszeitpunkt in Deutschland bzw. der EU/des EWR allgemein und konkret für die Kl. unter qualitativen und quantitativen Gesichtspunkten nicht verfügbar bzw. zumutbar war (Versorgungsdefizit). Auch insoweit reichen die Feststellungen des LSG für eine Entscheidung nicht aus.

aa) Ohne dass der Fall der Kl. dem Senat derzeit Veranlassung bietet, zu Einzelfragen detailliert Stellung zu nehmen, kann es nach der Judikatur des EuGH (EuGHE 1998, I-1931 = SozR 3-6030 Art. 59 Nr. 5 – Kohll; EuGHE 1998, I-1831 Rz. 37 ff. = SozR 3-6030 Art. 30 Nr. 1 – Decker; EuGHE 2001, I-5473 = SozR 3-6030 Art. 59 Nr. 6 – Smits/Peerbooms; EuGHE 2003, I-4509 = SozR 4-6030 Art. 59 Nr. 1 Rz. 39, 76 ff., 93 ff. – Müller-Fauré/van Riet) und des Senats (BSG, Urt. v. 13.7.2004 – B 1 KR 11/04 R, BSGE 93, 94 ff. = SozR 4-2500 § 13 Nr. 4 Rz. 8; BSG SozR 4-2500 § 13 Nr. 3 Rz. 11) jedenfalls keinem Zweifel mehr unterliegen, dass die Feststellung eines zur Systemüberschreitung berechtigenden Versorgungsdefizits trotz der erst zum 1.1.2004 erfolgten Änderung der §§ 13, 18 SGB V mit Blick auf die europarechtlichen Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot auch schon in der davor liegenden Zeit nicht auf Deutschland beschränkt bleiben durfte; lediglich für die Krankenhausbehandlung gelten Besonderheiten in Gestalt zulässiger Genehmigungsvorbehalte (vgl. die Urteile Smits/Peerbooms sowie Müller-Fauré/van Riet, a.a.O.). Als Bestimmung, die eine Krankenbehandlung nur ausnahmsweise und nur unter besonderen Einschränkungen im (Nichtvertrags-)Ausland zulässt, ist § 18 SGB V nach der Rechtsprechung des BSG zwar eng, aber nunmehr auch im Lichte der europarechtlichen Grundfreiheiten auszulegen. Er ermöglicht es zwar, dass Versicherten bei etwaigen Versorgungsdefiziten im hiesigen System der gesetzlichen Krankenversicherung eine Behandlung auch außerhalb von EU und EWR (im Folgenden: EU/EWR-Inland) zuteil wird, soll aber andererseits der Gefahr des „Gesundheitstourismus“ vorbeugen und hat – ausgestaltet als Ermessensleistung – im Blick, eine finanzielle Überforderung der Krankenkassen zu vermeiden (so zuletzt BSG, Urt. v. 17.2.2004 – B 1 KR 5/02 R, BSGE 92, 164 [165 f.] = SozR 4-2500 § 18 Nr. 2 Rz. 9 m.w.N.).

bb) Der Anspruch aus § 18 SGB V ist nicht darauf beschränkt, dass eine konkrete medizinische Behandlungsmaßnahme im EU/EWR-Inland überhaupt nicht zu erlangen ist, sondern besteht auch, wenn eine Behandlung zwar dort erfolgen kann, der im EU/EWR-Ausland praktizierten anderen Methode jedoch ein qualitativer Vorrang gegenüber den im EU/EWR-Inland angewandten Methoden gebührt. Letzteres ist z.B. der Fall, wenn eine Krankheit im Inland nur symptomatisch behandelt werden kann, während im Ausland eine kausale Therapie angeboten wird, die begehrte Behandlung der EU/EWR-Inlandsbehandlung also aus medizinischen Gründen „eindeutig überlegen“ ist. Nicht notwendig ist eine Auslandsbehandlung dagegen, wenn im EU/EWR-Inland gleich oder ähnlich wirksame und damit zumutbare Behandlungsalternativen zur Verfügung stehen. Ebenso ist § 18 Abs. 1 SGB V einschlägig, wenn eine Behandlung aus Kapazitätsgründen und dadurch bedingte Wartezeiten im EU/EWR-Inland nicht rechtzeitig erfolgen kann (vgl. zum Ganzen schon: BSG, Urt. v. 17.2.2004 – B 1 KR 5/02 R, BSGE 92, 164 [166] = SozR 4-2500 § 18 Nr. 2 Rz. 9 m.w.N.; v. 16.6.1999 – B 1 KR 4/98 R,

BSGE 84, 90 [92] = SozR 3-2500 § 18 Nr. 4 S. 14 f. m.w.N.; BSG, SozR 3-2500 § 18 Nr. 6 S. 27).

Für die Anwendung des § 18 Abs. 1 SGB V reicht es danach nicht schon aus, dass die vom Versicherten konkret begehrte Therapie nur im EU/EWR-Ausland durchgeführt werden kann. Die Krankenkasse darf die Kosten dieser Therapie vielmehr nur übernehmen, wenn für die betreffende Krankheit im zur Verfügung stehenden System überhaupt keine, also auch keine andere zumutbare Behandlungsmethode zur Verfügung steht, die dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse genügt. Die EU/EWR-Auslandsbehandlung stellt insoweit einen bloßen Notbehelf für den Fall dar, dass der Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenversicherung mit den Mitteln des zur Verfügung stehenden Sachleistungssystems (bzw. mithilfe der Leistungsaushilfe) nicht erfüllt werden kann. Die in § 18 Abs. 1 S. 1 SGB V vorausgesetzte Notwendigkeit, mithilfe der Auslandsbehandlung eine Lücke in der medizinischen Versorgung zu schließen, besteht nur, wenn eine im Inland bzw. EU/EWR-weit nicht behandelbare Krankheit im EU/EWR-Ausland mit der erforderlichen Erfolgsaussicht behandelt werden kann, und nicht schon dann, wenn das außerhalb angebotene Leistungsspektrum lediglich andere medizinische Maßnahmen umfasst, ohne i.E. die Behandlungsmöglichkeiten für die beim Versicherten bestehende Krankheit entscheidend zu verbessern (vgl. schon BSG, Urt. v. 16.6.1999 – B 1 KR 1/02 R, BSGE 84, 90 [92] = SozR 3-2500 § 18 Nr. 4 S. 14, nunmehr im Lichte von EuGHE I-2001, 5473 ff. = SozR 3-6030 Art. 59 Nr. 6 – Smits/Peerbooms und § 18 Abs. 1 SGB V n.F.). Die Notwendigkeit der Auslandsbehandlung wäre deshalb zu verneinen, wenn zwar eine bestimmte, vom Versicherten bevorzugte Therapie nur außerhalb der EU/des EWR erhältlich ist, im EU/EWR-Inland aber andere, gleich oder ähnlich wirksame und damit zumutbare Behandlungsalternativen zur Verfügung stehen. Gibt es dagegen mehrere gleichwertige Behandlungsalternativen, können allein die im EU/EWR-Inland bestehenden Therapieangebote in Anspruch genommen werden (vgl. BSG, Urt. v. 16.6.1999 – B 1 KR 1/02 R, BSGE 84, 90 [93] = SozR 3-2500 § 18 Nr. 4 S. 15, ergänzt um europarechtliche Erwägungen).

cc) Die Feststellungen im Urteil des LSG reichen nicht aus, um über das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu entscheiden. (*Wird ausgeführt.*)

ee) Sollte sich nach den weiteren Ermittlungen herausstellen, dass eine dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Behandlung im EU/EWR-Inland zur Verfügung stand – sei es in Form der Behandlungen nach Bobath und Vojta, sei es in Form der Behandlung in der Klinik des Dr. Helling oder auch in Form anderer Behandlungsmethoden – wird das LSG weiter genauer zu untersuchen haben, ob eine solche Behandlung zu dem für die Kl. vorgesehenen Behandlungszeitpunkt auch konkret verfügbar und zumutbar war. Der EU/EWR-Behandlung kommt nach der Rechtsprechung des Senats im Rahmen des auch für § 18 Abs. 1 S. 1 SGB V geltenden Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 12 Abs. 1 SGB V) ebenfalls Vorrang zu, wenn das Leistungsangebot im EU/EWR-Ausland wegen einer besonders modernen technischen Ausrüstung oder wegen des auch international herausragenden fachlichen Rufs eines bestimmten Arztes eine überdurchschnittliche Qualität aufweist, denn Spitzenmedizin ist nicht der Maßstab für die Leistungspflicht in der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung. Deshalb könnte z.B. allein eine besondere manualtherapeutische Geschicklichkeit von Prof. Dr. Kozijavkin nicht die Leistungspflicht der gesetz-

## Arzthaftungsrecht

lichen Krankenversicherung begründen (BSG, Urt. v. 16.6.1999 – B 1 KR 4/98 R, BSGE 84, 90 [94] = SozR 3-2500 § 18 Nr. 4 S. 16). Im konkreten Fall käme eine Kostenübernahme nach § 18 Abs. 1 S. 1 SGB V dagegen in Betracht, wenn eine Behandlung aufgrund fehlender Kapazitäten nur im EU/EWR-Ausland möglich ist (vgl. erneut BSG SozR 4-2500 § 18 Nr. 2 S. 10, Rz. 9). Ob in quantitativer Hinsicht ein Versorgungsdefizit besteht, kann wiederum nicht aufgrund allgemeiner Feststellungen zur Zahl der vorhandenen Therapieplätze und der dort bestehenden Wartezeiten festgestellt werden; dazu muss vielmehr die Situation des jeweiligen Betroffenen untersucht und ermittelt werden, ob und warum er trotz entsprechender Bemühungen in vertretbarer Zeit keinen Therapieplatz finden konnte (BSG, Urt. v. 16.6.1999 – B 1 KR 4/98 R, BSGE 84, 90, 95 = SozR 3-2500 § 18 Nr. 4 S. 17) und ob und warum ein weiteres Zuwarten nicht möglich, eine früher als im Inland mögliche Auslandsbehandlung dagegen aus „medizinischen Gründen unbedingt erforderlich“ war (BSG, SozR 4-2500 § 18 Nr. 2 S. 10 Rz. 9).

ff) Sollte sich dabei herausstellen, dass eine Behandlung im EU/EWR-Inland unter qualitativen und quantitativen Gesichtspunkten verfügbar war, müsste schließlich ermittelt werden, ob aufgrund der speziellen Erfahrungen der Kl. und ihres spezifischen Krankheitsbildes gerade bei ihr eine Behandlung im EU/EWR-Inland nicht möglich oder nicht zumutbar war. Eine ausreichende und rechtzeitige EU/EWR-Inlandsbehandlung ist nämlich auch dann nicht gewährleistet, wenn die Behandlung im EU/EWR-Inland aufgrund des speziellen Krankheitsbildes keinen Erfolg verspricht, z.B. bei einer besonderen Kombination von Krankheiten (BSG, Urt. v. 23.11.1995 – 1 RK 5/95, SozR 3-2500 § 18 Nr. 1 Leitsatz). Das könnte allerdings nicht schon angenommen werden, wenn die bei der Kl. vorliegende ICP eine stärkere Ausprägung hätte als der Durchschnitt der im EU/EWR-Inland auftretenden Formen dieser Erkrankung. Vielmehr muss dazu ein außergewöhnlicher Fall vorliegen, auf den die in Deutschland bzw. EU/EWR-weit anerkannten und angebotenen Methoden keine ausreichende therapeutische Wirkung haben (vgl. ähnlich für die Organtransplantation im Ausland: BSG, SozR 4-2500 § 18 Nr. 2 S. 15).

h) Sollte das LSG zu dem Ergebnis kommen, dass die „Methode Kozijavkin“ dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht sowie konkret nur im EU/EWR-Ausland verfügbar gewesen ist, wird es schließlich zu prüfen haben, ob die Behandlung bei Prof. Dr. Kozijavkin in der Ukraine im hier streitigen Einzelfall „erforderlich“ war. Das setzt voraus, dass die Behandlung v. 25.7. bis 8.8.2000 aus ex-ante-Sicht erfolversprechend war. Insofern wird das LSG zu ermitteln haben, ob die von der Kl. beantragte Behandlung Aussicht auf Erfolg hatte, obwohl es sich bereits um wiederholte Behandlungen in der Ukraine handelte. Dazu wird es anhand des Therapiekonzepts Kozijavkin und der wissenschaftlichen Studien zu überprüfen haben, ob die Behandlung allgemein auch mehrfach angewandt werden kann und ob im Fall der Kl. eine weitere Behandlung eine (zusätzliche) Besserung versprach. Dazu kann es die Ergebnisse der vorhergehenden Behandlungsphasen in seine Entscheidung einbeziehen.

3. Das LSG muss abschließend auch über die Kosten des Revisionsverfahrens befinden.

### Verordnungsfähigkeit von häuslichen Blutzuckermessungen

SGB V §§ 13 Abs. 3, 37 Abs. 2, 92 Abs. 1 S. 1; HKP-RL  
**Zur Verordnungsfähigkeit von Dauermessungen des Blutzuckerwertes bei Diabetespatienten als Maßnahme der häuslichen Krankenpflege.**

BSG, Urt. v. 26.1.2006 – B 3 KR 4/05 R  
 (LSG Bayern – L 4 KR 97/03)

#### Hinweis der Redaktion:

Den Volltext zu dieser Entscheidung können Sie kostenlos auf unserer website unter [www.gesr.de](http://www.gesr.de) abrufen.



## Arzthaftungsrecht

### Dokumentationsversäumnisse im Entlassungsbrief einer Klinik

GG Art. 34; BGB § 839

**1. Das Fehlen eines für die weitere Behandlung erforderlichen Hinweises in dem für den Nachbehandler bestimmten Entlassungsbrief begründet ein Dokumentationsversäumnis und die Umkehr der Beweislast für die Hinweiserteilung. Der nachbehandelnde Arzt kann sich auf die Vollständigkeit und Richtigkeit des Entlassungsbriefes verlassen.**

**2. Für eine als Verwaltungshelferin vertraglich hinzugezogene Fachklinik gilt im Innenverhältnis nicht das Haftungsprivileg des Art. 34 S. 2 GG.**

OLG Schleswig, Urt. v. 19.5.2006 – 4 U 33/05  
 (LG Kiel – 8 O 78/03)

#### Aus den Gründen:

I. Die Kl. begehrt von der Bekl. Schadensersatz für an die Zeugin A. gezahlte Dienstbezüge sowie Ersatz der für die ärztliche Behandlung der Zeugin aufgewendeten Kosten. Bei der Zeugin A., einer Soldatin, wurde im Jahr 1999 im linken distalen Oberschenkelknochen ein Enchondrom (tumorartige gutartige Verwachsung) diagnostiziert. Wegen dieses Befundes stellte sich die Zeugin aufgrund einer truppenärztlichen Überweisung am 7.10.1999 bei der Bekl. vor, die eine auf orthopädische Chirurgie spezialisierte Klinik betreibt. Dort wurde am 8.10.1999 das Enchondrom operativ entfernt, der entstandene Hohlraum im Oberschenkelknochen wurde durch einen Knochenspan ausgefüllt. Die Zeugin wurde am 14.10.1999 aus der Klinik zur weiteren truppenärztlichen Behandlung entlassen; der der Zeugin mitgegebene Patientenbrief zur Vorlage bei dem nunmehr zuständigen Truppenarzt enthielt den Vermerk, dass eine Vollbelastung prinzipiell gestattet sei. Die Notwendigkeit einer weiteren Verwendung von Unterarmgehstützen fand keine Erwähnung.

Am 6.11.1999 kam es bei der Zeugin auf einem Strandspaziergang ohne äußere Einwirkungen zu einem Bruch

### Arzthaftungsrecht

des operierten Oberschenkelknochens. Die Fraktur wurde im Rahmen eines stationären Krankenhausaufenthaltes im Klinikum B. durch das Einbringen eines Verriegelungsnagels stabilisiert. Die Behandlungskosten i.H.v. 3.337,05 € trug die Kl. Aufgrund der Oberschenkelfraktur trat eine endgültige Heilung des Oberschenkelknochens erst am 6.10.2000 ein, anderenfalls wäre die Zeugin A. bereits am 8.1.2000 arbeitsfähig gewesen. Für die Zeit v. 8.1.2000 bis 6.10.2000 zahlte die Kl. der Zeugin Dienstbezüge i.H.v. 17.948,36 €.

...

Nach Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen Frau A., Dr. C. und Dr. D. hat das LG der Klage stattgegeben und ausgeführt, dass die Bekl. aufgrund einer positiven Vertragsverletzung des Vertrages bezüglich der Übertragung der ärztlichen Behandlung der Zeugin A. zu Schadensersatz verpflichtet sei. Denn die Bekl. habe nicht beweisen können, dass die Zeugin A. im Rahmen des Entlassungsgesprächs auf die weitere Notwendigkeit der Verwendung von Unterarmgehstützen hingewiesen worden sei. Dagegen wendet sich die Bekl. mit ihrer Berufung und wiederholt im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen. ...

...

II. Die Berufung hat keinen Erfolg. Zu Recht hat das LG der Klage stattgegeben, da die Kl. ggü. der Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz in geltend gemachter Höhe aus positiver Forderungsverletzung des zwischen den Parteien zustande gekommenen Vertrages über die ärztliche Versorgung der Soldatin A. hat.

1. Nicht zu entscheiden war die Frage, ob der zwischen den Parteien zustande gekommene Vertrag öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Charakter hatte, da die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges gem. § 17a Abs. 5 GVG im Berufungsrechtszug nicht mehr zu überprüfen ist.

2. Keine Bedenken bestehen auch, dem LG dahingehend zu folgen, dass zwischen den Parteien ein Vertrag über die Behandlung der Zeugin A. zustande gekommen ist.

Die Kl. hat die Zeugin A., deren Heilbehandlung der Kl. gem. § 34 Soldatengesetz oblag und die bereits von der Kl. eingeleitet worden war, zur Weiterbehandlung an die Bekl. überwiesen. Damit beauftragte sie die Bekl., die Behandlung der Zeugin A. fortzuführen, da sie, die Kl., nicht über die Fachkompetenz verfügte, wie sie die Bekl. als auf orthopädische Operationen spezialisierte Klinik aufwies. Eine entsprechende Beauftragung ergab sich für die Bekl. aus dem Überweisungsschein, der auf § 75 Abs. 3 SGB V verwies (vgl. auch § 76 Abs. 4 SGB V) sowie aus den damit verbundenen Umständen, indem die Kl. die Zeugin A. mit den schon vonseiten der Kl. durchgeführten Voruntersuchungen (Röntgen, MRT, Szintigraphie) konkret im Hinblick auf die durchzuführende Operation überwies und auch die Weiterbehandlung der Zeugin nach Entlassung von der Kl. wieder übernommen werden sollte. Mit der Beauftragung wurde zwischen den Parteien ein Vertragsverhältnis begründet, unabhängig davon ob die Bekl. im Rahmen ihrer ärztlichen Tätigkeit ggü. der Zeugin A. in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig wurde (BGH, VersR 1996, 976, m.w.N.; i.Ü. OLG Schleswig, Urt. v. 22.12.97 – 4 U 108/96; BGH, VersR 1996, 976; OLG Brandenburg v. 12.1.2000 – 1 U 18/99, OLGReport Brandenburg 2000, 88 = VersR 2001, 1428).

Soweit die Bekl. ein Vertragsverhältnis zwischen ihr und der Kl. leugnet und auf den zwischen der Zeugin A. und ihr geschlossenen Behandlungsvertrag verweist, führt

dies zu keiner anderen Bewertung, denn das von der Zeugin A. unterzeichnete Vertragsformular schließt ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien nicht aus. Ein solcher Vertragsabschluss auch bei Behandlung eines der staatlichen Heilfürsorge unterliegenden Patienten mag durchaus den Sinn haben, weitere nicht im Rahmen der staatlichen Heilfürsorge zu erbringende Leistungen zu vereinbaren, für die der Patient dann in der Folge persönlich haftet. Zudem kann dieser mangels Parteienidentität keine Auswirkung auf ein schon zuvor zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits begründetes Vertragsverhältnis haben.

3. Den zwischen den Parteien zustande gekommenen Vertrag über die Weiterbehandlung der Zeugin A. verletzte die Bekl., indem sie die Zeugin A. bei Entlassung nicht auf die Notwendigkeit der weiteren Verwendung von Unterarmgehstützen hinwies. Dass ein solcher Hinweis erforderlich war, mithin sein Unterlassen behandlungsfehlerhaft, ist zwischen den Parteien unstrittig.

a) Die Bekl. konnte nicht beweisen, einen solchen Hinweis der Zeugin A. im Rahmen des Entlassungsgesprächs gegeben zu haben. Die Vernehmung des Zeugen Dr. F., der das Entlassungsgespräch führte, und der Zeugin A. hat nicht zur Überzeugung des LG den notwendigen Beweis erbracht. Die Ausführungen des LG im Rahmen der Beweiswürdigung sind nicht zu beanstanden. Auch die Gesamtumstände begründen keine Zweifel an der Würdigung der Aussagen der vernommenen Zeugen, sodass gem. § 529 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO auch kein Anlass bestand, die Beweisaufnahme insoweit zu wiederholen. Soweit die Bekl. auf ihre eigenen Behandlungsunterlagen, u.a. den OP-Bericht und die Krankenblatteintragung, verweist, mag ihr ohne Weiteres zugestanden werden, dass ihrerseits die notwendige Weiterverwendung von Unterarmstützen auch nach Entlassung außer Frage stand. Entscheidend ist jedoch, ob dies der Zeugin A. auch mitgeteilt wurde, wie der Zeuge Dr. D. in seiner Vernehmung bekundete, dagegen die Zeugin A. nicht erinnerte.

b) Die Bekl. ist in Anbetracht ihres Entlassungsbriefs, der einen solchen Hinweis ebenfalls hätte enthalten müssen, bezüglich dieses notwendigen Hinweises auch beweispflichtig. Zwar trifft die Kl. die Beweislast für eine Pflichtverletzung der Bekl. Dass die Bekl. aber einen Hinweis über die Notwendigkeit der Weiterverwendung von Unterarmgehstützen in das Entlassungsschreiben hätte aufnehmen müssen, ist bereits im Schlichtungsgutachten v. 5.9.2001 (im Rahmen der Auseinandersetzung der Zeugin A. mit der Bekl.) ausgeführt und zwischen den Parteien auch unstrittig. Der Zeuge Dr. D. hat die Notwendigkeit der Aufnahme dieses Hinweises in das Entlassungsschreiben in diesem Verfahren noch einmal bestätigt. Das Fehlen dieses Hinweises im Entlassungsbrief begründet jedoch, sollte ein solcher Hinweis dennoch mündlich gegeben worden sein, ein Dokumentationsversäumnis. Bei Vorliegen eines Dokumentationsversäumnisses hat aber der behandelnde Arzt zu beweisen, dass dennoch die betreffende Maßnahme, hier die Aufklärung der Zeugin A. über die Weiterverwendung der Unterarmgehstützen, erfolgt ist (Frahm/Nixdorf, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl., Rz. 125 f., m.w.N.).

4. Eine Haftung der Bekl. ggü. der Kl. ist auch nicht gem. Art. 34 S. 2 GG ausgeschlossen, weil die Bekl. ggf. nur einfache, nicht aber grobe Fahrlässigkeit trifft.

Zwar hat die Kl. der Bekl. vertraglich hoheitliche Aufgaben übertragen (BGH, VersR 1996, 976). Dennoch greift die Rückgriffsbeschränkung im vorliegenden Falle nicht, da die Kl. die Bekl. als Verwaltungshelferin ein-

## Arzthaftungsrecht

schaltete (BGH, VersR 1996, 976), für die aber auch bei Erfüllung hoheitlicher Aufgaben ggü. der Kl. das Haftungsprivileg des Art. 34 S. 2 GG nicht gilt (BGH v. 14.10.2004 – III ZR 169/04, BGHZ 161, 6 ff. = BGHReport 2005, 20 m. Anm. Glauben = MDR 2005, 272 = NJW 2005, 286 ff. = VersR 2005, 362 ff.). Denn im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte des Haftungsprivilegs ist bei der Einschaltung von Verwaltungshelfern eine einschränkende Auslegung geboten, da die der Haftungsbegrenzung zugrunde liegenden Gedanken, nämlich die Entschlussfähigkeit und Entschlussfreudigkeit zu fördern sowie dem Gebot der Fürsorge gegenüber öffentlichen Bediensteten Rechnung zu tragen, für vertraglich herangezogene Verwaltungshelfer nicht gelten (BGH v. 14.10.2004 – III ZR 169/04, BGHZ 161, 6 ff. = BGHReport 2005, 20 m. Anm. Glauben = MDR 2005, 272 = NJW 2005, 286 ff. = VersR 2005, 362 ff., mit ausführlichen Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte). Lediglich im Falle unselbstständiger Verwaltungshelfer mag eine begrenzte Innenhaftung Anwendung finden, sofern ihnen gegenüber eine ähnliche Fürsorgepflicht besteht wie Beamten, Richtern, Soldaten, Zivildienstleistenden sowie Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes (so entschieden für im Turnunterricht hilfeleistende Schüler, BGH, VersR 1958, 705; Schülerlotsen, OLG Köln, NJW 1968, 655).

Eine Rechtfertigung für eine Haftungserleichterung i.S.d. Art. 34 S. 2 GG ist im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben. Deren Zweck, die Entschlussfreudigkeit und Schlagkraft der öffentlichen Verwaltung zu stärken, spielt bei einem als Verwaltungshelfer herangezogenen privaten Unternehmer von vornherein keine Rolle, weil eine solche Qualifizierung grundsätzlich nur dann in Betracht kommt, wenn ihm allenfalls geringe Entscheidungsmöglichkeiten eingeräumt sind (BGH v. 14.10.2004 – III ZR 169/04, BGHZ 161, 6 ff. = BGHReport 2005, 20 m. Anm. Glauben = MDR 2005, 272 = NJW 2005, 286 ff. = VersR 2005, 362 ff.). Auch für den Fürsorgegedanken ist unter solchen Umständen kein Raum. Denn anders als ein abhängig Beschäftigter kann der gewerbliche Unternehmer über Art und Umfang seines Einsatzes selbst bestimmen; es steht ihm frei, die jedenfalls im Regelfall auch versicherbaren Haftungsrisiken einzugehen und deren Kosten in das von ihm geforderte Entgelt einzukalkulieren oder von der Übernahme der Tätigkeit abzusehen, wenn ihm das Risiko zu groß erscheint. Dies alles gilt auch ggü. der Bekl. Ihr ist eigenverantwortlich die ärztliche Behandlung der Zeugin A., gerade weil die Kl. nicht die nötige Fachkompetenz besaß und sie eine Fachklinik betreibt, vertraglich übertragen worden. Das damit verbundene Haftungsrisiko der Bekl. entspricht dem Risiko, das sie bei jeder ärztlichen Behandlung eingeht und das sie versichert. Es fehlt deshalb an einem inneren rechtfertigenden Grund, die Bekl. im Rahmen hoheitlicher Tätigkeit von ihrer vertraglichen Haftung ggü. der Kl. auch nur teilweise freizustellen.

5. Im Rahmen der Haftung der Bekl. ist auch nicht ein Mitverschulden der nachbehandelnden Truppenärzte oder etwa der Zeugin A. zu berücksichtigen.

a) Die Zeugin A. hat sich nach ihrer Entlassung aus der stationären Behandlung am 14.10.1999 bei dem behandelnden Truppenarzt, Stabsarzt Dr. G., vorgestellt, der sich noch in der Weiterbildung zum Facharzt für Allgemeinmedizin befand. Am 19.10.1999 stellte sie sich auf Empfehlung von Dr. G. bei Oberstabsarzt Dr. H. vor, Facharzt für Allgemeinmedizin. Im Hinblick darauf, dass der Entlassungsbericht der Bekl. als Fachklinik keine Einschränkung hinsichtlich der Frage der Vollbelastung ent-

hielt, haben beide Ärzte von sich aus keine Einschränkungen hinsichtlich der Vollbelastung mit der Zeugin besprochen. Soweit die Bekl. dies zunächst behauptet hatte, hat sie diesen Vortrag, nachdem der Senat der Kl. die Auflage erteilt hatte, zu diesem Punkt ergänzend vorzutragen, nicht mehr aufrechterhalten. Auch die Eintragungen auf der Patientenkarte der Zeugin A. enthalten keinen Hinweis auf ein solches Gespräch.

b) Nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. E. in der mündlichen Verhandlung v. 8.3.2006, ergänzt durch die schriftlichen Ausführungen v. 12.2.2006, ist dies den behandelnden Truppenärzten nicht vorzuwerfen, da sie sich auf den Entlassungsbericht der Bekl. verlassen durften. Es bestanden für sie, als Fachärzte für Allgemeinmedizin bzw. in der Weiterbildung zum Facharzt für Allgemeinmedizin befindlich, keine Anhaltspunkte dafür, an den Angaben der entlassenden Klinik zu zweifeln. Denn – so hat der Sachverständige nachvollziehbar ausgeführt – für einen Allgemeinarzt sei ein Enchondrom sehr selten. Er begegne dieser Erkrankung vielleicht einmal in seinem Berufsleben oder kenne sie nur aus dem Lehrbuch. Auch habe im vorliegenden Fall der behandelnde Truppenarzt keine Kenntnis von dem Ausmaß des Enchondroms und den ggf. mit der Operation verbundenen statischen Besonderheiten gehabt. Er habe in Unkenntnis dieser Verhältnisse und in Ansehung des Entlassungsberichts deshalb davon ausgehen können, dass Vollbelastung so gemeint gewesen sei, wie auch im Entlassungsbericht gestanden habe. Selbst wenn man ein Gespräch zwischen der Patientin und dem Arzt über die Verwendung von Unterarmgehstützen unterstellen würde, hätte der Arzt ohne Weiteres in Ansehung des Entlassungsberichts der Patientin erlauben dürfen, die Gehstützen wegzulassen. Denn wenn im Entlassungsbericht von Vollbelastung gesprochen werde, so sei damit aus seiner Sicht auch Vollbelastung ohne Einschränkung gemeint, andernfalls hätte von Vollbelastung unter Verwendung von Unterarmgehstützen gesprochen werden müssen. Daran ändere auch das Wort „prinzipiell“ in diesem Zusammenhang nichts.

Der weiterbehandelnde Arzt sei darauf angewiesen, dass das, was im Entlassungsbericht stehe, auch stimme und auch ernst gemeint sei. Dies gelte insbesondere bei einer seltenen Operation, wie sie hier durchgeführt worden sei. Gerade dann sei dies zwingend notwendig. Lediglich wenn begründete Zweifel an der Sinnhaftigkeit einer Anordnung des entlassenden Arztes bestehen, sei es üblich, dass der weiterbehandelnde Arzt telefonisch zurückfragt. Dieser Fall habe hier aber nicht vorgelegen, zumal kein eigener Erfahrungshorizont des weiterbehandelnden Arztes in Anbetracht des seltenen Krankheitsbildes vorhanden gewesen sei.

Der Senat folgt ohne Bedenken den Ausführungen des Sachverständigen Dr. E., Lehrbeauftragter für Allgemeinmedizin an der C.-Universität K. Er ist dem Senat aus anderen Verfahren als äußerst sorgfältig und fachkompetent bekannt. Seine Ausführungen waren in sich schlüssig, widerspruchsfrei und überzeugend, sie setzten sich differenziert mit den Einwendungen der Gegenseite auseinander.

c) Ein Mitverschulden der Zeugin A. ist ebenfalls nicht ersichtlich. Aus dem Entlassungsschreiben war für diese nicht zu entnehmen, dass sie nicht jedenfalls rund 4 Wochen nach Entlassung, d.h. zum Zeitpunkt des Unfalls, auf die Verwendung von Unterarmgehstützen verzichten konnte. Dies gilt auch für sie als Angehörige eines Sanitätsbataillons. Im Übrigen wird auf die Ausführungen unter 5b) Bezug genommen.

## Ärztliches Berufsrecht

6. Auch hinsichtlich der Höhe des geltend gemachten Schadens bestehen keine Bedenken. ...

#### Ärztliche Aufklärungs- und Geburtsleitungspflicht bei adipöser Zweitgebärender

BGB §§ 276, 278, 611, 823, 847

1. Dass eine Zweitgebärende ihr erstes Kind durch Kaiserschnitt zur Welt gebracht hat und nunmehr eine natürliche Geburt wünscht, enthebt den Arzt bei einer Risikolage nicht der Verpflichtung, darüber und die Möglichkeit einer Sectio aufzuklären.

2. Die Fehlprognose des Geburtsgewichts und das Nichterkennen der daraus resultierenden Risikolage führen nicht zur Haftung des Arztes wegen eines Aufklärungsversäumnisses, wenn er alle maßgeblichen Befunde sachgemäß erhoben und in vertretbarer Weise gedeutet hat.

3. Fehlen Anhaltspunkte für ein makrosomes Kind, erfordert die Geburtsleitung nicht die unmittelbare Anwesenheit eines Facharztes, wenn der Assistenzarzt einen genügenden Ausbildungsstand und hinreichende praktische Erfahrungen hat. Dies ist nicht dadurch infrage gestellt, dass die weitere Entwicklung des Kindes durch das McRoberts-Manöver misslingt.

4. Gelingt es der Hebamme nach einem hohen Schultergradstand und stillstehender Geburt, das Kind vollständig zu entwickeln, führt eine Schulterdystokie nicht zur Haftung des Krankenhauses, wenn nicht feststeht, dass die Hebamme in unsachgemäßer Weise auf das Kind eingewirkt hat.

OLG Koblenz, Urt. v. 18.5.2006 – 5 U 330/02, n.rkr.  
(LG Trier – 6 O 204/99)

(Einsender: RiOLG Ernst Weller, Koblenz)

#### Hinweis der Redaktion:

Den Volltext zu dieser Entscheidung können Sie kostenlos auf unserer website unter [www.gesr.de](http://www.gesr.de) abrufen.



## Ärztliches Berufsrecht

#### Wertung der Weiterbildungszeugnisse in der Facharztprüfung

HKG Niedersachsen §§ 35, 37, 38, 40 Abs. 1; WBO Niedersachsen §§ 12, 13

Der Prüfungsausschuss der Ärztekammer Niedersachsen entscheidet nach § 40 Abs. 1 HKG über den erfolgreichen Abschluss der Facharztausbildung nicht allein aufgrund des Ergebnisses der mündlichen Prüfung, sondern auch unter eigenständiger Wertung der Weiterbildungszeugnisse.

OVG Niedersachsen, Beschl. v. 20.4.2006 – 8 LA 15/05  
(VG Hannover – 5 A 146/02)

#### Aus den Gründen:

Der zulässige Antrag auf Zulassung der Berufung gem. § 124 Abs. 2 Nrn. 1, 2 und 5 VwGO ist unbegründet, da die dafür erforderlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind.

Die C. geborene Kl. begehrt ihre Anerkennung als Fachärztin für Hals-, Nasen- und Ohrenheilkunde (HNO). Nach dem erfolgreichen Abschluss ihres Medizinstudiums im Jahr 1988 begann sie im Jahr 1990 ihre HNO-Weiterbildung. Im September 1999 beantragte sie bei der Bekl. ihre Anerkennung als HNO-Fachärztin. Am 18.10.1999 wurde die Kl. von der Bekl. zur Prüfung zugelassen und zur mündlichen Prüfung am 24.11.1999 geladen. Die drei Mitglieder des Prüfungsausschusses, Herr Dr. D. als Vorsitzender sowie als Fachprüfer die Drs. E. und F., kamen laut Prüfungsprotokoll zu dem Ergebnis, dass die Prüfung nicht bestanden sei. Der Antrag der Kl. auf Anerkennung als HNO-Fachärztin wurde daraufhin von der Bekl. mit Bescheid v. 15.2.2000 abgelehnt. Nach erfolgloser Durchführung des Vorverfahrens hat die Kl. den Verwaltungsrechtsweg beschritten. Das VG hat den Klageantrag der Kl., die in erster Instanz nicht anwaltlich vertreten gewesen ist und ausweislich der Gründe des angefochtenen Urteils in der mündlichen Verhandlung Hilfe bei der Formulierung ihres Antrags abgelehnt hat, dahingehend verstanden, dass die Kl. unter Aufhebung der entgegenstehenden Bescheide die Verpflichtung der Bekl. begehre, ihr (der Kl.) die Gebietsanerkennung in der HNO-Heilkunde zu erteilen, und hilfsweise über ihren Widerspruch gegen den Bescheid der Bekl. v. 15.2.2000 neu zu entscheiden. Die so verstandene Klage hat das VG als unbegründet angesehen. ...

Die Kl. wendet sich zunächst mit der Verfahrensrüge gem. § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO gegen die durch das VG vorgenommene Auslegung des von ihr in der mündlichen Verhandlung gestellten (Hilfs-)Antrags. (Wird ausgeführt.)

Ernstliche Zweifel i.S.d. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO bestehen auch nicht an der Richtigkeit der Entscheidung des VG, dass die Verpflichtungsklage mit dem (Haupt-)Antrag keinen Erfolg hat, d.h. die Kl. keinen Anspruch auf Anerkennung als HNO-Fachärztin hat.

Diese Anerkennung erhält gem. § 35 Abs. 2 Nr. 1 HKG – der inhaltlich mit den zuvor geltenden Gesetzesfassungen übereinstimmt und (deshalb) insoweit keine Übergangsregelungen enthält –, wer eine Weiterbildung nach den §§ 37 und 38 HKG erfolgreich abgeschlossen hat. Die Weiterbildung hat gem. § 40 Abs. 1 S. 1 HKG erfolgreich abgeschlossen, wer nach abgeschlossener Berufsausbildung

1. die für die Weiterbildung vorgeschriebenen Weiterbildungsabschnitte durchlaufen hat und
2. vor dem Prüfungsausschuss der Kammer durch die Zeugnisse nach § 38 Abs. 5 und eine mündliche Prüfung nachgewiesen hat, dass er die erforderlichen besonderen Kenntnisse und Fertigkeiten besitzt.

Gem. § 41 Abs. 1 (Nrn. 7 und 8) HKG regelt die Bekl. in ihrer Weiterbildungsordnung das Nähere zur Ausgestaltung der Weiterbildung, insbesondere die Anforderungen an die Zeugnisse nach § 38 Abs. 5 HKG sowie Einzelheiten des Prüfungsverfahrens. § 20 Abs. 3 der Weiterbildungsordnung der Ärztekammer Niedersachsen (WBO) in der geltenden Fassung v. 27.11.2004, zuletzt geändert am 9.12.2005, bestimmt – in inhaltlicher Übereinstimmung mit den zuvor seit Beginn der Weiterbildung der Kl. im Jahr 1990 geltenden Fassungen der WBO –, dass Kammermitglieder, die ihre Weiterbildung vor In-Kraft-Treten einer neueren Fassung der Weiterbil-

## Ärztliches Berufsrecht

dungsordnung begonnen haben, diese grundsätzlich nach der zuvor geltenden Weiterbildungsordnung abschließen dürfen. Für die Kl. galt daher noch die WBO i.d.F. des Jahres 1990 fort, als sie ihre Weiterbildung begonnen hat. Dies gilt auch für die Zusammensetzung des Prüfungsausschusses und des Widerspruchsausschusses sowie das Verfahren vor diesen Ausschüssen. Zwar besagt § 20 Abs. 3 Satz 2 WBO n.F., dass insoweit die aktuelle Fassung der Weiterbildungsordnung maßgebend ist. Nach seinem Sinn und Zweck gilt diese Regelung aber nur für Prüfungen, die nach dem In-Kraft-Treten dieser neuen Fassung der WBO durchgeführt werden, um so eine einheitliche Zusammensetzung der genannten Ausschüsse zu gewährleisten. Hingegen sollte durch diese Rechtsänderung die Ausschusszusammensetzung nicht auch rückwirkend für bereits erfolgte Prüfungen – wie die der Kl. im Jahr 1999 – geändert werden. Insoweit sind vielmehr unverändert die zuvor geltenden Bestimmungen maßgebend, hier also der WBO 1990.

§ 11 Abs. 1 WBO 1990 bestimmt, dass die Ärztekammer über die Zulassung zur Prüfung entscheidet. Die Zulassung wird ausgesprochen, wenn die Weiterbildung ordnungsgemäß abgeschlossen sowie durch Zeugnisse und Nachweise belegt ist. Nach erfolgter Zulassung findet gem. § 12 Abs. 1 WBO 1990 in angemessener Frist die mündliche Prüfung vor dem Prüfungsausschuss statt. Dieser entscheidet gem. § 10 Abs. 2 S. 1 1990 WBO in der Besetzung mit drei Ärzten, von denen zwei die Anerkennung für das zu prüfende Gebiet besitzen müssen. Die mündliche Prüfung soll für jeden Ast. i.d.R. 30 Minuten dauern, § 12 Abs. 2 S. 2 WBO 1990. Nähere Einzelheiten zum Inhalt der Prüfung ergeben sich aus § 12 Abs. 3 WBO 1990. Danach erfolgt der Nachweis über Inhalt und Umfang der Weiterbildung durch Vorlage der Zeugnisse (Satz 1). Der Nachweis der erworbenen Kenntnisse erfolgt durch mündliche Darlegung vor dem Prüfungsausschuss (Satz 2). Nach Abschluss entscheidet der Prüfungsausschuss mehrheitlich, ob der Ast. die Weiterbildung erfolgreich abgeschlossen und die vorgeschriebenen besonderen oder zusätzlichen Kenntnisse in dem von ihm gewählten Gebiet erworben hat (Satz 3). Der Vorsitzende des Prüfungsausschusses teilt gem. § 13 Abs. 1 WBO 1990 der Ärztekammer das Ergebnis der Prüfung mit. Die Ärztekammer wiederum erlässt gem. § 13 Abs. 3 WBO 1990 bei Nichtbestehen der Prüfung einen schriftlichen Bescheid mit Begründung einschließlich der vom Prüfungsausschuss beschlossenen Auflagen.

Wie sich aus der in § 12 Abs. 3 S. 1 und 2 WBO 1990 enthaltenen Gegenüberstellung des Nachweises über Inhalt und Umfang der Weiterbildung durch Vorlage der Zeugnisse einerseits und des Nachweises der erworbenen Kenntnisse durch mündliche Darlegung vor dem Prüfungsausschuss andererseits ergibt und in der Rechtsprechung (vgl. VGH München, Urt. v. 15.3.1995 – 7 B 93.1159, NJW 1996, 1614 ff.; BVerwG, Beschl. v. 11.12.1995 – 3 B 46/95) und in der Literatur (vgl. Narr, a.a.O., W 144 f.) anerkannt ist, beschränkt sich die Aufgabe des Prüfungsausschusses nicht auf die Bewertung allein des so genannten Fachgesprächs, sondern bezieht sich auch auf die Beurteilung der vorhergehenden fachlichen Weiterbildung. Insoweit kann dahinstehen, ob der Prüfungsausschuss sowohl die Weiterbildungszeugnisse als auch die im Fachgespräch zutage getretenen Kenntnisse jeweils gesondert zu beurteilen (so VGH München, Urt. v. 15.3.1995 – 7 B 93.1159, NJW 1996, 1614 ff.) oder eine einheitliche Bewertung zu erfolgen hat. In jedem Fall hat der Prüfungsausschuss die Aufgabe, den erfolgreichen Abschluss der Weiterbildung auch anhand der vorgelegten Zeugnisse inhaltlich zu

überprüfen. Dem steht nicht – wie von der Kl. im Zulassungsantrag geltend gemacht wird – entgegen, dass zuvor bereits eine Zulassung nach § 11 Abs. 1 WBO 1990 erfolgt und danach Zulassungsvoraussetzung der durch Zeugnisse und Nachweise belegte „ordnungsgemäße“ Abschluss der Weiterbildung ist. Der Ärztekammer steht im Rahmen des Zulassungsverfahrens nicht die Befugnis einer abschließenden inhaltlichen Bewertung der Weiterbildung, sondern lediglich eine Prüfungskompetenz hinsichtlich der formalen Aspekte der vorgelegten Zeugnisse und Nachweise zu. Dies ergibt sich bereits aus dem unterschiedlichen Wortlaut des § 11 Abs. 1 WBO 1990 einerseits und des § 12 Abs. 3 S. 3 WBO 1990 andererseits. § 11 bezieht sich auf einen ordnungsgemäßen Abschluss der Weiterbildung, § 12 verlangt hingegen weitergehend den erfolgreichen Abschluss der Weiterbildung. Außerdem stünde die von der Kl. angenommene Bindungswirkung einer erfolgten Zulassung auch im Widerspruch zu § 40 Abs. 1 HKG. Danach entscheidet nämlich der – im Zulassungsverfahren noch nicht beteiligte – Prüfungsausschuss, nicht aber ein anderes Organ der Bekl. auch aufgrund der Weiterbildungszeugnisse, ob der Kandidat die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt. Von der Zulassung geht somit nicht die von der Kl. geltend gemachte Bindungswirkung aus. Vielmehr bedarf es für die von der Kl. begehrte Anerkennung als Fachärztin auch der Feststellung des erfolgreichen Abschlusses der Weiterbildung anhand der Zeugnisse. Bereits hieran scheidet der geltend gemachte Anerkennungsanspruch.

Eine entsprechende Feststellung ist nämlich nicht ersichtlich. Vielmehr ist der Kl. von den Prüfern auferlegt worden, ihre theoretischen und praktischen Kenntnisse zu verbessern. Es habe weder ein Diagnostik- noch ein Therapiekonzept bestanden. Ergänzend ist ihr nach ihren Angaben von beiden Fachprüfern vorgehalten worden, nicht über ausreichende praktische Erfahrungen zu verfügen. Soweit sie dem entgegenhält, dass sich das Gegenteil aus den von ihr eingereichten Zeugnissen ergebe, kann ihr nicht gefolgt werden. Den wesentlichen und abschließenden Teil ihrer Weiterbildungszeit hat sie vom März 1992 bis zum September 1996 in der von Prof. Dr. G. geleiteten HNO-Abteilung des H. verbracht. Dieser hat in seinem maßgeblichen Zeugnis v. 24.9.1997 nicht dazu angegeben, dass die Kl. überhaupt operativ tätig gewesen sei. Aus seinem ergänzenden Schreiben v. 13.2.1996 ergibt sich, dass die Kl. ihm zwar Operationsberichte mit der Bitte um Bestätigung vorgelegt habe. Er habe diese Bestätigung jedoch abgelehnt, da die ihm ursprünglich vorgelegte Liste viel zu umfangreich und insoweit unzutreffend gewesen sei. Bestätigt wurde lediglich die selbstständige Durchführung von dort im Einzelnen aufgeführten insgesamt 29 Eingriffen. Die Einschätzung der Prüfer, der Kl. mangle es an hinreichender praktischer Erfahrung, wird daher durch dieses Zeugnis jedenfalls hinsichtlich einer operativen Tätigkeit gerade nicht widerlegt, sondern unterstrichen. Zudem fehlt in dem Zeugnis v. 24.9.1997 die nach § 8 Abs. 1 S. 1 WBO 1990 zwingend erforderliche Stellungnahme, ob der weiterbildungsermächtigte Arzt – hier also Prof. Dr. G. – die Kl. für geeignet hält, die angestrebte fachärztliche Tätigkeit auszuüben. Ein gegenteiliges Ergebnis lässt sich schließlich auch nicht auf das – dem Datum nach – v. 15.9.1996 stammende Zeugnis des Herrn Dr. I., Ärztlicher Direktor im H., stützen. Dieses Schreiben widerspricht nämlich sowohl hinsichtlich der Aufgabenbeschreibung als auch hinsichtlich des Umfangs der von der Kl. durchgeführten Operationen grundlegend dem vorgenannten, ein Jahr später ausgestellten Zeugnis

## Ärztliches Berufsrecht/Apothekenrecht

von Prof. Dr. G., ohne dass dieser Widerspruch aufgeklärt worden und erkennbar ist, warum insoweit der Ärztliche Direktor des X über bessere Erkenntnisse als Prof. Dr. G. verfügt haben soll. Außerdem ist das hier maßgebende Weiterbildungszeugnis gem. § 8 Abs. 1 S. 1 WBO 1990 von dem ermächtigten Arzt auszustellen. Es ist jedoch nicht ersichtlich und wird von der Kl. auch nicht substantiiert geltend gemacht, dass Dr. I. als Ärztlicher Direktor des H. zur Weiterbildung in dem hier maßgebenden Gebiet der Hals-Nasen-Ohren-Heilkunde ermächtigt war. Auch wenn es offenbar zwischen der Kl. und Prof. Dr. G. zu Auseinandersetzungen gekommen ist, so rechtfertigt dies nicht, auf die nach § 8 Abs. 1 S. 1 WBO 1990 erforderliche Bescheinigung des weiterbildungsermächtigten Arztes zu verzichten und stattdessen Eigenbelege des Prüflings oder von dritten Personen zu akzeptieren. Auf die weitere Frage, ob das erst im November 2000, d.h. nach der Prüfung, vorgelegte Schreiben von Dr. I. überhaupt noch Berücksichtigung finden kann, kommt es daher nicht mehr an.

Unabhängig davon, dass die Kl. den erforderlichen erfolgreichen Abschluss der Weiterbildung somit nicht durch Vorlage hinreichender Zeugnisse belegt hat, kann ihr außerdem auch nicht in ihrer weitergehenden Annahme gefolgt werden, sie habe alle ihr im Fachgespräch gestellten Fragen zutreffend beantwortet, sodass ihr (auch) deshalb die beantragte Anerkennung zuzusprechen sei. (*Wird ausgeführt.*)

(Einsender: *Veröffentlichungsverein der Mitglieder des Niedersächsischen OVG*)

Faltenunterspritzen unterliegt Heilpraktikervorbehalt

HPG § 1 Abs. 1 und 2

Bei der Tätigkeit des Faltenunterspritzens im Mund- und Nasolabialbereich mit injizierbaren Implantaten handelt es sich um Ausübung der Heilkunde i.S.d. § 1 Abs. 2 HPG, sodass eine Heilpraktikererlaubnis erforderlich ist. Das Injizieren erfordert neben dem notwendigen allgemeinen Wissen bei der Verabreichung von Injektionen zusätzliche Kenntnisse über den Aufbau und die Schichten der Haut sowie über den Verlauf von Blutgefäßen, Nervenbahnen und Muskelsträngen im Gesichtsbereich. Die Teilnahme an einem Seminar im Rahmen der Tätigkeit als Kosmetikerin, bei dem die Technik des Spritzens als solche im Vordergrund stand, reicht nicht aus, um notwendige anatomische Kenntnisse nachzuweisen.

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 28.4.2006 – 13 A 2495/03  
(VG Gelsenkirchen – 7 K 2549/01)

### Hinweis der Redaktion:

Den Volltext zu dieser Entscheidung können Sie kostenlos auf unserer website unter [www.gesr.de](http://www.gesr.de) abrufen.

Voraussetzung für die Anerkennung als „Praktischer Arzt“

HeilBerG NRW § 44a; HeilberG NRW a.F. §§ 54 bis 57  
Für die Anerkennung der Bezeichnung „Praktischer Arzt“ (nach dem früher geltenden IV. Abschnitt des Heilberufsgesetzes Nordrhein-Westfalen) reicht eine frühere Tätigkeit des Antragstellers in Kliniken/Klinikambulanzen für Herz- und Gefäßchirurgie nicht aus.

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10.4.2006 – 13 A 1414/03  
(VG Düsseldorf – 3 K 6052/02)

(Einsender: *Veröffentlichungskommission der Richter des OVG Nordrhein-Westfalen*)

### Hinweis der Redaktion:

Den Volltext zu dieser Entscheidung können Sie kostenlos auf unserer website unter [www.gesr.de](http://www.gesr.de) abrufen.



## Ärztliches Berufsrecht/Apothekenrecht

Beleihung zum Erlass berufsordnungsrechtlicher Verwaltungsakte

VwGO § 80 Abs. 5; ThürHeilBG § 5 Abs. 2

1. Die Befugnis zum Erlass berufsordnungsrechtlicher Verwaltungsakte kann grundsätzlich nicht auf zivilrechtlicher Grundlage auf eine Privatperson übertragen werden. Statthaft ist nur eine Beleihung.

2. Die wirksame Beleihung erfordert eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage, die im Thüringer Heilberufegesetz nicht enthalten ist.

OVG Thüringen, Beschl. v. 27.2.2006 – 2 EO 967/05  
(VG Meiningen – 1 E 468/04 Me)

Aus dem Tatbestand:

Aus den Gründen:

Der Ast. ist Apotheker und betreibt die W-Apotheke in W.

Mit einer Ordnungsverfügung v. 30.6.2004 forderte die Ag. den Ast. unter Androhung der Festsetzung eines Zwangsgeldes auf, sich während der Notdienstbereitschaft in unmittelbarer Nähe des Ladenlokals aufzuhalten, ergänzende Hinweise im Eingangsbereich anzubringen und auch während der Notdienstbereitschaft rezeptfreie Arzneimittel abzugeben. Zugleich ordnete sie die sofortige Vollziehbarkeit der Verfügung an. Zur Begründung führte sie aus, dass die Durchführung des Bereitschaftsdienstes durch den Ast. für Kunden Anlass zu Beschwerden gegeben habe.

Mit bei der Ag. am 9.7.2004 eingegangenem Schreiben hat der Ast. Widerspruch eingelegt und am 20.7.2004 bei dem VG Meiningen um einstweiligen Rechtsschutz

## Ärztliches Berufsrecht/Apothekenrecht

nachgesucht. Er hat gemeint, dass er die einschlägigen Regeln der Apothekenbetriebsordnung einhalte und den Bereitschaftsdienst beanstandungsfrei versehe. ...

Mit Bescheid v. 25.10.2004 hat die Ag. den Widerspruch zurückgewiesen. Am 17.11.2004 hat der Ast. gegen den Bescheid Klage erhoben, über die bislang nicht entschieden ist.

Mit Beschluss v. 16.8.2005 hat das VG die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels wiederhergestellt, soweit der Ast. verpflichtet werden sollte, sich während der Notdienstbereitschaft in unmittelbarer Nähe zum Ladenlokal aufzuhalten. Zugleich hat es die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels gegen die Androhung der Festsetzung eines Zwangsgeldes zur Durchsetzung dieser Verfügung angeordnet.

Gegen diesen ihm am 19.8.2005 zugestellten Beschluss hat der Ast. am 23.8.2005 Beschwerde erhoben. ...

II. Die Beschwerde des Ast. hat Erfolg. Der Beschwerdeantrag des Ast. ist in der Form, die er durch Auslegung gem. § 88 VwGO gefunden hat, zulässig. (*Wird ausgeführt.*)

Die Beschwerde ist aus den vom Ast. aufgeführten Gründen (§ 146 Abs. 4 Satz 4 VwGO) auch begründet. Der Beschluss des VG ist abzuändern und die aufschiebende Wirkung der Klage des Ast. gegen den Bescheid v. 30.6.2004 i.d.F. des Widerspruchsbescheides v. 25.10.2004 hinsichtlich der in Ziff. 1 enthaltenen Grundverfügung wieder herzustellen und hinsichtlich der in Ziff. 2 ausgesprochenen Vollstreckungsandrohung anzuordnen.

Sowohl Widerspruch als auch Anfechtungsklage haben regelmäßig aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 1 VwGO). ...

Die im Rahmen der Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO gebotene summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage führt hier zu der Feststellung, dass die angefochtene Ordnungsverfügung offensichtlich rechtswidrig ist. Sie leidet an einem erheblichen Mangel, da sie nicht, wie es § 5 Abs. 2 Thüringer Heilberufegesetz vorschreibt, von der Ag. selbst als der zuständigen Behörde erlassen wurde.

Gem. § 5 Abs. 2 Thüringer Heilberufegesetz können die Kammern ihre Mitglieder betreffende Verwaltungsakte erlassen, insbesondere auch zur Durchsetzung der Berufspflichten der Kammerangehörigen. Hier ist die streitgegenständliche Verfügung jedoch nicht von der Kammer – der Ag. – erlassen worden. Der Prozessbevollmächtigte der Ag., der sowohl die Ordnungsverfügung v. 30.6.2004 als auch den Widerspruchsbescheid v. 25.10.2004 unterzeichnet hat, war nicht befugt, für die Ag. zu handeln und Ordnungsverfügungen zu erlassen.

Eine Beleihung des Prozessbevollmächtigten mit der Aufgabe der Durchführung von berufsordnungsrechtlichen

Verwaltungsverfahren scheidet hier als Befugnisgrundlage aus. Eine Beleihung setzt stets eine gesetzliche Ermächtigung voraus, weil damit Hoheitsmacht übertragen wird (BVerfG, Beschl. v. 20.2.1986 – 1 BvR 859/81, NJW 1987, 2501; Kopp, VwVfG, § 1 Rz. 58). Eine gesetzliche Regelung, die eine derartige Beleihung eines privaten Unternehmers im vorliegenden Fall gestattet, existiert nicht. Der Prozessbevollmächtigte der Ag. handelte als Privatmann und nicht als Hoheitsträger. Eine Ermächtigungsgrundlage, die es ihm in dieser Eigenschaft erlaubt, berufsordnungsrechtliche Verwaltungsakte zu erlassen, gibt es ebenfalls nicht.

Eine Ordnungsverfügung darf nur von einer Behörde erlassen werden. Eine Behörde kann sich dabei nicht wirksam durch einen Beauftragten mittels eines zivilrechtlichen Geschäftsbesorgungsverhältnisses vertreten lassen. Jedenfalls Ermessensentscheidungen können nur von einem Träger öffentlicher Verwaltung getroffen werden; die Vertretungsmacht seiner jeweiligen Organe kann nicht durch gewillkürte Vertretung verdrängt oder ergänzt werden (BVerwG, Beschl. v. 24.1.2005 – 20 F 2.04; ThürOVG, Beschl. v. 19.12.2003 – 10 SO 905/02). Dies würde auch bedeuten, dass die oben dargestellten Voraussetzungen einer Beleihung umgangen würden. Auf eine solche unzulässige gewillkürte Vertretung beruft sich hier aber der Prozessbevollmächtigte der Ag. Er trägt selbst vor, dass er von ihr beauftragt sei, das berufsordnungsrechtliche Verwaltungsverfahren durchzuführen. Daraus leitet er offensichtlich auch die Befugnis ab, an Stelle der nach der gesetzlichen Regelung dazu allein berufenen Ag. tätig zu werden und für sie das Ermessen auszuüben. Es kommt noch hinzu, dass weder aus den Verwaltungsvorgängen noch aus dem Vortrag der Ag. im gerichtlichen Verfahren erkennbar wird, dass sie bzw. eines ihrer vertretungsberechtigten Organe selbst in irgendeiner Weise an der Entscheidung beteiligt gewesen ist. Vielmehr hat der Prozessbevollmächtigte der Ag. nicht nur das Anhörungsverfahren, die Entscheidung über das Ob und Wie der Ordnungsverfügung als auch das Widerspruchsverfahren kraft seiner vermeintlichen Befugnisse selbst vollzogen. Dass der Prozessbevollmächtigte der Ag. annahm, die umfassende Kompetenz zur Ausübung der ordnungsrechtlichen Eingriffsbefugnisse zu besitzen, wird auch daraus ersichtlich, dass er gegen den Ast. gerichtete Ordnungswidrigkeitenverfahren nach der Apothekenbetriebsordnung durchführte und die Bußgeldbescheide selbst unterzeichnete.

Da es an einem rechtmäßigen vollziehbaren Grundverwaltungsakt mangelt, ist die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die unter Ziff. 2 des streitgegenständlichen Bescheides angedrohte Festsetzung eines Zwangsgeldes anzuordnen.

(Einsender: Veröffentlichungsreferat des Thüringer OVG)

## Rezensionen

*Halbe/Schirmer (Hrsg.), Handbuch Kooperationen im Gesundheitswesen, Rechtsformen und Gestaltungsmöglichkeiten, Heidelberg (Economica Verlag, Verlagsgruppe Hühbig, Jehle, Rehm) 2005, Loseblatt, 822 S., 118,00 €*

Im Gesundheitswesen müssen die Leistungen „ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein“; sie dürfen das „Maß des Notwendigen“ nicht überschreiten (§ 12 Abs. 1 S. 1 SGB V). Die demographische Entwicklung – immer mehr Leistungsbezieher bei immer weniger Beitragszahlern – birgt die Gefahr, dass nur noch eine „Minimalversorgung“ finanzierbar ist und dem Wirtschaftlichkeitsgebot entspricht. Demgegenüber konkurrieren die Leistungserbringer um die Erbringung optimalen Leistungen: Jeder will der Beste sein. Dies erfordert nicht nur in Krankenhäusern und bei Ärzten – Rechtsanwältin sind davon nicht ausgenommen – eine selbstbeschränkende Spezialisierung. Die Selbstbeschränkung beinhaltet den Ausschluss von Leistungen, die nicht optimal erbracht werden können. Soll dadurch das Leistungsangebot nicht verkleinert werden, müssen mehrere Spezialisten zusammenarbeiten. Die Verbesserung des Leistungsangebots aufseiten der Leistungserbringer führt damit sowohl zur Spezialisierung wie auch zu einer das Spezialgebiet fachübergreifenden Kooperation.

Rechtsformen und Gestaltungsmöglichkeiten solcher Kooperationen der Leistungserbringer sind in der Loseblattsammlung „Kooperationen im Gesundheitswesen“ als Handbuch zusammengestellt. Sie wird herausgegeben von Halbe, Rechtsanwalt in Köln, und Schirmer, Leiter der Rechtsabteilung bei der Kassenzentralen Bundesvereinigung und der Bundesärztekammer in Berlin. Autoren sind insgesamt 17 spezialisierte Medizinrechtler. Die Erfahrungen und Kenntnisse der jeweiligen Autoren bürgen für die theoretisch zuverlässige und in der Praxis relevante Darstellung der Problembereiche. Dabei sind die Einzelbeiträge stets gut lesbar und verständlich – auch für Nichtjuristen.

Den dargestellten Kooperationsformen ist die „Berufsausübungsge-

meinschaft“ (Halbe/Rothfuß, Ordnung-Nr. A 1100) vorangestellt. Unter diesem Begriff wird nach § 18 Abs. 1 MBO-Ä 2004 die zuvor noch geltende Unterscheidung von Gemeinschaftspraxis und Ärztepartnerschaft (gem. § 22 MBO-Ä 2003) zusammengefasst. Der Begriff der „Gemeinschaftspraxis“ wird nunmehr synonym mit dem der Berufsausübungsgemeinschaft verwendet. Rechtsgrundlage der Berufsausübungsgemeinschaft ist entweder eine Partnerschaft oder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Bei Letzterer ist nach wie vor umstritten, ob und inwieweit die Partner am immateriellen und materiellen Gesellschaftsvermögen zu beteiligen sind (vgl. hierzu A 1100, Rdnr. 67 ff.). Gegenüber der Annahme, eine Beteiligung am materiellen Gesellschaftsvermögen sei nicht notwendig (vgl. A 1100, Fn. 147, unter Berufung auf eine Entscheidung des BSG von 1973), ist jedoch Vorsicht angezeigt: Dieser stehen nach Auffassung von Engelmann, Senatsvorsitzender beim BSG, vertragsärztliche Anforderungen entgegen (ZMGR 2001, 3 [12 sub lit. d.]). Dies zeige das Erfordernis eines „Praxissubstrats“, das bei einer Nachbesetzung in einem wegen Überversorgung gesperrten Planungsbereich vorhanden sein müsse (BSGE, 85, 1, [5]; entgegen Fiedler, NZS 2003, 574 [576]). Deshalb müsse ein Arzt, der in eine Berufsausübungsgemeinschaft aufgenommen werden solle, für die Dauer der üblichen Anlaufphase von maximal 3 Jahren in eine auch vermögensrechtliche Beteiligung hineinwachsen (Engelmann, a.a.O., S. 12). Diese Voraussetzungen schließen es auch aus, dass ein Arzt als Mitglied einer Berufsausübungsgemeinschaft nur die Stellung eines sog. freien Mitarbeiters innehat (Engelmann, ZMGR 2001, 3 [11 li. Sp.]). Wohl aus diesem Grund wird ein solches Rechtsverhältnis als mögliche Kooperationsform in dem Handbuch nicht erwähnt.

Innovative Kooperationsformen wie die „Heilkunde-GmbH“ und „Ärztegesellschaft“ werden vorgestellt (Broglie, A 1500 Rdnr. 28 ff.; Schiller/Broglie, A 1600 Rdnr. 13–18). Nach der Rechtsprechung des BGH stehen die Regelungen der Bundes-

ärzteordnung (BÄO) in der Fassung vom 4.2.1970, BGBl. I, 237) der Zulässigkeit der Heilkunde GmbH nicht entgegen (BGHZ 70, 158 [166 f.]; A 1600, Rdnr. 45). Leider wird diese in den unterschiedlichen Bezirken der Landesärztekammern immer noch verschieden gehandhabt (A 1600, Rdnr. 47–57). Die Verfassungsmäßigkeit eines GmbH-Verbots stellen die Autoren indes zu Recht infrage (A 1600, Rdnr. 58 ff.).

Eingehend befassen sich die Autoren mit sog. neuen Versorgungsformen, wie sie das GKV-Modernisierungsgesetz vorsieht (GMG vom 14.11.2003, BGBl. I, 2190). Hierzu gehören besonders die „Medizinischen Versorgungszentren“ (Halbe/Orlowski/Schirmer, B 1400), bei denen u.a. die Polikliniken der einstigen DDR „Pate gestanden“ haben. Ein „Produkt“ des Gesetzes zur Reform des Strukturausgleichs in der gesetzlichen Krankenversicherung (vom 10.12.2001, BGBl. I, 3465) sind die „Disease-Management-Programme“ (DMPs, Grüne, B 1600), bei denen der Autor am Ende zu recht darauf hinweist, dass es nicht zu einer „sachwidrigen Diskriminierung der Leistungserbringer“ kommen dürfe (Grüne, B 1600, Rdnr. 100).

Zum Krankenhaus enthält das Handbuch eine Übersicht über ambulantes Operieren (Nösser/Korthus, C 1400), Belegarztstätigkeit (Kallenberg, C 1500) und Möglichkeiten der Kooperationen, Fusionen, Management-Verträge sowie Privatisierungen (Willebrand, C 1700).

Übergreifende Aspekte werden im Kapitel über persönliche Leistungserbringung in der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung (Steinbiller, E 1200), telemedizinische Kooperationen (Hanika, E 1400) und betriebswirtschaftliche Aspekte (Oberender/Fleckenstein, E 1600) behandelt.

Sehr hilfreiche steuerrechtliche Hinweise, z.B. zur Gründung und Auflösung einer Gemeinschaftspraxis (Wilms, A 1100, Rdnr. 197 ff. und 243 ff.), runden das Gesamtwerk ab. Leider vermisst man noch Formulierungsvorschläge oder Vertragsmuster. Diese harren einer Ergänzung bzw. Nachlieferung wie auch das Stichwort-Verzeichnis, für das bereits eine Ordnerinteilung

## Heilmittelwerberecht

vorgesehen ist. Beigelegt werden in dessen die einschlägigen normativen Materialien (M 1000–4100, die der Fachmann freilich ohnedies zur Hand hat).

Insgesamt ist das Handbuch zu Kooperationen im Gesundheitswesen ein fundiertes Nachschlagewerk für die medizinrechtliche Praxis. Es kommt nicht nur den rechtlichen Beratern zugute. Berufsvertreter, die bei Ärztekammern, Kassenärztlicher Vereinigung und Krankenkassen tätig sind, können sich daraus ebenso „schlau machen“ wie Krankenhausdirektoren und freiberuflich tätige Ärzte. Der Verlag *Economica* hat deren Bedarf richtig erkannt. Die wahrscheinlich weite Verbreitung des Werkes wird dem Rechnung tragen.

RA FAArbR und FAMedR  
Dr. Martin Wesch, Stuttgart

*Ilka Heinemeyer, Elektronische Datenverarbeitung in den neuen medizinischen Versorgungssystemen, Frankfurt a.M. (Peter Lang Verlag) 2005, Europäische Hochschulschriften, Bd. II/4240, 188 S., 39,00 €*

In ihrer Marburger Doktorarbeit untersucht die Verfasserin die Voraussetzungen für die elektronische Datenverarbeitung in den neuen medizinischen Versorgungssystemen. Bearbeitet werden in diesem Zusammenhang die Modellvorhaben gemäß § 63 SGB V, Strukturverträge gemäß § 73a SGB V, die hausarztzentrierte Versorgung gemäß § 73b SGB V und die integrierte Versorgung gemäß § 140 ff. SGB V. Die Medizinischen Versorgungszentren (MVZ) werden nicht behandelt. Diese Untersuchung macht lediglich ca. 26 Seiten des Textes aus.

Den wesentlichen Teil bilden die allgemeinen Darstellungen der datenschutzrechtlichen Grundlagen, die allgemeinen datenschutzrechtlichen Anforderungen sowie die Datenverarbeitung beim Arzt und im Krankenhaus (S. 9–118). Das scheint ein wenig der Hauptfehler von arztrechtlichen Doktorarbeiten zu sein, dass nämlich ein großer allgemein gehaltener Vorspann vor die eigentliche Arbeit gesetzt wird. Insoweit kann über die vorliegende Arbeit verhältnismäßig wenig gesagt werden, wobei die gesamte Untersuchung daran krankt, dass sich die Verfasserin eingangs nicht zu einer deutlich formulierten Zweckbestimmung der Dokumentationspflicht durchringen

kann, was sich später dann in der Frage der Aufbewahrungsdauer als Problem erweist. Nach der Rechtsprechung des BGH und der überwiegenden sonstigen Rechtsprechung dient die Dokumentationspflicht therapeutischen Zwecken. Der behandelnde Arzt oder ein anderer Arzt müssen durch die Dokumentation in die Lage versetzt sein, die Behandlung fortzusetzen oder frühere Behandlungsmaßnahmen zu rekonstruieren. Soweit die therapeutische Dokumentationspflicht reicht, kann die Dokumentation auch zu beweisrechtlichen Zwecken herangezogen werden. Ein eigener Zweck ist der Beweis nicht. Daraus folgt, dass die übliche Aufbewahrungsdauer von zehn Jahren ausreicht und nicht auf die 30-jährige zivilrechtliche Schranke der Verjährung zurückgegriffen werden muss. Dem dürfte im Übrigen auch § 35 Abs. 2 Nr. 3 BDSG entgegenstehen, der die Vernichtung nicht mehr benötigter Daten anordnet. Diese Vorschrift scheint in einigen Teilen Deutschlands schon dazu geführt zu haben, dass in Kliniken die Daten nach zehn Jahren vernichtet werden müssen.

Die eigentliche Arbeit bringt nichts wesentlich Neues. Die Probleme sind relativ deutlich. Die Dokumentation auf elektronischen Datenträgern muss zum einen so gut und schnell verfügbar sein wie eine Dokumentation in Papierform und sie muss für den ganzen Zeitraum der Aufbewahrungsdauer zur Verfügung stehen. Das stellt gewisse technische Anforderungen an die Datenverarbeitung. In den neuen medizinischen Versorgungssystemen kommt das Problem des Datentransfers hinzu. Nach der geltenden Rechtslage lässt sich dieser nicht ohne schriftliche Einwilligung bewerkstelligen. Dabei dürfte entgegen der Ansicht der Verfasserin eine Generaleinwilligung genügen. Insoweit ist *Rieger* (MedR 1998, 75 [80]) Recht zu geben. Die Lösung der Verfasserin ist nicht nur unpraktikabel, sondern verlangt auch noch das Eingreifen des Gesetzgebers, um ein entsprechendes Ergebnis zu erreichen. Das überzeugt in keiner Weise.

Alles in allem bleibt der Eindruck einer Arbeit, die letztlich überflüssig ist. Kleinere Unsauberheiten im Satz und sonstige Ungenauigkeiten treten hinzu. Zum Beispiel fehlt im Literaturverzeichnis wesentliche Literatur, etwa die Arbeit von *Hermeler* (Rechtliche Rahmenbedingungen ...). Selbst bei der Recherche nach sehr abgelegenen Materien im

Bereich der Datenverarbeitung von Krankenakten ist die Arbeit mit Vorsicht zu genießen, zumal die Ergebnisse nicht immer überzeugen.

Prof. Dr. Bernd-Rüdiger Kern,  
Universität Leipzig

*Jochem Gröning und Claudia Weihe-Gröning, Heilmittelwerberecht, Kommentar zum deutschen und europäischen Recht, Stuttgart (Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft) 2006, Loseblattausgabe, einschl. 2. Erg. Lfg., 2 Bände, 850 S., 188,00 €*

Wer nicht wirbt, der stirbt. Dieser Satz gilt auch im Grundsatz für den Bereich der Arzneimittel (sowie der Medizinprodukte). Nur in diesem speziellen Bereich hat der Gesetzgeber, durch europarechtliche Vorgaben „sanft“ gelenkt, mit dem Heilmittelwerbe-gesetz (HWG) eine nationale Regelung geschaffen, die dem Schutz des Verbrauchers einerseits und den Interessen der pharmazeutischen Unternehmer andererseits Rechnung tragen will. Ob dieser Spagat gelungen ist, ist unter den Kommentatoren zum Heilmittelwerbe-gesetz nach wie vor nicht unumstritten. Auch der hier zu besprechende Kommentar thematisiert – wie andere Kommentatoren auch – bei den Ausführungen zu § 11 die Frage ausführlich, ob der nationale Gesetzgeber die einschlägigen europarechtlichen Richtlinien vollständig in nationales Recht umgesetzt hat oder nicht. Man mag sich auf die alte deutsche Rechtsregel zurückziehen, wonach zweier Zeugen Mund die Wahrheit kund tue. Befriedigend ist das so gefundene Ergebnis für die Normanwender in der Praxis allemal nicht.

Nun ist es nicht ureigenste Aufgabe eines Kommentators, die Mängel des Gesetzes zu beklagen. Er hat es zunächst einmal zu nehmen, wie es ist. Gleiches gilt auch für den Rezensenten. Der „Gröning“ ist zurzeit zweifellos der aktuellste Kommentar zum HWG. Gleichwohl gibt es einige inhaltliche wie formale Dinge anzumerken, die den Gebrauch des Kommentars beeinträchtigen. Das HWG richtet sich in erster Linie an die pharmazeutischen Unternehmer, die für ihre Produkte werben wollen. Der Nutzer vermisst aber das Fehlen von Hinweisen auf die teilweise durchaus parallel zum HWG bestehenden Regelungen der Berufsordnung für die deutschen Ärzte. Der (magere) Hinweis auf den BPI-

---

**Heilmittelwerberecht**

Kodex (als berufsrechtliche Regelung) vermag dieses Manko nicht auszugleichen. Auch die beachtliche Rechtsprechung zu §§ 331 ff. StGB findet sich nicht abgebildet (Stichwort Drittmittelwerbung durch Medizinprofessoren). Schade.

Zum Formalen: Die Literaturzitate generell sind gewöhnungsbedürftig. Normalerweise werden die Autoren in Literaturverzeichnissen alphabetisch zitiert. Die Autoren dieses Kommentars haben sich für eine etwas abweichende Art entschieden, nämlich die chronologische. Dies mag im Ergebnis angehen. Erweitern könnte man die Kommentierung auch noch um einen Blick ins AMG: Dort könnte man den Aspekt abhandeln, dass sich die Pharmaüberwachung nach §§ 64 ff. AMG auch auf Werbematerial bezieht, welches dem HWG unterfällt. Hier gäbe es durchaus noch spannende Fragen zu

bearbeiten. Welche tiefere Ursache allerdings dahinterstecken mag, bei umfangreicheren Literaturverzeichnissen die Autorennamen teils kursiv, teils nicht kursiv zu setzen, hat sich dem Verfasser dieser Zeilen nicht erschließen können.

Der zweite Band enthält die europarechtlichen Vorschriften. Abgedruckt ist die Richtlinie 2001/83/EG samt Anhängen. Kommentiert ist die Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Arzneimittel auszugsweise beim 42. bis 53. Erwägungsgrund sowie bei den Art. 86 bis 88, die für die Arzneimittelwerbung einschlägig sind. Es schließt sich an der Kommentar zur Richtlinie 92/28/EWG über die Werbung für Humanarzneimittel, die ausgenommen die Art. 1 bis 3 vollständig kommentiert ist. Für den Nutzer des Kommentars

ist diese Konzentration der europarechtlichen Vorschriften in einen gesonderten Band überaus praktisch, weil sich die Kommentierung nicht über diejenige zum Heilmittelwerbegesetz hinweg verteilt.

Alles in allem hinterlässt dieses zweibändige Werk beim Nutzer einen positiven Eindruck. Obgleich der Rezensent im Allgemeinen nicht den Ruf eines Freundes von Loseblattwerken genießt, erscheint der Aufbau als Loseblattsammlung hier einmal vernünftig, weil dies angesichts der noch zu erwartenden Änderungen des Gesetzes (durch das Gesetz zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit in der Arzneimittelversorgung vom 26.4.2006 hat es z.B. gerade wieder einmal eine gegeben) künftig eine rasche Aktualisierung des Werkes ermöglicht.

*Dr. iur. Hans-Dieter Lippert, Ulm*







# Impressum

**Herausgeber:** RA Dr. Martin Rehborn,  
RA Dr. Rudolf Ratzel  
Sozietät Dr. Rehborn, Büro Dortmund  
Westenhellweg 40-46 · 44137 Dortmund  
Tel.: (0231) 91599-12 · Fax: 91599-15  
E-Mail: vorz.m.rehborn@rehborn-do.de

**Verlag:** Verlag Dr. Otto Schmidt KG  
Gustav-Heinemann-Ufer 58 · 50968 Köln  
www.otto-schmidt.de

## Redaktion:

Herausgeber-Redaktion:  
RAin Astrid von Schweinitz (Redakteurin)  
Sozietät Dr. Rehborn, Büro Dortmund  
Anschrift, Telefon, Fax s.o.  
E-Mail: vonschweinitz@rehborn-do.de

Verlags-Redaktion:  
RAin Manuela Käufer (Redakteurin)  
Melihan Aggüel (Redaktionsassistentin)  
Gustav-Heinemann-Ufer 58 · 50968 Köln  
Tel.: (0221) 93738-186 · Fax: 93738-906  
E-Mail: gesr@otto-schmidt.de

**Satz und Druck:** Appel & Klinger  
Druck und Medien GmbH  
Mittelstraße 9 · 96317 Kronach  
E-Mail: info@ak-druck-medien.de

**Anzeigenleitung:** Renate Becker  
Tel.: (0221) 93738-421 · Fax: 93738-942  
E-Mail: becker@otto-schmidt.de  
Stadtsparkasse KölnBonn (BLZ 370 501 98)  
Konto 306 021 55 und Postbank Köln  
(BLZ 370 100 50) Konto 539 50508  
Gültige Anzeigenpreisliste: Nr. 5/2006  
ISSN 1610-1197

## Abonnement

Die GesR erscheint einmal im Monat. Der Preis für das Jahresabonnement beträgt 229 €. Alle Preise zuzüglich Versandkosten (jährlich 10,90 € im Inland und 21,90 € im Ausland), die Mehrwertsteuer ist in gesetzlicher Höhe enthalten. Kostenloses Probe-Abonnement von drei Ausgaben. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Jahresende erfolgen. Erfüllungsort und Gerichtsstand: Köln.

## Urheber- und Verlagsrechte

Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt.

1. Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Annahme des Manuskripts gehen für die Dauer von vier Jahren das ausschließliche, danach das einfache Nutzungsrecht vom Autor auf den Verlag über, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Dieser urheberrechtliche Schutz gilt auch für Entscheidungen und deren Leitsätze, soweit sie redaktionell oder vom Einsender redigiert bzw. erarbeitet wurde. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer, elektronischer und anderer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Diensten.

2. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen nur als Einzelkopien für den persönlichen Gebrauch hergestellt werden.

## Hinweise für Einsender

Bitte senden Sie alle Aufsatzmanuskripte, zum Abdruck bestimmte Gerichtsentscheidungen und Rezensionen unmittelbar an die Herausgeber-Redaktion. Bei der Einsendung von Entscheidungen sind wir für den Hinweis dankbar, ob sie rechtskräftig sind. Bitte geben Sie mit der Einsendung Ihre Bankverbindung an.

Ihre Manuskripte senden Sie uns bitte per Datei oder per E-Mail. Bei der Übersendung von Disketten bitten wir zusätzlich um Überlassung eines Ausdrucks des Manuskripts und um Angabe des verwendeten Systems.



