

## JUS-Letter

Dezember 2014 | Jahrgang 14 | Ausgabe 4

## BDAktuell

## In dieser Ausgabe:

<b>Vorsicht Falle – unwirksame Einwilligung bei Operation durch Chefarztvertreter</b>	667
<b>EuGH: Abgabe von Medikamenten durch ermächtigte Ärzte – Umsatzsteuerpflicht?</b>	670
<b>Neuer Musterprozess des BDA: Verordnungsfähigkeit Qutenza</b>	670

**Vorsicht Falle – unwirksame Einwilligung bei Operation durch Chefarztvertreter**
**Dr. iur. E. Biermann, Nürnberg****Einwilligung des Wahlleistungspatienten personenbezogen**

Ein Patient vereinbart mit dem Krankenhaus wahlärztliche Leistungen durch den Wahlarzt einer Fachabteilung; für den Fall der unvorhergesehenen Verhinderung des Wahlarztes erklärt er sich mit der Leistungserbringung durch einen namentlich benannten ständigen ärztlichen Vertreter einverstanden. Der Verhinderungsfall tritt ein, die Leistung wird durch einen ständigen ärztlichen Vertreter erbracht. Alles gut? Aber nur, wenn man dem Oberlandesgericht (OLG) Hamm<sup>1</sup> folgen darf. Dieses ließ den Einwand eines Patienten nicht gelten, der Eingriff sei rechtswidrig gewesen, weil er von einem ständigen ärztlichen Vertreter (Beklagter zu 3) durchgeführt worden sei und nicht von dem Wahlarzt (Beklagter zu 2): „Eine Einwilligung zur Operation, bei der der Patient durch Absprache über die Person des Operateurs besonderen Wert auf die Durchführung gerade durch diesen Arzt legt, kann zwar nicht in eine allgemeine Einwilligung zur Operation durch andere Ärzte umgedeutet werden. ... Dass es dem Kläger jedoch gerade um eine Operation durch den Beklagten zu 2 gegangen ist, lässt sich dem in den Krankenunterlagen befindlichen Einverständniserklärungen indes nicht entnehmen. ... Vielmehr ergibt sich sogar ausdrücklich aus der von ihm selbst mit der Klageschrift

vorgelegten Wahlleistungsvereinbarung, dass dem Kläger ausdrücklich der Beklagte zu 3 als Vertreter des Chefarztes benannt worden ist.“

**OLG Braunschweig – Informationspflicht**

Das OLG Braunschweig<sup>2</sup> sieht dies anders. Folgenden Sachverhalt hatte das Gericht zu beurteilen: Wegen eines behaupteten Behandlungsfehlers sowie wegen fehlender Einwilligung macht eine Patientin Schadensersatzansprüche einschließlich Schmerzensgeld nach einer Schilddrüsenoperation geltend. Die Operation hatte eine einseitige Stimmbandlähmung zur Folge. Die Patientin hatte mit dem beklagten Krankenhaus einen Krankenhausaufnahmevertrag mit schriftlicher Wahlarztvereinbarung geschlossen. Dort wird als Wahlarzt der Beklagte zu 3 aufgeführt, als „einer seiner ständigen Vertreter“ der Beklagte zu 2, der den Eingriff dann auch durchführt. In der Wahlleistungsvereinbarung wird – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – darauf hingewiesen, dass „für den Fall der unvorhergesehenen Verhinderung des Wahlarztes der jeweiligen Fachabteilung“ der Patient „mit der Übernahme seiner Aufgaben durch seine nachfolgend genannten ständigen ärztlichen Vertreter

1 OLG Hamm, Urteil v. 02.09.2014, Az. 26 U 30/13

2 OLG Braunschweig, Urteil v. 25.09.2013, Az. 1 U 24/12; dazu Walter U: juris PR – MedizinR 5/2014, Anm. 1 und Werthern, M: Chefärztebrief 5/2014, S. 5



- Justitiare -  
Roritzerstraße 27  
90419 Nürnberg  
Telefon: 0911 93378 17  
0911 93378 19  
0911 93378 27  
Telefax: 0911 3938195  
E-Mail: Justitiare@bda-ev.de  
Internet: www.bda.de

einverstanden“ ist. Dass und warum der Beklagte zu 3 verhindert war, wird der Patientin vor dem Eingriff allerdings nicht mitgeteilt.

Das Landgericht (LG) hatte die Auffassung vertreten, eine „allgemeine Einwilligung“ in „eine Behandlung durch den namentlich benannten Vertreter“, den Beklagten zu 2, reiche „haftungsrechtlich für eine wirksame Einwilligung“ aus. Dem widerspricht das OLG.

Das OLG gibt der klagenden Patientin Recht, die meint, „der Eingriff sei behandlungsvertragswidrig“ durchgeführt worden, weil dieser durch den Beklagten zu 2 ausgeführt worden sei, ohne dass die dafür vertraglich vereinbarten Voraussetzungen des Vertretungsfalles vorlagen. Aufgrund dieser Verletzung des Behandlungsvertrages steht der Patientin gegen die Beklagten ein Anspruch auf Schadensersatz einschließlich Schmerzensgeld zu. Zwar geht das Gericht davon aus, dass die Wahlleistungsvereinbarung wirksam getroffen wurde, jedoch hätten die Beklagten „nicht bewiesen, dass ein unvorhergesehener Verhinderungsfall ... vorgelegen hat und – kumulativ –, dass die Klägerin davon rechtzeitig informiert worden ist.“ Das OLG ist der Auffassung, eine „zwingend vom Behandler einzuhaltende Vorgabe“ – quasi eine Art vertraglicher Aufklärungspflicht – bestehend darin, „dass ein – tatsächlich bestehender (!) Verhinderungsfall dem Patienten rechtzeitig mitgeteilt und von diesem die Substitution genehmigt werden müsse.“ Dies habe „seine Grundlage darin, dass – sofern der Patient keine Terminsverlegung möchte – dadurch die vorherige Vertragsgrundlage einvernehmlich abgeändert wird bzw. werden kann.“ Nun hatte aber die Patientin mit Unterzeichnung der Wahlleistungsvereinbarung und dem darin enthaltenen Hinweis auf die Leistungserbringung durch ständige ärztliche Vertreter bei unvorhergesehener Verhinderung diese Möglichkeit doch zumindest zustimmend zur Kenntnis genommen. Dies lässt das OLG nicht gelten: „Die Auffassung, dass eine vorab für den Verhinderungsfall erteilte Zustimmung des Patienten zu einem bestimmten Vertreter ausreicht, die vor der

Operation erforderliche Mitteilung des Verhinderungsfalls entbehrlich zu machen, ist abzulehnen. Denn die Zustimmung des Patienten zum Vertreter betrifft nur das grundsätzlich entgegengebrachte Vertrauen zu der Person, wodurch vermieden wird, im Vertretungsfall dem Patienten noch eigens eine Alternative erstmals vorstellen zu müssen. Der Erklärungsgehalt der Zustimmung zu dieser Vertreterperson geht jedoch ohne ausdrückliche zusätzliche Erklärung nicht so weit, dass angenommen werden könnte, der Patient verzichte damit gleichzeitig auf sein Recht, über den Vertretungsfall im Einzelnen so rechtzeitig informiert zu werden, dass er sich noch überlegen kann, ob er den ihm bereits benannten Vertreter in Anspruch nimmt oder lieber zuwarten möchte, bis der Chefarzt bzw. sein Abteilungsleiter wieder zur Verfügung steht.“

Das OLG will offenbar zwischen der Möglichkeit, den Namen eines eventuellen Vertreters nur zur Kenntnis zu nehmen, und der konkreten Vereinbarung des Leistungserbringers differenzieren.

Die Konsequenz nach dem OLG Braunschweig: Auch derjenige Patient, der eine wirksame Wahlleistungsvereinbarung mit Hinweis auf Stellvertretung durch ständige ärztliche Vertreter bei unvorhergesehener Verhinderung unterzeichnet hat, hat damit nicht schon auf sein Recht verzichtet, über den konkreten Vertretungsfall im Einzelnen später ausdrücklich unterrichtet zu werden, so dass er sich überlegen kann, ob er den benannten Vertreter in Anspruch nehmen oder warten möchte, bis der Wahlarzt persönlich zur Verfügung steht.

Was sagt der BGH? Eine solche Forderung hat der Bundesgerichtshof (BGH) bislang nicht erhoben. Im Urteil vom 20.12.2007<sup>3</sup>, auf das sich das OLG beziehen will, unterscheidet der BGH zwischen der Vertreterabsprache in der Wahlleistungsvereinbarung und einer davon zu trennenden individuellen Stellvertreterabrede. Die in der Wahlleistungsvereinbarung enthaltene Absprache zur Stellvertretung durch ständige ärztliche Vertreter darf nach Auffassung des BGH nur für unvorhergesehene Verhinderungsfälle gelten, unbenommen bleibt es, dar-

über hinaus für vorhersehbare – wie auch für unvorhersehbare – Verhinderungsfälle eine individuelle Vertretervereinbarung zu treffen, in der auch andere als die ständigen ärztlichen Vertreter als Leistungserbringer vereinbart werden können. Nur für solche individuellen Vereinbarungen verlangt der BGH noch besondere Hinweispflichten. Dass der BGH bei wirksamer Wahlleistungsvereinbarung und der Leistungserbringung durch ständige ärztliche Vertreter noch eine zusätzliche Information des Patienten darüber einfordert, dass nun dieser konkrete Verhinderungsfall eingetreten ist, ist seinem Urteil nicht zu entnehmen. Vielmehr sieht der BGH einen ständigen ärztlichen Vertreter nach Dienststellung und medizinischer Kompetenz kontinuierlich „in engem fachlichen Kontakt“ mit dem Wahlarzt, so dass „sein Tätigwerden für den Wahlleistungspatienten weder überraschend noch unzumutbar“ ist<sup>4</sup>.

Nichts deutet derzeit also darauf hin, dass der BGH bei wirksamer Wahlleistungsvereinbarung – von der das OLG Braunschweig ja ausgeht – noch eine zusätzliche Information, quasi eine erneute Vereinbarung der Stellvertretung durch ständige ärztliche Vertreter fordern würde. Richtig ist allerdings, dass der BGH in dem Urteil Anforderungen an eine – nicht mit der Vertretung durch ständige ärztliche Vertreter in der Wahlleistungsvereinbarung zu verwechselnde – individuelle Vertreterabrede definiert hat<sup>5</sup>. Um eine solche individuell vereinbarte Stellvertretung ging es im Fall des OLG Braunschweig aber nicht.

Soweit ersichtlich, ist das Urteil des OLG Braunschweig rechtskräftig geworden.

Die Entscheidung bezieht sich ausdrücklich nur auf die vertragsrechtlichen Aspekte, das Gericht klammert den Bereich des zivilrechtlichen Deliktsrecht, der sog. unerlaubten Handlung (§ 823 ff BGB) ausdrücklich aus. Nicht Gegen-

3 BGH, Urteil v. 20.12.2007, Az. III ZR 144/07, [www.bda.de/service-recht/rechtsfragen/urteilsammlung-public.html](http://www.bda.de/service-recht/rechtsfragen/urteilsammlung-public.html)

4 siehe BGH, Urteil v. 20.12.2007, a. a. O.

5 Biermann E, Bock R.-W., Ulsenheimer K: Wahlleistungen – Update, Anästh Intensivmed 2008;49:654-662

stand des Urteils ist auch die strafrechtliche Betrachtung der Wirksamkeit einer Einwilligung des Patienten. Das OLG Braunschweig betrachtet nur die „Behandlungsvertragswidrigkeit“, die darin liegt, dass „die ... vertraglich vereinbarten Voraussetzungen des Vertretungsfalles“ nicht vorlagen, so dass dem Patienten wegen der Verletzung des Behandlungsvertrages ein Anspruch auf Schadensersatz einschließlich Schmerzensgeld zusteht – dies vor allem wegen der Verletzung der Informationspflicht, obwohl ein Behandlungsfehlervorwurf nicht mit Erfolg geltend gemacht werden konnte und obwohl der Patient über das Risiko, das sich verwirklichte, aufgeklärt worden war. Es hätte der Patientin rechtzeitig mitgeteilt werden müssen, dass der Vertretungsfall vorliegt, damit sie sich überlegen kann, wie sie darauf reagieren möchte. Im konkreten Fall hätten die Beklagten also dargelegt und notfalls beweisen müssen, dass der unvorhergesehene Verhinderungsfall vorlag.

### Konsequenzen für die Praxis?

Die tägliche Praxis im Krankenhausbetrieb droht das Urteil indes zu überfordern. Denn wer vorsichtig verfahren will, wird den Patienten nicht nur rechtzeitig über den Fall der unvorhergesehenen Verhinderung unterrichten müssen, sondern muss zugleich die Einwilligung des Patienten in die Leistungserbringung durch den Stellvertreter einholen – und dokumentieren. Dies alles zu einem Zeitpunkt, der von der Rechtsprechung nicht näher definiert wird, aber in dem der Patient zumindest noch fähig sein muss, solche Erklärungen wirksam abzugeben.

Allerdings – dies ist wichtig – betont das OLG, dass es im konkreten Fall keine „ausdrückliche zusätzliche Erklärung“ der Patientin gegeben habe, dass sie auf ihren Informationsanspruch verzichtet. In der Literatur<sup>6</sup> wird deshalb empfohlen, die Wahlleistungsvereinbarung um den Zusatz zu ergänzen, dass der Patient vorab auf sein – nach Auffassung des OLG Braunschweig bestehendes – Recht verzichtet, über den Verhinderungsfall informiert zu werden, verknüpft mit der Erklärung, dass der Patient einer Behandlung durch andere Ärzte, wenn der

ständige Vertreter nicht zur Verfügung steht, zustimmt, in diesem Fall aber keine Wahlarztvergütung zahlt – es sei denn, es wäre darüber hinaus eine individuelle Vertretervereinbarung wirksam zustande gekommen.

### Individuell vereinbarte Stellvertretung

Was aber gilt im Fall der individuell vereinbarten Stellvertretung, wenn der vereinbarte Leistungserbringer nicht zur Verfügung steht? Dem Urteil des OLG Braunschweig entsprechend müsste unter vertragrechtlichen Aspekten dieser Verhinderungsfall dem Patienten so rechtzeitig mitgeteilt werden, dass er sich die für ihn daraus zu ziehenden Konsequenzen noch überlegen kann. Denn bei einer individuell ausgehandelten Absprache über die Vertretung wird der Patient erst recht von der Leistungserbringung durch die vereinbarte Person ausgehen. Ob auch im Fall der individuell vereinbarten Stellvertretung eine Vereinbarung, dass der Patient bei Verhinderung des vereinbarten Leistungserbringers auf die Information über die Verhinderung verzichtet und mit dem Tätigwerden eines anderen Arztes einverstanden ist, dafür aber nicht das Wahlleistungsentgelt entrichtet, ausreicht, hatte die Rechtsprechung bisher noch nicht zu beurteilen. Entschieden hatte der BGH in dem oben angesprochenen Urteil<sup>7</sup> nur, dass der Patient bei vorhersehbarer Verhinderung des Wahlarztes rechtzeitig zu informieren ist mit der Option, anschließend eine individuelle Stellvertreterregelung zu vereinbaren.

### Zahlung des Honorars unbedeckt

Nur nebenbei: Dass der Patient die Rechnung anstandslos bezahlte, obwohl die Komplikationen und die Tatsache, dass nicht der Wahlarzt persönlich tätig wurde, bekannt waren, ist nach Auffassung des OLG Braunschweig – anders allerdings das OLG Köln<sup>8</sup> – unerheblich. In der Zahlung liege keine „konkludente nachträgliche Billigung der Behandlersubstitution“ – anders allenfalls dann, wenn der Patient auf die Information über den Verhinderungsfall zuvor verzichtet hat.

### Strafrechtlicher Aspekt

Nicht Gegenstand der zivilrechtlichen Urteile war die Frage, wie die Auswech-

lung des Leistungserbringers unter dem strafrechtlichen Aspekt einer möglicherweise rechtswidrigen Körperverletzung wegen eventuell unwirksamer Einwilligung zu beurteilen ist. Im Ausgangspunkt ist auch strafrechtlich die Einwilligung des Wahlleistungspatienten auf einen bestimmten Leistungserbringer bezogen. Insofern ist auch unter strafrechtlichen Aspekten die Information über einen Austausch des Leistungserbringers erforderlich. Aber dazu dürfte ausreichend sein, wenn der Patient diesem ihm mitgeteilten Austausch nicht widerspricht. Honorarrechtlich hat diese billigende Entgegnahme des Austauschs des Behandlers zwar nicht die gebührenrechtliche Folge, dass Wahlleistungsentgelte abgerechnet werden können, doch delikts- und strafrechtlich liegt darin die Zustimmung zum Wechsel des Leistungserbringers – dem Zustimmenden geschieht insoweit kein „Unrecht“, das deliktsrechtlich oder strafrechtlich zu ahnden wäre.

Soweit eine Einwilligung nicht oder nicht rechtzeitig eingeholt werden kann, kommt delikts- und strafrechtlich auch eine Rechtfertigung nach den Grundsätzen der mutmaßlichen bzw. hypothetischen Einwilligung in Betracht.

### Fazit

Es bleibt unerfindlich, warum die von der Patientin für den unvorhergesehenen Vertretungsfalles erteilte Einwilligung in die Behandlung durch namentlich benannte Vertreter in der Wahlleistungsvereinbarung nicht ausreichend sein soll; die Unterscheidung des OLG zwischen der Kenntnisnahme der Namen möglicher Vertreter und der Vereinbarung einer Stellvertretung ist abzulehnen. Abzuwarten bleibt aber, wie der BGH, wenn ein vergleichbarer Fall an ihn herangetragen wird, den Sachverhalt beurteilt.

<sup>6</sup> s. z.B. Clausen T., Umstrittenes Urteil des OLG Braunschweig: Konsequenzen für Klinik und Chefärzte Brief, 7/2014, S. 3

<sup>7</sup> BGH, Urteil v. 20.12.2007, Az. III ZR 144/07, <http://www.bda.de/service-recht/rechtsfragen/urteilsammlung-public.html>

<sup>8</sup> OLG Köln, Urteil v. 12.10.1995, Az. 5 U 234/94, VersR 1997, 115

## **EuGH: Abgabe von Medikamenten durch ermächtigte Ärzte – Umsatzsteuerpflicht?**

**Daniel Pfofe, Gerlingen\***

Nach einem Urteil des EuGH vom 13.03.2014 (Az. C-366/12) ist die Abgabe von Zytostatika durch ermächtigte Ärzte im Rahmen einer ambulanten Behandlung im Krankenhaus nur dann steuerfrei, wenn diese Abgabe in tatsächlicher und wirtschaftlicher Hinsicht nicht von der ärztlichen Heilbehandlung getrennt werden kann.

### **Der Fall**

Die Klägerin ist ein Klinikum in Form einer gemeinnützigen Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diese betreibt ein Krankenhaus und verfügte in den Jahren 2005 und 2006 über eine Ermächtigung nach § 116a SGB V. Sie war daher berechtigt, neben stationären auch ambulante Behandlungen durchzuführen. Die ambulant behandelnden Ärzte waren zu diesem Zweck zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung der Versicherten gem. § 116 SGB V ermächtigt. Die ambulante Behandlung bezog sich unter anderem auf die Verabreichung von in der krankenhauseigenen Apotheke hergestellten individuell auf die Patientenbedürfnisse abgestimmten Medikamenten. Die Verabreichung der Medikamente war, soweit im Rahmen der stationären Behandlung erfolgt, mehrwertsteuerfrei. Dies war unstreitig. Das Klinikum behandelte jedoch auch die Verabreichung der Medikamente im Rahmen der ambulanten Behandlungen durch im Krankenhaus selbstständig tätige Ärzte als mehrwertsteuerfrei. Dies sah das Finanzamt anders.

Der EuGH folgte im Ergebnis dem beklagten Finanzamt. Er begründete dies wie folgt:

Aus Artikel 13 Teil A Absatz 1 b und c der 6. EG-Richtlinie ergebe sich die

Umsatzsteuerfreiheit von ärztlichen Behandlungsleistungen. Diese Umsatzsteuerbefreiung stelle eine Ausnahme vom Grundsatz der Umsatzsteuerpflichtigkeit von Dienstleistungen dar. Regelungen zur Umsatzsteuerbefreiung wären jedoch, wie sonstige Ausnahmen im Gesetz, eng auszulegen. Artikel 13 Teil A Absatz 1 b würde sich für den vorliegenden Fall von Artikel 13 Teil A Absatz 1c der 6. Richtlinie rechtserheblich unterscheiden. Absatz 1b befreie Heilbehandlungen sowie damit eng verbundene Umsätze, die von Krankenhäusern durchgeführt beziehungsweise bewirkt würden. Absatz 1c hingegen befreie ärztliche Heilbehandlungen ohne damit eng zusammenhängende Umsätze einzuschließen. Somit käme es im letzteren Fall entscheidend auf Folgendes an: Ist die Abgabe von Medikamenten als mit der ärztlichen Heilbehandlung in tatsächlicher und in wirtschaftlicher Hinsicht von der Erbringung der ärztlichen Heilbehandlung als trennbar anzusehen? Für den vorliegenden Fall hat das der EuGH verneint. Zum einen würden dem Patienten die humanmedizinische Behandlung durch den ambulant tätigen ermächtigten Arzt zuteil und zum anderen die Abgabe von Arzneimitteln durch die Krankenhausapotheke des Klinikums, was der Annahme entgegenstünde, dass diese Leistungen in tatsächlicher und in wirtschaftlicher Hinsicht untrennbar wären.

### **Fazit**

Wenn im ambulanten Bereich Leistungen erbracht werden, die nicht unmittelbar als ärztliche Heilbehandlungen anzusehen sind, kommt es für deren umsatzsteuerliche Behandlung im Wesentlichen darauf an, ob sie in tatsächlicher und wirtschaftlicher Hinsicht als untrennbar von der Erbringung ärztlicher Heilbehandlungen anzusehen sind. Ansonsten sind diese zusätzlich erbrachten Leistungen nicht von der Umsatzsteuer befreit.

## **Neuer Musterprozess des BDA: Verordnungsfähigkeit Qutenza**

**Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg**

**Elmar Mertens, Aachen**

Bei dem Sozialgericht Hannover hat eine Krankenversicherung gegen die Prüfungsstelle Wirtschaftlichkeitsprüfung (KV Niedersachsen) Klage eingereicht. Was war geschehen?

Ein Anästhesist verordnete in den Jahren 2011/2012 bei mehreren Patienten im Rahmen der vorgesehenen Indikation das Präparat „QUTENZA 179mg kutanes Pflaster“. Das Präparat besteht aus einem kutanen Pflaster mit dem verschreibungspflichtigen Wirkstoff Capsaicin und einem nicht verschreibungspflichtigen Reinigungsgel zur nachfolgenden Reinigung der Hautoberfläche nach Anwendung des Pflasters.

Nach Ansicht der klagenden Krankenversicherung führt die Kombination eines verschreibungspflichtigen Pflasters mit einem nicht verordnungsfähigen Reinigungsgel dazu, dass das komplette Präparat nicht zu ihren Lasten verordnungsfähig ist. Der Prüfungsausschuss lehnte den Antrag der Krankenversicherung mit Bescheid vom 25.06.2014 ab, weil weder ein Verordnungsausschluss noch eine Verordnungseinschränkung besteht. Gegen diesen Bescheid hat die Krankenversicherung Klage erhoben, und der Anästhesist wurde zu dem Verfahren beigeladen.

Da es sich bei der Verordnungsfähigkeit von Qutenza um eine grundsätzliche Frage handelt, die für eine Vielzahl von Anästhesisten/Schmerztherapeuten von Bedeutung ist, unterstützt der BDA das Verfahren finanziell über die Sozialgerichtsrechtsschutzversicherung für BDA-Mitglieder. Wir werden über den Fortgang des Verfahrens berichten.

### **Surftipp**

#### **BDAktuell JUS-Letter**

Alle bisher erschienenen BDAktuell

JUS-Letter sind auf der BDA-Homepage abrufbar: [www.bda.de/service-recht/rechtsfragen/jusletter/aktueller-jahrgang.html](http://www.bda.de/service-recht/rechtsfragen/jusletter/aktueller-jahrgang.html)