

## JUS-Letter

September 2016 | Jahrgang 16 | Ausgabe 3

## BDAktuell

## In dieser Ausgabe:

Privatabrechnung gegenüber GKV-Patienten – Rechtliche Rahmenbedingungen –	553
Off-Label-Use: Verordnung von Marinol – Eine Fallstudie	555
Chefarztvertrag: Anspruch auf Vergütungserhöhung?	557
Musterprozess des BDA wegen Verordnungsfähigkeit Qutenza beendet	558

## Privatabrechnung gegenüber GKV-Patienten

## – Rechtliche Rahmenbedingungen –

**Rechtsanwältin Anna Brix, München\***  
**Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg**

Wenn die EBM-Vergütung einer Anästhesieleistung den Aufwand des Arztes nicht adäquat widerzuspiegeln scheint, wird der Vertragsarzt möglicherweise eine private Abrechnung in Erwägung ziehen. Doch Vorsicht, die private Abrechnung gegenüber gesetzlich versicherten Patienten ist nur sehr eingeschränkt möglich.

## Was muss die Kasse bezahlen?

Gesetzliche Kassen tragen die Kosten für Leistungen, die für Patienten sinnvoll und bedarfsgerecht sind und dem allgemeinen Stand der Wissenschaft entsprechen. Die gesetzliche Krankenversicherung soll die Gesundheit der Versicherten erhalten oder wiederherstellen und zur Verbesserung der Gesundheit beitragen. Die Krankenkassen sind aber auch per Gesetz verpflichtet, auf die Wirtschaftlichkeit ihrer Leistungen zu achten (§ 12 SGB V).

## § 12 Abs. 1 SGB V Wirtschaftlichkeitsgebot

Die Leistungen müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen.

## Wann darf der Arzt eine Privatrechnung stellen?

Den rechtlichen Rahmen für eine private Abrechnung gegenüber gesetzlich Versicherten gibt § 18 Abs. 8 Bundesmantelvertrag-Ärzte (BMV-Ä) vor.

Zudem gibt es drei grundlegende Entscheidungen des Bundessozialgerichts (BSG) zu der lange Zeit umstrittenen Frage, ob ein Vertragsarzt Leistungen bei einem Kassenpatienten ablehnen, sie aber zugleich privatärztlich anbieten darf.

## a) Rechtsprechung des Bundessozialgerichts

Das BSG betont in diesen Urteilen<sup>1</sup> die besondere Bedeutung des Naturalleistungsprinzips. Nach der Konzeption des Gesetzes soll (von besonders geregelten Ausnahmen abgesehen) den Versicherten der GKV die gesamte Krankenbehandlung als Sach- bzw. Dienstleistung zur Verfügung gestellt werden. Dies habe zum einen den Schutz der Versicherten vor mangelnder medizinischer Versorgung infolge der damit eintretenden finanziellen Belastungen zum Ziel, zum anderen diene es der Sicherstellung einer wirtschaftlichen Versorgung mittels Einflussnahme auch der das System

\* Rechtsanwältin/Fachanwältin für Medizinrecht, Ulsenheimer - Friederich Rechtsanwälte, München

1 BSG, Urteil vom 14.03.2001, Az. B 6 KA 54/00 R, MedR 2002, 37 ff.;

BSG, Urteil vom 14.03.2001, Az. B 6 KA 36/00 R, MedR 2002, 42 ff.;

BSG, Urteil vom 14.03.2001, Az. B 6 KA 67/00 R, MedR 2002, 47 ff.



- 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

finanzierenden Krankenkassen auf die Ausgestaltung des Inhalts und insbesondere der Honorierung des Leistungsgeschehens. Es werde als selbstverständlich vorausgesetzt, dass der Vertragsarzt die der vertragsärztlichen Versorgung zuzurechnenden wesentlichen Leistungen seines Fachgebiets im Rahmen des Systems, das heißt unter Einhaltung des Naturalleistungsprinzips, also ohne Verlangen einer gesonderten Honorierung, anbietet und diese bei Bedarf auch bei den Versicherten tatsächlich ausführt.

Nach Auffassung des BSG ist ein Vertragsarzt daher schon aus der vertragsärztlichen Zulassung in Verbindung mit dem Naturalleistungsprinzip verpflichtet, die Versicherten grundsätzlich umfassend und ohne an diese gerichtete (zusätzliche) Zahlungsverlangen zu behandeln. Das BSG<sup>2</sup> stellt fest, „dass finanzielle Aspekte wie die vermeintlich unzureichende Honorierung einer Einzelleistung im Vertragsarztrecht den Arzt nicht berechtigt, einem Versicherten gesetzlich vorgesehene Leistungen nur außerhalb des Systems der vertragsärztlichen Versorgung zukommen zu lassen oder gänzlich zu verweigern“. „Dem Zuschnitt der vertragsärztlichen Vergütung insgesamt liegt eine „Mischkalkulation“ zugrunde. Dieses bedeutet, dass es durchaus Leistungen geben kann, bei denen selbst für eine kostengünstig organisierte Praxis kein Gewinn zu erzielen ist“, so das BSG.

Aufgrund des geltenden Naturalleistungsprinzips bestehen daher nur ausnahmsweise Vergütungsansprüche des Vertragsarztes gegen Versicherte.

#### **b) Bundesmantelvertrag Ärzte (Fallgruppen des § 18 Absatz 8 BMV-Ä)**

Nach § 18 Abs. 8 BMV-Ä darf der Vertragsarzt nur in den dort aufgeführten drei Fallgruppen (nachfolgend aa) - cc)) eine Vergütung von Versicherten fordern. Verlangt ein Vertragsarzt eine Vergütung, ohne dass die Voraussetzungen einer dieser Ausnahmen vorliegen, liegt ein Verstoß gegen vertragsärztliche Pflichten vor, gegen den mit Disziplinarmaßnahmen der KV vorgegangen werden kann<sup>3</sup>.

#### **§ 18 Abs. 8 BMV-Ä**

Der Versicherte hat Anspruch auf Sachleistung, wenn er nicht Kostenerstattung gewählt hat. Vertragsärzte, die Versicherte zur Inanspruchnahme einer privatärztlichen Versorgung an Stelle der ihnen zustehenden Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung beeinflussen, verstoßen gegen ihre vertragsärztlichen Pflichten.

Der Vertragsarzt darf von einem Versicherten eine Vergütung nur fordern,

1. wenn die elektronische Gesundheitskarte vor der ersten Inanspruchnahme im Quartal nicht vorgelegt worden ist bzw. ein Anspruchsnachweis gemäß § 19 Abs. 2 nicht vorliegt und nicht innerhalb einer Frist von zehn Tagen nach der ersten Inanspruchnahme nachgereicht wird,
2. wenn und soweit der Versicherte vor Beginn der Behandlung ausdrücklich verlangt, auf eigene Kosten behandelt zu werden, und dieses dem Vertragsarzt schriftlich bestätigt,
3. wenn für Leistungen, die nicht Bestandteil der vertragsärztlichen Versorgung sind, vorher die schriftliche Zustimmung des Versicherten eingeholt und dieser auf die Pflicht zur Übernahme der Kosten hingewiesen wurde.

#### **Folgende Fallgruppen kommen in Betracht:**

##### **aa) Nichtvorlage der Versichertenkarte**

Legt der Patient die elektronische Gesundheitskarte oder einen sonstigen Leistungsnachweis vor der ersten Inanspruchnahme im Quartal nicht vor und reicht diesen Nachweis nicht innerhalb einer Frist von zehn Tagen nach der ersten Inanspruchnahme nach, darf der Arzt eine GOÄ-Vergütung vom Patienten fordern (§ 18 Absatz 8 Nr. 1 BMV-Ä).

##### **bb) Wunschbehandlung als Privatpatient**

Nach § 18 Abs. 8 Nr. 2 BMV-Ä darf der Vertragsarzt von einem Versicherten eine Vergütung fordern, wenn und soweit der Versicherte vor Beginn der Behandlung ausdrücklich verlangt hat, auf eigene Kosten behandelt zu werden, und dieses dem Vertragsarzt schriftlich bestätigt. Abs. 8 Nr. 2 regelt damit Fallgestaltungen,

in denen ein Versicherter, der die Behandlung im Rahmen seines Sachleistungsanspruchs ohne weiteres kostenfrei in Anspruch nehmen könnte, dennoch die Behandlungskosten selbst tragen will. Diese, als Ausnahme ausgestaltet, Vorschrift wird man eng auslegen müssen. Die Initiative für die Behandlung auf eigene Kosten muss vom Patienten ausgehen. Jede vorherige Beeinflussung durch den Arzt ist unzulässig.

##### **cc) Leistungen außerhalb der vertragsärztlichen Versorgung**

Gemäß § 18 Abs. 8 Nr. 3 BMV-Ä dürfen Leistungen, die nicht Bestandteil der vertragsärztlichen Versorgung sind, privat gegenüber dem Versicherten abgerechnet werden, wenn vorher die schriftliche Zustimmung des Versicherten eingeholt und dieser auf die Pflicht zur Übernahme der Kosten hingewiesen wurde. Im Unterschied zu Abs. 8 Nr. 2 fallen unter Abs. 8 Nr. 3 Leistungen, für die eine Leistungspflicht der GKV nicht besteht. Dies sind unter anderem Leistungen, die nicht im EBM aufgeführt sind, aber auch Leistungen, die zwar grundsätzlich GKV-Leistungen darstellen, nach Auffassung des Arztes im konkreten Fall aber nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind<sup>4</sup>. Hierzu gehören die sogenannten individuellen Gesundheitsleistungen (IGeL).

#### **GOÄ-Ratgeber der Bundesärztekammer ([www.bundesärztekammer.de](http://www.bundesärztekammer.de)):**

Individuelle Gesundheitsleistungen (IGeL) sind Leistungen, die über das Maß des medizinisch Erforderlichen hinausgehen, denen der Patient ausdrücklich zustimmen muss oder die er ausdrücklich wünschen muss. Die Leistung muss aus Sicht des Arztes medizinisch erforderlich, empfehlenswert oder zumindest vertretbar sein, und es muss sich um Leistungen handeln, bei denen die Kosten nicht von der gesetzlichen Krankenkasse übernommen werden.

(Deutsches Ärzteblatt 105, Heft 26 (27.06.2008), S. A-1470).

2 BSG, Urteil vom 14.03.2011, Az. B 6 KA 67/00 R, MedR 2002, 47 ff (50)

3 BSG, Urteil vom 14.3.2001, Az. B 6 KA 36/00 R, MedR 2002, 42ff

4 vgl. Altmiks in: Schiller BMV-Ä, § 18 Rn. 39

Die private Abrechnung darf im Rahmen dieser Fallgruppe nur erfolgen, wenn der Arzt im Vorfeld der Behandlung einen schriftlichen Vertrag mit dem Patienten geschlossen und seiner besonderen Aufklärungspflicht nachgekommen ist. Neben den anfallenden Kosten („wirtschaftliche Aufklärung“, s. auch § 630c Abs. 3 BGB) wird der Arzt verpflichtet, dem Patienten möglichst objektiv Auskunft über den Umfang und die Einschränkungen der Leistungen zu geben, auf die er im Rahmen seiner Versicherung bei der Krankenkasse Anspruch hat, weil der Patient nur so in die Lage versetzt wird, sich frei zu entscheiden.

#### **GOÄ-Ratgeber der Bundesärztekammer (www.bundesärztekammer.de):**

Der Vertrag sollte nicht nur die Information enthalten, dass der Patient eine privatärztliche Behandlung wünscht, sondern auch, die Entscheidungsfindung des Patienten dokumentieren, dass er die genannte(n) Leistung(en) wünscht, da er weiß, dass diese gerade nicht Bestandteil der vertragsärztlichen Versorgung ist. Der Vertrag sollte unbedingt den Hinweis enthalten, dass die anfallenden Kosten weder ganz noch teilweise von der Krankenkasse erstattet werden und in vollem Umfang vom Patienten zu tragen sind. Bestandteil des Vertrags sind außerdem Art und Umfang der Leistung, auch die (voraussichtlich) anfallenden Kosten für die Behandlung nach der GOÄ.

Deutsches Ärzteblatt 105, Heft 28-29 (14.07.2008), S. A-1574.

#### **KataraktOP: Vollnarkose als IGeL?**

Ab dem 01.07.2016 würde die sogenannte „Kataraktpauschale“ für die Anästhesieleistungen bei der Kataraktoperation eingeführt. Die Pauschale vergütet die Leistung des Anästhesisten bei der Versorgung gesetzlich versicherter Patienten unabhängig davon, welche Anästhesieform er durchführt.

Da diese Pauschale, insbesondere bei Durchführung einer Vollnarkose, den Aufwand des Arztes nicht adäquat widerspiegelt, liegt es nahe, über die Möglichkeit einer privaten Abrechnung nachzudenken.

Mit Blick auf die Literatur<sup>4</sup> ließe sich zunächst die Auffassung vertreten, dass eine Vollnarkose gemäß § 18 Absatz 8 Nr. 3 BMV-Ä privat abgerechnet werden kann, wenn der Arzt diese im konkreten Fall nicht für notwendig erachtet; zumal die GKV-Patienten nach § 12 SGB V nur Anspruch auf eine notwendige ärztliche Versorgung haben. Allerdings spricht der EBM von „patientenadaptiertem Narkosemanagement“ und unterscheidet hinsichtlich der Vergütung nicht, ob eine Vollnarkose oder der Standby erbracht wird. Dementsprechend gehört die Vollnarkose bei Kataraktoperationen grundsätzlich zum Umfang der gesetzlichen Krankenversicherung. Aus diesem „Gesamtpaket“ der anästhesiologischen Versorgung von Katarakt-Patienten wird man einzelne Leistungen nicht herauslösen können. Das einzige Argument, das dem Anästhesisten dann verbliebe, wäre die unzureichende Vergütung der Vollnarkose. Dass dieses Argument aber nicht greift, hat das BSG in dem oben dargestellten Urteil deutlich gemacht.

Das Argument, dass die Vollnarkose zu einer Unwirtschaftlichkeit beim Sprechstundenbedarf (SSB) führt, wird mit Blick auf eine Privatabrechnung nur eingeschränkt weiter helfen. Zum einen kann man Praxisbesonderheiten geltend machen, zum anderen wird man davon ausgehen müssen, dass alle Anästhesisten, die Kataraktoperationen begleiten, im Durchschnitt ähnlich häufig von derartigen Konstellationen betroffen sind und jeder Anästhesist angesichts der Vergütungssituation bemüht sein wird, den Anteil der Vollnarkosen möglichst niedrig zu halten. Eine Prüfung einzelner Versicherter/Patienten auf Unwirtschaftlichkeit scheidet beim SSB ohnehin aus. Der Bezug von Sprechstundenbedarf erfolgt ohne Namensnennung von Patienten.

Wenn der Patient aus eigener Initiative um die Vollnarkose bittet (§ 18 Abs. 8 Nr. 2 BMV-Ä) kommt ausnahmsweise eine private Abrechnung in Betracht. Hier wird man aber besonders sorgfältig dokumentieren müssen. In der Praxis werden diese Fälle auch selten vorkommen.

#### **Fazit**

Da die Abrechnung von EBM-Leistungen als IGeL-Leistung eine gröbliche Verletzung vertragsärztlicher Pflichten sein kann<sup>5</sup>, empfiehlt es sich, bei der Abrechnung der Vollnarkose als IGeL-Leistung aber sehr zurückhaltend zu sein und diese nur im Einzelfall unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen privat abzurechnen.

#### **Ein Blick ins Gerichtsfach**

**Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg**

„Vor Gericht und auf hoher See ist man in Gottes Hand“, sagen die Juristen. Auch Ärzte bemängeln oft, dass sie von den Gerichten nur ein Urteil, aber nicht unbedingt Recht bekommen. Positiv fallen dabei die nachfolgend dargestellten Prozesse (Einsatz von Marinol/Erhöhung Chefarztgehalt/Verordnung Qutenza) auf, die von der BDA-Rechtsschutzversicherung finanziell unterstützt wurden.

#### **Off-Label-Use: Verordnung von Marinol – Eine Fallstudie**

– LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 25.09.2015 –

**Rechtsanwalt Jörn Schroeder-Printzen, Potsdam\***

#### **Sachverhalt**

In den Jahren 2000 und 2001 verordnete im Rahmen der Schmerz- und Palliativtherapie ein Facharzt für Anästhesiologie Marinol. Der Patient litt dem Grunde nach an einem Plattenepithel-Karzinom, das operativ behandelt wurde. Nachdem der Patient mit einer Körpergröße von 182 cm zunächst 100 kg wog, nahm sein Gewicht rapide ab; die Versorgung mit Biosorb war nur sehr eingeschränkt erfolgreich. Auch die Therapie mit Dexamethason führte zu keinem positiven

\* Rechtsanwalt/Fachanwalt für Medizinrecht/  
Fachanwalt für Sozialrecht, Kanzlei armedis –  
Rechtsanwälte, Potsdam

<sup>5</sup> LSG München, Urteil vom 05.01.2011, Az. L 12 KA 116/10 B ER

Ergebnis. Das Legen einer PEG-Sonde wurde vom Patienten abgelehnt, er nahm weiterhin an Gewicht ab und wollte im Ergebnis eigentlich nur noch in Ruhe zu Hause sterben.

Bei einem Körpergewicht von 63 kg setzte der behandelnde Arzt Marinol zur Behandlung der Tumor-Kachexie und zur Gewichtszunahme mit einem parallelen Effekt auf eine Trigeminusneuralgie und neuropathologischen Schmerzen an. Zu diesem Zeitpunkt gingen sowohl der Arzt als auch der Patient davon aus, dass der Patient bis Ende 2000 noch leben würde. Die weitere Therapie war insoweit erfolgreich, dass eine Gewichtszunahme stattfand.

Im Januar 2002 wurde für die Quartale 3/2000-2/2001 von der Krankenkasse ein Regressverfahren wegen Verstoßes gegen das Wirtschaftlichkeitsgebots aus § 106 SGB V beim Prüfungsausschuss eingeleitet, weil sie der Auffassung war, dass es sich hier im vorliegenden Fall um einen unzulässigen Off-Label-Use gehandelt habe. Der Prüfungsausschuss kam zu der Auffassung, es habe keine unzulässige Verordnung vorgelegen, Marinol sei vorliegend im Rahmen der Therapie als Ausnahmefall und nicht entgegen den geltenden Regelungen eingesetzt worden. Der Beschwerdeausschuss setzte, nachdem die Krankenkasse Widerspruch gegen die Entscheidung des Prüfungsausschusses einlegte, dann einen Regress in Höhe von 51.737,18 € fest.

Innerhalb des sich anschließenden sozialgerichtlichen Verfahrens wurde ein gerichtliches Sachverständigengutachten in Auftrag gegeben, bereits im Mai 2000 habe eine lebensbedrohliche Tumorkachexie vorgelegen, bei der zeitnah der Tod hätte erwartet werden müssen, deswegen sei die Verordnung im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Das Sozialgericht Potsdam<sup>6</sup> wies dennoch die Klage nach ergänzendem Befragen des Sachverständigen mit der Begründung ab, Marinol habe in Deutschland keine Zulassung, so dass ein Off-Label-Use ausscheide. Trotz Bejahung einer schwerwiegenden Erkrankung habe

eine Behandlung der Grunderkrankung des Plattenepithel-Karzinoms nicht stattgefunden, deswegen seien die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze zur Zulässigkeit des Off-Label-Use nicht zur Anwendung gelangt. Des Weiteren hätte eine Suchtproblematik bestanden, weswegen der Einsatz von Marinol nicht zulässig gewesen sei.

### Entscheidung des Landessozialgerichts

Das Landessozialgericht (LSG) Berlin-Brandenburg hat mit seinem Urteil vom 25.09.2015 (Az. L 24 KA 134/11)<sup>7</sup> auf Grund der Berufung der Klage insgesamt stattgegeben, wegen der Verordnung von Marinol hätte ein Regress nicht ausgesprochen werden dürfen. Das LSG hat dann zunächst den Sachverständigen der ersten Instanz nochmals ergänzend befragt und anschließend noch ein zweites palliativmedizinisches Sachverständigengutachten von einem weiteren Arzt in Auftrag gegeben. Der Sachverständige kam zu dem Ergebnis, die Verordnung von Marinol sei ordnungsgemäß gewesen; insbesondere sei die Tumorkachexie eine eigenständige Erkrankung, die einer Behandlung bedurfte. Es kam unter Beachtung dieses Gutachtens zu der Auffassung, die Verordnung sei wirtschaftlich und nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse gewesen, mithin sei der Regress nicht gewährleistet gewesen.

Das LSG prüfte sodann die leistungsrechtlichen Voraussetzungen für die Versorgung mit Arzneimitteln unter Beachtung einer grundrechtsorientierten Auslegung des Leistungsrechts. Dabei wurden folgende Kriterien aufgestellt, die kumulativ bejaht werden müssen:

- Das Vorliegen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlich verlaufenden Krankheit muss bei dem Versicherten vorgelegen haben.
- Das Fehlen einer Methode, die dem allgemeinen anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht, zum Zeitpunkt der Behandlung oder das eine bestehende Methode bei den konkreten Versicherten wegen gravierender gesundheitlicher Risiken nicht angewandt werden konnte.

- Die Abgabe des Arzneimittels durfte nicht gegen arzneimittelrechtliche Vorschriften verstoßen.
- Auf den konkreten Versicherten bezogene Nutzen-Kosten-Analyse muss unter Beachtung des verfassungsrechtlich gebotenen Wahrscheinlichkeitsmaßstabs positiv ausfallen.
- Die Arzneimitteltherapie muss nach den Regeln der ärztlichen Kunst durch einen Facharzt durchgeführt und dokumentiert worden sein.
- Der Versicherte muss durch eine ausreichende ärztliche Information geschützt werden.

Diese Kriterien wurden vom Landessozialgericht zutreffend bejaht.

### Beurteilung der Entscheidung des Gerichts

Die Entscheidung des LSG nach einer Laufzeit von rund 13 Jahren ab Antragstellung der Krankenkasse ist in mehrerer Hinsicht bedeutsam, weil – entsprechendes gilt auch für die erste Instanz – in dem vorliegenden Verfahren ein Sachverständigengutachten eingeholt wurde, obwohl das Bundessozialgericht (BSG) in mehreren Entscheidungen<sup>8</sup> davon ausgeht, dass das Gericht fachkundig besetzt ist, weswegen es nicht verfahrensfehlerhaft sei, wenn ein Gutachten nicht eingeholt würde. Ob dies tatsächlich insoweit sachlich zutreffend ist, muss bezweifelt werden, schließlich sind die ehrenamtlichen Richter – gerade bei komplexen medizinischen Sachverhalten – nicht allumfassend fachkundig und können den Sachverhalt, den sie erst in der mündlichen Verhandlung erfahren haben, sicherlich medizinisch nicht allumfassend würdigen. Auch ist hier eine gewisse Divergenz zu der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes innerhalb der Arzthaftung festzustellen, dort wird regelhaft die Erstellung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens verlangt wird. Wenn das Gericht innerhalb des Urteils konkret und plausibel darlegen kann, dass es auch ohne

<sup>6</sup> SG Potsdam, Urteil vom 21.09.2011, Az. S 1 KA 65/09

<sup>7</sup> Urteil im Volltext: <https://www.bda.de/service-recht/rechtsfragen/urteilssammlung-public.html>

<sup>8</sup> BSG, Urteil vom 05.05.2010, Az. B 6 KA 20/09 R und B 6 KA 24/09 R sowie Urteil vom 19.08.2015, Az. B 6 KA 41/14 R

Sachverständigengutachten den medizinischen Sachverhalt eines Behandlungsfehlers beurteilen kann, dann darf – ausnahmsweise – auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens verzichtet werden. Betrachtet man im vorliegenden Fall die Komplexität der Erkrankung des Versicherten, neben dem Karzinom lag noch eine Kachexie vor, so macht dieser Sachverhalt deutlich, wie erforderlich die Einholung eines Sachverständigengutachtens ist. Daher sollte darauf gedrungen werden, dass in solchen Fällen immer ein Sachverständigengutachten eingeholt wird.

Neben den formalrechtlichen Besonderheiten dieser Entscheidung ist insoweit gleichfalls auch inhaltlich eine Besonderheit festzustellen. Das BSG geht in seinen Entscheidungen vom 13.10.2010<sup>9</sup> davon aus, dass diese grundrechtsorientierte Betrachtungsweise bei der Arzneimittelversorgung sich nur auf die Grunderkrankung – hier das Karzinom – beziehen muss, während die Appetitstörungen – so das Bundessozialgericht – rechtlich nicht relevant sind. Hier hat das Bundessozialgericht bei seinen Entscheidungen nicht berücksichtigt, dass die Kachexie gerade eine eigenständige Krankheit darstellt, die selbstständig neben dem Karzinom zum Tode führen kann. Betrachtet man die Entscheidungen des Bundessozialgerichts, so mag dort speziell zu dieser Problematik auch nicht ausreichend vom Kläger vorgetragen worden sein.

Der Auffassung des Landessozialgerichts ist jedoch vollumfänglich zu folgen, weil es – nach sachverständiger Beratung – zutreffend darauf hingewiesen hat, dass die Kachexie ein eigenständiges Krankheitsbild darstellt, was zum Tode führt bzw. führen kann – unabhängig von der Frage, welche Auswirkungen das Karzinom selbst hat. Es ist in der Medizin insoweit bereits anerkannt, dass häufig das Karzinom selbst nicht die Todesursache ist, sondern die Tumorkachexie, der Patient verhungert letztlich. Dies wurde in dem Verfahren vor dem LSG Berlin-Brandenburg auch deutlich herausgearbeitet, so dass allein schon aus diesen Gesichtspunkten die beiden Entscheidungen des BSG vom 13.10.2010 nicht zu überzeugen vermögen.

In der praktischen Konsequenz ist es jedoch elementar, dass generell bei einem Off-Label-Use oder bei dem Einsatz eines nicht in Deutschland zugelassenen Arzneimittels eine ausführliche Dokumentation und eine umfassende Aufklärung des Patienten vorgenommen werden muss. Diese sollte weitergehend sein, als die „normale“ Aufklärung im Rahmen der Arzneimittelversorgung, schließlich kann gerade bei einem Off-Label-Use die gesamten Regeln über die Arzneimittelsicherheit aus dem Arzneimittelgesetz nicht zur Anwendung gelangen, weil das Arzneimittel außerhalb der Zulassung verordnet wird. Diese Aufklärung muss umfassend dokumentiert werden. Nur so gelangt man zu einer vernünftigen Grundlage, um innerhalb des gerichtlichen Verfahrens die Besonderheiten des Behandlungsfalles zu verdeutlichen. Gleichfalls ist empfehlenswert die wesentlichen Überlegungen, die zu einem Off-Label-Use führen, mit zu dokumentieren, damit im Fall der Überprüfung auch diese Überlegungen nachvollzogen werden können.

Neben dem konkreten Fall ist gleichfalls festzustellen, dass auch innerhalb der weiteren Rechtsentwicklung im Zusammenhang mit Cannabis positive Entwicklungen eingetreten sind. Es verschwindet aus der „Schmuddelecke“ der unzulässigen Betäubungsmittel und gelangt wegen seiner therapeutischen Wirkungen gerade auch in der Schmerztherapie<sup>10</sup> zu einem berechtigten Einsatz in der Medizin. Dies wird auch dadurch deutlich, dass der Gesetzgeber<sup>11</sup> nunmehr beabsichtigt, Dronabinol oder Nabilon durch eine Neuankündigung von § 31 Abs. 6 SGB V ausdrücklich für verordnungsfähig zu erklären.

### Chefarztvertrag: Anspruch auf Vergütungserhöhung? – LAG München, Urteile vom 03.12.2015 –

**Rechtsanwalt Stefan Griebeling, München\***

Chefarztverträge sind nicht tarifgebunden. Die einzelnen Vertragsmodalitäten werden üblicherweise mehr oder minder

individuell ausgehandelt. Die meisten Verträge orientieren sich dabei an den gängigen Mustern, z.B. der Deutschen Krankenhausgesellschaft<sup>12</sup>. Dies gilt auch für die Grundvergütung und deren künftige Entwicklung. Regelmäßig findet sich daher folgender Passus in den Verträgen:

„Nach Ablauf von 3/5 Jahren kann über eine Anpassung der festen Vergütung unter Berücksichtigung der allgemeinen Lohn- und Gehaltsentwicklung neu verhandelt werden. Als Orientierungsmaßstab dient dabei die Entwicklung des TV-Ärzte/VKA.“

Der Krankenhausträger will sich mit dieser Regelung nicht auf konkrete und ggf. festgeschriebene künftige Gehaltsentwicklungen von vornherein festlegen, sondern unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Situation letztlich darüber entscheiden, ob nach einem bestimmten Zeitablauf eine Erhöhung der Grundvergütung gewährt wird. Dem ist das Landesarbeitsgericht (LAG) München in seinen Entscheidungen vom 03.12.2015<sup>13</sup> entgegengetreten. Das Gericht hat den betroffenen Chefarzten einen klagbaren Anspruch auf eine konkrete Vergütungserhöhung eingeräumt.

### Verhandlungspflicht

Nach der Vertragsgestaltung und Formulierung haben Chefarzte zunächst einen Anspruch auf eine Verhandlung über eine Vergütungsanpassung. Dieser sich aus dem Vertrag ergebene Verhandlungsanspruch ist der Sache nach als Anspruch auf Abgabe eines sachgemessenen (ermessensfehlerfreien) Angebots durch den Krankenhausträger zu verstehen. Der Anspruch geht also über eine reine Verhandlungspflicht hinaus. Dabei ist das Wort „kann“ nicht im Sinne einer Freiwilligkeit dahingehend

\* Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht, Ulsenheimer-Friederich Rechtsanwälte, München

<sup>9</sup> BSG, Urteile vom 13.10.2010, Az. B 6 KA 48/09 R und B 6 KA 47/09 R, GesR 2011, 308 und KrV 2011, 29

<sup>10</sup> Vgl. dazu VG Köln, Urteil vom 08.07.2014, Az. 7 K 4447/11, PharmR 2014, 426

<sup>11</sup> BT-Drucks 18/8965 – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung betäubungsmittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 28.06.2016

<sup>12</sup> <http://www.dkv.de/>

<sup>13</sup> LAG München, Urteile vom 03.12.2015, Az. 6 Sa 487/15 und Az. 6 Sa 491/15

zu verstehen, dass der Krankenhausträger selbst entscheiden kann, ob eine Anpassung vorzunehmen ist oder darauf abzielende Verhandlungen aufzunehmen sind.

Der Verweis auf die Berücksichtigung der Lohn- und Gehaltsentwicklung bei den avisierten Verhandlungen lässt darüber hinaus auf eine beabsichtigte Vergütungsanpassung schließen. Immerhin verpflichtet sich auch der Arzt, seine Grundvergütung für einen längeren Zeitraum unverändert hinzunehmen.

### Angebot zur Vergütungsanpassung

Darüber hinaus hat aber der Chefarzt auch einen „Anspruch, dass ihm die Beklagte (= Krankenhausträger) ein angemessenes Angebot zur Vergütungsanpassung ...unterbreitet“, so das LAG München. Nach dem Vertragswortlaut ist zwar keine zwingende Anpassung nach dem vorgesehenen Zeitablauf vorgesehen. Allerdings ist nach Auffassung des LAG München die gewählte Formulierung gleichwohl in diesem Sinne zu verstehen. Denn die Vertragsparteien haben nicht nur auf die Lohn- und Gehaltsentwicklung verwiesen, sondern den Maßstab für die Verhandlungen durch Inbezugnahme des TV-Ärzte/VKA angegeben. Diese Bezugnahme erfolgt dabei nicht lediglich für den Fall, dass es zu Verhandlungen kommen sollte, denn eine derartige Beschränkung ist dem Passus weder ausdrücklich noch im Wege der Auslegung zu entnehmen.

Wenn sich der Krankenhausträger damit verpflichtet, unter Berücksichtigung der Lohn- und Gehaltsentwicklung auf Basis des TV-Ärzte/VKA neu zu verhandeln, so kann dies nach Auffassung des LAG „nur bedeuten, dass im Zuge der Verhandlung auch eine entsprechende Anpassung der Grundvergütung des Klägers (=Chefarztes) erfolgen sollte und dieser eine solche auch verlangen kann“.

Allerdings muss diese Gehaltsanpassung nicht zwingend den Lohn- und Gehaltssteigerungen des abgelaufenen Referenzzeitraumes entsprechen. Denn ansonsten hätte die vorgesehene Verhandlung keinen Sinn. Vielmehr können, wie sich aus dem Begriff der Ver-

handlung ergibt, weitere und auch nicht ausdrücklich genannte Gesichtspunkte im Wege der Verhandlungen eingeführt und berücksichtigt werden, wie etwa die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Krankenhausträgers.

### Anpassung: „billiges Ermessen“

Aus alledem schließt das LAG München, dass im Wege der Anpassung der Grundvergütung dem Chefarzt zunächst ein billiges Ermessen entsprechendes Angebot zu unterbreiten ist.

Erfolgt kein entsprechendes Angebot des Krankenhausträgers auf Anpassung der Grundvergütung, kann das Gericht nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB diese Gehaltsanpassung durch Urteil – wie in den vorliegenden Fällen – vornehmen.

Dabei hat das Gericht die Angemessenheit der Erhöhung unter Berücksichtigung der Lohn- und Gehaltsentwicklung nach dem TV-Ärzte/VKA zu bestimmen. Im vorliegenden Fall hielt das Gericht eine Anpassung der Vergütung in Höhe von 7,5% für angemessen. Das Gericht berücksichtigte die wirtschaftliche Situation des Krankenhausträgers, andererseits aber auch, dass die von den Klägern betreuten Abteilungen keine Verluste erwirtschafteten. Im Ergebnis führte dies dazu, dass den Klägern trotz wirtschaftlich negativer Bilanzsumme eine Gehaltserhöhung durch das LAG München zugesprochen wurde.

### Fazit

Für die Praxis bedeutet dies, dass Chefarzte sich nicht vom Krankenhausträger unter Verweis auf dessen wirtschaftliche Situation ohne weiteres im Hinblick auf eine Vergütungserhöhung abspesen lassen sollten. Durch die Entscheidungen des LAG München und auch des LAG Berlin-Brandenburg<sup>14</sup> ist den Chefarzten jedenfalls ein klagbarer Anspruch auf Umsetzung einer Erhöhung der Grundvergütung in die Hand gegeben.

Dabei sollten Chefarzte auch etwaige Ausschlussfristen beachten, die u.U. in den Dienstverträgen vereinbart worden sind. Demnach verfallen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, wenn sie nicht innerhalb einer bestimmten Frist schriftlich geltend gemacht werden.

## Musterprozess des BDA wegen Verordnungsfähigkeit Qutenza beendet

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg  
Elmar Mertens, Aachen

Wie in unserem BDAktuell Jusletter Dezember 2014<sup>15</sup> berichtet, hat eine Krankenversicherung gegen die Prüfungsstelle Wirtschaftlichkeitsprüfung (KV Niedersachsen) Klage bei dem Sozialgericht Hannover eingereicht, weil ein Anästhesist bei mehreren Patienten im Rahmen der vorgesehenen Indikation das Präparat „Qutenza 179 mg kutanes Pflaster“ verordnet hatte. Nach Ansicht der klagenden Krankenversicherung führt die Kombination eines verschreibungspflichtigen Pflasters (Wirkstoff Capsaicin) mit einem nicht ordnungsfähigen Reinigungsgel dazu, dass das komplette Präparat nicht zu ihren Lasten ordnungsfähig ist. Nachdem der Prüfungsausschuss den Antrag der Krankenversicherung ablehnte, erhob diese Klage und der Anästhesist wurde zu dem Verfahren beigegeben. Da es sich bei der Verordnungsfähigkeit von Qutenza um eine grundsätzliche Frage handelt, die für eine Vielzahl von Anästhesisten/Schmerztherapeuten von Bedeutung ist, unterstützte der BDA das Verfahren finanziell über die Sozialgerichtsrechtsschutzversicherung.

Im August 2015 zog nun die Krankenversicherung die Klage zurück, so dass der Rechtsstreit vor dem Sozialgericht Hannover in der Hauptsache erledigt ist und nicht durch Urteil entschieden wird. Ein Urteil wäre als Argumentationshilfe für unsere Mitglieder wünschenswert gewesen, doch nun wird zumindest der Bescheid der Prüfungsstelle Niedersachsen rechtskräftig. In dem Bescheid wurde klargestellt, dass bei einem indikationsgerechten Einsatz von Qutenza kein Verstoß gegen die Arzneimittelrichtlinie festgestellt werden kann. Dies ist zumindest ein „Trostpflaster“ für den betroffenen Anästhesisten und es bleibt zu hoffen, dass die Krankenversicherung diese Entscheidung auch für andere Behandlungsfälle akzeptiert.

<sup>14</sup> LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23.03.2012, Az. 6 Sa 40/12 (Vertragsklausel: „ggf. zu erhöhen“)

<sup>15</sup> Anästh Intensivmed 2014;55:667-670