

Andreas Wagener

Ambulante Operationen als Dienstaufgabe des Chefarztes

Der am 1. Januar 2004 in Kraft getretene Vertrag nach § 115 b Absatz 1 SGB V „Ambulantes Operieren und stationärer ersetzende Eingriffe im Krankenhaus“ löste den seit mehr als 10 Jahren vom 1. April 1993 bis zum 31. Dezember 2003 erstmals zu diesem Regelungsbereich geltenden Vorgängervertrag ab. Neu hinzugekommen in diesem Vertrag waren die stationärer ersetzenden Eingriffe, die diese Form der ambulanten Erbringung auch für die nicht schneidenden Fächer in Teilbereichen eröffnete.¹⁾ Dass dieser Vertrag seitens der GKV-Spitzenverbände zunächst zum 31. Dezember 2004 gekündigt und per Prolongationsvereinbarung aufgrund des verspäteten Inkrafttretens des EBM 2000plus zum 1. April 2005 bis zu diesem Datum verlängert wurde, verleiht dem Themenkomplex eine zusätzliche Aktualität. Wenn bis zum 31. März 2005 keine Anschlusslösung auf dem Verhandlungsweg gefunden wird, erfolgt über das erweiterte Schiedsamt gemäß den §§ 115 b Absatz 3 SGB V in Verbindung mit § 89 Absatz 4 SGB V eine Festsetzung. Der entsprechende Schiedsantrag der DKG liegt bereits seit Oktober 2004 dem Schiedsamt vor.

Dass das Thema wieder an Aktualität gewonnen hat, liegt auch am zunehmenden Handlungsdruck, der auf die Krankenhäuser ausgeübt wird, immer mehr Leistungen vom stationären in den ambulanten Bereich zu verlagern. Dieser Effekt wird auf der einen Seite durch die sinkende Verweildauer aufgrund der Einführung des DRG-Systems gefördert. Auf der anderen Seite ist aber insbesondere ein zunehmender Druck durch die Prüfungen des MDK auf der Grundlage der §§ 275 ff. SGB V (verdachtsabhängige Einzelfallprüfung) sowie der neu geschaffenen Möglichkeit über die Stichprobenprüfung gemäß § 17 c KHG in Verbindung mit der auf der Bundesebene getroffenen Empfehlung zu spüren. Erste Stichprobenprüfungen sind im Spätherbst des letzten Jahres von den Krankenkassen beim zuständigen MDK bereits in Auftrag gegeben worden; über die Ergebnisse ist bisher noch nichts bekannt geworden.

Insofern beschäftigen sich viele Krankenhausträger erneut mit der Frage, wie sie ihre leitenden Ärzte in die Mitwirkung bei der Erbringung derartiger Leistungen einbinden können. Das Thema wurde bereits seit Einführung des ambulanten Operierens 1993 rechtlich mehrfach beleuchtet.²⁾ Insgesamt – und daran hat sich bis heute nichts geändert – ist eine differenzierte Betrachtung notwendig und die bei Nichtjuristen so unbeliebte Juristenantwort geboten: „Es kommt darauf an.“ Maßgeblich sind letztlich die im Dienstvertrag getroffenen Regelungen, wobei in der nachfolgenden Abhandlung die letzten beiden Auflagen der Beratungs- und Formulierungshilfe „Chefarztvertrag“ der DKG³⁾ im Vordergrund stehen.

Unterscheidung Kassenpatienten/Privatpatienten?

Grundsätzlich unterscheidet der Dienstaufgabenkatalog, der Chefarztverträgen zugrunde liegt, nicht nach dem Status eines Patienten. Der Chefarzt ist vorrangig für die Behandlung aller Patienten seiner Abteilung im Rahmen der Krankenhausleistungen zuständig. Auch im stationären Bereich wird insofern nur dahingehend unterschieden, ob für die Dienstaufgabe „Behandlung von wahlärztlichen Patienten“ ein Liquidationsrecht des Chefarztes vorliegt oder dieser an den wahlärztlichen Erlösen des Krankenhausträgers beteiligt wird. In jedem Fall gehört diese Leistungserbringung zu den Dienstaufgaben. Auch die weitere Ausdifferenzierung im Dienstaufgabenkatalog des § 4 der Musterverträge der DKG unterscheidet in der Regel nicht, ob die Leistung gegenüber einem Kassenpatienten oder einem sonstigen Patienten erbracht wird. Eine derartige Differenzierung wird gerne über das Faktum einer erteilten Nebentätigkeitserlaubnis – quasi als Geschäftsgrundlage – in die entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen zwischen Krankenhausträger und Chefarzt hinein gelesen.⁴⁾ Indem dem Chefarzt die Privatsprechstunde im Rahmen seiner Nebentätigkeit erlaubt wird, wovon sich die neueste Auflage des DKG-Mustervertrags im Übrigen distanziert hat, sollen entsprechende Aufgaben zumindest im ambulanten Bereich nicht mehr zu den Dienstaufgaben gezählt werden. Dabei wird jedoch gerne übersehen: Die Nebentätigkeitserlaubnis weist in der Regel darauf hin, dass das Recht des Krankenhausträgers, weitere Leistungen als Institutsleistungen zu erbringen, unberührt bleibt. Damit wird ausdrücklich eine Konkurrenzsituation zwischen dem Krankenhausträger auf der einen und dem Chefarzt auf der anderen Seite vorbehalten. Weil dies eine unglückliche Situation innerhalb eines Unternehmens ist, war die Konsequenz, ab der 6. Auflage des DKG-Mustervertrags alle ambulanten Leistungen als Dienstaufgaben auszugestalten, damit nicht ein Unternehmen im Unternehmen mit gegensätzlicher Zielrichtung entsteht.⁵⁾

Im Übrigen wurden die Krankenhäuser nicht erst mit der Einführung des ambulanten Operierens nach § 115 b SGB V im Jahre 1993 durch das Gesundheitsstrukturgesetz (GSG 93) in die Lage versetzt, gegenüber so genannten Privatpatienten ambulante Institutsleistungen zu erbringen. Denn für diesen Bereich gab es auch vor 1993 keine Zulassungsregelungen, wie es sie für den vertragsärztlichen Bereich gegeben hat und immer noch gibt. Bis Ende der 70er Jahre hatten Privatpatienten vielmehr das Problem, derartige Liquidationen von Krankenhausärzten bzw. Krankenhäusern gegenüber den erstattenden Privatversicherungen durchzusetzen. Diese Angelegenheit wurde aber spätestens mit der Entscheidung des BGH vom 30. November

1977⁶⁾ geklärt. In der vorbezeichneten Entscheidung legte der BGH fest, dass § 4 Absatz 2 der Musterbedingungen „Krankheitskosten und Krankenhaustagegeldversicherung“ (MB/KK) den Versicherungsschutz für eine ambulante Heilbehandlung durch ein Krankenhaus nicht ausschließt und demgemäß private Krankenversicherungen ihren Patienten auch durch Krankenhäuser als Institute erbrachte ambulante Leistungen erstatten müssen.

Als Fazit ist festzuhalten: Bei der Beurteilung, ob ein Chefarzt zur Mitwirkung im Rahmen des ambulanten Operierens und der stationersetzenden Eingriffe verpflichtet ist, muss grundsätzlich nicht nach dem Status des Patienten unterschieden werden, auch wenn es in der Vergangenheit oft – als vermittelnde Konsenslösung – in Krankenhäusern so gehandhabt wurde, dass das ambulante Operieren bei gesetzlich versicherten Patienten als Dienstaufgabe ausgestaltet, das ambulante Operieren gegenüber Selbstzahlern aber in der Chefarztambulanz durchgeführt wurde.

Dienstaufgabe?

Ob eine Mitwirkungspflicht des Chefarztes besteht, richtet sich nach dem Inhalt der vertraglichen Absprache. Die in der Praxis anzutreffenden chefarztvertraglichen Regelungen sind wie folgt zu kategorisieren⁷⁾:

- 1) Klare Regelung hinsichtlich der Nebentätigkeit des Chefarztes
- 2) Klare Regelung hinsichtlich der Dienstaufgabe des Chefarztes
- 3) Unklare Regelung – Auslegungsfrage

zu 1) Dass es keinerlei Ansatzpunkte für eine Mitwirkungsverpflichtung eines Chefarztes beim ambulanten Operieren gibt, dürfte eher ein ungewöhnlicher und seltener Fall sein. Wenn aber einwandfrei feststeht, dass der Chefarzt nicht zur Mitwirkung verpflichtet ist, weil zum Beispiel die Mitwirkung ausdrücklich ausgeschlossen wurde, bedarf es einer Vertragsänderung bzw. einer Vertragsergänzung, um dies entsprechend in eine Dienstaufgabe zu überführen (siehe auch unten).

zu 2) Ähnlich einfach dürfte die Frage zu beantworten sein, wenn der Dienstvertrag eine ausdrückliche Regelung bezogen auf das ambulante Operieren als Dienstaufgabe enthält. In diesem Fall ist eine Mitwirkung des Chefarztes unter den gegebenen Umständen ohne zusätzliche Vergütung abrufbar. Ob hier der Terminus „stationersetzende Leistungen“ erwähnt wird, dürfte genau so unerheblich sein wie eine Bezugnahme auf die im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung maßgebliche Vorschrift des § 115 b SGB V. Von Seiten der Chefarzte steht diesbezüglich die Argumentation im Vordergrund, dass durch den Bezug auf den § 115 b SGB V in Kombination mit der erteilten Nebentätigkeitserlaubnis der Krankenhausträger das ambulante Operieren bei selbst zahlenden Patienten in den Nebentätigkeitsbereich eingeordnet habe. Dass dies so sein kann, aber nicht zwingend sein muss, ist vorstehend bereits ausgeführt worden. Krankenhausträger und Chefarzt können bezüglich ambulanter Patienten durch-

aus in eine Konkurrenzsituation eintreten, so dass eine Leistung sowohl Dienstaufgabe als auch Nebentätigkeit sein kann.

Da das ambulante Operieren gemäß § 115 b SGB V nachträglich um den Bereich der stationersetzenden Leistungen erweitert wurde (Gesundheitsreformgesetz 2000), sind automatisch auch nicht schneidende Fächer in diesen Leistungsbereich einbezogen worden. Dementsprechend reicht der Verweis auf das ambulante Operieren gemäß § 115 b SGB V völlig aus, um dies zum Beispiel auch für den Internisten als Dienstaufgabe auszugestalten.

zu 3) In vielen Fällen dürfte die Frage der obligatorischen Mitwirkung allerdings erst über eine Auslegung des Dienstvertrags zu erreichen sein, weil ein ausdrücklicher Bezug auf § 115 b SGB V bzw. der Terminus „ambulantes Operieren und stationersetzende Leistungen“ im Dienstvertrag fehlt. In diesen Fällen sind die Generalklauseln der angesprochenen Vertragsmuster zu bemühen.

- Sofern die Dienstverträge auf die Behandlung der Patienten seiner Abteilung im Rahmen der Krankenhausleistungen rekurrieren, ist diese Formulierung in der Regel nicht geeignet, eine Mitwirkung des Chefarztes bei ambulanten Operationen herbeizuführen. Was in diesem Sinne unter Krankenhausleistungen zu subsumieren ist, wird durch § 2 Absatz 1 KHEntG/§ 2 Absatz 1 BpflV vorgegeben. Danach gehören zu den Krankenhausleistungen die allgemeinen Krankenhausleistungen und die Wahlleistungen, mithin das stationäre Leistungsbild eines Krankenhauses. Diese Auslegung wird im Übrigen dadurch gestützt, dass sich im Weiteren andere Generalklauseln mit der Zuordnung des ambulanten Leistungsspektrums in den Dienstaufgabenkatalog befassen.

- Seit jeher wird in den DKG-Musterverträgen empfohlen, die Erbringung von Institutsleistungen im ambulanten Bereich als Dienstaufgabe auszugestalten.⁸⁾ In diesen Fällen ist nach überwiegender Auffassung die Mitwirkung des Chefarztes abrufbar.⁹⁾ Maßgeblich ist nicht, was zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in diesem Sinne als Institutsleistung bekannt war. Eine derartige Geschäftsgrundlage kann nicht ohne weiteres unterstellt werden. Eine Ausnahme kann diesbezüglich nur dann gelten, wenn eine solche Geschäftsgrundlage ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen wurde oder sich aus dem begleitenden Schriftverkehr ergibt. Insbesondere um künftige Entwicklungen in den Vertrag einzubeziehen, die noch nicht ohne weiteres absehbar sind, bedient man sich derartiger generalklauselartiger Tatbestände.

- Ferner käme eine Verpflichtung des Chefarztes über die Verbindlichkeit in Frage, dass der Arzt im Rahmen seines Fachgebiets „alle sonstigen ärztlichen Tätigkeiten, soweit sie dem Arzt zugemutet werden können“, zu besorgen hat. Auch diese Klausel befindet sich in zahlreichen Chefarztverträgen. Durch die Wortwahl und die Stellung dieser Vorschrift im Rahmen des § 5 – „sonstige“ bzw. „weitere“ Dienstaufgaben – zeigt sich, dass dieser Klausel erkennbar nur eine Auffangfunktion von nachrangiger Stellung zukommt. Der Kernbereich der Dienstaufgaben ist jeweils in § 4 geregelt. Das heißt, dort geht es um die vorrangigen

ärztlichen Tätigkeiten im Krankenhaus. Die Frage, ob die Leistungen des ambulanten Operierens, wenn sie nennenswerten Umfang haben, in diesem Bereich die Frage der Zumutbarkeit tangieren, kann daher hier offen bleiben. Unter dem Gesichtspunkt des Substitutionseffekts des ambulanten Operierens und der stationärsersetzenden Eingriffe wäre eine Zumutbarkeit insbesondere dann anzunehmen, wenn der Chefarzt durch die Etablierung des ambulanten Operierens nicht oder nur unwesentlich tangiert ist, also keine wesentliche Mehrbelastung entsteht.¹⁰⁾

Konsequenzen

Seit 1993 stellt sich die Frage, ob die Etablierung des ambulanten Operierens durch den Krankenhausträger und die damit verbundenen Auswirkungen, insbesondere auf den Nebentätigkeitsbereich, Ausgleichsansprüche des Chefarztes auslösen können.¹¹⁾ Derartige Ansprüche haben in der Vergangenheit erkennbar keine Relevanz gehabt. Anscheinend ist es zu keinerlei Gerichtsverfahren gekommen – zumindest zu keinen, die eine Veröffentlichung wert gewesen wären. Insofern ist es obsolet, dieses Thema erneut zu vertiefen.

Wenn im Chefarztdienstvertrag klare Regelungen hinsichtlich der Einbeziehung des ambulanten Operierens getroffen wurden, gibt es in der Regel selten Anpassungsbedarf, da schon bei Vertragsschluss oft ein Kompromiss eingegangen wurde. Schon in den Voraufgaben hat der DKG-

Mustervertrag – quasi als Pendant zum Dienstaufgabenkatalog – im Rahmen der Vergütung im dienstlichen Aufgabenbereich eine Beteiligung des Arztes an den Einnahmen des Krankenhausträgers, zum Beispiel aus dem Bereich des ambulanten Operierens, offen gehalten, wenn die entsprechende Refinanzierung über die Erlössituation sichergestellt werden konnte.¹²⁾

Sofern keine klare dienstvertragliche Regelung bzw. die Auslegung des Dienstvertrags ergeben, dass die Verpflichtung des Chefarztes zur Mitwirkung im Bereich des ambulanten Operierens und der stationärsersetzenden Leistungen gegeben ist, stellt sich die Frage der angemessenen Reaktion des Krankenhausträgers. Eine einvernehmliche Vertragsänderung bzw. Vertragsergänzung ist in der Regel mit der Forderung des Chefarztes verbunden, an den Erlösen des Krankenhausträgers in diesem Segment beteiligt zu werden. Bei nicht realistischen Vorstellungen des Chefarztes in Bezug auf die Höhe der Beteiligung bzw. im Falle der Nichtrefinanzierbarkeit einer derartigen Beteiligung stehen 2 Reaktionsmöglichkeiten im Vordergrund, um das ambulante Operieren einzuführen:

- 1) Die Änderungskündigung des Dienstvertrags wegen dringender betrieblicher Erfordernisse unter Einbeziehung des Chefarztes.
- 2) Das Bemühen der in Chefarztverträgen üblichen Entwicklungsklausel unter Ausschluss des betroffenen Chefarztes. ▶

Wir sind hier.

DTA nach § 301 SGB V:
Alle BKK sind dabei!
Ihr Krankenhaus auch?
www.bkk.de/dta301

Aufwändige Behandlungen im Krankenhaus kosten viel Geld. Damit Sie sich trotzdem keine Sorgen machen müssen, übernimmt die BKK die entstehenden Kosten schnell und zuverlässig. Und wir garantieren eine gute medizinische Versorgung bei Operationen und Krankenhausaufenthalten. Dafür wenden wir jährlich fast 7 Milliarden Euro auf. Mehr zu unseren Leistungen finden Sie unter www.bkk.de

zu 1) Änderungskündigungen sind vor den Arbeitsgerichten in diesem Zusammenhang schwer durchzusetzen. Wenn auch das Erfordernis dringender betrieblicher Änderungen vor dem Hintergrund der geschilderten Ausgangssituation der Krankenhäuser darlegbar ist, ist die dem Arbeitsgerichtsverfahren zugrunde liegende Abwägung der beiderseitigen Interessen und der unter Umständen lange Verfahrensweg bis zu einer beleihbaren Entscheidung von erheblichen Nachteilen für den Krankenhausträger. In der Praxis wird sich daher dieses Gestaltungsmittel oft als unzureichend erweisen.

zu 2) Vorrangig wird daher der Weg beschritten, den Bereich des ambulanten Operierens zu verselbstständigen und aus der betroffenen Abteilung bzw. den Abteilungen herauszulösen. Hierzu bietet – sofern der Dienstvertrag durch diese Organisationsmaßnahme überhaupt berührt wird – die im Chefarztvertrag zugrunde liegende Entwicklungsklausel ein entsprechendes Instrumentarium. Gemäß den gängigen Entwicklungsklauseln¹³⁾ kann der Krankenhausträger nach der Anhörung des Arztes strukturelle und organisatorische Änderungen im Krankenhaus vornehmen, unter anderem „weitere selbständige Fachabteilungen, Funktionsbereiche oder Institute – auch gleicher Fachrichtung – im Krankenhaus neu einrichten, unterteilen, abtrennen oder schließen“. Die Entwicklungsklausel ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung als Ausgestaltung des Direktionsrechts des Krankenhausträgers seit langem anerkannt.¹⁴⁾ Die Frage ist daher, ob zum Beispiel einem Oberarzt – unter Herausnahme der ambulanten Leistungen dieses Fachbereichs aus der Abteilung – der Bereich des ambulanten Operierens in leitender Funktion übertragen werden kann. Eine derartige Maßnahme ist rechtlich schnell umsetzbar und führt letztlich zu dem gewünschten Ergebnis, dass das ambulante Operieren und die stationärsersetzenden Leistungen in der entsprechenden Fachabteilung etabliert werden können. Derartige Organisationsmaßnahmen unterliegen nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle. In den unternehmerischen Freiraum, den der

Krankenhausträger für sich und seine Prognose einer künftigen Entwicklung in Anspruch nimmt, greift das Gericht nicht ein. Lediglich die Grenze billigen Ermessens muss eingehalten sein.

Literatur

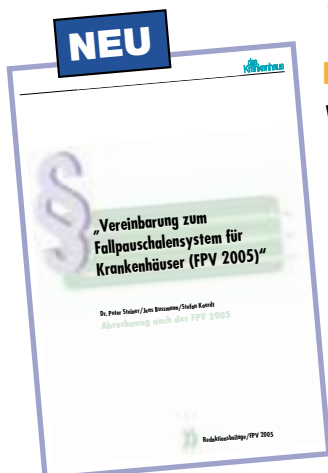
- 1) Zu näheren Einzelheiten vergleiche Rochell/Bunzemeier/Roeder, das Krankenhaus 2004, Seite 172 ff., Seite 269 ff.
- 2) Zuck, f & w 1993, Seite 76 ff.; Andreas, Arztrecht 1993, Seite 77 ff.; Sonderheft Ambulantes Operieren, Arztrecht 6/1996
- 3) 5. Auflage 1996 sowie 6. Auflage 2002
- 4) Andreas, Arztrecht 1993, Seite 77 ff.; Andres/Dehong/Bruns, Handbuch des Arztrechts Rn. 274 f.
- 5) Wegen näherer Einzelheiten vergleiche Wagener/Meister, das Krankenhaus 2002, Seite 302 ff.
- 6) NJW 1978, Seite 589 ff.
- 7) So auch Andreas, Sonderheft Ambulantes Operieren, Arztrecht 1996, Seite 15 f.
- 8) Vergleiche § 3 Absatz 1 Ziffer 6 der 4. Auflage des DKG-Mustervertrags; § 4 Absatz 1 Ziffer 5 der 5. Auflage des DKG-Mustervertrags; § 4 Absatz 1 Ziffer 6 der 6. Auflage des DKG-Mustervertrags.
- 9) Quaas/Zuck, Medizinrecht, 2005, § 15 Rn. 37; Genzel in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage 2002, § 90 Rn. 31; Fack-Asmuth/Robbers, Gesundheitsstrukturgesetz 1993, Seite 80; andere Auffassung: Andreas, Arztrecht 1994, Seite 123 ff.
- 10) Zuck, f & w 1993, Seite 76 ff.
- 11) Vergleiche Andreas, Arztrecht 1993, Seite 91 f.; derselbe, Arztrecht 1994, Seite 123 ff.; derselbe, Sonderheft Arztrecht 1996, Seite 15 f.; anderer Auffassung: Zuck, f & w 1994, Seite 344 ff.
- 12) Vergleiche § 8 Absatz 5 bzw. § 8 a Absatz 3 der 5. Auflage des Mustervertrags; § 8 Absatz 2 a der 6. Auflage des Mustervertrags
- 13) Vergleiche § 15 der 6. Auflage des DKG-Mustervertrags
- 14) Vergleiche zuletzt BAG, Urteil vom 13. März 2003, 6 AZR 557/01 = das Krankenhaus 2004, Seite 734 ff.

Anschrift des Verfassers:
Rechtsanwalt Andreas Wagener,
Geschäftsführer der Rechtsabteilung der DKG,
Wegelystraße 3, 10623 Berlin ■

Sonderausgabe DRGs 2005

„Vereinbarung zum Fallpauschalensystem für Krankenhäuser (FPV 2005)“

Autoren: Dr. Peter Steiner, Jens Bussmann, Stefan Koerdt



Bestellungen:

W. Kohlhammer GmbH
70549 Stuttgart
Tel. 0711/7863 - 7303
Fax 0711/7686 - 8430

Stichwort:

„Vereinbarung zum
Fallpauschalensystem
für Krankenhäuser“

| | | |
|--------------|---|------------------|
| Einzelheft | > | 4,20 € |
| ab 20 Stück | > | 3,90 € pro Stück |
| ab 50 Stück | > | 3,50 € pro Stück |
| ab 100 Stück | > | 3,10 € pro Stück |

Inklusive Mehrwertsteuer und zuzüglich Versandkosten

www.kohlhammer.de

W. Kohlhammer GmbH · 70549 Stuttgart · www.kohlhammer.de