

Gerd Krieger

Die Behandlungsverweigerung bei Kassenpatienten, insbesondere wegen unzureichender Honorierung

Die Kassenärztliche Vereinigung Nordrhein hatte in ihren am 21. 5. 1997 auf der Vertreterversammlung beschlossenen Honorarverteilungsmaßstab folgenden § 2 Abs. 2 S. 2 aufgenommen:

„Ärztliche Leistungen, die vom einzelnen Vertragsarzt nicht kostendeckend erbracht werden können, müssen von ihm nicht angeboten werden.“

Der 11. Senat des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen hat daraufhin durch Beschluß vom 21. 10. 1998¹ festgestellt, daß diese Regelung rechtswidrig sei, weil es „dem einzelnen Vertragsarzt schlechthin untersagt ist, vertragsärztliche Leistungen aus monetären Gründen aus der gesetzlichen Krankenversicherung als Sachleistung auszugliedern“.

Derselbe Senat hatte demgegenüber durch Urteil vom 3. 12. 1997² unter Berufung auf die nunmehr für rechtswidrig erklärte Vorschrift des § 2 Abs. 2 HVM unterstellt, die niedergelassenen Ärzte könnten die Erbringung bestimmter Leistungen verweigern mit dem Hinweis, „sie rechnen sich nicht und müssen deswegen nicht angeboten werden“.

Der Autor schließt sich unter teilweiser Aufgabe seiner früher vertretenen Ansicht³ im Endergebnis dem Beschluß des Landessozialgerichtes Nordrhein-Westfalen vom 21. 10. 1998 an, hat aber kein Verständnis für die zynische Feststellung des Gerichtes:

„Sollte ein Vertragsarzt (dazu) persönlich, organisatorisch, kalkulatorisch, betriebswirtschaftlich usw. nicht in der Lage sein, diese dem Kernbereich des Fachgebietes zuzuordnenden Leistungen kostendeckend in seiner Praxis als Sachleistung anzubieten und zu erbringen, ist er als Vertragsarzt nicht geeignet.“

Diese aus dem Hort eines sicher fließenden eigenen Einkommens getroffenen Feststellungen übersehen, daß durch Punktwertverlust, Abstufung, fehlerhafte Budgetierung⁴, unverschuldete Arzneimittelregresse usw. Vertragsärzte in wirtschaftliche Schwierigkeiten kommen können, ohne daß dies etwas mit ihrer Eignung als Vertragsarzt zu tun hat.

Für die Beantwortung der Frage, ob ein Arzt im Einzelfall die Leistungserbringung verweigern kann, ist entscheidend, ob für den Arzt, insbesondere den Vertragsarzt, ein Kontrahierungszwang besteht.

I. Normative Ausgangslage

1. Der Arzt übt einen freien Beruf aus

Geht man von der Definition in § 1 Abs. 2 des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes⁵ aus, wonach die freien Berufe auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation persönlich, eigenverantwortlich und fachlich unabhängig Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit erbringen, dann handelt es sich bei der Berufstätigkeit der Ärzte um einen klassischen freien Beruf⁶. § 1 Abs. 1 S. 2 der MBO⁷ stellt daher fest: Der

Beruf des Arztes ist kein Gewerbe, sondern nach seiner Natur ein freier Beruf.

Der freie Beruf des Arztes wird – ebensowenig wie der freie Beruf des Rechtsanwaltes – nicht dadurch zu einem staatlich gebundenen Beruf, daß u. a. die Zulassung und die Berufsausübung durch gesetzliche Normen reglementiert werden. Dies ist eine Eigenart der verkammerten freien Berufe.

2. Beim Arzt herrscht Vertragsfreiheit

Die Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit des freien Berufes bedeutet für den Arzt, daß bei ihm Vertragsfreiheit besteht⁸. Er kann, von Notfällen oder besonderen rechtlichen Verpflichtungen abgesehen, eine Behandlung ablehnen. Dabei ist er nicht gezwungen, eine Begründung anzugeben, da er frei entscheiden kann, ob er die Behandlung übernehmen will oder nicht⁹.

Auch die teilweise vertretene Ansicht, daß der Arzt nicht aus unsachlichen oder willkürlichen Gründen die Behandlung behandlungsbedürftiger Kranker ablehnen dürfte¹⁰, ist nicht richtig, da kein Kontrahierungszwang besteht. Es gibt keine allgemeine Berufspflicht des Arztes, eine erbetene Behandlung zu übernehmen.

Aus den gesetzlichen Bestimmungen des Dienstvertrages kann sich allenfalls die Verpflichtung eines Arztes ergeben,

Rechtsanwalt Dr. iur. Gerd Krieger,
Uhlandstraße 9, D-79102 Freiburg

1) LSG Nordrh.-Westf., Beschl. v. 21. 10. 1998 – 11 B 35/98 KA –.

2) LSG Nordrh.-Westf., Urt. v. 3. 12. 1997 – 11 Ka 16/97 –.

3) Vgl. Krieger, DT.DERM 1998, 1039.

4) Durch Beschluß des Bewertungsausschusses v. 19. 11. 1996 (DÄBl. v. 13. 12. 1996) und durch die Vereinbarung zur Einführung von Praxisbudgets zum 1. 7. 1997 (DÄBl. v. 14. 2. 1997) wurden fallzahlabhängige arztgruppenbezogene Praxisbudgets eingeführt. Dabei wurde für jedes Fachgebiet ein arztgruppenbezogener Kostenansatz ermittelt. Nach den Feststellungen der KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft weichen die tatsächlichen Kostenansätze bei Hautärzten, Nervenärzten sowie Allgemein-/Praktischen Ärzten erheblich von den unterstellten Kostenansätzen ab. Bei den Hautärzten ist ein bundesdurchschnittlicher Kostenansatz von 54,1 % festgeschrieben worden, obwohl der Kostenansatz tatsächlich bei etwa 60 % liegt. Dies führt zu erheblichen Einkommenseinbußen.

5) Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger freier Berufe v. 25. 7. 1994, BGBl. I S. 1744.

6) LSG Nordrh.-Westf. (Fn. 1); Muschallik, MedR 1995, 6.

7) Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä) 1997, abgedr. u. a. in: DÄBl. 1997, A-2354.

8) Laufß, in: Laufß/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 1992, S. 109; Uhlenbruck, ebd., S. 272.

9) Rieger, Lexikon des Arztrechts, 1984, Rdnr. 323.

10) Luig, Der Arztvertrag, in: Vertragsschuldverhältnisse, 1974, S. 230; Laufß (Fn. 8), S. 109; Laufß, NJW 1987, 2262; wie hier Uhlenbruck (Fn. 8), S. 273.

einem Patienten, dessen Behandlung er begonnen hat, auch im Fall einer neuen Erkrankung zur Verfügung zu stehen und mit ihm einen Arztvertrag abzuschließen¹¹.

Die Freiheit des Arztes, einen Patienten zu behandeln und mit ihm einen Behandlungsvertrag abzuschließen, darf jedoch nicht dazu führen, daß der Patient ohne dringend notwendige ärztliche Hilfe bleibt. Liegt ein Notfall vor, hat der Arzt sowohl nach den berufsrechtlichen Vorschriften als auch unter dem Gesichtspunkt der unterlassenen Hilfeleistung (§ 323c StGB) die Behandlung zu übernehmen¹².

So wie der Arzt bei der Entscheidung frei ist, ob er einen Patienten behandeln will, steht auch dem Patienten das Recht zu, seinen Arzt frei zu wählen oder zu wechseln (§ 7 Abs. 2 MBO).

3. Vertragsautonomie bei der vertragsärztlichen Versorgung

Auch für den Vertragsarzt gilt, daß er im Rahmen seiner freiberuflichen Tätigkeit zunächst keinem Kontrahierungszwang unterliegt, es sei denn, die Behandlungsfreiheit ist im Einzelfall durch kassenärztliche Vorschriften eingeschränkt¹³. Der Vertragsarzt übt keinen eigenständigen Beruf aus, sondern seine Tätigkeit ist eine besondere Form der freiberuflichen ärztlichen Tätigkeit. Im Rahmen des gesamten vertragsärztlichen Systems unterliegt der Vertragsarzt insoweit Einschränkungen, als dies dem Versorgungssystem entspricht.

Der Vertragsarzt unterwirft sich durch die Zulassung den vertragsärztlichen Einschränkungen und Pflichten¹⁴. Dabei gilt vor allem der Bundesmantelvertrag für Ärzte¹⁵, der die Rechte und vor allem die Pflichten der Vertragsärzte regelt¹⁶.

Die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen haben die vertragsärztliche Versorgung nach § 73 Abs. 2 SGB V sicherzustellen und den Krankenkassen und ihren Verbänden gegenüber die Gewähr dafür zu übernehmen, daß die vertragsärztliche Versorgung den gesetzlichen und vertraglichen Erfordernissen entspricht¹⁷. Soweit Vertragsärzte durch die Zulassung in das System eingebunden sind, haben die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen die Rechte der Vertragsärzte gegenüber den Krankenkassen wahrzunehmen und die Erfüllung der den Vertragsärzten obliegenden Pflichten zu überwachen. Soweit notwendig, können auch Zwangsmaßnahmen gegen Vertragsärzte eingeleitet werden, die ihre vertraglichen Pflichten nicht erfüllen¹⁸.

Hinsichtlich der Niederlassung, der Sprechzeiten, der Abwesenheit von der Praxis usw. unterliegen Vertragsärzte Beschränkungen. Sie haben außerdem die vertragsärztlichen Leistungen persönlich durchzuführen¹⁹.

Da der Vertragsarzt bei der Erfüllung des Sicherstellungsauftrages durch die KV mitwirken muß, hat er sich den vorgenannten Beschränkungen zu unterwerfen, soweit dies die Sicherstellung der Patientenversorgung erfordert.

II. Behandlungsverweigerung aus persönlichen Gründen

Das Recht und vor allem die Pflicht zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung nach § 95 Abs. 3 SGB V enthält jedoch keinen umfassenden Kontrahierungszwang des Vertragsarztes²⁰.

§ 13 Abs. 1 S. 1 BMV-Ä regelt die Anspruchsberechtigung des Versicherten und die freie Arztwahl. So steht dem Versicherten die Wahl unter den Vertragsärzten frei. Wird der Arzt von dem Versicherten aufgesucht und weist er sich durch Vorlage der Krankenversicherungskarte oder eines anderen gültigen Behandlungsausweises als Anspruchsberechtigter aus, dann darf der „Vertragsarzt die Behandlung eines Versicherten nur in begründeten Fällen ablehnen“²¹.

Der Vertragsarzt kann, von den bereits genannten Notfallsituationen abgesehen, die Behandlung eines Kassenpatienten vor allem aus folgenden wichtigen Gründen ablehnen:

- fehlendes Vertrauensverhältnis, insbesondere auch bei querulatorischem und sonst unqualifiziertem Verhalten des Patienten²²;
- Nichtbefolgen ärztlicher Anordnungen durch den Patienten;
- Verlangen des Patienten nach einer unzumutbaren, nicht notwendigen oder unwirtschaftlichen Behandlung;
- weite Entfernung zwischen der Praxis des Arztes und der Wohnung des Patienten, sofern andere Vertragsärzte näher wohnen und kein Notfall vorliegt²³;
- Verlangen eines Patienten nach einer Behandlung außerhalb des Fachgebietes des Arztes²⁴;
- unberechtigtes Verlangen des Patienten nach Verschreibung eines bestimmten Medikamentes.

III. Behandlungsverweigerung aus vertragsärztlichen Gründen

1. Kein Kontrahierungszwang bei Überlastung des Arztes

Ist der Arzt voll ausgelastet und kann keine zusätzlichen Patienten mehr annehmen, ohne daß die Behandlung solcher Patienten beeinträchtigt wird, mit denen bereits ein Behandlungsvertrag abgeschlossen ist, ist er nicht verpflichtet, weitere Patienten anzunehmen²⁵.

Es muß jedoch eine echte Überlastung vorliegen. Lehnt der Vertragsarzt nur die Behandlung von Kassenpatienten ab, nimmt er aber weiterhin Privatpatienten zur Behandlung an, dann liegt keine Überlastung vor. Da die Behandlung eines Versicherten nur in begründeten Fällen abgelehnt werden darf, ist die Ablehnung der Behandlung insoweit unzulässig²⁶.

2. Ablehnung der Behandlung zur Verhinderung einer übermäßigen Ausdehnung vertragsärztlicher Tätigkeit

Die Vorschriften des EBM und des HVM sollen steuernd auf die Leistungserbringung und somit auch auf das Leistungsverhalten des Arztes einwirken²⁷. Aus § 85 Abs. 3 S. 4

- 11) BGH, VersR 1979, 376; *Deutsch*, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, 1983, Rdnr. 34, S. 21.
- 12) *Hess*, in: *Narr*, *Ärztliches Berufsrecht*, 2. Aufl., Rdnr. B-113 (Stand: 1994).
- 13) *Rieger* (Fn. 9), Rdnr. 215; *Muschallik*, *MedR* 1995, 8; *Krauskopf* (1998), in: *ders.* (Hrsg.), *Soziale Krankenversicherung*, § 95, Rdnr. 27; *Schneider*, *Handbuch des Kassenarztrechts*, Rdnr. 1154; *Schirmer*, in: *Narr* (Fn. 12), Rdnr. W1 (Stand: 1997); *BVerfGE* 11, 30, 41.
- 14) § 95 Abs. 3 SGB V.
- 15) Bundesmantelvertrag-Ärzte gem. § 82 Abs. 1 SGB V, *DÄBl.* 1995, C-395.
- 16) *BVerfGE* 70, 1, 30 f.; 68, 193, 221; *LSG Nordrh.-Westf.*, *Urt. v.* 21. 2. 1996 – L 11 Ka 108/95 –.
- 17) § 75 Abs. 2 S. 1 SGB V.
- 18) § 75 Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 81 Abs. 5 SGB V.
- 19) § 15 Abs. 1 BMV-Ä und § 4 BMV-Z.
- 20) *Rieger* (Fn. 9), Rdnr. 326; *Muschallik*, *MedR* 1995, 8; a. A. *Laufs*, *NJW* 1987, 2262.
- 21) § 13 Abs. 5 S. 1 BMV-Ä.
- 22) *Hess* (Fn. 12), B-115; *Ratzel*, in: *Ratzel/Lippert*, *Komm. z. MBO*, 2. Aufl. 1998, § 7, Rdnr. 7; *Rieger* (Fn. 9), Rdnr. 325.
- 23) *Rieger* (Fn. 9), Rdnr. 325; und *Hess* (Fn. 12), B-115.
- 24) *Rieger* (Fn. 9), Rdnr. 325.
- 25) *Hess* (Fn. 12), B-115.
- 26) A. A. *Steinhilper/Schiller*, *MedR* 1997, 59.
- 27) *BSG*, *Urt. v.* 24. 8. 1997 – 6 RKA 15/93 –, *SozR* 3-2500 § 85 SGB V Nr. 7; *BSG*, *Urt. v.* 17. 9. 1997 – 6 RKA 36/97 –, *SozR* 3-2500 § 87 Nr. 14, S. 80, sub 8.

SGB V leitet das BSG die Berechtigung und die Verpflichtung her, im Rahmen eines HVM „eine übermäßige Ausdehnung der kassenärztlichen Tätigkeit zu verhüten“²⁸. Die Vorschriften des EBM und des HVM sind „verhaltenssteuernde Normen“. Die Zielsetzung der Budgetierungsregelungen liegt in einer Lenkung und Steuerung des ärztlichen Behandlungsverhaltens, indem durch Punktzahl-obergrenzen der wirtschaftliche Anreiz zur vermehrten Leistungserbringung reduziert bzw. vollständig aufgehoben werden soll²⁹. Von dieser Zielsetzung wird hier ausgegangen.

Wenn es die Aufgabe der Abstufung und Budgetierung vertragsärztlicher Leistungen ist, eine übermäßige Ausdehnung der vertragsärztlichen Tätigkeit zu vermeiden, dann muß auch dem Vertragsarzt die Möglichkeit gegeben werden, diese Tätigkeit einzuschränken. Da er, wie ausgeführt, im Rahmen einer laufenden Behandlung nicht berechtigt ist, eine aus medizinischen Gründen erforderliche Behandlung abzulehnen, kann er nur die Behandlung neuer Kassenpatienten oder die Behandlung neuer Erkrankungen ablehnen.

Wenn es, wie das LSG Nordrhein-Westfalen³⁰ ausführt, sachgerecht ist, eine Leistungsausweitung durch Limitierung zu vermeiden, dann darf die vom Arzt herbeigeführte Limitierung des Leistungsvolumens nicht als Verstoß gegen die vertragsärztlichen Bestimmungen angesehen werden. Der abweichenden Ansicht in dem bereits zitierten Beschluß des LSG Nordrhein-Westfalen vom 21. 10. 1998³¹ kann nicht gefolgt werden. Es geht, wie das Gericht erkannt hat, nicht um die Frage einer angemessenen Bezahlung für die erbrachten Leistungen (vgl. unten, sub III. 4.) und auch nicht um die Frage der allgemeinen Überlastung des Arztes (vgl. oben, sub III. 1.), sondern nur um die durch EBM und HVM erzwungene und von der Rechtsprechung sanktionierte Reduzierung der Ausdehnung vertragsärztlicher Tätigkeit.

Die entsprechenden Möglichkeiten des behandelnden Vertragsarztes sind eingeschränkt. Hat er die Behandlung des Patienten bereits aufgenommen, dann ist der Umfang der ärztlichen Diagnostik und Therapie in jedem einzelnen Behandlungsfall an den objektiven Maßstäben der Notwendigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung auszurichten³². Die Behandlung darf von dem Arzt nicht unterbrochen und die Erbringung einzelner Leistungen nicht verweigert werden mit dem Hinweis, daß es der durch die Honorarvorschriften zum Ausdruck gekommene Wunsch der Kassenärztlichen Vereinigung sei, gerade diese Leistung einzuschränken. Er darf auch nicht das Volumen einer begonnenen medizinisch erforderlichen Behandlung einschränken, wenn er sich nicht zusätzlich dem Vorwurf der Körperverletzung aussetzen will.

Der Vertragsarzt kann aber den Abschluß des Behandlungsvertrages mit einem neuen Patienten oder die Behandlung einer neuen Erkrankung mit dem Hinweis verweigern, daß wegen bereits vorgenommener oder drohender Honorarkürzungen zur Einschränkung seines Leistungsvolumens seine Vertragspraxis eingeschränkt werden müsse und er daher insoweit die Behandlung des Versicherten ablehne³³.

3. Spezialisierung als Einschränkung der Leistungserbringung

Der Vertragsarzt ist nicht verpflichtet, alle im Rahmen seines Fachgebietes zulässigerweise erbringbaren, im EBM als abrechnungsfähig bezeichneten Leistungen im Rahmen von Diagnostik und Therapie in seiner Praxis vorzuhalten, um sie im Einzelfall bei entsprechender medizinischer Indikation einsetzen zu können³⁴. Der Arzt kann sich nach der Rechtsprechung des BSG auf wenige ausgewählte Leistungen innerhalb seines Gebietes oder Teilgebietes beschränken³⁵. Der Vertragsarzt ist nur verpflichtet, im Rahmen der

Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung Leistungen seines Fachgebietes anzubieten und zu erbringen. Bei seiner Entscheidung, welche diagnostischen und therapeutischen Verfahren er in seiner Praxis anbieten oder ob er Patienten ggfs. an andere Ärzte verweisen will und auch muß, darf sich der Arzt auch daran orientieren, „ob bestimmte Leistungen im Hinblick auf die vorhandene bzw. erreichbare Zusammensetzung der Patientenschaft sowie unter Berücksichtigung der anfallenden Kosten und der erzielbaren Einnahmen wirtschaftlich erbracht werden können“³⁶. In diesem Urteil hat das BSG die rückwirkende Budgetierung von Gesprächs- und Untersuchungsleistungen im EBM 1996 für verfassungswidrig erklärt, weil der Arzt nicht rechtzeitig, d. h. vor der abrechenbaren Behandlung Gelegenheit hatte, sein Leistungsverhalten entsprechend einzurichten, um auch die Wirtschaftlichkeit dieser ärztlichen Leistungen beurteilen zu können.

Hat sich der Vertragsarzt beispielsweise auf ambulante Operationen, Allergologie oder Labor spezialisiert, führt der Gastroenterologe nur endoskopische Untersuchungen durch³⁷, beschränkt der Dermatologe seine Tätigkeit auf Venenerkrankungen oder operiert der Chirurg nur im Magen- oder Darmtrakt, dann entspricht diese Schwerpunktbildung dem Vertragsarztrecht und kann, soweit es sich um nachgewiesene Qualifikationen der jeweiligen Weiterbildungsordnung handelt, sogar zu einer Sonderbedarfszulassung im Rahmen eines qualitativen Sonderbedarfes führen³⁸.

Im Umkehrschluß ist der Arzt nicht verpflichtet, solche Leistungen, die nicht seinem üblichen Leistungsbild entsprechen, nur deshalb anzubieten, weil er sich an der vertragsärztlichen Versorgung beteiligt. Einerseits liegt dann, wenn er entweder technisch oder persönlich nicht über die ausreichenden Fachkenntnisse, Einrichtungen, Personal u. a. verfügt, ein besonderer Grund zur Ablehnung der Behandlung nach § 13 Abs. 5 BMV-Ä vor, und andererseits erfüllt er trotzdem mit seinem spezialisierten Angebot die Bedingung des § 95 Abs. 3 SGB V, wonach der Vertragsarzt an der vertragsärztlichen Versorgung teilzunehmen hat. Auch der Beschluß des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 21. 10. 1998³⁹ bestätigt daher ausdrücklich, daß der Vertragsarzt nicht gehalten ist, alle im Rahmen seines Fachgebietes zulässigerweise erbringbaren, im EBM als abrechnungsfähig bezeichneten Leistungen in seiner Praxis vorzuhalten, um sie im Einzelfall bei medizinischer Indikation einsetzen zu können. Dies gilt nach der Entscheidung für den großen Bereich von Leistungen, die besondere Fähigkeiten, Spezialisierungen, Einrichtungen oder apparative Ausstattungen verlangen, erst recht aber auch, wenn der Arzt persönlich nicht über die erforderlichen Qualifikationen verfügt oder sich unwirtschaftliche Investitionen für seine Praxis nicht rentieren. Im Widerspruch hierzu steht

28) BSGE 78, 98, 106.

29) BSG, Urt. v. 14. 5. 1997 – 6 Ra 25/96 –.

30) LSG Nordrh.-Westf., MedR 1998, 426.

31) LSG Nordrh.-Westf. (Fn. 1).

32) BSG, Urt. v. 17. 9. 1997 (Fn. 27).

33) Hess (Fn. 12), B-115; BSG, Urt. v. 17. 9. 1997 (Fn. 27); *Muschalik*, MedR 1995, 9; *Steinhilper/Schiller*, MedR 1997, 62.

34) BSG, Urt. v. 17. 9. 1997 (Fn. 27).

35) BSG, Urt. v. 7. 2. 1996 – 6 RKA 6/95 –, SoZR 3-5533 Nr. 763 BMÄ Nr. 1, S. 6; *Steinhilper/Schiller*, MedR 1997, 62; LSG Nordrh.-Westf. (Fn. 2), wo ausgeführt wird, daß den Vertragsarzt „niemand zwingen kann, den gesamten Leistungskatalog seines Fachgebietes anzubieten“.

36) BSG, Urt. v. 17. 9. 1997 (Fn. 27).

37) BSG, Urt. v. 7. 2. 1996 (Fn. 35).

38) *Plagemann*, Vertragsarztrecht, PsychotherapeutenG, 3. Aufl. 1998, Rdnr. 326.

39) LSG Nordrh.-Westf. (Fn. 1).

die weitere Feststellung des Landessozialgerichtes, daß der Vertragsarzt verpflichtet sein soll, die „üblicherweise zum Fachgruppenstandard und zum Kernbereich“ einer Vertragsarztpraxis gehörenden Leistungen, die Inhalt der vertragsärztlichen Versorgung sind, als Sachleistung anzubieten. Es gibt keinen einzuhaltenden üblichen Fachgruppenstandard, und nach der Weiterbildungsordnung gibt es auch keinen Kernbereich von vertragsärztlichen Leistungen. In der gesamten Breite fachbezogener Leistungen kann sich der Vertragsarzt spezialisieren. Er hat dann mit dieser Spezialisierung an der vertragsärztlichen Versorgung teilzunehmen, womit er die Voraussetzungen des § 95 Abs. 3 SGB V erfüllt. Es gibt weder rechtliche noch logische Gründe dafür, daß spezialisierte und damit meist auch hochqualifizierte Ärzte zur Teilnahme an der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung ungeeignet sein sollen.

4. Verweigerung der Leistung wegen nicht auskömmlicher Honorierung der Einzelleistung

Der Vertragsarzt darf, wie ausgeführt, bei der Überlegung, ob und ggfs. welche Leistungen er seinen Patienten anbietet, auch die anfallenden Kosten und die erzielbaren Einnahmen, d. h. somit wirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigen⁴⁰.

Hat er sich für bestimmte Behandlungsmethoden entschieden, dann ist er auch nach § 13 Abs. 5 BMV-Ä verpflichtet, diese Behandlung bei Kassenpatienten durchzuführen, es sei denn, es liegen begründete Ausnahmen vor. Als solche Ausnahme ist es anzusehen, wenn, wie ausgeführt, Kürzungen und Regresse wegen übermäßiger Ausdehnung der Kassenpraxis nach § 85 Abs. 4 S. 4 SGB V drohen. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Arzt nicht bereits mit der Behandlung begonnen hat und daher aus vertragsrechtlichen Gründen (Dienstvertrag) verpflichtet ist, die Behandlung in dem nach § 12 SGB V, d. h. gemäß dem Wirtschaftlichkeitsgebot erforderlichen Umfang zu erbringen.

Unzulässig ist, daß der Vertragsarzt eine Leistung, die er sonst in seiner Praxis anbietet und die somit auch zu dem Leistungsangebot gehört, mit dem er an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen kann, bei Kassenpatienten ablehnt mit dem Hinweis, die Leistung werde nicht angemessen vergütet. So hat die Kassenzahnärztliche Bundesvereinigung sogar eine unzulässige Empfehlung verbreitet, ggfs. die Wurzelspitzenresektion auch nach begonnener Behandlung abzulehnen und dem Patienten als Alternativbehandlung „z. B. eine Extraktion des Zahnes, bzw. eine weitergehende Behandlung unter Zugrundelegung einer Abdingungsvereinbarung als Privatbehandlung anzubieten, oder den Patienten, der beide Alternativen nicht wünscht, an einen anderen Zahnarzt zu überweisen“⁴¹. Auch die entsprechende Klausel in dem eingangs zitierten HVM der KV Nordrhein sollte den Vertragsärzten ermöglichen, die Erbringung von Einzelleistungen, die nicht kostendeckend erbracht werden können, abzulehnen. Mit einem im Ergebnis richtigen Urteil hat dem das LSG Nordrhein-Westfalen widersprochen.

Bei der Regelung, welcher Betrag bzw. Punktwert für die abzurechnende Leistung angemessen ist, hat der Bewertungsausschuß einen weiten Ermessensspielraum⁴². Ein subjektiv-rechtlicher Anspruch des einzelnen Arztes auf eine höhere und insbesondere bestimmte Vergütung kann erst dann in Betracht kommen, wenn durch die zu niedrige Vergütung das vertragsärztliche Versorgungssystem als Ganzes und als Folge davon auch die berufliche Existenz der an dem Versorgungssystem teilnehmenden ärztlichen Leistungserbringer gefährdet wird⁴³. Daraus ergibt sich, daß bei der Beurteilung der Zumutbarkeit und Angemessenheit einer Honorarregelung im Bereich der Berufsausübung des Vertragsarztes nicht die Interessenlage eines Einzelnen

maßgebend ist, sondern eine generalisierende Betrachtungsweise geboten ist.

Beim Vertragsarzt selbst hängt die Rentabilität der Leistungserbringung von zahlreichen Faktoren, wie der Organisation der Praxis, den Anschaffungskosten, dem Auslastungsgrad der verwendeten Geräte sowie der Arbeitsweise und den individuellen Fähigkeiten ab⁴⁴. Ob die Leistung beim jeweiligen Vertragsarzt in seiner eigenen Praxis wirtschaftlich erbracht werden kann, ist überwiegend praxisbezogen und individuell. Ein allgemein gültiges angemessenes Honorar gibt es nicht. Dies ist unabhängig davon, daß dem Vertragsarzt kein subjektives Recht zusteht, daß ihm für eine bestimmte Leistung auch ein bestimmtes Honorar zufließt⁴⁵. Mit der Teilnahme am vertragsärztlichen, beitragsfinanzierten Versorgungssystem trägt jeder beteiligte Arzt das Risiko unterschiedlicher Bewertung der Leistungen⁴⁶. Dies ist systemimmanent⁴⁷. Das vertragsärztliche Versorgungssystem beruht darauf, daß alle Beteiligten, d. h. die Versicherten, die Krankenkassen, die Kassenärztlichen Vereinigungen und auch die Leistungserbringer, nicht nur Rechte erwerben, sondern auch Pflichten übernehmen, um zu gewährleisten, daß die beitragszahlenden Versicherten u. a. die notwendigen ärztlichen Leistungen nicht nur beanspruchen können, sondern auch erhalten.

Auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten gibt es keinen Anspruch auf eine bestimmte Einzelleistungsergütung, sondern nur auf Angemessenheit des insgesamt erzielbaren Gewinns. Dabei ist von einer Mischkalkulation auszugehen, so daß die Unterbewertung einzelner Leistungen hinzunehmen ist⁴⁸.

Steht dem einzelnen Vertragsarzt kein Anspruch zu, daß die einzelne von ihm erbringbare und im EBM vorgesehene Leistung subjektiv oder objektiv angemessen⁴⁹ vergütet wird, so kann dieser Vertragsarzt auch nicht mit der Begründung die Erbringung der Einzelleistung verweigern, diese werde nicht ausreichend honoriert. Daß im Rahmen des dem Bewertungsausschuß zustehenden Ermessensspielraums bestimmte Leistungen unterbewertet werden, stellt keinen begründeten Fall nach § 13 Abs. 5 BMV-Ä dar mit der Folge, daß der Vertragsarzt die Behandlung nicht ablehnen darf⁵⁰.

Gehört eine bestimmte Behandlung zum sonstigen Leistungsangebot des Arztes, was in aller Regel dadurch belegt wird, daß er die Leistung gegenüber Privatpatienten erbringt, dann ist er auch zu dieser entsprechenden Behandlung bei Kassenpatienten verpflichtet. Er darf die Behandlung dann nicht mit dem Hinweis ablehnen, daß die Leistung von den Krankenkassen nicht angemessen vergütet werde⁵¹. Es gehört zum Berufsrisiko des freiberuflich tätigen Vertragsarztes, wenn er sich dem vertragsärztlichen Versorgungssystem mit allen Rechten anschließt und da-

40) BSG, Urt. v. 17. 9. 1997 (Fn. 27).

41) Schreiben der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung (KZBV) v. 26. 6. 1998 an die Kassenzahnärztlichen Vereinigungen.

42) LSG Bad.-Württ., Urt. v. 9. 4. 1997, NJW 1997, 521.

43) BSGE 78, 191; BSGE 79, 239, 242 ff.; LSG Bad.-Württ. (Fn. 42); Fiedler, VSSR 1995, 360.

44) BSG, Urt. v. 7. 2. 1996 (Fn. 35).

45) BSG, Urt. v. 7. 2. 1996 (Fn. 35); Urt. v. 17. 9. 1997 (Fn. 27).

46) BVerfGE 68, 193, 219; BSGE 78, 191.

47) BSGE 75, 188, 181 = NJW 1995, 3075.

48) BSG, Urt. v. 7. 2. 1996 (Fn. 3); BSGE 97, 239, 243; LSG Bad.-Württ., MedR 1997, 428; vgl. auch Wimmer, MedR 1998, 533, 535.

49) A. A. Wimmer, MedR 1998, 533.

50) LSG Nordrh.-Westf. (Fn. 1); SG München, NZS 1994, 279 ff.; SG Mainz, Beschl. v. 29. 7. 1997 – S 1 EA-KA 86/97 –, MedR 1997, 508 (Besprechung).

51) A. A. Steinhilper/Schiller, MedR 1997, 62.

durch die vertragliche Verpflichtung eingeht, im Rahmen seines Fachgebietes mit entsprechenden Risiken⁵² an der Versorgung der GKV-Versicherten teilzunehmen. Wird er für ein bestimmtes Fachgebiet als Vertragsarzt zugelassen, dann muß er aus diesem Fachgebiet Leistungen in das Sozialsystem einbringen. Er darf das System nicht dadurch aushebeln, daß er sich zwar den Zugang von GKV-Versicherten als Vertragsarzt offenhält, dann jedoch die Behandlung ablehnt mit dem Hinweis, daß er keine ausreichende Vergütung im Rahmen des GKV-Systems erhalte. Unabhängig davon ist es ihm auch versagt, solchen Patienten die Leistung auf privater Basis anzubieten⁵³.

IV. Zusammenfassung

Der Arzt übt einen freien Beruf aus. Er hat *Vertragsfreiheit*. Von besonderen Fällen abgesehen (z. B. Notfall) kann er frei entscheiden, ob er die Behandlung eines Patienten übernehmen will oder nicht. Eine bereits begonnene Behandlung ist jedoch fortzusetzen.

Die Vertragsautonomie gilt auch bei der vertragsärztlichen Versorgung. Mit der Zulassung unterwirft sich der Vertragsarzt jedoch Einschränkungen und Verpflichtungen. So darf er „die Behandlung eines Versicherten nur in begründeten Fällen ablehnen“ (§ 13 Abs. 5 S. 1 BMV-Ä).

Der Vertragsarzt darf insbesondere dann die Behandlung eines Patienten ablehnen, wenn das Vertrauensverhältnis fehlt, wenn sich der Patient querulatorisch verhält oder Anordnungen des Arztes nicht befolgt. Weiterhin darf er die Erbringung unzumutbarer oder unwirtschaftlicher Behandlung sowie die Verschreibung eines bestimmten nicht geeigneten Medikamentes verweigern.

Der *überlastete Arzt* darf die Behandlung von Patienten ablehnen. Dies gilt auch, wenn er sich im Rahmen seines Fachgebietes auf bestimmte Behandlungen *spezialisiert* hat. D. h., daß der Arzt auch im Rahmen seiner vertragsärztlichen Tätigkeit nicht verpflichtet ist, solche Leistungen anzubieten, die nicht seinem üblichen, frei gewählten Leistungsbild entsprechen.

Der Vertragsarzt ist auch berechtigt, zur *Verhinderung einer übermäßigen Ausdehnung* seiner vertragsärztlichen Tätigkeit die Behandlung neuer Patienten abzulehnen. Nach ständiger Rechtsprechung des BSG haben die Vorschriften des EBM und HVM verhaltenssteuernde Aufgaben, d. h. durch Punktzahlbergrenzen, Abstaffelung u. a. soll erreicht werden, daß der behandelnde Arzt das Leistungsvolumen reduziert. Da er aber verpflichtet ist, medizinisch notwendige Leistungen zu erbringen, kann er den Leistungsumfang in aller Regel nur dadurch reduzieren, daß er die entsprechende Leistungserbringung bei neuen Patienten ablehnt.

Dem Arzt ist es jedoch versagt, die Behandlung mit der Begründung zu verweigern, daß er hierfür kein auskömmliches Honorar erhalte. Der Arzt hat keinen Anspruch darauf, daß eine Einzelleistung kostendeckend vergütet wird. Die nichtauskömmliche Honorierung einer Einzelleistung stellt daher keinen wichtigen Grund dar, der den Vertragsarzt berechtigt, die Erbringung einer Einzelleistung zu verweigern.

52) BSG, NJW 1995, 3075; u. LSG Bad.-Württ., Urte. v. 20. 4. 1998 – L 5 KA 1001/98 –.

53) Wegen der privatärztlichen Liquidation bei GKV-Patienten vgl. *Steinhilper/Schiller*, MedR 1997, 59 ff.

BUCHBESPRECHUNGEN

Die rechtliche Zulässigkeit der embryonalen Gewebe- und Zellentnahme zum Zwecke der Entwicklung einer neuartigen Therapiestrategie gegen die Parkinsonsche Krankheit.

Von *Gerald Mai* (Europäische Hochschulschriften, Reihe II: Rechtswissenschaft, Bd. 2612). Verlag Peter Lang, Frankfurt Berlin Bern New York Paris Wien, 1999, XVI u. 140 S., kart., DM 65,-

Die Transplantation embryonalen Gewebes wirft eine Fülle von Rechtsfragen auf. Die Arbeit befasst sich mit der bislang kaum erforschten Frage, ob die Entnahme embryonalen Gewebes zum Zwecke einer medizinisch indizierten Verwendung zur Entwicklung einer neuartigen Therapie gegen die Parkinsonsche Krankheit nach deutschem Recht zulässig ist.

Im ersten Teil schildert *Mai* den medizinischen Sachverhalt, um den es geht, und die deutschen Ambitionen in diesem Bereich. Teil 2 enthält die rechtliche Bestandsaufnahme und den Überblick über die geltende Rechtslage. In Teil 3 werden die verfassungsrechtlichen Aspekte der Explantation von menschlichem embryonalem Gewebe für die Entwicklung neuer Therapiestrategien gegen die Parkinsonsche Krankheit untersucht.

Mai hält die Entnahme von Gewebe und Zellen beim Embryo grundsätzlich für zulässig, wenn sie zu Zwecken der Therapie von Krankheiten erfolgt. Nur dann sei Art. 1 Abs. 1 GG Rechnung getragen, da auch der Embryo nach seinem Tod Träger der Menschenwürde sei.

Die Verwendung lebend abgegangener Embryonen für Transplantationszwecke verstöße gegen Art. 2 Abs. 2 GG, solange nicht der Tod zuverlässig festgestellt sei.

Für Embryonen, die aus Schwangerschaftsabbrüchen stammten, gälten Besonderheiten. So dürfe der den Schwangerschaftsabbruch

vornehmende Arzt nicht identisch mit dem das Gewebe transplantierten Arzt sein. Die Schwangere dürfe aus dem Schwangerschaftsabbruch und der Verwendung des Embryos zu Transplantationszwecken keinen Nutzen ziehen. *Mai* hält die Einwilligung der Eltern oder auch nur der Mutter für verfassungsrechtlich nicht geboten. Hier kann man mit gutem Grund auch die in Ziff. 4.5 der Richtlinien der Bundesärztekammer niedergelegte gegenteilige Auffassung vertreten, jedenfalls beim lebend abgegangenen Embryo. Wer, wenn nicht die Mutter oder die Eltern, sollte denn über die Verwendung des Embryos entscheiden können? Etwa das Vormundschaftsgericht?

Handlungsbedarf des Gesetzgebers sieht *Mai* allerdings im Hinblick auf die Richtlinien der Bundesärztekammer. Sie seien, da die Bundesärztekammer keine staatliche Einrichtung sei, per se nicht unmittelbar rechtsverbindlich oder doch nur über die Ärztliche Berufsordnung in der Fassung, wie sie von den Landesärztekammern beschlossen worden sei. *Mai* verneint die Berechtigung der Ärzteschaft zu einer Regelung des Bereiches in eigener Regie. Seiner Auffassung nach sei hier der Gesetzgeber gefordert, weil es sich nicht um eine Frage der Ausübung des ärztlichen Berufes handle. Daher sei eine Delegation der Normsetzungsbefugnis auf die Ärztekammern ausgeschlossen und der Gesetzgeber selbst müsse hier aktiv werden.

Man mag das Ergebnis des Verfassers begrüßen oder auch nicht. Eins bleibt jedenfalls festzuhalten: Es handelt sich um eine interessante Arbeit, die – ohne sich in Überflüssigem zu verlieren – ein heißes Thema des Medizinrechts anpackt und einen vertretbaren Lösungsweg aufzeigt. Erst der weitere Gang der Dinge wird zeigen, ob *Mai* Recht behalten wird.

Dr. iur. Hans-Dieter Lippert, Ulm