

GOÄ-konforme Abrechnung von mittels Femtosekundenlaser durchgeführten Katarakt-Operationen

– Rechtsprechungsübersicht bis zum 15. 5. 2019 –

Nurettin Fenercioglu, LL.M., Dr. Joachim Patt, Stefanie Schoenen, Dr. Hannah Stelberg, Köln

Bereits in den beiden Veröffentlichungen in dieser Zeitschrift im Jahr 2016 (VersMed 4/2016, 185 ff.) und im Jahr 2018 (VersMed 2/2018, 83 ff.) haben die Autoren dargelegt, warum für eine Katarakt-Operation mittels Femtosekundenlaser ausschließlich die GOÄ-Nr. 1375 und 441 (Zuschlag für die Anwendung eines Lasers) sowie bei ambulanter Durchführung zusätzlich der Zuschlag nach GOÄ-Nr. 445 berechnungsfähig sind. In diesem Beitrag erfolgt nun ein Update über den zwischenzeitlichen Fortgang der Rechtsprechung. Die Analogabrechnung einer der höchstdotierten GOÄ-Nummern überhaupt, der GOÄ-Nr. 5855 (Intraoperative Strahlenbehandlung mit Elektronen) aus dem Unterabschn. 5 (besonders aufwendige Bestrahlungstechniken) des Kap. O Abschn. IV (Strahlentherapie) zusätzlich zur GOÄ-Nr. 1375 und anstelle der GOÄ-Nr. 441 wird inzwischen in 14 Urteilen abgelehnt.

I. ENTSCHEIDUNGEN GEGEN DIE ANALOGE ABRECHNUNG DER GOÄ-NR. 5855

Bekanntlich hat der BGH in seinen Entscheidungen zur Analogabrechnung von nicht im Gebührenverzeichnis der GOÄ enthaltenen Leistungen gem. § 6 Abs. 2 i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 1 und 2 a GOÄ aus den Jahren 2004 (13. 5. 2004 – III ZR 344/03 – VersR 2004, 1135), 2006 (16. 3. 2006 – III ZR 217/05 – VersR 2006, 933 und 21. 12. 2006 – III ZR 117/06 – VersR 2007, 499), 2008 (5. 6. 2008 – III ZR 239/07 – VersR 2008, 1538) und 2010 (21. 1. 2010 – III ZR 147/09 – VersR 2010, 1042) ausgeführt, dass es Grundvoraussetzung jeder Analogabrechnung ist, dass es sich um eine selbstständige ärztliche Leistung handeln muss, die nicht in das Gebührenverzeichnis der GOÄ aufgenommen wurde. Nach der Rechtsprechung des BGH kommen alle im Gebührenverzeichnis beschriebenen Leistungen in Betracht. Als selbstständige ärztliche Leistung kann allerdings nur eine Leistung angesehen werden, für die eine eigenständige medizinische Indikation vorliegt. Ein zusätzlicher Patientennutzen in Form einer Schonung benachbarter Strukturen reicht hierfür nicht aus. Eine Abrechnung von Teilleistungen scheidet aus, auch wenn sie vom Ordnungsgeber der GOÄ nicht in der Zielleistung berücksichtigt wurde. Dies gilt für die vom BGH abgelehnte zusätzliche Abrechnung von computergesteuerter OP-Navigationstechnik wie auch für den Einsatz des Femtosekundenlasers.

Nachdem bereits zum Zeitpunkt unserer letzten Veröffentlichung im Juni 2018 (VersMed 2/2018, 83 ff.) das AG Düsseldorf (3. 8. 2017 – 43 C 157/15), das AG Euskirchen (20. 12. 2017 – 20 C 101/16) sowie das AG München (12. 4. 2018 – 233 C 14473/17) das Vorliegen einer selbstständigen Leistung verneint hatten, wird diese Sichtweise inzwischen von weiteren Zivilgerichten geteilt. Diese sehen keinen eigenständigen therapeutischen Eingriff mit entsprechender gesonderter medizinischer Indikation, sondern gehen von einer Verbesserung der Katarakt-Operation aus, die keine Analogabrechnung zulässt: AG Wuppertal vom 4. 7. 2018 – 391 C 195/16 –; AG Dortmund vom 19. 7. 2018 – 405 C 4723/17 –; AG Frankfurt/M. vom 23. 8. 2018 – 32 C 710/18 (90) –; AG Reutlingen vom 17. 10. 2018 – 13 C 347/17 –; AG Koblenz vom 17. 10. 2018 – 151 C 524/17 –; AG Ludwigshafen am Rhein vom 31. 10. 2018 – 2h C 155/16. Darüber hinaus haben auch das AG Wuppertal (11. 4. 2018 – 39 C 80/16) – unter Verweis auf die Auffassung der außergerichtlichen Schlichterstelle der Ärztekammer Nordrhein –, das AG Düsseldorf (29. 3. 2018 – 235 C 78/16), das AG Potsdam (11. 10. 2018 – 27 C 46/16) und das AG Koblenz (29. 11. 2018 – 152 C 510/17) die Berechnungsfähigkeit der GOÄ-Nr. 5855 analog für den Einsatz des Femtosekundenlasers bei der Katarakt-Operation verneint.

Seitens der Verwaltungsgerichte hat das VG Münster (29. 11. 2018 – 5 K 2163/18) nunmehr als erstes Verwaltungsgericht hinsichtlich der Beihilfefähigkeit ebenfalls die Berechnungsfähigkeit der GOÄ-Nr. 5855 analog als selbstständige Leistung mangels eigenständiger medizinischer Indikation abgelehnt. Gestützt hat das VG Münster seine Entscheidung zudem auf eine Stellungnahme der Ärztekammer Westfalen-Lippe vom 13. 11. 2018. Nach dieser werden mit dem Femtosekundenlaser lediglich Teilschritte der Katarakt-Operation abweichend von der Standard-Technik mit dem Femtosekundenlaser durchgeführt, sodass lediglich die Abrechnung des Zuschlags nach GOÄ-Nr. 441 zulässig sei, „nicht jedoch der zusätzliche analoge Ansatz einer weiteren Gebührenposition (z. B. GOÄ-Nr. 5855 analog)“. Vorausgegangen war dieser Entscheidung ein am 4. 8. 2017 veröffentlichter Runderlass des Ministeriums für Finanzen NRW vom 1. 7. 2017 – B 3100 – 0.88 – IV A 4 (Mbl. NRW. 2017 S. 764). Hierin hat der Dienstherr seine Rechtsauffassung, es handle sich bei dem Einsatz des Femtosekundenlasers im Rahmen von Katarakt-Operationen um eine „Ausführungsvariante der Katarakt-Operation

(Zielleistung, § 4 Absatz 2a GOÄ“), die lediglich mithilfe des Zuschlages gem. GOÄ-Nr. 441 berechnungsfähig ist, klargestellt. In einer weiteren neueren Entscheidung hat sich das VG Münster ebenfalls dieser Auffassung angeschlossen und festgestellt, dass es sich bei der Verwendung des Femtosekundenlasers lediglich um eine unselbstständige Teilleistung handelt (VG Münster vom 10. 12. 2018 – 5 K 3889/17 – juris Rn. 36). Dieser Klage musste das Gericht allerdings – aufgrund des zum Zeitpunkt der Behandlung (noch) nicht vorliegenden Hinweises des Dienstherrn – im Hinblick auf die Fürsorgepflicht dennoch stattgeben.

II. VORAUSSETZUNGEN JEDER ANALOGABRECHNUNG

Demgegenüber wird die Analogabrechnung der GOÄ-Nr. 5855 noch von vielen Gerichten akzeptiert, wobei allerdings auffällt, dass fast durchweg keine Würdigung der entgegenstehenden Rechtsprechung des BGH bzw. anderer Gerichte vorgenommen wird und auch keine kritische Würdigung der Rechtsauffassung der Sachverständigen, die zudem zur Abgabe rechtlicher Würdigungen nicht berufen sind, erfolgt. Regelmäßig unberücksichtigt oder nur lückenhaft gewürdigt werden insbesondere auch die vom Ordnungsgeber festgelegten Abrechnungsvoraussetzungen. § 6 Abs. 2 GOÄ lautet:

„Selbstständige ärztliche Leistungen, die in das Gebührenverzeichnis nicht aufgenommen sind, können entsprechend einer nach Art, Kosten- und Zeitaufwand gleichwertigen Leistung des Gebührenverzeichnisses berechnet werden.“

Hieraus ergeben sich die folgenden Abrechnungsvoraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen:

Voraussetzung 1:

Es muss sich um eine selbstständige Leistung handeln. Im Einzelnen finden die Regelungen des § 6 Abs. 2, des § 4 Abs. 2 S. 1 und des § 4 Abs. 2a GOÄ Anwendung.

Voraussetzung 2:

Die abzurechnende Leistung darf nicht bereits durch im Gebührenverzeichnis enthaltene Ziffern abgebildet sein.

Voraussetzung 3:

Der Analogansatz muss sodann zusätzlich nach Art, Kosten- und Zeitaufwand gleichwertig sein.

Ausnahme: Analogabrechnung ohne Erfüllung der Voraussetzungen 1–3:

Eine Bindung an die Voraussetzungen für die Analogabrechnung ist nach der Rechtsprechung des BGH nur dann nicht

gegeben, wenn die GOÄ insoweit wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht – etwa Art. 3 oder Art. 12 GG – nichtig ist, weil sie „nicht auskömmlich“ ist. Dies setzt aber eine konkrete Darlegung zumindest zu Aufwand und Kostenstrukturen voraus (s. unten III 8), wobei auch die Honorierung entsprechender Leistungen in der vertragsärztlichen Vergütung bzw. die Abdeckung der Kosten über Pflegesätze oder Fallpauschalen bei stationärer Leistungserbringung eine Rolle spielen. Im Übrigen bleibt es Sache des Ordnungsgebers, darüber zu befinden, wie ärztliche Leistungen, ggf. auch unter Berücksichtigung nach Erlass der Verordnung eingetretener Veränderungen des technischen Standards oder der Fortentwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse, zu bewerten sind (BGH vom 18. 9. 2003 – III ZR 389/02 – VersR 2004, 338 und 13. 5. 2004 – III ZR 344/03 – VersR 2004, 1135 m. w. N. aus der Rspr.).

III. DISKUSSION DER FÜR DIE ANALOGABRECHNUNG VORGEBRACHTEN ARGUMENTE

Die wesentlichen Begründungen oder (teilweise unausgesprochen) zugrunde gelegten Annahmen der neueren Entscheidungen der Zivilgerichte werden nachfolgend im Einzelnen dargestellt und besprochen.

1. Zur Annahme, bei Einsatz des Femtosekundenlasers handele es sich um ein „Zwei-Schritt-Verfahren“, welches die Selbstständigkeit der Leistung begründet

Oftmals begründen Gerichte die Selbstständigkeit der Leistung damit, dass es sich um ein „Zwei-Schritt-Verfahren“ bzw. um eine „zweistufige Behandlungsmethode“ handle, die über die herkömmliche manuelle Schnitttechnik hinausgehe (LG Wuppertal vom 30. 8. 2018 – 4 O 4/17 –; AG Erlangen vom 16. 10. 2018 – 6 C 1807/17 –; AG Hildesheim vom 19. 2. 2019 – 80 C 17/16). Um welche zwei Schritte es sich konkret handeln soll, wird von den Gerichten bzw. den Sachverständigen uneinheitlich beschrieben. Teilweise heißt es z. B., der erste Schritt sei der Einsatz des Lasers, in einem zweiten Schritt werde die Operation mit Implantation der Linse durchgeführt (so AG Erlangen s. oben). Egal wie die Schritte zutreffend zu beschreiben wären, gilt aber immer: Dienen alle Schritte der Erreichung der Zielleistung der GOÄ-Nr. 1375, wie dies beim Einsatz des Femtosekundenlasers im Rahmen der Katarakt-Operation der Fall ist, handelt es sich nach der Systematik der GOÄ um keine selbstständigen Leistungen (s. auch VersMed 2/2018, 83 f.).

2. Zur Annahme, dass Zwischenschritte der Laserbehandlung, die beim manuellen Schnitt nicht erfolgen, die Selbstständigkeit der Leistung begründen

Nach Auffassung des AG Dortmund (26. 1. 2018 – 412 C 1549/16 – und 6. 11. 2018 – 412 C 1712/17) handelt es sich bei dem Einsatz des Femtosekundenlasers um eine

neue höherwertige wissenschaftlich anerkannte Leistung, die nach den Ausführungen des Sachverständigen nicht als Vorbehandlungshandlung zur Katarakt-Extraktion anzusehen sei. Entscheidende Operationsschritte würden mit dem Laser und nicht manuell durchgeführt. Der manuelle Schnitt werde nicht durch den Laser ersetzt, sondern durch den Laser würden andersartige Schnitte gesetzt, die den Zugang zu der Katarakt-Operation zwar schaffen, nicht aber das Auge eröffnen. Dieser Aufwand sei nicht in der GOÄ-Nr. 1375 abgebildet. Insgesamt stelle der Femtosekundenlaser einen technischen Fortschritt dar, der bei der Schaffung der GOÄ-Nr. 1375 nicht absehbar war. Da eine Gebührennummer, die den Einsatz des Lasers zum Gegenstand habe, nicht existiere, sei eine analoge Anwendung der GOÄ-Nr. 5855 geeignet, diese Lücke zu schließen.

Ob mit dem Laser Zwischenschritte ersetzt werden, kann dahinstehen. Operative Haupt- und Zielleistung ist stets die „Katarakt-Operation“, bei der lediglich zwischen manueller und lasertechnischer Ausführung von Teilschritten gewählt werden kann. Die maßgebliche Frage ist, ob der Femtosekundenlaser als selbstständige Leistung mit eigenständiger Indikation neben der in der GOÄ beschriebenen Katarakt-Operation zu bewerten ist. Die Indikation lautet auf Durchführung einer Katarakt-Operation, sei es mit manueller Schnitt-Technik, sei es mit Lasertechnik. Diese Frage kann somit nur verneint werden, da eine eigenständige Indikation für den Einsatz des Femtosekundenlasers bei einer Katarakt-Operation nicht besteht und die GOÄ zudem für den Einsatz eines Lasers mit der GOÄ-Nr. 441 eine GOÄ-konforme Zuschlagsposition vorhält. Die Überlegungen, dass der Aufwand nicht angemessen abgebildet werde, zielen inhaltlich auf die vorliegend nicht nachgewiesene Unauskömmlichkeit ab (s. unten III 8), geben aber keine Begründung für die Annahme der Selbstständigkeit der Leistung.

3. Zur Annahme, dass eine reine Vorbehandlung eine selbstständige Leistung begründe

Legt man die Entscheidung des AG Euskirchen (22. 1. 2019 – 27 C 259/16) zugrunde, genügt eine reine Vorbehandlung (hier: dem Skalpellschnitt vorausgehende Perforation), um eine selbstständige Leistung zu begründen. In der Entscheidung beschreibt das Gericht auf Basis des eingeholten Sachverständigengutachtens somit eine weitere Modifikation der Operationsschritte: der Laser eröffne die Hornhaut nicht gänzlich, sondern perforiere diese nur. Der eigentliche Schnitt werde nach wie vor mit dem Skalpell, anhand der präzisen Perforierung vorgenommen. Damit wird der Charakter einer „Vorbehandlung“ besonders betont, was aber für die Frage der Selbstständigkeit nicht relevant ist. Eine Vorbehandlung beispielsweise im Sinne einer Vorperforation der Hornhaut kann keine eigenständige Leistung sein, sondern ist eben stets als Teil der Hauptleistung anzusehen. Dieser Auffassung folgt auch das AG Ko-

blenz (29. 11. 2018 – 152 C 510/17), welches feststellt, dass die alleinige Anlage bzw. Vorbereitung von Inzisionen an der Hornhaut ohne weitere Operationsschritte „medizinisch keinen Sinn“ ergibt. Dies steht im Übrigen auch im Einklang mit dem AG Düsseldorf (29. 3. 2018 – 235 C 78/16), nach dem eine reine Vorbehandlung eben nicht die Zielleistung erbringt, durch sie allein wird das Operationsziel niemals erreicht.

4. Zur Annahme, dass ein schonenderes Verfahren die Selbstständigkeit der Leistung begründe

Häufig angeführtes Argument zur Begründung der medizinischen Notwendigkeit, aber teilweise auch zur Begründung der Selbstständigkeit der Leistung ist, die Operation mit dem Femtosekundenlaser sei schonender und stelle somit eine eigenständige Indikation dar (vgl. AG Köln vom 14. 11. 2018 – 118 C 526/17 – und 19. 12. 2018 – 118 C 493/17 –; AG Hildesheim vom 19. 2. 2019 – 80 C 17/16). Unabhängig davon, dass diese Annahme in der Fachliteratur umstritten ist (s. VersMed 2/2018, 83 f.), ist dieser Umstand gebührenrechtlich unbeachtlich. Denn nach der Rechtsprechung des BGH begründet eine Schonung benachbarter Strukturen keine selbstständige Leistung.

5. Zur Annahme, dass es beim Einsatz des Femtosekundenlasers nicht darauf ankomme, ob es sich um eine selbstständige Leistung handelt

In seiner Entscheidung vom 12. 12. 2018 (262 C 18626/17) stellt das AG München zwar zutreffend fest, dass GOÄ-Nr. 1375 die Zielleistung einer Katarakt-Operation ist und der Femtosekundenlaser als unselbstständige Teilleistung darin aufgeht („Sein Einsatz ist daher gemäß § 6 Abs. 2 GOÄ gesondert zu honorieren, auch wenn es sich um eine unselbstständige Teilleistung der durch GOÄ-Ziffer 1375 geregelten Katarakt-Operation handelt.“). Im Ergebnis gelangt das AG München aber trotzdem zur gesonderten Berechnungsfähigkeit, weil nach seiner Auffassung durch § 6 Abs. 2 GOÄ nur solche unselbstständigen Leistungen von der Analogie ausgenommen werden sollten, die bei der Änderung der GOÄ im Jahr 1996 bekannt waren. Unter Berücksichtigung der Systematik der GOÄ sei § 6 Abs. 2 GOÄ dahin gehend nach seinem Sinn und Zweck auszulegen, dass eine Analoganwendung auch dann möglich sei, wenn eine ärztliche Maßnahme wegen des Zielleistungsprinzips nicht gesondert berechnungsfähig wäre. Dieser Argumentation hat sich auch das AG Norderstedt in seinem Urteil vom 4. 1. 2019 (47 C 262/16) angeschlossen.

Dies verstößt nicht nur gegen den Wortlaut des § 4 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 4 Abs. 2 a i. V. m. § 6 Abs. 2 GOÄ, sondern auch eindeutig gegen die Rechtsprechung des BGH, nach der „Grundvoraussetzung“ für eine gesonderte Abrechnung nach § 4 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 6 Abs. 2 GOÄ ist, dass es sich um eine selbstständige ärztliche Leistung handelt (BGH vom 21. 1. 2010 – III ZR 147/09 – VersR 2010, 1042). In dieser Entschei-

dung hat der BGH festgestellt, dass eine Analogabrechnung nicht dazu führen darf, die Selbstständigkeit der ärztlichen Leistung als Voraussetzung für ihre Berechnungsfähigkeit und das Zielleistungsprinzip zu unterlaufen. Folglich hat der BGH den Einsatz einer computerunterstützten Navigationstechnik bei Durchführung einer Totalendoprothese des Kniegelenks nach GOÄ-Nr. 2153 nicht als nach GOÄ-Nr. 2562 analog berechnungsfähig angesehen, obwohl die Navigationstechnik bei der letzten Änderung der GOÄ im Jahr 1996 nicht bekannt war und vom Ordnungsgeber in der Bewertung auch nicht berücksichtigt werden konnte.

6. Zur Annahme, die GOÄ-Nr. 441 erfasse den Einsatz des Femtosekundenlasers bei Katarakt-Operationen nicht

a) Trotz der eindeutigen Regelung des Laserzuschlags nach GOÄ-Nr. 441 übersehen viele Gerichte wie das AG Erlangen (16. 10. 2018 – 6 C 1807/17), das AG Dortmund (6. 11. 2018 – 412 C 1712/17) oder auch das AG Springe (10. 1. 2019 – 4 C 70/16 [IV]) die originär in der GOÄ vorgesehene Zuschlagsposition für den Laser (GOÄ-Nr. 441). Mit der GOÄ-Nr. 441, für deren Anwendung sich auch die BÄK (vgl. GOÄ-Ratgeber der Bundesärztekammer: Operation des Grauen Stars DÄBI 2012, 109(7): A-340/B-296/C-292; DÄBI 2017, 114(31–32): A-1498/B-1266/C-1240) ausgesprochen hat, befassen sich die Gerichte somit nicht. Manche Gerichte wie das AG Köln (19. 12. 2018 – 118 C 493/17) stellen sogar lediglich fest, die Kosten für den Einsatz des Femtosekundenlasers seien zu erstatten, ohne auf die in der GOÄ verankerten Regelungen und klar benannten Kriterien für eine Analogabrechnung einzugehen und die aus Sicht des Gerichts als hier berechnungsfähig anzusehenden GOÄ-Nummern konkret anzusprechen und zu erörtern.

Selbst wenn man der Auffassung einiger Gerichte folgen und von einer selbstständigen Leistung ausgehen wollte, scheidet eine Analogabrechnung jedoch mangels Vorliegen einer Regelungslücke aus. Neben einer selbstständigen Leistung bedarf es für eine Analogabrechnung einer nicht in das Gebührenverzeichnis aufgenommenen Leistung, also einer (planwidrigen) Regelungslücke. Eine solche ist aufgrund des mit GOÄ-Nr. 441 geschaffenen Zuschlags für die Anwendung eines Lasers im Rahmen einer ambulanten Operation nicht gegeben (so auch AG Frankfurt/M. vom 23. 8. 2018 – 32 C 710/18 [90]). GOÄ-Nr. 441 umfasst dem Wortlaut und dem Zweck nach unmittelbar den Einsatz eines Lasers als Teilschritt bei einer ambulanten operativen Leistung, hier der Katarakt-Operation nach GOÄ-Nr. 1375.

b) Teilweise sehen Gerichte zwar den in Betracht kommenden Zuschlag nach GOÄ-Nr. 441, behaupten sodann aber, der Femtosekundenlaser sei von der GOÄ-Nr. 441 nicht erfasst. Es wird

beispielsweise angeführt, die GOÄ-Nummern seien „seit 1996 lediglich auf den Einsatz eines Argonlasers bei Behandlung retinaler Erkrankungen beschränkt“ (AG Braunschweig vom 23. 5. 2018 – 113 C 1333/16). Als weiteres Argument wird vorgebracht, ein „elementarer Unterschied“ sei darin zu sehen, dass der Femtosekundenlaser „vorbereitet und hochgefahren“ werden müsste, der von GOÄ-Nr. 441 erfasste Laser sei im Rahmen einer Operation sofort einsatzbereit (vgl. AG Dortmund vom 26. 1. 2018 – 412 C 1549/16).

Hiergegen spricht der Wortlaut der GOÄ-Nr. 441. Es wird lediglich von der „Anwendung eines Lasers“ gesprochen. Eine Beschränkung auf bestimmte Laser ist der GOÄ somit nicht zu entnehmen. Bezüglich der Argumentation des AG Dortmund ist zudem zweifelhaft, ob es sich hierbei tatsächlich um einen „elementaren Unterschied“ handelt, welchen das Gericht ohne nähere Begründung bejaht. Die angenommene Vorbereitung und das Hochfahren des Femtosekundenlasers sind keine selbstständigen Leistungen im Sinne der GOÄ und können eine Analogabrechnung nicht begründen. Zudem ist unerheblich, dass der Ordnungsgeber am 1. 1. 1996 den damals noch nicht entwickelten Femtosekundenlaser nicht kannte oder einen anderen Laser im Blick hatte. Denn es war zumindest vorhersehbar, dass im Bereich der Lasertechnik mit erheblichen technischen Fortschritten zu rechnen ist. Die Systematik und das Gefüge der GOÄ können nicht einfach mit dem Argument ignoriert werden, im Jahr 1996 habe es noch keinen Femtosekundenlaser gegeben oder der Zuschlag für das Lasergerät sei nicht mehr angemessen, ohne allerdings je darzulegen, inwiefern die sich aus der GOÄ ergebenden Gebühren auch im Hinblick auf die Vergütungen in der GKV nicht auskömmlich im Sinne der Rechtsprechung des BGH sein sollen.

Vermeintliche Schwächen oder Lücken der GOÄ dürfen indessen nicht nach Belieben durch eine analoge Abrechnung ausgeglichen werden. Es obliegt allein dem Ordnungsgeber, vermeintliche kostenmäßige Unterdeckungen bei der Anwendung des Femtosekundenlasers durch Honorierung des medizinischen Fortschritts einerseits und Vermeidung übermäßiger Kostensteigerungen in der Augen Chirurgie andererseits auszugleichen und ausreichend Rechnung zu tragen (so auch AG Ludwigshafen am Rhein vom 31. 10. 2018 – 2h C 155/16). Im Ergebnis fehlt es – wie auch das AG Wuppertal bestätigt (11. 4. 2018 – 39 C 80/16) – an einer Regelungslücke, sodass kein Raum für eine Analogabrechnung ist.

7. Zur Annahme, die Gleichwertigkeit der Analogabrechnung der GOÄ-Nr. 5855 sei gegeben

Auch erforderliche Begründungen für die Gleichwertigkeit nach Art, Kosten- und Zeitaufwand der Analogabrechnung werden in der Rechtsprechung fast nie gegeben. Zum Beispiel

spricht das AG Erlangen (16. 10. 2018 – 6 C 1807/17) die Berechnungsfähigkeit der GOÄ-Nr. 5855 analog zwar kurz an, jedoch ohne auf die Voraussetzungen einer Analogabrechnung i. S. d. § 6 Abs. 2 GOÄ einzugehen. Auch das AG Norderstedt (4. 1. 2019 – 47 C 262/16) leitet die vermeintliche Selbstständigkeit ausführlich her, die erforderliche Prüfung der weiteren Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 GOÄ erfolgte jedoch nicht.

Die Selbstständigkeit der Leistung und die Nichtaufnahme in das Gebührenverzeichnis, die beide nicht gegeben sind, bestimmen, das „Ob“ einer Analogabrechnung. Wenn man diese beiden Voraussetzungen bejahen würde, bestimmt sich das „Wie“ wertend nach der Gleichwertigkeit nach Art, Kosten- und Zeitaufwand der erbrachten Leistung. Die Gleichwertigkeit zwischen einer medizinisch-technischen Leistung aus dem Bereich der Strahlentherapie, hier sogar der „besonders aufwendigen Bestrahlungstechniken“, und einer ophthalmochirurgischen Leistung ist zweifelhaft und jedenfalls begründungsbedürftig.

Teilweise übernehmen Gerichte auch ohne weitere Begründung die Auffassung des Sachverständigen, bei dem Einsatz des Femtosekundenlasers handle es sich um eine mit der von der GOÄ-Nr. 5855 erfassten ärztlichen Leistung vergleichbare Leistung (vgl. AG Köln vom 14. 11. 2018 – 118 C 526/17). Ebenso stellen die Ausführungen des AG Hildesheim (19. 2. 2019 – 80 C 17/16) – „Eine Gebührennummer, die den Einsatz des Femtosekundenlasers als im vorstehenden Sinne neuwertige Technik zum Inhalt hat, existiert nicht. Die in der Abrechnung des behandelnden Arztes vorgenommene analoge Anwendung der Ziffer 5855 GOÄ ist im Sinne des § 6 Abs. 2 GOÄ geeignet, diese Lücke in angemessener Weise zu schließen.“ – gerade keine Prüfung dar, sondern bezeichnen lediglich das gewünschte Prüfergebnis.

Das AG Dortmund (26. 3. 2019 – 423 C 1565/18) führt zwar zutreffend aus, dass es für eine Analogabrechnung einer nach Art, Kosten- und Zeitaufwand gleichwertigen Leistung bedarf, rechtfertigt sodann aber die Berechnung der GOÄ-Nr. 5855 analog allein aufgrund der Gleichwertigkeit von Zeit- und Kostenaufwand. Unabhängig davon, dass sich das Gericht über die erforderliche Gleichwertigkeit nach der Art der Leistung hinwegsetzt, wird weder der Zeit- noch der Kostenaufwand näher beziffert, ausschließlich argumentiert wird mit „immensen Anschaffungskosten“, wie hoch diese liegen und wie diese auf eine einzelne Behandlung kalkulatorisch umzulegen wären, wird aber nicht ausgeführt.

Für die fehlende Eignung der GOÄ-Nr. 5855 analog spricht – womit sich bisher kein Gericht auseinandergesetzt hat – auch die Gegenüberstellung der Bepreisung der konventionellen Katarakt-Operation, der GOÄ-Nr. 1375 mit insgesamt 3500 Punkten für die gesamte Operation, mit der im Analogansatz her-

angezogenen GOÄ-Nr. 5855 für den reinen Lasereinsatz, der auf dieser Grundlage allein einen Wert von 6900 Punkten hätte. Dies entspricht damit dem annähernd doppelten Punktwert der originären operativen Leistung insgesamt. Eine andere Laseroperation am Auge – GOÄ-Nr. 1360 [Laseroperation am Trabekelwerk des Auges bei Glaukom (Lasertrabekuloplastik)] – ist mit 1000 Punkten bewertet. Bezüglich weiterer Einzelheiten zu der Frage der Gleichwertigkeit verweisen wir auf unsere ausführliche Stellungnahme in der VersMed 2/2018, 83 (86).

8. Zur Annahme, die Bindung an die Voraussetzungen der Analogabrechnung sei wegen fehlender Auskömmlichkeit aufgehoben

Überwiegend setzen sich die Gerichte über die Bindung an die Voraussetzungen für die Analogabrechnung hinweg, ohne die hierfür nach der Rechtsprechung des BGH maßgebliche fehlende Auskömmlichkeit auch nur zu erwähnen. Auch soweit dies erfolgt, werden zwar mit Ausführungen zu Anschaffungskosten (AG Düsseldorf vom 3. 8. 2017 – 43 C 157/15 – und AG Ludwighafen am Rhein vom 31. 10. 2018 – 2h C 155/16 [350.000 bis 400.000 Euro]; AG München vom 12. 12. 2018 – 262 C 18626/17 [500.000 Euro]) bzw. Wartungskosten (AG Düsseldorf und AG München – wie vorstehend – [35.000 Euro pro Jahr]) relevante Gesichtspunkte angesprochen. Jedoch fehlt jede Darlegung, wie sich aus diesen Beträgen ein durchschnittlicher Kostenansatz für die einzelne Femtosekundenlaser-Anwendung ergibt. Hierfür wären insbesondere auch Ausführungen zur Nutzungsdauer, zur Auslastung im Rahmen der Katarakt-Operation und gegebenenfalls zu weiteren Einsatz-Indikationen erforderlich. Allein mit der Nennung von Anschaffungs- und Wartungskosten kann kein Nachweis der fehlenden Auskömmlichkeit der Abrechnung mit den GOÄ-Nr. 1375, 441 und gegebenenfalls 445 geführt werden (vgl. auch AG Dortmund vom 19. 7. 2018 – 405 C 4723/17 –; AG Reutlingen vom 17. 10. 2018 – 13 C 347/17 – und AG Koblenz vom 17. 10. 2018 – 151 C 524/17).

Die Darlegung des Aufwands und der Kosten ist anders als Makoski (GesR 2018, 755 [760]) meint, auch keine unzulässige Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen und stellt somit keinen Verstoß gegen den aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen dar. Vielmehr bedarf es nach den prozessrechtlichen Grundsätzen in einem Rechtsstreit der Darlegung des darlegungs- und beweisbelasteten Arztes der für ihn günstigen Tatsachen, um überhaupt darüber entscheiden zu können, ob ein Fall der fehlenden Auskömmlichkeit vorliegt. Dass dies zulässig und sogar erforderlich ist, ergibt sich aus der Rechtsprechung des BGH (13. 5. 2004 – III ZR 344/03 – VersR 2004, 1135; 21. 1. 2010 – III ZR 147/09 – VersR 2010, 1042) sowie des BVerfG (19. 10. 2000 – 1 BvR 2365/98 – juris Rn. 13).

9. Zur Annahme, dass eine Analogabrechnung der LASIK eine Analogabrechnung des Femtosekundenlasers bei der Katarakt-Operation rechtfertigt

Ein weiteres – vermeintliches – Argument für die Anerkennung der GOÄ-Nr. 5855 analog für den Einsatz des Femtosekundenlasers bei der Katarakt-Operation, das beispielsweise auch im Urteil des AG Euskirchen vom 22. 1. 2019 (27 C 259/16) vorgebracht wurde, ist die Herstellung einer Analogie zu der Laser-Anwendung mittels Excimer-Laser, der sehr häufig bei der LASIK zum Einsatz kommt. Aus der Tatsache, dass für den Einsatz des Lasers im Rahmen der LASIK in der Praxis häufig der (unrichtige) Analogansatz der GOÄ-Nr. 5855 erfolgt, wird nun abgeleitet, dass dies übertragbar sei auf den hier zur Diskussion stehenden Fall.

Der Sachverhalt stellt sich hier aber entscheidend unterschiedlich dar: die LASIK-Behandlung in der refraktiven Chirurgie legt eine echte Regelungslücke in der GOÄ offen und ist als Zielleistung mit eigenständiger Indikation anzusehen. Eine Analogabrechnung der LASIK ist somit im Grunde gerechtfertigt, wobei allerdings weitere Voraussetzung der analog berechneten Leistung deren Gleichwertigkeit nach Art, Kosten- und Zeitaufwand ist. Dies setzt hinsichtlich der hier ebenfalls relevanten Kosten eine entsprechende Darlegung voraus, wie sie auch für das Fehlen der Auskömmlichkeit bei der Katarakt-Operation (s. oben III 8) gefordert ist. Vollständige Angaben zu Anschaffungs- und Wartungskosten, Nutzungsdauern sowie Auslastungen, ggf. differenziert nach Indikationen und daraus abgeleitete Durchschnittskosten je Anwendungsfall, werden insbesondere auch vom OLG Köln (24. 7. 2013 – 5 U 43/11) in dessen vielzitiertem LASIK-Entscheidung unzutreffender Weise nicht gefordert. Die Entscheidung des BGH zur LASIK (29. 3. 2017 – IV ZR 533/15 – VersR 2017, 608) enthält ebenso keine Ausführungen hierzu, sondern befasst sich ausschließlich mit der medizinischen Notwendigkeit.

10. Zur Annahme, die analoge Abrechnung der GOÄ-Nr. 5855 sei über den 2,5-fachen Gebührensatz hinaus steigerungsfähig

Einige wenige Gerichte erkennen sodann nach der Bejahung der Analogvoraussetzungen die analoge Abrechnung der GOÄ-Nr. 5855 über den 2,5-fachen Gebührensatz hinaus an (LG Köln vom 28. 2. 2018 – 23 O 159/15 –; LG Wuppertal vom 30. 8. 2018 – 4 O 4/17).

Unabhängig davon, dass eine Analogabrechnung der GOÄ-Nr. 5855 schon aus den zuvor dargelegten Gründen ausscheidet, widerspricht es den Grundsätzen der GOÄ, eine Leistung aus dem Abschn. O – hier die GOÄ-Nr. 5855 – über den 2,5-fachen Steigerungssatz hinaus zu berechnen. Für Abschn. O gilt der eingeschränkte Gebührenrahmen von 1,0 bis 2,5. Mit Begrün-

dung kann daher nur ein Gebührensatz von 2,5 und nicht wie sonst 3,5 berechnet werden (vgl. § 5 Abs. 3 GOÄ). Nach allgemeiner Auffassung gilt auch bei einer Analogabrechnung der Gebührenrahmen der analog herangezogenen Leistung (BÄK, DÄBl 2007, 104(10): A-680/B-600/C-576; OLG Nürnberg vom 18. 4. 2016 – 11 O 7376/13 –; OLG Hamm vom 8. 3. 2018 und 12. 4. 2018 – I-6 U 127/16 – sowie Vorinstanz LG Dortmund vom 17. 8. 2016 – 2 O 252/14 –; Hoffmann/Kleinken, GOÄ 3. Aufl. – Stand September 2006 – § 2 Rn. 6; Lang/Schäfer/Stiel/Vogt, Der GOÄ-Kommentar 2. Aufl. 2002 § 6 Rn. 9; Miebach in Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen 3. Aufl. 2006 § 6 Rn. 12).

Nicht nachvollziehbar ist insoweit auch das Urteil des AG Hildesheim vom 19. 2. 2019 (80 C 17/16), welches zwar zutreffender Weise feststellt, dass die Höchstsätze auch für die analoge Abrechnung von ärztlichen Leistungen gelten und die analoge Abrechnung von ärztlichen Leistungen auch dem § 5 GOÄ unterliegt. Im Ergebnis übersieht das Gericht aber, dass der im zu entscheidenden Fall berechnete 3,5-fache Gebührensatz eben gerade nicht dem für Kap. O zulässigen Höchstsatz entspricht.

Gegen die Berechnungsfähigkeit über den 2,5-fachen Gebührensatz haben sich im Übrigen auch die meisten mit der Abrechnung des Femtosekundenlasers befassten Gerichte ausgesprochen (AG Köln vom 14. 11. 2018 – 118 C 526/17 –; AG München vom 12. 12. 2018 – 262 C 18626/17 –; VG München vom 8. 12. 2016 – M 17 K 16.483 –; VG Köln vom 22. 12. 2016 – 1 K 8285/16 –; VG Koblenz vom 3. 2. 2017 – 5 K 950/16.KO –; VG Arnberg vom 27. 3. 2017 – 13 K 932/16 –; VG Münster vom 11. 6. 2018 – 5 K 5126/16).

IV. FAZIT

Die aktuellen Entscheidungen der Amts- und Landgerichte, die eine Analogabrechnung für den Einsatz des Femtosekundenlasers im Rahmen der Katarakt-Operation befürworten, beruhen auf unterschiedlichen Argumentationsansätzen, die hier dargestellt und hinterfragt wurden. Es hat sich gezeigt, dass sie alle in wesentlicher Hinsicht fehlerhaft sind, weil sie zwingende Vorgaben des Ordnungsgebers und des BGH verletzen. Auch angesichts der hohen finanziellen Bedeutung der Fragestellung – die analoge Abrechnung der GOÄ-Nr. 5855 führt in einer großen Vielzahl von Fällen zu einer Verdoppelung der Gebühren – und der Ausstrahlungswirkung auf weitere Analogabrechnungen erscheint eine höchstrichterliche Klärung notwendig.

Verband der Privaten Krankenversicherung e.V.
Nurettin Fenercioglu, LL.M., Dr. Joachim Patt,
Stefanie Schoenen, Dr. Hannah Stelberg
Gustav-Heinemann-Ufer 74c
50968 Köln