

|                           |   |
|---------------------------|---|
| <b>Anmerkung zu:</b>      | BGH 3. Zivilsenat, Urteil vom 14.10.2021 - III ZR 353/20                          |
| <b>Autor:</b>             | Nurettin Fenercioglu, LL.M., RA   |
| <b>Erscheinungsdatum:</b> | 24.02.2022  |
| <b>Quelle:</b>            |  |
| <b>Normen:</b>            | § 33 SGB 5, § 4 GOZ 1987, § 4 GOÄ 1982, Art 12 GG, 1982 Anlage GOÄ<br>... mehr    |
| <b>Fundstelle:</b>        | jurisPR-MedizinR 2/2022 Anm. 1  |
| <b>Herausgeber:</b>       | Möller und Partner - Kanzlei für Medizinrecht                                     |
| <b>Zitiervorschlag:</b>   | Fenercioglu, jurisPR-MedizinR 2/2022 Anm. 1                                       |

---

### **Vergütung für Einsatz eines Femtosekundenlasers bei Durchführung einer Katarakt-Operation**

#### **Leitsatz**

**Der Einsatz eines Femtosekundenlasers bei Durchführung einer Katarakt-Operation ist nach Nummer 1375 des Gebührenverzeichnisses der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), zu welcher der Zuschlag nach Nummer 441 GOÄ für die Anwendung eines Lasers bei ambulanten operativen Leistungen ggf. hinzukommt, zu honorieren und nicht zusätzlich nach den Nummern 5800 und 5855 GOÄ analog abrechenbar.**

#### **A. Problemstellung**

In Deutschland werden etwa jährlich 800.000 Patienten an der Katarakt operiert, die auch unter der Bezeichnung „Grauer Star“ bekannt ist. Sie stellt die am häufigsten durchgeführte Operation überhaupt dar, woran sich wegen der demographischen Entwicklung in absehbarer Zeit auch nichts ändern wird. Dieser überwiegend ambulant erbrachte Standardeingriff wird seit einigen Jahren zunehmend unter Zuhilfenahme eines sog. Femtosekundenlasers durchgeführt, dessen Nutzen im Sinne besserer Outcomes gegenüber der Standardmethode in der Wissenschaft bisher nicht belegt ist (vgl. Schweitzer et. al, Lancet 2020, 395: 212-224). Die Anwendung des Lasers verursacht allerdings Mehrkosten von bis zu 1.400 Euro je Auge, falls Patienten unter Analogabrechnung der GOÄ-Nr. 5855 zusätzlich zu den bisherigen Gebühren belastet würden. Das betrifft privatversicherte und beihilfeberechtigte Patienten genauso wie gesetzlich Versicherte. Letztere müssen neben den Zusatzkosten für den Laser ggf. auch die Kosten für höherwertige multifokale Linsen (vgl. § 33 Abs. 9 SGB V) selbst tragen.

Die Frage der zusätzlichen Analogabrechnung des Femtosekundenlasers neben des in der GOÄ verankerten Laserzuschlags ist seit Jahren umstritten. Sie ist auch nicht bloß akademischer Natur, sondern wirtschaftlich aufgrund der hohen Zusatzbelastungen für die Patienten eminent wichtig. In den ersten Entscheidungen, welche seit 2015 ergangen sind, haben die Gerichte vielfach mit dem Hinweis, der Femtosekundenlaser sei eine bisher nicht in der GOÄ enthaltene medizinisch notwendige Leistung, die Analogabrechnung ohne nähere Auseinandersetzung mit dem ärztlichen

Gebührenrecht anerkannt. Diese Rechtsprechung hat sich in der Folgezeit vielfach unkritisch perpetuiert. Erst allmählich vollzog sich im Zuge stringenter Sachvorträge zu den normativen Grundlagen der GOÄ und der einschlägigen Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH zum Zielleistungsprinzip eine Kehrtwende in der Judikatur. Inzwischen haben mehr als 60 Gerichte und somit die eindeutige Mehrheit in der Rechtsprechung die Anwendung des Lasers als lediglich besondere Ausführung der in der GOÄ beschriebenen Katarakt-Operation nach GOÄ-Nr. 1375 qualifiziert und der Analogabrechnung eine Absage erteilt (u.a. OLG Naumburg, Urte. v. 09.05.2019 - 4 U 28/16, OLG Düsseldorf, Urte. v. 28.08.2020 - I-4 U 162/18, sowie zahlreiche Berufungsgerichte wie LG Düsseldorf, Urte. v. 16.07.2020 - 9 S 50/17; LG Freiburg, Urte. v. 08.09.2020 - 3 S 37/19; LG Bonn v. 01.06.2021 - 8 S 88/18; LG München I, Urte. v. 21.05.2021 - 25 S 10082/20; LG Mannheim, Urte. v. 16.02.2021 - 11 S 8/19).

Nach ca. 6 Jahren hat der BGH nunmehr mit den beiden Entscheidungen vom 14.10.2021 (III ZR 350/20 und III ZR 353/20) den Schlusspunkt gesetzt. Im Folgenden sollen die wesentlichen Inhalte der BGH-Rechtsprechung besprochen und ein Ausblick auf die Bedeutung und Wirkung dieser Urteile über den konkreten Sachverhalt hinaus, aber auch über im Entstehen befindlichen Umgehungstendenzen in der Abrechnungspraxis, gegeben werden.

## **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Der privat versicherte Kläger begehrt von der Beklagten, seiner privaten Krankenversicherung, die Erstattung der bisher nicht anerkannten Kosten für die Anwendung des Femtosekundenlasers im Rahmen einer Katarakt-Operation. Die Gesamtkosten betragen 6.528,62 Euro. Streitig ist ein Betrag von 1.782,11 Euro.

In den Vorinstanzen war der Kläger jeweils unterlegen. Das LG Düsseldorf hat als Berufungsgericht die Verwendung des Femtosekundenlasers als unselbstständige Teilleistung der Zielleistung „Kataraktoperation“ bewertet, die nicht zusätzlich mit GOÄ-Nr. 5855 analog abgerechnet werden könne. Es verweist ausdrücklich darauf, dass der BGH in dem Urteil zur Navigationstechnik (BGH, Urte. v. 21.01.2010 - III ZR 147/09) die Voraussetzungen an das Vorliegen einer selbstständigen ärztlichen Leistung definiert habe. Beim Femtosekundenlaser fehle es an der eigenständigen medizinischen Indikation. Die zugelassene Revision wurde seitens des Patienten eingelegt.

## **C. Kontext der Entscheidung**

Mit dieser und der Parallelentscheidung (BGH, Urte. v. 14.10.2021 - III ZR 350/20), die beide als große Entscheidungen angelegt sind, wird ein jahrelanges Tauziehen um die Rechtmäßigkeit der Analogabrechnung des Femtosekundenlasers bei Katarakt-Operationen beendet. Anknüpfend an seine letzte große gebührenrechtliche Entscheidung zur Navigationstechnik aus dem Jahre 2010 (BGH, Urte. v. 21.01.2010 - III ZR 147/09) bestätigt der BGH die vom Autor und seinen Mit-Autoren entwickelte und veröffentlichte Rechtsauffassung, nach der eine Analogabrechnung des Femtosekundenlasers im Rahmen der Katarakt-Operation nicht in Betracht kommt (vgl. Fenercioglu/Schoenen/Stelberg, VersMed 2018, 83; Fenercioglu/Patt/Schoenen/Stelberg, VersMed 2019, 70; Fenercioglu/Schoenen, VersR 2021, 246, 252).

### **I. „Femto-Kat-Methode“ als Regelungslücke im Leistungsinhalt der GOÄ-Nr. 1375?**

Die gesonderte Berechnungsfähigkeit der Laseranwendung scheidet nicht nur an der mangelnden eigenständigen medizinischen Indikation. Es fehlt vor allem an der wichtigsten Voraussetzung für eine Analogabrechnung: einer planwidrigen Regelungslücke. Der BGH geht dieser Fragestellung gezielt nach und stellt anhand des Wortlauts der Zielleistung der Katarakt-Operation nach GOÄ-Nr. 1375 zutreffend fest, dass die Phakoemulsifikation die Zertrümmerung bzw. Zerkleinerung der Linse beinhaltet, ohne dass dies zwingend durch Ultraschall erfolgen müsse. Auch bei Einsatz eines Femtosekundenlasers werde die Linse jedenfalls (vor-)zerkleinert. Der Femto-

sekundenlaser modifiziere als Teil des Operationsgeschehens nur einzelne Operationsschritte im Sinne einer unselbstständigen Vorbehandlung, indem er einen Zugang zum Operationsgebiet schaffe bzw. vorbereite und den Linsenkörper (vor-)zerkleinert. Da die Leistungslegende der GOÄ-Nr. 1375 das methodische Vorgehen lediglich als „Linsenkernverflüssigung (Phakoemulsifikation)“ beschreibe, ohne das hierfür verwendete Verfahren näher zu spezifizieren, sei es im Rahmen der Zielleistung „Operation des Grauen Stars mit Implantation einer intraokularen Linse“ unerheblich, ob einzelne vorbereitende Teilschritte händisch mittels herkömmlicher Schnitt- und Ultraschall-technik oder unter Zuhilfenahme eines Femtosekundenlasers – als „besondere Ausführung“ i.S.d. § 4 Abs. 2a Satz 1 Alt. 2 GOÄ – durchgeführt werde. Der Operateur habe die Wahl: Er könne entweder „manuell-chirurgisch“ oder aber „femtosekundenlaserassistent“ vorgehen.

Damit ist das insbesondere von Griebau postulierte Ergebnis widerlegt, dass die mittels Linsenkernverflüssigung (Phakoemulsifikation) durchzuführende Operation das Zerlegen und Ansaugen der Linse per Ultraschall voraussetze, während bei der femtosekundenlaserassistierten Katarakt-Operation die Linsenkapsel mit dem Laser eröffnet und die Linse zerkleinert werde (vgl. Griebau in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 4. Aufl. 2021, Die ärztliche Abrechnung gegenüber Selbstzahlern, Rn. 109; Griebau, ZMGR 2021, 145). Daraus folgert er, die Zerkleinerung der Linse mittels Laser sei von dem Leistungstext nicht umfasst. Griebau verkennt die Inkonsistenzen in der Leistungslegende der GOÄ-Nr. 1375, in der das „Saug-Spül-Verfahren“ der „Linsenkernverflüssigung (Phakoemulsifikation)“ offensichtlich als Alternative gegenübergestellt wird, obwohl auch bei der „Linsenkernverflüssigung (Phakoemulsifikation)“ die Linsentrümmer mittels „Saug-Spül-Verfahren“ entfernt werden. Widersprüchlich ist darüber hinaus, dass im Leistungstext der GOÄ-Nr. 1375 mit der Formulierung „Linsenkernverflüssigung (Phakoemulsifikation)“ die Begriffe Verflüssigung mit Emulsifikation gleichgesetzt werden. Eine Flüssigkeit ist physikalisch homogen, eine Verflüssigung muss daher zu einer physikalisch gleichartigen Flüssigkeit führen. Eine Emulsifikation führt wiederum zu einer Emulsion, also einem Gemisch zweier oder mehrerer Flüssigkeiten. Dieser Zustand kann aber bei einer Zertrümmerung der Linse nicht erreicht werden. Aus den Bestandteilen einer Augenlinse lassen sich keine verschiedenen Flüssigkeiten herstellen. Der Begriff „Phakoemulsifikation“ kann also nicht in dem von Griebau verstandenen Sinne ausgelegt werden. Die Augenlinse besteht aus Zellen ohne Zellkern und anderen Zellorganellen, die Fasern bilden in Form sog. Kristallinproteine. Bei Katarakt ist die Anordnung dieser Proteine gestört, so dass sich Vakuolen bilden, woraus Lichtbrechungen resultieren. Folglich kann der Begriff „Emulsifikation“ in der Legende der GOÄ-Nr. 1375 – wie auch vom BGH richtig erkannt – nur als „Zertrümmerung“ interpretiert werden.

Und dass die Zertrümmerung ausschließlich mittels Ultraschalls zu erfolgen hat, ist somit weder dem Leistungstext zu entnehmen noch entspricht dies den medizinischen Erkenntnissen. Bereits vor mehr als 20 Jahren war in der Augenheilkunde von der Laserphakoemulsifikation die Rede (vgl. Dick et al, Phakoemulsifikation und Vitrektomie mit dem Erbium:YAG-Laser sowie Phakoemulsifikation mit dem Neodymium:YAG-Laser Ophthalmologie, 2001, 892). Insofern erweist sich die Vorstellung, dass in der Zielleistung nach GOÄ-Nr. 1375 abschließend zwei Operationsmethoden beschrieben seien, nämlich zum einen die „EC-Kat-Methode“ (extrakapsuläre Staroperation mittels gesteuertem Saug-Spül-Verfahren) und zum anderen die „Phako-Kat-Methode“ (Extrakapsuläre Staroperation mittels Linsenkernverflüssigung (Phakoemulsifikation)), zu denen nun eine weitere dritte, nicht im Leistungstext enthaltene und somit gesondert im Wege des Analogabgriffs berechnungsfähige sog. Femto-Kat-Methode hinzutrete, als nicht tragfähige Konstruktion.

## **II. Keine Analogabrechnung wegen Optimierung des Behandlungsergebnisses durch technische Weiterentwicklung**

Der BGH stärkt und konkretisiert mit diesem Urteil eine der wichtigsten Grundregeln bei der Anwendung des ärztlichen Gebührenrechts: das Zielleistungsprinzip. Modifikationen bei der Ausführung der Operation einer in der GOÄ abgebildeten Zielleistung, die lediglich der Optimierung des Operationsergebnisses dienen, etwa um benachbarte Strukturen zu schonen und nicht zu verletzen, dürfen nicht gesondert abgerechnet werden. Auch der Umstand, dass der Femtosekundenlaser eine höhere Präzision als beim manuell-chirurgischen Eingriff aufweisen könnte, ändere nichts an der Bewertung. Das galt für den Einsatz der computergestützten Navigationstechnik bei Implantation eines künstlichen Kniegelenks (BGH, Urt. v. 21.01.2010 - III ZR 147/09) und gilt auch für die Anwendung des Femtosekundenlasers zur Zertrümmerung der Linse.

Von besonderer Bedeutung auch für die Beurteilung zukünftiger gebührenrechtlicher Auslegungsfragen ist die Erkenntnis des BGH, dass es gebührenrechtlich nicht darauf ankommt, ob die in Rede stehende OP-Methode zum Zeitpunkt der letzten wesentlichen Änderung der GOÄ im Jahre 1996 dem Ordnungsgeber bekannt gewesen war. Es kommt vielmehr darauf an, ob die fragliche Leistung – etwa die Katarakt-Operation oder die Implantation der Knieendoprothese – auch ohne Einsatz dieser Technik vorgenommen werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 21.01.2010 - III ZR 147/09). Diesen Feststellungen des BGH kann nur zugestimmt werden. Die Komplexleistungen der GOÄ und GOZ greifen unabhängig von der eingesetzten Methode oder Technik, sofern der Leistungstext offenlässt, auf welchem Wege die Leistung erbracht bzw. das Behandlungsziel erreicht wird. Dies hat das BVerwG erst kürzlich in mehreren wegweisenden Entscheidungen zum zahnärztlichen Gebührenrecht bestätigt (vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 05.03.2021 - 5 C 11/19 m. Anm. Fenercioglu, jurisPR-MedizinR 1/2022 Anm. 3). Technische Variationen oder Weiterentwicklungen der bisherigen Standard-Operation berechtigen nicht zu Analogabrechnungen. Erschwernisse in der Leistungserbringung sind nach geltendem Gebührenrecht über den Steigerungsfaktor abzubilden, vgl. § 5 Abs. 3 GOÄ. Normativer Anknüpfungspunkt für diese Rechtsprechung ist das in § 4 Abs. 2a GOÄ bzw. § 4 Abs. 2 Satz 2 GOZ verankerte Zielleistungsprinzip, aufgrund dessen eine Leistung, die eine besondere Ausführung einer anderen Leistung nach dem Gebührenverzeichnis ist, nicht zusätzlich berechnet werden darf.

### **III. Keine Analogabrechnung wegen Modifikationen bei Planung und Durchführung der Katarakt-Operation**

Der BGH stellt darüber hinaus ausdrücklich fest, dass selbst gewichtige Unterschiede in Planung und Durchführung zwischen der femtosekundenlaserassistierten Variante und dem Standard-Verfahren keine Analogabrechnung rechtfertigen, auch wenn die Durchführung in zwei räumlich getrennten Abschnitten und die (Vor-)Behandlung mit dem Laser in einem separaten Behandlungsraum erfolgt. Der BGH tritt mit diesen Erwägungen der teilweise in der Literatur vertretenen Ansicht entgegen, der Einsatz des Femtosekundenlasers unterscheide sich im Hinblick auf Ablauf und Durchführung der Operation dergestalt von dem Standard, der dem Ordnungsgeber bei Beschreibung der Leistung vor Augen gestanden habe, dass nicht mehr davon ausgegangen werden könne, es handle sich bei dem fraglichen Eingriff um eine unter die bisherige Gebührenposition subsumierbare Leistung (vgl. Wölk/Meese, MedR 2021, 633). Das Zielleistungsprinzip und die Methodenfreiheit gemäß § 4 Abs. 2a GOÄ, aber auch der Sinn und Zweck der Möglichkeit der Schwellenwertüberschreitung nach § 5 Abs. 2 GOÄ stehen dieser Rechtsauffassung entgegen. Diese Auffassung ist nach der überzeugenden Rechtsprechung des BGH nicht mehr vertretbar.

### **IV. YAG-Laser und Excimer- bzw. Femtosekundenlaser unterfallen der GOÄ-Nr. 441**

Der BGH hat in den Leitsätzen beider Femtosekundenlaser-Entscheidungen festgehalten, dass der Laser-Zuschlag nach GOÄ-Nr. 441 sich nicht lediglich auf Laser bezieht, die ohne Vorbereitungsarbeiten im Rahmen einer Operation sofort einsetzbar sind, sondern ausdrücklich auch den Einsatz des Femtosekundenlasers bei der Operation des Grauen Stars nach GOÄ-Nr. 1375

umfasst. Diese Klarstellung bedeutet nichts anderes, als dass die Zuschlagsposition nach GOÄ-Nr. 441 nicht nur für den Laser der ersten Generation wie den sog. YAG-Laser anzuwenden ist, sondern auch und gerade neuere Laser-Technologien wie den Excimer-Laser oder eben auch den Femtosekundenlaser erfasst. Damit ist die teilweise in der Literatur vertretene gegenteilige These (vgl. Zach, MPR 2020, 8) durch den BGH widerlegt worden. Technische Weiterentwicklungen von in der GOÄ beschriebenen technischen und apparativen Leistungen führen nicht dazu, dass diese Gebührenpositionen (Gebühren und Zuschläge) und Zielleistungen obsolet geworden sind und nicht angewendet werden müssten.

Die GOÄ unterscheidet demnach gebührenrechtlich nicht nach alter und heutiger Lasertechnik oder nach herkömmlichen und modernen Linearbeschleunigern. Diese Rechtsprechung des BGH zum YAG- und Femtosekundenlaser konsequent zu Ende gedacht, führt zu dem Ergebnis, dass etwa die viel zitierte Entscheidung des OLC Celle (Beschl. v. 15.07.2019 - 8 U 83/19) zur sog. Intensitätsmodulierten Strahlentherapie (IMRT) heute anders ausfallen dürfte, vielleicht sogar müsste. Denn bei der IMRT handelt es sich lediglich um eine technische Weiterentwicklung der in der GOÄ von 1996 vorhandenen Bestrahlungsmethoden an einem Linearbeschleuniger, die bloß eine Optimierung der herkömmlichen Behandlungsmethode bedeutet (so ausdrücklich Wölk/Meesse, MedR 2021, 633, 639). Das OLG Celle hat gleichwohl der Analogabrechnung durch Mehrfachansatz der GOÄ-Nr. 5855 (der gleichen Ziffer, die auch für den Femtosekundenlaser herangezogen wird) stattgegeben, obwohl es selbst davon auszugehen scheint, dass die GOÄ-Nr. 5836 und 5837 grundsätzlich anwendbar sind, sich aber wegen der technischen Variationen in der Ausführung (Einsatz von MLC-Kollimatoren anstelle von Bleiblöcken) daran gehindert sieht, die IMRT den immanenten Bestrahlungsleistungen zuzuordnen. In Wahrheit dürfte der technische Unterschied zwischen einem herkömmlichen Linearbeschleuniger und einer IMRT ungleich geringer sein als der zwischen einem in den 1960er Jahren entwickelten YAG-Laser und einem Femtosekundenlaser neuester Generation, für dessen Grundlagenforschung 2018 der Nobelpreis für Physik verliehen wurde (vgl. Zach, jurisPR-MedizinR 1/2022 Anm. 2). Insofern erscheinen die Erwägungen des OLG Celle in Anbetracht der Wertungen des BGH aus dem vorliegenden Urteil vom 14.10.2021 inzwischen deutlich überschießend.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Dieser stringenten und zwingenden Entscheidung des BGH ist vollumfänglich zuzustimmen. Sie schafft Rechtssicherheit für die Rechtsanwender und stellt klar, dass für die Anwendung eines Femtosekundenlasers bei Durchführung einer Katarakt-Operation nach GOÄ-Nr. 1375 nur der Zuschlag nach GOÄ-Nr. 441 berechnungsfähig ist und eine Analogabrechnung nicht in Betracht kommt. Ob und inwiefern gleichwohl eine „individuelle Indikation“ für die Anwendung des Femtosekundenlasers anzunehmen sein kann, wie in der Praxis seit Bekanntwerden der beiden BGH-Entscheidungen zum Femtosekundenlaser vereinzelt behauptet wird und welche praktischen Konsequenzen aus den vom BGH definierten Anforderungen an die Darlegung der „fehlenden Auskömmlichkeit“ von GOÄ-Leistungen abgeleitet werden können, soll im Folgenden kurz dargestellt werden.

##### **I. Keine „individuelle Indikation“ für den Einsatz des Femtosekundenlasers**

Seit kurzem sind erste Reaktionen der Rechnungssteller auf die Rechtsprechung des BGH zu erkennen. Es zeichnen sich neue Argumentationslinien ab, die sich an den Begriff der „individuellen Indikation“ klammern. In beiden Revisionen ist im Sinne eines „Auffang-Tatbestandes“ vorgebracht worden, dass der Laser wegen „einer harten Linse und einer tiefen Vorderkammer“ bzw. des „vorgerückten Alters“ des Patienten eigenständig indiziert und gesondert abrechenbar gewesen sei. In beiden Verfahren sind die Revisionskläger mit sämtlichen Behauptungen zur vermeintlichen „individuellen Indikation“ vollständig gescheitert.

Interessanterweise war es dem BGH wichtig, auf das Argument der „harten Linse“ einzugehen, obwohl dieses Vorbringen verspätet war. Der Senat weist die „harte Linse“ mit Hilfe der gebührenrechtlichen Literatur (Griebau, ZMGR 2021, 145, 150) zurück. Es sei bekannt, dass bei besonders harten Linsen der Einsatz von Ultraschallenergie gegenüber dem femtosekundenlaserassistierten Verfahren Vorteile bietet.

In der Parallelentscheidung (BGH, Urt. v. 14.10.2021 - III ZR 350/20) vermochte der BGH darüber hinaus auch in der „Hornhautverkrümmung (Astigmatismus)“, einer in der Praxis vielfach ins Feld geführten Besonderheit zur Begründung einer Analogabrechnung, keine eigenständige medizinische Indikation zu erkennen. Somit kann auch der „Astigmatismus“ nach der Rechtsprechung des BGH keine „individuelle Indikation“ begründen.

Gleiches gilt für das „vorgerückte Alter“ von 79 Jahren, welches der BGH für die Bejahung einer eigenständigen medizinischen Indikation nicht ausreichen lässt.

Sämtliches umfangreiche Vorbringen zur „individuellen Indikation“ hat sich in den Revisionsverfahren als unzureichend erwiesen. Der BGH ist sich darüber im Klaren, dass bei einer technik- und methodenoffenen Leistungsbeschreibung der Katarakt-Operation nach GOÄ-Nr. 1375 und der Anwendbarkeit des Laserzuschlags nach GOÄ-Nr. 441 auf den Femtosekundenlaser keine Indikation der „verlagerten oder harten Linse“ in Betracht kommen kann, denn die Indikation ist und bleibt dieselbe: Der Austausch der Linse wegen des grauen Stars. Dass der Operateur hierbei aufgrund des besonders hohen oder jungen Alters des Patienten oder der Lokalisation der Linse besonders vorsichtig und sorgfältig operieren muss, kann – auch unter „Wertungsgesichtspunkten“ – keine eigenständige medizinische Indikation begründen. Für den Patienten ändert sich im Ausgangspunkt nichts. Um es mit dem BGH zu sagen: „Unabhängig vom Einsatz des Femtosekundenlasers ist die ärztliche Maßnahme für den Patienten die gleiche und keine weiter gehende: Die vom Grauen Star betroffene Linse wird durch eine Kunstlinse ersetzt (siehe auch Fenercioglu/Schoenen aaO S. 255).“

Es ist demnach ganz offensichtlich, dass keine eigenständigen medizinischen Indikationen für den Femtosekundenlaser vorliegen (können). Wie in den vom BGH bewerteten Beispielfällen, von denen trotz umfangreichen und mit hoher augenärztlicher Expertise unterlegten Sachvortrags nicht ein einziger Fall zur Überzeugung des BGH eine Indikation des Lasers begründen konnte, werden auch alle weiteren Fallkonstruktionen am Zielleistungsprinzip scheitern.

Diese Besonderheiten stellen sich im Ergebnis als Erschwerungsgründe dar, die nach § 5 Abs. 2 GOÄ zu einem höheren Steigerungssatz abgerechnet werden können, wenn Besonderheiten vorliegen, die jenseits dessen liegen, was bei einem herkömmlichen Eingriff normalerweise zu leisten ist. So kann eine „verlagerte Linse“ bei einem Katarakt-Patienten die Behandlung der Grunderkrankung erschweren, so dass dieser Erschwerungsgrund durch Erhöhung des Multiplikators Rechnung getragen werden darf.

Zu beachten ist ein weiterer wichtiger Anknüpfungspunkt: Bei keiner der bisher in den Verfahren vorgetragenen Besonderheiten war die Anwendung des Femtosekundenlasers zwingend und ausschließlich indiziert. Die herkömmliche OP-Methode war wiederum in keinem der Fälle „kontraindiziert“. Vielmehr hatte der Augenarzt stets die Wahl unter den Ausführungsarten. Dass nur der Femtosekundenlaser als OP-Methode angewendet werden darf und jede andere Ausführungsart sich objektiv eindeutig verbietet, weil der Patient ansonsten zu Schaden kommen würde, ist von den Augenärzten nicht bloß zu behaupten, sondern substantiiert und detailliert anhand wissenschaftlicher Evidenz darzulegen.

Folgerichtig stellt der BGH zur „harten Linse“ fest, dass „auch bei harten Linsen [...] die Katarakt-Operation auf herkömmliche Weise ohne Lasereinsatz durchgeführt werden [kann]“ (BGH, Urt. v.

14.10.2021 - III ZR 353/20 Rn. 22) und weist das (ohnehin verspätete) Vorbringen als unbegründet ab. Es mag sein, dass der Lasereinsatz Vorteile bietet, es mag auch sein, dass der Laser das Behandlungsergebnis verbessert oder eine präzisere Schnittführung erlaubt. Diese Umstände berechtigen gebührenrechtlich aber gerade nicht zur Analogabrechnung, wie bereits oben unter C.II. ausführlich dargestellt. Einer hierauf gestützten Analogabrechnung steht die ständige Rechtsprechung des BGH zum Zielleistungsprinzip entgegen (BGH, Urt. v. 13.05.2004 - III ZR 344/03).

Eine weitere Erwägung spricht gegen die analoge Berechnungsfähigkeit des Femtosekundenlasers bei Katarakt-Operationen bei sog. „individueller Indikation“. Ein Augenarzt wird den Femtosekundenlaser nach dessen Erwerb aller Lebenserfahrung nach bei allen Katarakt-Operationen sämtlicher Patienten einsetzen. In der Folgezeit wird, insbesondere bei neu hinzukommenden jüngeren Kollegen, die Fähigkeit für die Ausführung der Katarakt-Operation nach herkömmlicher Methode sukzessive nachlassen und irgendwann ganz verlorengehen. Das würde dann zu dem gebührenrechtlich fragwürdigen Ergebnis führen, dass in Anbetracht der Rechtsprechung des BGH der Femtosekundenlaser im Regelfall mit der GOÄ-Nr. 441 abzugelten wäre, während in allenfalls äußerst seltenen Fällen besonderer „individueller Indikationen“, in denen ausschließlich der Femtosekundenlaser indiziert ist, eine Analogabrechnung zulässig wäre, obwohl der Augenarzt in allen Fällen und bei allen Patienten die Katarakt ausschließlich mit dem Femtosekundenlaser operiert. Diese Lösung erscheint inkonsistent, beliebig und unangemessen.

Der Vollständigkeit halber soll auch kurz auf die beiden vermeintlichen individuellen Indikationen der „verlagerten Linse“ und „bei Kindern“ aus medizinisch-gebührenrechtlicher Hinsicht eingegangen werden.

Auch bei der „verlagerten Linse“ werden die Linsen im Rahmen der Operation des grauen Stars entfernt und durch Intraokularlinsen ersetzt. Der Unterschied des operativen Vorgehens bei verlagerten Linsen liegt aufgrund des defekten Halteapparates der Linsen darin, dass es einer sog. Irisnahtfixation bedarf, um einer erneuten Verlagerung der Linsen entgegenzuwirken (vgl. Gerstmeyer/Sekundo, Irisnahtfixierte Hinterkammerlinse, Neue Perspektiven für eine bekannte Technik, Der Ophthalmologe, 3/2014). Wird die Irisnahtfixation im Rahmen der Katarakt-Operation vorgenommen, führt dies nur zu einem höheren Zeitaufwand (vgl. Fenercioglu/Schoenen, VersR 2021, 246, 254). Folglich besteht hier überhaupt kein Bezug zum Femtosekundenlaser.

Der Einsatz des Femtosekundenlasers bei Kindern lässt ebenfalls keine andere Bewertung zu. Bezüglich eines kindlichen Katarakts geht die Operation tatsächlich über die Katarakt-Operation eines erwachsenen Patienten hinaus. Um das Risiko eines Nachstars zu senken, wird bei Kindern (bis 8-10 Jahren) überwiegend zusätzlich zum Entfernen und eventuellem Austausch der Linse die hintere Linsenkapsel eröffnet und anschließend der flache vordere Glaskörper entfernt (vgl. Lagrèze, Behandlung der kongenitalen und frühkindlichen Katarakt, Der Ophthalmologe, 10/2020). Für die zusätzlich erbrachten Leistungen sieht die GOÄ eigene GOÄ-Nummern vor. Diese können gesondert in Rechnung gestellt werden. Es besteht also keine Regelungslücke. Daher begründet der Einsatz des Femtosekundenlasers allein auch bei Kindern keine selbstständige Leistung.

Auch die Prüfungen der beiden vorstehenden „Indikationen“, mit denen sich der BGH nicht befassen musste, führen zu dem Ergebnis, dass eine gesonderte Analogabrechnung nicht möglich ist. Je länger und intensiver die Frage der „individuellen Indikation“ betrachtet wird, desto klarer und deutlicher zeigt sich, dass sie nichts weiter als ein Trugschluss ist, dem das Zielleistungsprinzip entgegensteht.

Der Nachweis an die „individuelle Indikation“ muss angesichts der überzeugenden und tiefgreifenden Rechtsprechung des BGH zum nicht gesondert berechnungsfähigen Femtosekundenlaser höchsten Anforderungen und strengsten Prüfungsmaßstäben standhalten. Es ist substantiiert an-

hand angemessener wissenschaftlicher Studien darzulegen, dass nur der Femtosekundenlaser indiziert und jede andere Operations-Methode kontraindiziert ist. Der Arzt muss detailliert darlegen, dass der Femtosekundenlaser nicht bloß der Optimierung des Behandlungsergebnisses dient, sondern zwingend anzuwenden ist, da sich jede andere Methode ärztlicherseits schlechterdings verbietet und den Patienten andernfalls der Gefahr körperlicher Schäden und ihn selbst dem Vorwurf eines Behandlungsfehlers aussetzen würde.

## **II. Darlegung der fehlenden „Auskömmlichkeit“**

Bemerkenswert und richtungweisend sind die Ausführungen des BGH zur Frage der in den Femtosekundenlaser-Verfahren vielfach pauschal bestrittenen „Auskömmlichkeit“ bei Beschränkung auf die in der GOÄ vorgesehenen originären Gebühren für die Katarakt-Operation. Aufgrund hoher Anschaffungskosten für die Technik seien die Gebühren – so die Argumentation der Augenärzte – nicht mehr auskömmlich und der Arzt insoweit in seinem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt.

Der BGH verneint mit Blick auf das Honorarniveau nicht nur eindeutig eine Grundrechtsverletzung der Augenärzte, er nutzt diesen Prüfungspunkt vielmehr dazu, grundlegende Anforderungen an die Darlegung einer nicht leistungsgerechten und auskömmlichen Honorierung zu definieren. Die detaillierten und ohne weiteres auf andere Gebührenrechtssachverhalte übertragbaren Voraussetzungen fasst der BGH wie folgt zusammen:

Der Arzt muss den mit dem Einsatz des Femtosekundenlasers verbundenen Aufwand und die diesbezüglichen Kostenstrukturen substantiiert offenlegen. Es genügt nicht, unter Bezugnahme auf die Geräteanschaffungskosten zu behaupten, bei Zugrundelegung des Regelhöchstsatzes und x Operationen im Jahr sei ein kostendeckender Geräteinsatz nicht möglich. Ein Arzt, der die Anschaffung eines solchen Lasers in Erwägung ziehe, müsse Überlegungen zur Wirtschaftlichkeit anstellen. Dabei sei insbesondere von Bedeutung, bei wie vielen Operationen das Gerät in Betracht kommt. Dementsprechend müsse die durchschnittliche Kalkulation für die einzelnen Anwendungen dargetan und angegeben werden, welche Umsätze erreichbar sind. Erforderlich seien Ausführungen zur Nutzungsdauer, zur Auslastung im Rahmen der Operationen und zu weiteren Einsatzgebieten des Gerätes zum Beispiel bei Durchführung anderer Operationen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass jedenfalls bei komplizierteren Operationen, deren Durchführung durch den Einsatz des Gerätes erleichtert wird, der Gebührenrahmen der Zielleistung ausgeschöpft werden könne. Durch die Steigerung vom 2,3-fachen auf den 3,5-fachen Gebührensatz und den gleichzeitigen Ansatz der Zuschlagsziffern könne sich der Eingriff deutlich verteuern. Auch die Arztzeit und der Arztlohn sind in die Kalkulation einzubeziehen.

Ärzte können sich nunmehr angesichts dieser präzisen Vorgaben des BGH nicht länger auf den Standpunkt zurückziehen, diese Angaben müssten sie nicht erteilen, da diese einer Ausforschung bzw. einer unzulässigen Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen gleichkommen würde. Der BGH verpflichtet nunmehr zu diesen Angaben, andernfalls ist das Vorbringen zur „fehlenden Auskömmlichkeit“ unsubstantiiert.

## **III. Gleiche Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Analogabrechnung?**

In der Praxis wird ebenso wie für die Anwendung des Excimer-Lasers bei der LASIK wie auch beim Femtosekundenlaser eine für die Kataraktoperation wesentlich fremde Leistung aus dem Bereich der intraoperativen Strahlentherapie nach Abschnitt O der GOÄ analog herangezogen. Die Kriterien des § 6 Abs. 2 GOÄ für eine Analogabrechnung werden in den Gerichtsverfahren, in denen die Rechtmäßigkeit und die Angemessenheit einer Analogabrechnung in Rede steht, regelmäßig nicht hinreichend geprüft und gewürdigt. Der BGH musste sich folgerichtig in beiden Entscheidungen

vom 14.10.2021 nicht mit den inhaltlichen Voraussetzungen der GOÄ-Nr. 5855 analog auseinandersetzen.

Eine Analogabrechnung kam unter keinem Gesichtspunkt, auch nicht unter dem der „individuellen Indikation“, in Betracht.

Für tatsächlich berechnete Analogabrechnungen, die wegen echter Regelungslücken im Gebührenverzeichnis der GOÄ veranlasst sind, ist der Arzt verpflichtet, darzulegen, dass die von ihm herangezogene Leistung mit der erbrachten nach Art, Kosten und Zeitaufwand gleichwertig ist. Die Frage der Gleichwertigkeit unterliegt uneingeschränkt der gerichtlichen Überprüfung; dem abrechnenden Arzt steht bei der Analogabrechnung kein Ermessen zu (Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 3. Aufl. § 6 GOÄ Rn. 10). Die bloße Behauptung des Arztes, die analoge Heranziehung einer bestimmten Gebühr sei angemessen oder leistungsgerecht, reicht nicht für eine substantiierte Darlegung. Die Beweislast für die Angemessenheit der Analogabrechnung obliegt der Behandlerseite.

Aus Sicht des Verfassers gelten die Vorgaben des BGH zur „Auskömmlichkeit“ auch für die Prüfung der Kriterien der Analogabrechnung nach § 6 Abs. 2 GOÄ. Sie sind geeignet, die grundsätzlich berechtigten und in der GOÄ vorgesehenen Analogabrechnungen zu operationalisieren, die bisher in der Gerichtspraxis eher vernachlässigt worden sind.

Sobald feststeht, dass eine nicht in das Gebührenverzeichnis aufgenommene selbstständige ärztliche Leistung betroffen ist und diese sich auch nicht als besondere Ausführung einer anderen Leistung oder bloße Erschwernis i.S.d. § 5 Abs. 2 GOÄ darstellt, ist der Weg für eine Analogabrechnung grundsätzlich eröffnet. Sodann sind die Kriterien des § 6 Abs. 2 GOÄ, d.h. der Aufwand und die Kosten mit der als gleichwertig angesehenen und für die Analogabrechnung herangezogenen Leistung ärztlicherseits darzulegen. Klare und justitiable Kriterien für ein adäquates Prüfschema fehlten bisher.

Für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Analogabrechnung lassen sich die Erwägungen des BGH zur „Auskömmlichkeit“ ohne weiteres übertragen: Im Hinblick auf die Bestimmung der Kosten technischer Leistungen, bei denen die eigentlichen ärztlichen Leistungen immer stärker in den Hintergrund rücken, sind Angaben zur Nutzungsdauer, zur Auslastung, zu weiteren Einsatzgebieten des Gerätes etwa bei der Durchführung anderer Operationen, unabdingbar. Auch der Umstand, dass durch die in Rede stehende neue Analogleistung ggf. andere im Zusammenhang erbrachte Hauptleistungen wesentlich erleichtert werden, sind zu berücksichtigen.

Es wird diesseits nicht verkannt, dass ein solcher Aufwand an Transparenz hinsichtlich der Kostenstrukturen bei Analogabrechnungen nicht für geringfügige Leistungen abverlangt werden kann. Das wäre überzogen und dem Arzt auch nicht zuzumuten. Eine solche Offenlegung der betriebswirtschaftlichen Kalkulation kann aber in begründeten Einzelfällen bei von hohem Technikanteil geprägten Leistungen, die erhebliche Kosten für die Versicherungsgemeinschaft bzw. den Steuerzahler verursachen, z.B. in der Protonentherapie, der Intensitätsmodulierten Strahlentherapie oder auch in der molekulargenetischen Diagnostik, erwartet und abgefordert werden. Die Prüfung und Bewertung der Nutzungsdauer, Auslastung, Amortisation, Wirtschaftlichkeit und auch die Berücksichtigung von Vergütungsrelationen anderer verwandter Gebührenordnungen etwa von europäischen Ländern mit vergleichbaren Kaufkraftparitäten erscheinen geeignet, erforderlich und auch verhältnismäßig. Denn bei der Bestimmung der Vergütungen ist nicht nur den berechtigten Interessen der Ärzte, sondern auch der Patienten gleichberechtigt Rechnung zu tragen (vgl. § 11 Satz 3 BÄO). Transparenz bei der Analogabrechnung in der Privatliquidation dient zwar vor allem dem Patientenschutz, sie stärkt aber auch die Akzeptanz und das Vertrauen in die Gebührenordnung für Ärzte/Zahnärzte insgesamt.

© juris GmbH