

A&I

ANÄSTHESIOLOGIE & INTENSIVMEDIZIN

Offizielles Organ der Deutschen Gesellschaft für Anästhesiologie und Intensivmedizin, des Berufsverbandes Deutscher Anesthesisten und der Deutschen Akademie für Anästhesiologische Fortbildung;
Organ der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin

49. JAHRGANG

DEZEMBER 2008

Wahlärztliche Leistungen – Update

SONDERDRUCK

Wahlleistungen – Update*

E. Biermann¹, R.-W. Bock² und K. Ulsenheimer²

¹ Berufsverband Deutscher Anästhesisten, Nürnberg

² Rechtsanwältin, Kanzlei Ulsenheimer/Friederich, Berlin/München

Die Abrechnung wahlärztlicher Leistungen setzt eine wirksame Wahlleistungsvereinbarung (I) sowie die korrekte Erbringung der Wahlleistungen (II) voraus – gleichgültig, ob einem leitenden Krankenhausarzt das Liquidationsrecht eingeräumt wurde oder ob der Krankenhausträger die wahlärztlichen Leistungen als „Institutsleistung“ erbringt, diese liquidiert und die zur Erbringung wahlärztlicher Leistungen verpflichteten „Wahlärzte“ an den Honorareinnahmen beteiligt (Beteiligungsvergütung).

I. Wahlleistungsvereinbarung

Geht der Patient auf das Angebot des Krankenhausträgers ein und wünscht für sich ärztliche Wahlleistungen gegen gesonderte Berechnung, so schließt er mit dem Krankenhausträger eine sog. Wahlleistungsvereinbarung und zugleich, soweit die Krankenhausärzte liquidationsberechtigt sind, zusätzlich mit dem bzw. den liquidationsberechtigten Krankenhausärzten jeweils einen „Arztzusatzvertrag“ ab.

Durch die Wahlleistungsvereinbarung zwischen Patient und Krankenhausträger verpflichtet sich der Krankenhausträger, dem Patienten wahlärztliche Leistungen zu verschaffen. Eine wirksame Wahlleistungsvereinbarung ist Voraussetzung dafür, dass der Krankenhausträger oder, bei eigenem Liquidationsrecht, die liquidationsberechtigten Ärzte sodann die wahlärztlichen Leistungen abrechnen können, vorausgesetzt, sie haben den Anspruch des Patienten auf Wahlleistungen ordnungsgemäß erfüllt.

Zunächst muss also eine wirksame Wahlleistungsvereinbarung zwischen Patient und Krankenhaus zustande kommen. Dazu muss sie den nachfolgenden Kriterien genügen.

1. Vertrag und Schriftform

a) Nach § 17 Abs. 2 Satz 1 Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) – insoweit gleichlautend mit § 22 Abs. 2 Satz 1 Bundespflegesatzverordnung (BPfIV) – sind Wahlleistungen „vor der Erbringung schriftlich zu vereinbaren“. Voraussetzung ist also ein Vertrag. Nicht ausreichend ist der bloße „Antrag“ des Patienten auf Wahlleistungen, vielmehr muss der schriftliche „Antrag“ von einem zum Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung bevollmächtigten Krankenhausmitarbeiter unter- bzw. gegengezeichnet werden. Nach der Rechtsprechung des BGH¹ ist die Schriftform nur dann gewahrt, wenn

„... alle die Wahlleistungen betreffenden Erklärungen in der derselben Urkunde niedergelegt und von beiden Parteien unterzeichnet sind ...“

Trägt das Wahlleistungsformular

„nur die Unterschrift des Patienten und nicht auch die Unterschrift eines Vertreters des Krankenhauses, so ist die Wahlleistungsvereinbarung gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig“².

b) Genügt die Wahlleistungsvereinbarung den Form-erfordernissen nicht, ist sie unwirksam und macht nach § 139 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) auch den zusammen mit der Wahlleistungsvereinbarung konkludent oder ausdrücklich geschlossenen Arzt-zusatzvertrag zwischen Wahlarzt und Patient nichtig³. Die Konsequenz: Wahlärztliche Leistungen können nicht abgerechnet werden, auch dann nicht, wenn der Wahlarzt die Leistungen „höchstpersönlich“ erbracht haben sollte.

c) Der Wahlarzt kann sich auch nicht etwa wirksam darauf berufen, der Patient sei um die wahlärztlichen Leistungen ungerechtfertigt bereichert und hätte deshalb Ersatz zu leisten. Denn der BGH⁴ erkennt einen Vergütungsanspruch nach den Grundsätzen der sog. ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) nicht an:

„Die erbrachten ärztlichen Leistungen sind in einem solchen Fall nur als Leistung des Krankenhauses im Rahmen des - wirksamen - Krankenhausbehandlungsvertrags zwischen dem Träger des Krankenhauses und dem Patienten anzusehen. Dies ist unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des § 22 BPfIV auch dann nicht anders zu beurteilen, wenn sich feststellen ließe, dass der Patient aufgrund der vermeintlich geschlossenen Wahlleistungsabrede in den Genuss einer über das medizinisch Notwendige hinausgehenden ärztlichen Versorgung gekommen wäre, die er in diesem Umfang als bloßer Regelleistungspatient nicht erhalten hätte ...“

* Rechte vorbehalten

siehe grundlegend: Biermann, E./Ulsenheimer K./Weißbauer, W.: Liquidation wahlärztlicher Leistungen – rechtliche Grundlagen, MedR 2000, 107 sowie Anästh Intensivmed 2000, 41, 524 ff.

¹ Urteil v. 19.02.1998, VersR 1998, 728 (729)

² Urteil v. 17.10.2002, VersR 2002, 1545

³ BGH, Urteil v. 19.02.1998, VersR 1998, 728 (730)

⁴ Urteil v. 17.10.2002, Vers 2002, 1545

- d) Anders kann es jedoch dann sein, wenn eine Wahlleistungsvereinbarung zwar schriftlich geschlossen wurde, aber z.B. wegen der nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung über die Entgelte der Wahlleistungen (s. unter I 3.) unwirksam ist, dies den Beteiligten aber nicht bewusst war und der Patient immer wieder die Wahlleistungen des Krankenhauses „abgerufen und in Anspruch genommen“ hat. In einem solchen Fall hat der BGH⁵ „den Einwand unzulässiger Rechtsausübung durchgreifen lassen“, d.h. den Vergütungsanspruch des Arztes anerkannt und den Anspruch eines Patienten auf Rückforderung des gezahlten Wahlarthonorars abgewiesen.

2. Vereinbarung vor der Leistungserbringung

Nach den gesetzlichen Vorschriften muss die Wahlleistungsvereinbarung der Leistungserbringung vorangehen. Werden wahlärztliche Leistungen erbracht, obschon eine Wahlleistungsvereinbarung nicht oder noch nicht getroffen wurde, so können diese Leistungen nicht abgerechnet werden. Dies gilt selbst dann, wenn die Wahlleistungsvereinbarung später abgeschlossen wird: die früher erbrachten Leistungen sind nicht abrechenbar. Deshalb empfehlen wir, die Wahlleistungsvereinbarung unbedingt mit dem Datum zu versehen.

Möglich ist es jedoch, dass ein (vollmachtloser) Stellvertreter die Wahlleistungsvereinbarung abschließt. Wird die Erklärung des Vertreters dann später vom Vertretenen (Patienten) genehmigt, so wirkt diese Genehmigung zurück, mit der Konsequenz, dass die Wahlleistungsvereinbarung von Anfang an wirksam ist (§ 184 BGB). Ein Stellvertreter kann für beide Vertragsparteien tätig werden. So könnte etwa bei einem Notfallpatienten, der nachts ins Krankenhaus eingeliefert wird, der zuständige Arzt einerseits die Wahlleistungsvereinbarung im Namen des Krankenhauses und andererseits im Namen des Patienten abschließen und sich später die Erklärung sowohl vom Krankenhaus wie vom Patienten genehmigen lassen⁶.

3. Unterrichtung des Patienten über die Entgelte der Wahlleistungen

§ 17 Abs. 2 Satz 1, zweiter Halbsatz KHEntgG - gleichlautend mit § 22 Abs. 2 Satz 1, zweiter Halbsatz BPFIV - verlangt, dass der Patient „vor Abschluss der Vereinbarung schriftlich über die Entgelte der Wahlleistungen und deren Inhalt im Einzelnen zu unterrichten ist“. Die Anforderungen, die der Bundesgerichtshof an eine ausreichende Unterrichtung stellt, hat er in mehreren Urteilen⁷ präzisiert:

- „Ausreichend ist danach in jedem Falle
- eine kurze Charakterisierung des Inhalts wahlärztlicher Leistungen, wobei zum Ausdruck kommt, dass hierdurch ohne Rücksicht auf Art und Schwere der Erkrankung die persönliche Behandlung durch die liquidationsberechtigten Ärzte sichergestellt werden soll, verbunden mit dem Hinweis darauf, dass der Patient auch ohne Abschluss einer Wahlleistungsvereinbarung die medizinisch notwendige Versorgung durch hinreichend qualifizierte Ärzte erhält;
 - eine kurze Erläuterung der Preisermittlung für ärztliche Leistungen nach der Gebührenordnung für Ärzte bzw. Zahnärzte (Leistungsbeschreibung anhand der Nummern des Gebührenverzeichnisses; Bedeutung von Punktzahl und Punktwert; Möglichkeit den Gebührensatz je nach Schwierigkeit und Zeitaufwand zu erhöhen); Hinweis auf Gebührenminderung nach § 6 a der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ);
 - ein Hinweis darauf, dass die Vereinbarung wahlärztlicher Leistungen eine erhebliche finanzielle Mehrbelastung zur Folge haben kann;
 - ein Hinweis darauf, dass sich bei der Inanspruchnahme wahlärztlicher Leistungen die Vereinbarung zwingend auf alle an der Behandlung des Patienten beteiligten liquidationsberechtigten Ärzte erstreckt (vgl. § 22 Abs. 3 Satz 1 BPFIV);
 - und ein Hinweis darauf, dass die Gebührenordnung für Ärzte/Gebührenordnung für Zahnärzte auf Wunsch eingesehen werden kann; die ungefragte Vorlage dieser Gesetzestexte erscheint demgegenüber entbehrlich, da diesen für sich genommen kein besonderer Informationswert zukommt. Der durchschnittliche Wahlleistungspatient ist auch nicht annähernd in der Lage, sich selbst anhand des Studiums dieser umfangreichen komplizierten Regelwerke einen Überblick über die Höhe der auf ihn zukommenden Arztkosten zu verschaffen.“

In vielen Krankenhausaufnahmeformularen finden sich im Zusammenhang mit der Wahlleistungsvereinbarung gesonderte Blätter mit den Informationen zu den Entgelten ärztlicher Wahlleistungen. Meist wird dabei in der vom Patienten und dem Krankenhaus-träger unterschriebenen Vereinbarung darauf verwiesen, dass der Patient diese Informationen erhalten und zur Kenntnis genommen hat. Der Bundesgerichtshof hat sich noch nicht dazu geäußert, ob die-

⁵ Urteil vom 01.02.2007, Az. III ZR 126/06; MedR 2007, 302

⁶ hierzu: Gaibler T., Bock R.-W., Ulsenheimer K., Der Unfallchirurg 2001, 1115 ff

⁷ zuletzt im Urteil vom 01.02.2007, Az. III ZR 126/06, MedR 2007, 302

► ser Verweis zulässig ist. Doch da der BGH⁸ festgestellt hat, dass die Schriftform

„grundsätzlich nur dann gewahrt“ (ist), „wenn alle die Wahlleistungen betreffenden Erklärungen in der derselben Urkunde niedergelegt und von beiden Parteien unterzeichnet sind“,

wird vorsorglich empfohlen, die komplette Unterrichtung über die Entgelte der Wahlleistungen in den anschließend vom Patienten und Krankenhausträger zu unterschreibenden Text aufzunehmen.

4. Hinweis auf das Bündelungsprinzip

§ 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG - gleichlautend zu § 22 Abs. 3 BPfIV - legt fest, dass sich die Vereinbarung über wahlärztliche Leistungen auf alle an der Behandlung des Patienten beteiligten angestellten oder beamteten Ärzte des Krankenhauses erstreckt, soweit diese zur gesonderten Berechnung ihrer Leistungen im Rahmen der vollstationären und teilstationären sowie einer vor- und nachstationären Behandlung (§ 115 a SGV V) berechtigt sind, einschließlich der von diesen Ärzten veranlassten Leistungen von Ärzten und ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses. Darauf ist in der Wahlleistungsvereinbarung hinzuweisen.

Dieser Hinweis muss dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung entsprechen. Nach Ansicht des Landgerichts Konstanz⁹ ist eine (Wahlleistungs-)Vereinbarung, die sich auf alle an der Behandlung des Patienten beteiligten Ärzte - ohne Rücksicht auf ihre Liquidationsberechtigung - erstrecken soll, wegen Verstoßes gegen § 22 Abs. 3 BPfIV unwirksam. Wie zu verfahren ist, wenn das Krankenhaus die Leistung als Institutsleistung erbringt und die leitenden Krankenhausärzte nicht mit eigenem Liquidationsrecht ausstattet, hatte das Landgericht Konstanz nicht zu entscheiden.

5. Ansprüche des Wahlarztes bei Formfehlern der Wahlleistungsvereinbarung

Die formellen Anforderungen an die Wahlleistungsvereinbarung, vor allem auch die an die Unterrichtung des Patienten über die Entgelte der Wahlleistungen im Einzelnen, sind inzwischen durch mehrere BGH-Urteile eindeutig festgelegt. Es besteht daher keine Rechtsunsicherheit mehr, die es entschuldigen könnte, wenn Krankenhausträger die Formulare der Wahlleistungsvereinbarungen nicht entsprechend anpassen. Für Mängel in der Wahlleistungsvereinbarung ist der Krankenhausträger verantwortlich, der die ärztlichen Wahlleistungen als Krankenhausleistungen anbietet¹⁰. Entgehen dem leitenden Krankenhausarzt wegen Unwirksamkeit der Wahlleistungsvereinbarung Liquidationsansprüche oder erleidet er Einbußen bei der Teilnehmungsvergütung, so muss der Krankenhausträger dem Wahlarzt Schadensersatz leisten¹¹.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof¹² hat deshalb den Freistaat Bayern verpflichtet, einem beamteten Chefarzt Schadensersatz in Höhe entgangener Honorareinnahmen zu zahlen, weil der Chefarzt wegen der Unwirksamkeit der Wahlleistungsvereinbarung des Krankenhauses seine Honoraransprüche nicht realisieren konnte.

Die gleichen Grundsätze gelten auch für angestellte Chefärzte, gleichgültig, ob diesen im Dienstvertrag ein eigenes Liquidationsrecht eingeräumt oder ob ihnen eine Beteiligung an den Einnahmen des Krankenhauses aus wahlärztlichen Leistungen versprochen wird. In beiden Fällen räumt der Krankenhausträger dem Chefarzt die Möglichkeit zu einer zusätzlichen, wenn auch variablen Vergütung ein und hat deshalb das seinerseits Erforderliche zu deren Realisierung zu erbringen. Verletzt der Krankenhausträger diese Pflicht, macht er sich Schadensersatzpflichtig.

II. Erbringung der wahlärztlichen Leistung

Entscheidet sich der Patient für wahlärztliche Leistungen, so steht im Allgemeinen weniger die Dienstleistung als solche, die ja auch bei dem Regelleistungspatienten dem Facharztstandard zu genügen hat, sondern vielmehr das Interesse des Patienten an der Auswahl eines ihm persönlich bekannten oder empfohlenen, als besonders kompetent und sorgfältig eingeschätzten Arztes im Vordergrund. Die persönliche wahlärztliche Leistungserbringung und deren gesonderte Vergütung stellen damit das eigentliche „Austauschverhältnis“ von Leistung und Gegenleistung dar¹³. Die Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung bedeutet jedoch nicht, dass der Wahlarzt jeden Handgriff selbst ausführen muss. Die Mitwirkung Dritter, ärztlicher wie nicht-ärztlicher Mitarbeiter, im Wege der Delegation - also durch einseitige Übertragung von Aufgaben - sowie durch Vertretung des Wahlarztes - aufgrund einer Vereinbarung mit dem Patienten - unter Beachtung der dafür geltenden rechtlichen Voraussetzungen ist rechtlich zulässig¹⁴.

⁸ Urteil vom 19.02.1998, VersR 1998, 728 (729)

⁹ Urteil v. 09.10.2002, VersR 2003, 867 (869)

¹⁰ § 2 Abs. 1 Satz 1 KHEntgG lautet: Krankenhausleistungen nach § 1 Abs. 1 sind insbesondere ärztliche Behandlungen, Krankenpflege, Versorgung mit Arznei, Heil- und Hilfsmitteln, die für die Versorgung im Krankenhaus notwendig sind sowie Unterkunft und Verpflegung; sie umfassen allgemeine Krankenhausleistungen und Wahlleistungen.

¹¹ Haberstroh, D.; Formnichtigkeit der Wahlleistungsvereinbarung und des Chefarztvertrages, VersR 1999, 8

¹² Beschluss v. 02.11.2006, Az. III B 03.1766

¹³ Biermann, E./Ulsenheimer K./Weißbauer, W.: Liquidation wahlärztlicher Leistungen - rechtliche Grundlagen, MedR 2000, 107 sowie AnästH Intensivmed 2000, 41, 524 ff.

¹⁴ BGH, MedR 2008, 155 ff

► 1. Delegation

Unstreitig kann der Wahlarzt einzelne Maßnahmen auf ärztliches wie nicht-ärztliches Personal übertragen („delegieren“), allerdings nicht die „Kernleistungen“ der jeweiligen Behandlung, die der wahlärztlichen Behandlung ihr besonderes Gepräge geben¹⁵. Zur Delegation ärztlicher Leistungen an Pflegepersonal haben die Verbände Stellung genommen¹⁶. Welche Maßnahmen der Wahlarzt indes auf ärztliche Mitarbeiter übertragen darf, bzw. welche „Kernleistungen“ er selbst erbringen muss, ist immer nur kontextbezogen im individuellen Behandlungsfall z.B. unter Berücksichtigung des geplanten operativen Eingriffs und des dazu erforderlichen Anästhesieverfahrens, des Zustands des Patienten und seiner spezifischen Besonderheiten zu bestimmen. Während in einem Fall die Prämedikation und die Festlegung des Anästhesieregimes die „Kernleistung“ sein können, mag es in einem anderen Fall die Anästhesietechnik, Durchführung und Überwachung des Anästhesieverfahrens sein. Im Falle eines Rechtsstreites wird es der anästhesiologische Sachverständige sein, der anhand des konkreten Falles dem Richter zu vermitteln hat, welches die delegierbaren Maßnahmen und welches die nicht-delegierbaren Kernleistungen waren¹⁷. Wichtig: Dort, wo eine Delegation, also die einseitige Übertragung, nicht zulässig ist, bleibt die Stellvertretung, also die einvernehmliche Festlegung der Person des behandelnden Arztes, möglich (s. II 2. b), 3).

2. Gebührenordnung für Ärzte

Bei der Leistungserbringung sind die Vorschriften der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) zu beachten.

a) Eigene Leistungen

Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 GOÄ kann der Arzt Gebühren berechnen für eigene Leistungen, d. h. für solche, die er entweder selbst erbracht hat oder die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden. Als eigene Leistungen gelten auch die nach § 4 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 - 3 GOÄ an sich von der Berechnung ausgeschlossenen Leistungen (z.B. Visiten) dann, wenn sie der Wahlarzt oder der „vor Abschluss des Wahlarztvertrages“ (gemeint ist wohl die Wahlleistungsvereinbarung) „dem Patienten benannte ständige ärztliche Vertreter persönlich erbringt.“

b) Der „ständige ärztliche Vertreter“

Der „ständige ärztliche Vertreter“ muss Facharzt desselben Gebietes sein. Weitere Einschränkungen, z.B. dergestalt, dass der ständige ärztliche Vertreter auch entsprechende Zusatzbezeichnungen aufweisen muss, werden - anders etwa als im Bereich der physikalischen Therapie, § 4 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 GOÄ - vom Verordnungsgeber nicht getroffen.

Biermann/Ulsenheimer/Weißbauer¹⁸ haben die Auffassung vertreten, aus § 4 Abs. 2 Satz 3 u. 4, § 5 Abs. 5 GOÄ folge, dass der ständige ärztliche Vertreter dem Wahlarzt derart angenähert ist, dass alle Leistungen des ständigen ärztlichen Vertreters wie die des Wahlarztes abgerechnet werden können. Dafür spricht auch die Feststellung des BGH¹⁹:

„Aus den genannten Vorschriften der Gebührenordnung für Ärzte geht hervor, dass dieser Vertreter in gebührenrechtlicher Hinsicht dem Wahlarzt angenähert ist, weil er nach Dienststellung und medizinischer Kompetenz kontinuierlich in engem fachlichen Kontakt mit dem liquidationsberechtigten Krankenhausarzt steht und deshalb davon ausgegangen werden kann, dass er jederzeit voll in die Behandlungsgestaltung des Wahlarztes eingebunden ist ...“

Gegen die Ansicht von Biermann/Ulsenheimer/Weißbauer spricht aber die weitere Aussage des BGH, wonach

„... eine Stellvertretervereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ... nur wirksam (ist), wenn darin als Vertreter der ständige ärztliche Vertreter im Sinne ... (der) GOÄ bestimmt ist.“ (Hervorhebung v. Verf.)

Daraus ist zu folgern, dass mit Ausnahme der in § 4 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 - 3 GOÄ genannten Fälle die Leistungen des ständigen ärztlichen Vertreters nur dann abgerechnet werden können, wenn eine Stellvertretervereinbarung getroffen wurde. Eine Delegation - ohne Zustimmung des Patienten - reicht nach der BGH-Rechtsprechung nicht.

c) Ständiger Vertreter als Arzttypus

Der Bundesgerichtshof²⁰ verlangt,

„dass der ständige ärztliche Vertreter ... namentlich benannt sein muss“.

Der Bundesgerichtshof nimmt nicht ausdrücklich dazu Stellung, ob es einen²¹ oder mehrere ständige ärztliche Vertreter geben kann. Manche Sätze des Urteils lassen sich i. S. des Singulars verstehen, andere jedoch auch i. S. eines besonderen „Arzttyps“. Wenn der

¹⁵ BGH, MedR 2008, 155, 156

¹⁶ Ärztliche Kernkompetenz und Delegation in der Anästhesie - Entschließung der Deutschen Gesellschaft für Anästhesiologie und Intensivmedizin e.V. (DGAI) und des Berufsverbandes Deutscher Anästhesisten e.V. (BDA) vom 26.10.2007, 08.11.2007, Anästh Intensivmed 2007, 712 ff

¹⁷ Biermann, E./Ulsenheimer K./Weißbauer, W.: Liquidation wahlärztlicher Leistungen - rechtliche Grundlagen, MedR 2000, 107 sowie Anästh Intensivmed 2000, 41, 524 ff.

¹⁸ a. a. O.

¹⁹ Urteil v. 20.12.2007, Az. III ZR 144/07, S. 7 ff.

²⁰ Urteil v. 20.12.2007, Az. III ZR 144/07, S. 8

²¹ so LG Konstanz, VersR 2003, 867 ff

► BGH²² z.B. feststellt, dass der ständige ärztliche Vertreter dem Wahlarzt deshalb angenähert ist, weil er „nach Dienststellung und medizinischer Kompetenz kontinuierlich in engem fachlichen Kontakt mit dem liquidationsberechtigten Krankenhausarzt steht und deshalb davon ausgegangen werden kann, dass er jederzeit voll in die Behandlungsgestaltung des Wahlarztes eingebunden ist ...“,

dann ist dies eine allgemeine Charakterisierung der Ärztekategorie „ständiger ärztlicher Vertreter“, von denen es mehrere geben kann. Gerade die durch Spezialisierung und Subspezialisierung gekennzeichneten ärztlichen Fachgebiete, wie z.B. die Anästhesie, zeichnen sich neben dem Wahlarzt meist durch eine Reihe weiterer kompetenter, auf einem bestimmten Aufgabengebiet spezialisierter Fachvertreter aus. Im Interesse des Patienten ist dieser Spezialisierung und Subspezialisierung auch bezüglich der Wahlleistung Rechnung zu tragen, will man nicht den Anspruch des Patienten auf die Expertenqualität, d.h. einen besonders kompetenten Arzt seines Vertrauens verkürzen und die berechtigten Interessen des Patienten außer Acht lassen.

Ganz besonders deutlich wird dies anhand einer von den gesetzlichen Regelungen nicht ausdrücklich bedachten und von der Rechtsprechung bisher noch nicht beurteilten Variante, nämlich dann, wenn der Patient ausdrücklich die Behandlung durch einen ihm besonders vertrauten Arzt wünscht. Während es im Bereich der Krankenhausregelleistungen keinen Anspruch des Patienten auf Behandlung durch einen bestimmten Arzt gibt, kann diesem Wunsch des Patienten im Rahmen einer wahlärztlichen Leistung durchaus Rechnung getragen werden²³.

Ob es indes für jeden Wahlleistungspatienten nur einen ständigen ärztlichen Vertreter geben darf, wie es die Bundesärztekammer anzunehmen scheint²⁴ oder ob auch die Person des ständigen ärztlichen Vertreters im Laufe der Behandlung des Patienten wechseln kann, ist bislang nicht höchstrichterlich entschieden.

3. Vertretungsmöglichkeiten durch Stellvertretervereinbarung

a) Unvorhergesehene Verhinderung

Die Vertretervereinbarung kann zwar vorformuliert in den Krankenhausaufnahmeunterlagen („Allgemeine Geschäftsbedingungen“) erfolgen, doch schränkt der BGH dies auf die Fälle unvorhersehbarer Verhinderung ein:

„... zulässig ist ... nur eine Klausel, in der der Eintritt eines Vertreters des Wahlarztes auf Fälle beschränkt ist, in denen dessen Verhinderung im Zeitpunkt des Abschlusses der Wahlleistungsvereinbarung nicht bereits feststeht, etwa weil die

Verhinderung (Krankheit, Urlaub etc.) selbst noch nicht absehbar oder weil noch nicht bekannt ist, dass ein bestimmter verhinderter Wahlarzt, auf den sich die Wahlleistungsvereinbarung ... erstreckt, zur Behandlung hinzugezogen werden muss.“

b) Individuelle Vereinbarung

Die einschränkenden Kriterien des Bundesgerichtshofs, wonach die Vertretungsmöglichkeiten auf den bzw. die ständigen ärztlichen Vertreter beschränkt sind und nur für unvorhergesehene Verhinderungsfälle des Wahlarztes gelten, betreffen nur die vorformulierten Vertretungsregelungen in der Wahlleistungsvereinbarung zwischen Patient und Krankenhaus. Der vielfach irrig von Krankenversicherungen vertretenen Auffassung, die Vertretungsmöglichkeiten beschränkten sich immer auf den ständigen ärztlichen Vertreter und würden nur im unvorhergesehenen Verhinderungsfall gelten, tritt der BGH im oben genannten Urteil²⁵ entgegen. Der Bundesgerichtshof stellt hier ausdrücklich klar, dass

„der Wahlarzt über die Delegation nachgeordneter Aufgaben hinaus ... im Falle seiner Verhinderung ... auch die Ausführung seiner Kernleistungen auf einen Stellvertreter übertragen (darf), sofern er mit dem Patienten eine entsprechende Vereinbarung wirksam getroffen hat.“

Dies kann, unabhängig davon, ob die Verhinderung vorhersehbar oder unvorhersehbar war, immer durch eine Individualvereinbarung mit dem Patienten geschehen. Hierzu der BGH²⁶:

„Der Wahlarzt kann sich durch eine Individualvereinbarung mit dem Patienten von seiner Pflicht zur persönlichen Leistung befreien und deren Ausföhrungen einem Stellvertreter übertragen.“

Diese Vereinbarung hat aber besonderen Anforderungen zu genügen. Der BGH begründet dies wie folgt:

„Da sich der Patient oftmals ... in der bedrängenden Situation einer schweren Sorge um seine Gesundheit oder gar sein Überleben befindet, und er daher zu einer ruhigen und sorgfältigen Abwägung vielfach nicht in der Lage sein wird, bestehen ihm gegenüber nach Treu und Glauben ... vor Abschluss einer solchen Vereinbarung aber besondere Aufklärungspflichten ... bei deren Verletzung dem Honoraranspruch des Wahlarztes der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegensteht“²⁷.

²² MedR 2008, 155, 156

²³ Bender, in Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Aufl., Stichwort „Wahlleistungsvereinbarungen“, RdNr. 97

²⁴ DÄBL 1996, 562

²⁵ Urteil v. 20.12.2007, Az. III ZR 144/07 S. 8 ff. = MedR 2008, 155, 157

²⁶ a. a. O (s. Fußnote 19)

²⁷ BGH, Urteil v. 20.12.2007, MedR 2008, 155, 157

► Deshalb muss eine solche, individuell vereinbarte Vertreterregelung zwingend die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

aa) Unterrichtung des Patienten

(1) so früh wie möglich

Laut BGH ist der Patient

„so früh wie möglich über die Verhinderung des Wahlarztes zu unterrichten und ihm das Angebot zu unterbreiten, dass an dessen Stelle ein bestimmter Vertreter zu den vereinbarten Bedingungen die wahlärztliche Leistung erbringt ...“.

(2) durch gesonderten Hinweis

Fällt die Vereinbarung der Stellvertretung - für jeden Fall der Verhinderung - mit dem Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung zusammen, so verlangt der BGH²⁸, den Patienten

„auf diese gesondert, ausdrücklich hinzuweisen“.

Weil der Patient

„in der ohnehin psychisch belastenden Situation der Aufnahme in das Krankenhaus bereits mit der umfangreichen Lektüre der schriftlichen Wahlleistungsvereinbarung und der in diesem Zusammenhang notwendigen Belehrungen ...“

belastet sei, bestehe

„die nicht unerhebliche Gefahr, dass er der Vertretervereinbarung, die der durch die Wahlleistungsvereinbarung erweckten Erwartung, durch den Wahlarzt behandelt zu werden, widerspricht, nicht die notwendige Aufmerksamkeit zukommen lässt“.

In jedem Fall wird deshalb empfohlen, durch besondere, attraktive graphische Gestaltung dafür zu sorgen, dass der Patient der Vertretervereinbarung

„die notwendige Aufmerksamkeit zukommen lässt“.

(3) über Alternativen unterrichten

Weiter verlangt der BGH²⁹, den Patienten

„über die alternative Option zu unterrichten, auf die Inanspruchnahme wahlärztlicher Leistungen zu verzichten und sich ohne Zuzahlung von dem jeweils diensthabenden Arzt behandeln zu lassen“.

Nicht notwendig ist es, hier noch einmal die Belehrung zu wiederholen, die dem Patienten schon vor Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung mit dem Krankenhaus erteilt werden musste. Gemeint ist der Hinweis, dass auch dann, wenn sich der Patient als „Regelleistungspatient“ behandeln lassen möchte, ihm in jedem Fall die medizinisch notwendige Versorgung durch qualifizierte Ärzte (Facharztstandard) zuteil wird. Obwohl das Bündelungsprinzip greift, muss sich der Patient also bei Verhinderung des Wahlarztes keinen Stellvertreter „aufdrängen“ lassen. So kann der Pati-

ent (z.B.) zwar nicht den Operateur als Wahlarzt wählen und den liquidationsberechtigten Anästhesisten als Wahlarzt ausschließen - oder umgekehrt -, wohl aber kann er entscheiden, ob er sich mit einer Stellvertretung des Wahlarztes einverstanden erklärt oder nicht.

Der BGH³⁰ hält es auch nicht für notwendig, dass der Patient bei der individuellen Stellvertretervereinbarung „eigens darüber aufzuklären“ ist, dass auch die Behandlung durch den Stellvertreter als wahlärztliche Leistung liquidiert wird.

„Ist der Patient über die Option informiert, sich ohne gesondertes Honorar im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistungen behandeln zu lassen und entscheidet er sich gleichwohl für die Inanspruchnahme der wahlärztlichen Leistungen durch den Vertreter zu den vereinbarten Bedingungen, muss ihm - jedenfalls wenn die notwendige Unterrichtung vor Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung erfolgt ist - von sich aus klar sein, dass er hierfür auch das für den Wahlarzt anfallende Honorar zahlen muss. Ob der Anspruch in der Person des Wahlarztes entsteht, in der seines Vertreters oder in der eines Dritten, ist für die Entscheidung des Patienten über den Abschluss der Stellvertretervereinbarung objektiv nicht von Bedeutung.“

Ausdrücklich stellt der BGH³¹ ferner klar, dass nicht notwendigerweise der Wahlarzt selbst den Patienten unterrichten und mit ihm die Stellvertretervereinbarung schließen muss. Der Patient

„benötigt, um über die Annahme des Angebots auf Abschluss einer Stellvertretervereinbarung auf einer ausreichenden Grundlage zu entscheiden, nur die Kenntnis der vorgenannten Tatsachen. Auf die besonderen Erfahrungen und die Fachkunde seines Wahlarztes ist er für deren sachgerechte Beurteilung nicht angewiesen.“

bb) Schriftform der Vertretervereinbarung

Weil die Vertretervereinbarung

„einen Vertrag beinhaltet, durch den die Wahlleistungsvereinbarung geändert wird, für die gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 KHEntgG (für den Streitfall noch § 22 Abs. 2 Satz 1 BPfIV) das Schriftformerfordernis gilt ..., muss die Vertretervereinbarung schriftlich geschlossen werden ...“.³²

²⁸ MedR 2008, 155, 157

²⁹ MedR 2008, 155, 157

³⁰ MedR 2008, 155, 157

³¹ MedR 2008, 155, 157

³² MedR 2008, 155, 157

► Ebenso wie bei der schriftlich zu treffenden Wahlleistungsvereinbarung müssen also alle die Vertretervereinbarung inhaltlich ausfüllenden Umstände und Belehrungen in einer Urkunde zusammengefasst und von dem Patienten und dem Vertreter des Wahlarztes unterschrieben werden.

cc) Vorformulierte Texte möglich

Wenn bislang empfohlen wurde, solche Vereinbarungen aus Gründen äußerster Vorsicht in größtmöglichem Umfang handschriftlich zu fixieren, um dem Einwand unzulässiger Vertragsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu entgehen (also den strengen gesetzlichen Kriterien der §§ 307 ff BGB), so schafft das neue Urteil des BGH insoweit Erleichterungen³³. Die strenge Inhaltskontrolle nach dem BGB kommt nicht zur Anwendung,

„soweit die Vertragsregelungen im Einzelnen ausgehandelt sind Hierfür kommt es nicht darauf an, ob die Vertragsparteien über den Text der Klauseln verhandelt haben. Vielmehr kann auch eine vorformulierte Vertragsbedingung ausgehandelt sein, wenn sie der Verwender als eine von mehreren Alternativen anbietet, zwischen denen der Vertragspartner die Wahl hat Erforderlich ist, dass er durch die Auswahlmöglichkeiten den Inhalt der Regelungen mitgestalten kann und die Wahlfreiheit nicht durch Einflussnahme des Verwenders, sei es durch die Gestaltung des Formulars, sei es in anderer Weise, überlagert wird“

Im konkreten Fall waren diese Voraussetzungen erfüllt, da in einem Formular mit der Überschrift „Schriftliche Fixierung“ der Vertretervereinbarung dem Patienten „mehrere Handlungsoptionen zur Wahl“ gestellt waren („Verzicht auf wahlärztliche Behandlung, Behandlung durch den Vertreter zu den Bedingungen der Wahlleistungsvereinbarung und ggf. Verschiebung der Operation“) und eine Beeinflussung des Patienten, sich für eine der Varianten zu entscheiden, nicht erkennbar war. Zudem war in dem vom BGH zu beurteilenden Fall der Patient auch mündlich über den Vertretungsfall und den beabsichtigten Eintritt des Oberarztes unterrichtet worden.

III. Haftungsrechtlicher Aspekt

Eine Vereinbarung über die Vertretung des Wahlarztes ist auch haftungsrechtlich dann, wenn es um „Kernleistungen“ geht, erforderlich. Denn die Einwilligung des Wahlleistungspatienten ist - anders als die des Regelleistungspatienten - personenbezogen. Jeder Einsatz eines anderen als des Wahlarztes impliziert - wenn der Patient damit nicht ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden ist - eine rechtswidrige

Körperverletzung, selbst bei erfolgreicher Behandlung, mit zivilrechtlichen und/oder möglichen strafrechtlichen Konsequenzen.

So hat schon das Oberlandesgericht (OLG) Celle festgestellt³⁴, dass

„die Auswechslung des Operateurs durch die im übrigen erteilte Einwilligung des Patienten in den Eingriff nicht gedeckt ist.“

Das Oberlandesgericht Koblenz³⁵ fasst in einem Leitsatz zusammen:

„Lässt ein persönlich verpflichteter Chefarzt die Operation vertragswidrig von einem angestellten Arzt durchführen, schuldet der Patient selbst dann keine Vergütung, wenn der Eingriff sachgemäß erfolgt ist.“

Und es stellt fest:

„Die Vertrags- und Einwilligungserklärung ... legitimierte nur den Eingriff durch den ... (Chefarzt) ... persönlich.“

Das OLG Köln³⁶ kommt zu dem Ergebnis:

„Ist die Einwilligung eines Patienten dahin beschränkt, dass ein bestimmter Arzt den Eingriff vornimmt, darf ein anderer Arzt den Eingriff nur nach entsprechender Mitteilung an den Patienten und dessen Einwilligung vornehmen Wer eine - verbindliche oder aber auch unverbindliche - Absprache über die Person des Operateurs trifft, legt regelmäßig besonderen Wert darauf, dass der von ihm ausgewählte und jedenfalls grundsätzlich zum Eingriff bereite Arzt tatsächlich tätig wird. Mit der zuvor nicht offenbarten Durchführung der Operation durch einen anderen Arzt wird er angesichts der Bedeutung und der nicht unerheblichen Risiken eines gesundheitlichen Eingriffs dagegen in aller Regel nicht einverstanden sein. ...“

Korrespondenzadresse:

Dr. iur. Elmar Biermann
Iustitiar des Berufsverbandes
Deutscher Anästhesisten
Roritzerstraße 27
90419 Nürnberg, Deutschland
Tel.: 0911 93378 -27
Fax: 0911 3938195
E-Mail: iustitiare@bda-ev.de

³³ MedR 2008, 155, 157

³⁴ Urteil v. 02.03.1981, Az.: 1 U 22/80, NJW 1982, S. 706ff., ähnlich: OLG München, Urteil v. 28.07.83, Az.: 1 U 1459/83, NJW 1984, S. 1412 ff.,

³⁵ Urteil v. 21.02.2008, VersR 2008, S. 538 ff.

³⁶ OLG Köln, Urteil v. 25.08.08, 5 U 28/08

IV. Vereinbarungsmusterzur schriftlichen Fixierung der mündlichen Vereinbarung über die Vertretung des Wahlarztes (Individualvereinbarung)³⁷.

Während des stationären Aufenthaltes des Patienten ist der leitende Arzt/Chefarzt der Abteilung/Klinik für,
 Herr/Frau Dr., am,
 bzw. in der Zeit von bis
 voraussichtlich wegen nicht in der Lage, die wahlärztliche Behandlung des Patienten persönlich zu übernehmen.

Mit dem Patienten wurden deshalb die folgenden Alternativen erörtert:

Auf die Inanspruchnahme wahlärztlicher Leistungen durch den leitenden Arzt/Chefarzt der Abteilung/Klinik für zu verzichten. Auch bei Verzicht auf wahlärztliche Leistungen erhält der Patient – ohne Zuzahlung – alle medizinisch erforderlichen Leistungen. Diese erbringt jedoch der jeweils diensthabende Arzt.

Soweit möglich, die Behandlung/Operation bis zum Wegfall des Hinderungsgrundes in der Person des leitenden Arztes/Chefarztes zu verschieben,

- Verschieben medizinisch möglich
 Verschieben medizinisch nicht möglich

Eine Behandlung zu den Konditionen der Wahlleistungsvereinbarung durch die/den dem Patienten persönlich benannte/benannten (Ober-)Ärztin/(Ober-)Arzt (Name des Arztes) oder Facharzt/Fachärztin (Name des Arztes) in Vertretung des leitenden Arztes.

Dem Patienten ist bekannt, dass die durch den Vertreter erbrachten wahlärztlichen Leistungen nach Maßgabe der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) gesondert abgerechnet werden: beim ständigen ärztlichen Vertreter der volle Gebührensatz, bei sonstigen Vertretern der geminderte Satz (§ 5 Abs. 5 GOÄ).

Der Patient erklärt, dass er ausreichend Gelegenheit hatte, dass Für und Wider dieser Vereinbarung zu besprechen; dass er weitere Überlegungszeit nicht benötigt und deshalb die folgende Entscheidung trifft:

- Ich möchte den Eingriff verschieben.
 Ich verzichte auf wahlärztliche Leistungen und bin mit der Behandlung durch den jeweilig nach Dienstplan zuständigen Arzt einverstanden.
 Ich wünsche wahlärztliche Leistungen durch den Vertreter des leitenden Arztes, Frau/Herrn Dr. (Name des Arztes).

.....
Ort / Datum.....
Patient / gesetzlicher Vertreter.....
Chefarzt / Arzt

³⁷ Trotz sorgfältiger Bearbeitung wird für diesen Formulierungshinweis angesichts der sich stetig im Fluss befindlichen Gesetzes- und Rechtslage keine Haftung übernommen. Die Verwendung erfolgt auf eigene Gefahr des Verwenders.

Anlage:

Liquidation wahlärztlicher Leistungen*

– Rechtliche Grundlagen –

E. Biermann, K. Ulsenheimer und W. Weißbauer

Zusammenfassung: Außer den in der GOÄ definierten "eigenen Leistungen" gibt es noch eine vierte Gruppe liquidationsfähiger Leistungen, nämlich die aufgrund formularmäßiger oder individueller Vereinbarung (zwischen Wahlarzt und Patient) von einem Vertreter des Wahlarztes erbrachten ärztlichen Leistungen. Eine solche (gewillkürte) Stellvertretung modifiziert die Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung aus dem Arzt-Zusatzvertrag zwischen liquidationsberechtigtem Arzt und Patient. Sie ist nach der GOÄ zulässig, entspricht den Grundprinzipien des Bürgerlichen Rechts (Privatautonomie) und verstößt auch nicht gegen § 613 BGB, wonach die dienstvertraglichen Leistungen ja nur "im Zweifel" persönlich erbracht werden müssen. Formularmäßige Vertretungsregelungen unterliegen jedoch der AGB-Kontrolle und sind in hohem Maße in ihrer Rechtswirksamkeit gefährdet. Wir empfehlen daher dringend den Abschluß von Individualvereinbarungen mit dem Patienten, wenn sich der Wahlarzt vertreten lassen will oder muß. Unter dieser Prämisse (individuelle Absprache mit dem Patienten) handelt es sich um eine "vertragsgerechte Wahlleistung", die den Honoraranspruch des Wahlarztes auslöst, und unabhängig davon gilt, ob sie für den Fall einer vorhersehbaren oder unvorhersehbaren Abwesenheit des Wahlarztes geschlossen wurde.

Die Liquidation wahlärztlicher Leistungen setzt voraus

- die Einräumung des Liquidationsrechtes im Dienstverhältnis leitender Arzt – Krankenhausträger (I),
- die Vereinbarung wahlärztlicher Leistungen in der Vertragsbeziehung Patient – Krankenhausträger (Wahlleistungsvereinbarung) (II),
- einen Behandlungsvertrag (Arzt-Zusatzvertrag) des liquidationsberechtigten Arztes mit dem Wahlleistungspatienten (III).

Die drei Rechtskreise stehen in enger rechtlicher und faktischer Verbindung. Der Schwerpunkt der rechtlichen Probleme liegt beim Rechtskreis II in den zwingenden Anforderungen des Pfllegesatzrechtes an die Wahlleistungsvereinbarung und im Rechtskreis III beim Meinungsstreit um die persönliche Leistungspflicht des liquidationsberechtigten Arztes.

I. Liquidationsrecht der Krankenhausärzte

1. Rechtsgrundlagen

Rechtsgrundlage des Liquidationsrechtes sind bei angestellten (Chef-) Ärzten die Dienstverträge mit dem Krankenhausträger, bei beamteten Ärzten/Hochschullehrern, die aus besoldungsrechtlichen Gründen das Liquidationsrecht im Rahmen einer Nebentätigkeit ausüben, die landesrechtlichen Beamten- und Hochschullehrergesetze mit ihren Nebentätigkeitsverordnungen und den dazu ergangenen Erlassen und Verwaltungsvorschriften.¹

2. Ausgestaltung des Liquidationsrechtes in den Chefarztverträgen

2.1 Seit langem übertragen die Krankenhausträger weit überwiegend und nun wohl nahezu ausschließlich den angestellten leitenden Ärzten in den Chefarztverträgen die Behandlung aller stationärer Patienten (einschließlich der Wahlleistungspatienten) als Dienstaufgabe und räumen ihnen das Liquidationsrecht als variable Vergütung für die Erfüllung von Dienstaufgaben ein. Auf dieser rechtlichen Grundlage stellt sich die Übertragung des Liquidationsrechtes als Teil der arbeitsrechtlichen Gesamtvergütung des leitenden Arztes dar.

2.2 Dem leitenden Arzt steht – jedenfalls bei dieser Vertragsgestaltung – kein selbständiges "originäres" Liquidationsrecht für den Bereich der wahlärztlichen Leistungen zu, sondern lediglich ein "derivatives" Liquidationsrecht, das ihm der Krankenhausträger im Dienstvertrag einräumen kann, aber nicht einräumen muß. Es gibt insoweit auch keinen "Typenzwang", denn die Privatliquidation für wahlärztliche Leistungen ist kein essentieller Bestandteil der Rechtsstellung des leitenden Arztes.

Kein Liquidationsrecht des leitenden Krankenhausarztes besteht z.B. bei den Dienstverträgen, in denen der Träger die wahlärztlichen Leistungen als Instituts-

* Nachdruck aus Medizinrecht (MedR 2000, Heft 3, 107 -113) – mit freundlicher Genehmigung der Springer-Verlag GmbH u. Co KG, Heidelberg

¹ auch Berufungsvereinbarungen und Einstellungsbedingungen können Details regeln. ▶

▶ leistung erbringt, sich die Liquidation vorbehält und die zur persönlichen Leistung verpflichteten leitenden Ärzte an seinen Honorareinnahmen beteiligt (Beteiligungsvergütung). Der Krankenhausträger steht bei seiner Institutsleistung in den Rechtskreisen II und III jedoch vor den gleichen Problemen wie die liquidationsberechtigten Krankenhausärzte.

3. Das Liquidationsrecht aufgrund genehmigter Nebentätigkeit

Wegen zwingender besoldungsrechtlicher Bestimmungen kann leitenden Krankenhausärzten mit der Rechtsstellung als Beamter oder Hochschullehrer das Liquidationsrecht für wahlärztliche Leistungen nur im Rahmen einer genehmigten (freiberuflichen) Nebentätigkeit eingeräumt werden.

Die rechtliche Ausgestaltung weist gegenüber dem Liquidationsrecht der angestellten leitenden Krankenhausärzte deutliche Unterschiede auf. Dabei kann nicht verkannt werden, daß das auf einem privatrechtlichen Dienstvertrag beruhende Liquidationsrecht sehr viel weniger zur Disposition des Krankenhausträgers steht als die Nebentätigkeitsgenehmigungen, die auf den Beamten- und Hochschullehrergesetzen beruhen.

4. Definitionen

Das Liquidationsrecht leitender Krankenhausärzte für den stationären Bereich läßt sich definieren als die auf Dienstvertrag oder Nebentätigkeitsgenehmigung beruhende Befugnis, unter Inanspruchnahme von Personal und Sachmitteln des Krankenhausträgers wahlärztliche Leistungen zu erbringen und dafür vom Wahlleistungspatienten eine Vergütung zu fordern.

Wahlärztliche Leistungen sind nach der Definition des Pflegesatzrechts sowohl die stationären und teilstationären als auch die vor- und nachstationären Leistungen (§§ 22 Abs. 3 Satz 1 BpflV i.V.m. § 115 a Abs. 2 SGB V).

II. Krankenhausaufnahmevertrag und Wahlleistungsvereinbarung

1. Vertragspartner des Wahlleistungspatienten

Der Patient schließt mit dem Anstaltskrankenhaus (Häuser mit großem Pflegesatz) einen "totalen Krankenhausaufnahmevertrag", der alle allgemeinen Leistungen des Krankenhauses einschließlich der ärztlichen – und soweit erforderlich – auch der chefärztlichen Behandlung umfaßt.² Das Krankenhaus kann andere als die allgemeinen Krankenhausleistungen als Wahlleistungen gegen gesonderte Berechnung anbieten, insbesondere wahlärztliche Leistungen. Nimmt der Patient dieses Angebot an, so schließt er einerseits mit dem Krankenhausträger eine Wahlleistungsvereinbarung ab und andererseits mit dem liquida-

tionsberechtigten Arzt eine Zusatzvereinbarung (Arzt-Zusatzvertrag), die den Arzt zur persönlichen Behandlung des Patienten verpflichtet, ihn dafür aber auch zur Liquidation nach den Grundsätzen der GOÄ berechtigt. Diese Form des totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arzt-Zusatzvertrag stellt nach Ansicht des BGH³ das Regelmodell bei wahlärztlichen Leistungen dar. Dies bedeutet, daß sowohl der Krankenhausträger als auch der liquidationsberechtigte Arzt die ärztliche Behandlung vertraglich schulden.⁴

1.1 Im Gegensatz zum totalen Aufnahmevertrag schuldet der Träger dem Patienten im "gespaltenen Aufnahmevertrag" nicht die ärztliche Versorgung. Sie ist Aufgabe freiberuflicher niedergelassener Ärzte, denen aufgrund des Behandlungsvertrages für ihre Leistungen das originäre Liquidationsrecht zusteht. Das typische Beispiel für diese Vertragsgestaltung ist die Behandlung im Belegkrankenhaus.

1.2 Eine Mischform ergibt sich bei der Versorgung des Patienten auf den Belegabteilungen von Anstaltskrankenhäusern. Soweit ärztliche Leistungen der Anstaltsabteilungen für die Versorgung auf den Belegabteilungen benötigt werden, sind sie nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts vom Krankenhaus aufgrund des Aufnahmevertrages zu erbringen, insbesondere also Anästhesieleistungen. Insoweit ist auch Raum für wahlärztliche Vereinbarungen und das Liquidationsrecht der leitenden Ärzte.

Zur Klarstellung: Der belegärztliche Patient ist nicht "automatisch" Wahlleistungspatient der leitenden Ärzte der an der Behandlung beteiligten Anstaltsabteilungen, sondern nur dann, wenn er mit dem Krankenhausträger eine den Anforderungen des § 22 BpflV entsprechende Vereinbarung über wahlärztliche Leistungen durch angestellte oder beamtete, liquidationsberechtigte Ärzte dieser Fachabteilungen getroffen hat.

2. Schriftform der Wahlleistungsvereinbarung

Wie sich aus dem Wortlaut des § 22 Abs. 2 Satz 1 BpflVO ergibt, sind die Wahlleistungen "schriftlich zu vereinbaren". Daraus folgt, "daß das Schriftform Erfordernis für die Erklärungen beider Parteien der Wahlleistungsabrede gilt"⁵ und es nicht genügt, wenn

² siehe dazu § 2 BpflVO

³ BGH, NJW 1995, 2189

⁴ Der totale Krankenhausaufnahmevertrag mit Arzt-Zusatzvertrag führt haftungsrechtlich dazu, daß das Krankenhaus auch für die Leistungen des liquidationsberechtigten Arztes vertraglich und deliktisch haftet. Siehe dazu W. Weißbauer, Anästhesiologie und Intensivmedizin 1998, 462

⁵ BGH NJW 1998, 1778

► lediglich der Patient – selbst oder durch einen Vertreter – einen Antrag auf Gewährung ärztlicher Wahlleistungen stellt. Ausdrücklich betonte der BGH, das Formerfordernis des § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB sei "nur gewährt, wenn alle die Wahlleistungen betreffenden Erklärungen in derselben Urkunde niedergelegt und von beiden Parteien unterzeichnet sind".

Daraus ergeben sich drei für die Praxis wichtige Folgerungen:

2.1 Die Wahlleistungsvereinbarung muß vom Patienten (oder seinem Vertreter) und von einem Bevollmächtigten des Krankenhauses unterzeichnet werden. Bevollmächtigten zu seiner Vertretung beim Abschluß der Wahlleistungsvereinbarung kann der Krankenhausträger (u.a.) auch die leitenden und nachgeordneten Krankenhausärzte, z.B. zur Vereinbarung von Wahlleistungen im Bereitschaftsdienst und bei Notfallbehandlungen. Dabei muß aber erkennbar sein, daß diese die Vereinbarung im Namen des Krankenhausträgers und nicht im eigenen Namen schließen.

2.2 Der bloße "Antrag" des Patienten auf Gewährung ärztlicher Wahlleistungen, der als angenommen gelten soll, wenn die beantragte Leistung tatsächlich gewährt wurde oder das Krankenhaus nicht durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Antragsteller widerspricht, führt nicht zu einer wirksamen Wahlleistungsvereinbarung.

2.3 Liegt keine wirksame Wahlleistungsvereinbarung zwischen Patient und Krankenhausträger vor, hat der liquidationsberechtigte Arzt auch dann keinen Honoraranspruch, wenn er jede einzelne Leistung "höchstpersönlich" erbracht hat. Nach Ansicht des BGH⁶ sind nämlich die Wahlleistungsvereinbarung (zwischen Patient und Krankenhausträger) und der auf ihr beruhende, eventuell stillschweigend (zwischen liquidationsberechtigtem Arzt und Patient) geschlossene Arzt-Zusatzvertrag als "rechtliche Einheit im Sinne des § 139 BGB" miteinander verknüpft, so daß die Unwirksamkeit des einen auch die Unwirksamkeit des anderen Vertrages nach sich zieht. Diese Verknüpfung des rechtlichen Schicksals des Arzt-Zusatzvertrages mit dem der Wahlleistungsvereinbarung, wonach beide Vereinbarungen miteinander "stehen und fallen" sollen, "ist nicht (nur) eine Frage des Parteiwillens; sie ist vielmehr durch die Bestimmungen der BPfIVO normativ vorgegeben"⁷.

3. Zeitpunkt der Wahlleistungsvereinbarung

Gem. § 22 Abs. 2 BPfIVO muß die Wahlleistungsvereinbarung der Leistungserbringung vorausgehen. Dies bedeutet, daß Leistungen, etwa im Rahmen einer Notfallbehandlung, nicht liquidiert werden können,

wenn nicht zuvor die schriftliche Wahlleistungsvereinbarung mit dem Patienten oder seinem Stellvertreter getroffen wurde. Auch der Vertragsabschluß mit einem nicht zur Vertretung des Patienten Ermächtigten (z.B. einem nahen Angehörigen) genügt, wenn der Patient ihn nachträglich genehmigt, weil diese Genehmigung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurückwirkt. Es empfiehlt sich, die Uhrzeit der Unterzeichnung der Vereinbarung festzuhalten, damit klar gestellt ist, ab wann die erbrachten Leistungen als Wahlleistungen abgerechnet werden können.

4. Unterrichtung des Patienten über die Entgelte

§ 22 Abs. 2 BPfIVO verlangt weiter, daß der Patient vor Abschluß der Vereinbarung "über die Entgelte der Wahlleistungen und deren Inhalt im einzelnen zu unterrichten" ist. Nach ihrem Wortlaut umfaßt diese Unterrichtungspflicht auch die wahlärztlichen Leistungen. Ob dies sinnvoll ist, läßt sich bezweifeln. Denn während sich die Entgelte für die Wahlleistung "gesonderte Unterbringung" leicht darstellen lassen, kann für die ärztliche Behandlung im Regelfall kein quasi verbindlicher Kostenvoranschlag abgegeben werden, da zum Zeitpunkt der Krankenhausaufnahme der Umfang der notwendigen Untersuchungen, Behandlungen und Folgebehandlungen oftmals nicht zu übersehen ist.⁸

Der BGH hat zu der Frage, welche Anforderungen an die Unterrichtungspflicht des Krankenhauses zu stellen sind, nicht abschließend Stellung genommen, doch läßt sich aus seiner zu § 7 Abs. 2 BPfIVO a.F. ergangenen Entscheidung⁹ "herauslesen, daß es genügt, wenn der Patient mündlich über die jeweiligen Entgelte unterrichtet wird, daß es andererseits aber auch ausreicht, wenn ihm das Preisverzeichnis zur Einsichtnahme überlassen wird"¹⁰. Zu weit geht deshalb das OLG Düsseldorf,¹¹ wenn es "die notwendige Unterrichtung über die Höhe der Pflegesätze, den Wahlarztabschlag sowie über die von der Gebührenordnung für Ärzte abweichenden Steigerungssätze" fordert. Denn Sinn und Zweck des Schriftformerfordernisses und der Unterrichtungspflicht des Krankenhauses in § 22 Abs. 2 BPfIVO ist der Hinweis an den Patienten, "daß er sich u.U. ganz erhebliche Verbindlichkeiten mit der Wahlleistungsvereinbarung auf-

⁶ NJW 1998, 1778, 1780

⁷ BGH NJW 1998, 1778, 1780, s. auch Heberer J., Probleme der Wahlleistungsvereinbarung, Chirurg BDC 11/1998,335

⁸ Wagener, in: Robbers, J. (Hrsg): Die Krankenhausbehandlung – Praxiskommentar zur Vertragsgestaltung, Düsseldorf 1999, S. 67.

⁹ NJW 1996, 781

¹⁰ so zutreffend OLG Köln, VersR 1999, 375; so auch Genzel, MedR 1996, 184

¹¹ Urteil vom 23.4.1998, Az. 8 U 171/90

▶ lädt".¹² Diese "Warnfunktion" ist aber sicherlich erfüllt, wenn der Patient "auf die Abrechnung nach GOÄ" hingewiesen und ihm diese "mit dem Hinweis vorgelegt wird, daß die dort ausgewiesenen Sätze mit den geltenden Steigerungssätzen zu multiplizieren sind und nach welchen Kriterien sich diese Steigerungssätze richten".¹³

Ob darüber hinaus "anhand eines Beispiels dem Patienten die Berechnungsmethode der GOÄ zu erläutern und zum besseren Verständnis auch der Unterschied zum allgemeinen Pflegesatz darzulegen ist", erscheint schon zweifelhaft. Die bereits zitierte Entscheidung des OLG Köln¹⁴ "hält es für genügend, wenn der Patient auf die Tatsache hingewiesen wird, daß die Abrechnung des selbst liquidierenden Chefarztes nach der GOÄ erfolgt". In diesem Fall "mag sich der Patient dann nach Bedarf die GOÄ zur Vorlage erbiten oder selbst beschaffen". Denn bei der GOÄ handle es sich "schließlich um gesetzliche Vorschriften, die von den Vertragsbeteiligten zu beachten sind und die – anders als häufig AGB – nicht mit Überraschungen oder inhaltlichen Fallstricken versehen sind", zumal "das umfangreiche Regelwerk in der Streßsituation bei der Aufnahme des Patienten eher abschreckend denn hilfreich wirkt". Trotz dieser sehr ausgewogenen, die Belange der Praxis berücksichtigenden Entscheidung empfehlen wir angesichts der noch ausstehenden höchstrichterlichen Klärung dieses Fragenkomplexes die Anführung eines Berechnungsbeispiels.

Die Unterrichtspflicht ist ernst zu nehmen. Denn wenn die Wahlleistungsvereinbarung gegen die zwingende Vorschrift des § 22 Abs. 2 BPfIVO verstößt, ist sie unwirksam mit der Folge, daß kein wirksamer Arzt-Zusatzvertrag zustande kommt (§ 139 BGB) und somit auch kein Honoraranspruch des liquidationsberechtigten Arztes.

5. Verpflichtung des Trägers zum Abschluß ordnungsgemäßer Honorarvereinbarungen

Verliert der liquidationsberechtigte Arzt seinen Honoraranspruch nur deshalb, weil die vom Krankenhausträger abgeschlossene Wahlleistungsvereinbarung den rechtlichen Anforderungen nicht genügt, kommt ein Schadensersatzanspruch des liquidationsberechtigten Arztes gegen den Krankenhausträger in Betracht.¹⁵ Für den Krankenhausträger und die in diesem Bereich Verantwortlichen liegt hier also ein erhebliches Haftungspotential.

III. Arztzusatzvertrag und persönliche Leistungspflicht

1. Abschluß des Vertrags

Rechtsgrundlage des Honoraranspruchs des liquidationsberechtigten Arztes gegenüber dem Wahllei-

stungspatienten ist der Arzt-Zusatzvertrag. Dieser Vertrag kann unmittelbarer Gegenstand der zwischen dem Krankenhaus und dem Patienten abgeschlossenen Wahlleistungsvereinbarung sein, indem der Krankenhausträger ihn ausdrücklich oder stillschweigend zugleich als Stellvertreter für den bzw. die liquidationsberechtigten Ärzte abschließt. Er kann aber auch in Gestalt einer separaten, zweiten Vereinbarung vom liquidationsberechtigten Arzt selbst mit dem Patienten geschlossen werden.

Der Schriftform bedarf der Arzt-Zusatzvertrag nicht: Er kann "nach den allgemeinen Bestimmungen des BGB auch mündlich oder durch konkludentes Verhalten (Behandlung in Kenntnis der mit dem Krankenhaus getroffenen Wahlleistungsvereinbarung)"¹⁶ zustande kommen. "Eine nochmalige schriftliche Vereinbarung bzw. eine wiederholte Unterrichtung über das zu zahlende Entgelt ist entbehrlich"¹⁷.

2. Die Liquidationskette

Nach § 22 Abs. 3 BPfIVO erstreckt sich eine Vereinbarung über wahlärztliche Leistungen auf alle an der Behandlung des Patienten beteiligten liquidationsberechtigten Ärzte. Hierauf ist in der Wahlleistungsvereinbarung hinzuweisen. Dementsprechend kommen, ausdrücklich oder stillschweigend, mit allen behandelnden liquidationsberechtigten Ärzten und dem Wahlleistungspatienten auch Arzt-Zusatzverträge zustande.

2.1 Es gehört zur Fürsorge- und Organisationspflicht des Krankenhausträgers, dafür Sorge zu tragen, daß die beteiligten liquidationsberechtigten Ärzte von der Existenz der Wahlleistungsvereinbarungen mit den einzelnen Patienten erfahren, damit sie ihren Pflichten aus dem Zusatzvertrag nachkommen können.

2.2 Diese Information ist auch unter haftungsrechtlichen Aspekten relevant. Denn die Einwilligung des Wahlleistungspatienten in die Behandlung ist – anders als die des Regelleistungspatienten – personenbezogen. Sie erstreckt sich, wenn nichts anderes abgesprochen ist, hinsichtlich der "Kernleistungen" primär nur auf die Person des Wahlarztes. Jeder Einsatz eines anderen Arztes in diesem Bereich stellt daher – falls nicht der Patient ausdrücklich oder stillschweigend damit einverstanden ist – selbst bei erfolgreicher Behandlung eine rechtswidrige Körperverletzung dar,

¹² OLG Köln, VersR 1999, 375

¹³ AG Reutlingen, Urteil vom 5.12.1996, KRS 96.093

¹⁴ VersR 1999, 375

¹⁵ Haberstroh, VersR 1999, 8, 10 f

¹⁶ BGH NJW 1998, 1778, 1779

¹⁷ BGH NJW 1998, 1778, 1779

▶ die zivil- und/oder strafrechtliche Konsequenzen haben kann. Wir verweisen insoweit auf das Urteil des OLG Celle,¹⁸ in dem es ausdrücklich heißt, daß im Falle einer speziellen Arztwahl "die Auswechslung des Operateurs durch die im übrigen erteilte Einwilligung des Patienten in den Eingriff nicht gedeckt" ist.

3. Einschaltung einer Abrechnungsstelle

§ 22 Abs. 3 Satz 2 BpflVO erlaubt dem liquidationsberechtigten Arzt, eine Abrechnungsstelle mit der Abrechnung der Honorare zu beauftragen oder die Abrechnung dem Krankenhausträger zu überlassen. Mit Rücksicht auf die ärztliche Schweigepflicht bedarf die Einschaltung einer externen Abrechnungsstelle allerdings der Einwilligung des Patienten,¹⁹ die schriftlich, unter konkreter Angabe der eingeschalteten Abrechnungsstelle erfolgen muß. Zur Vermeidung von Formfehlern empfiehlt es sich deshalb, den Krankenhausträger über den Einsatz von Abrechnungsstellen zu informieren, wenn der Arzt-Zusatzvertrag auch ausdrücklich Gegenstand der Wahlleistungsvereinbarung ist.

4. Persönliche Leistungspflicht und Delegation

Für die wahlärztlichen Leistungen gilt das Dienstvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 611 ff BGB). Nach § 613 S. 1 BGB hat der zur Dienstleistung Verpflichtete, also der aufgrund des Zusatzvertrages zur Erbringung der gesondert berechenbaren Leistungen verpflichtete Arzt, "die Dienste im Zweifel in Person zu erbringen". Dies gilt insbesondere für Dienstleistungen höherer Art und hier wieder, worauf die Rechtsprechung seit jeher hinweist, speziell für die wahlärztlichen Leistungen.

Das allgemein verbreitete Interesse an der Auswahl eines persönlich bekannten und als sorgfältig eingeschätzten Vertragspartners ist bei einem Patienten, der sich für die privatärztliche Behandlung durch den Chefarzt eines Krankenhauses entscheidet, besonders ausgeprägt.²⁰ Im Ausgangspunkt geht es also im Rahmen des Arzt-Zusatzvertrages weniger um die Dienstleistung als solche, vielmehr steht entsprechend dem gesetzlichen Leitbild des § 613 BGB die Person des Dienstverpflichteten im Vordergrund.²¹ Die persönliche wahlärztliche Leistungserbringung und deren gesonderte Vergütung bilden somit das eigentliche "Austauschverhältnis" von Leistung und Gegenleistung.²²

Das Prinzip der persönlichen Leistungspflicht schließt jedoch die Mitwirkung Dritter, also ärztlicher und nichtärztlicher Mitarbeiter im Wege der Delegation – einseitige Übertragung von Aufgaben – sowie die Vertretung des Chefarztes – aufgrund einer Vereinbarung

mit dem Patienten – im Rahmen der dabei zu beachtenden Voraussetzungen und Grenzen nicht aus.

Es ist allgemein anerkannt, daß der liquidationsberechtigte Arzt im modernen Krankenhausbetrieb die Behandlung eines Patienten nicht allein, sondern nur im Zusammenwirken mit nachgeordneten Ärzten und Pflegekräften erfüllen kann und daher auch nicht "jeden Handgriff selbst ausführen muß". Er ist lediglich verpflichtet, die grundlegenden Entscheidungen über die Therapie selbst zu treffen und die Behandlung entweder selbst durchzuführen oder zu überwachen,²³ der liquidationsberechtigte Arzt ist "daher berechtigt, einzelne Maßnahmen auf angeleitetes und überwachtes qualifiziertes Personal zu delegieren".²⁴ Bei diesen Maßnahmen darf es sich jedoch – soweit es um die Delegation – also einen einseitigen Akt – geht – nicht um die "Kernleistungen" handeln, die der wahlärztlichen Behandlung ihr besonderes Gepräge geben; Stellvertretung ist hier jedoch möglich (siehe unten Ziffer 5).

4.1 Die aufgrund der Ermächtigung in § 11 Bundesärzteordnung von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates als Rechtsverordnung erlassene und wiederholt novellierte GOÄ hat zu bestimmen, ob und wie die unter Beachtung der dienstvertraglichen Bestimmungen des BGB und der sie ergänzenden und überlagernden Regelungen der Bundespflegegesetzverordnung erbrachten wahlärztlichen Leistungen zu honorieren sind. Leistungen, die nicht diesen Vorgaben entsprechen, sind nicht honorarfähig. Umgekehrt kann jedoch die GOÄ ärztlichen Leistungen, obwohl sie voll den vertrags- und pflegesatzrechtlichen Anforderungen genügen, aus honorarpolitischen Motiven die Vergütung versagen, sie von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig machen oder die Vergütung reduzieren. Von diesen honorarpolitischen Möglichkeiten macht die GOÄ in § 4 Abs. 2 für die Delegation und in § 5 Abs. 5 für die Vertretung bei den wahlärztlichen Leistungen Gebrauch.

¹⁸ NJW 1982, 706; ähnlich OLG München: NJW 1984, 1412

¹⁹ BGH NJW 1991, 2955

²⁰ OLG Düsseldorf, NJW 1995, 2421

²¹ vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1987, 1489; LG Fulda, NJW 1988, 1519 f; LG Flensburg, NJW 1978, 2342; Köhler-Fleischmann, Der Grundsatz der persönlichen Leistungspflicht 1991, S. 140 ff

²² Brück-Krimmel-Kleinken-Warlo, (s. Manuskript MedR) § 4 Rdnr. 1

²³ LG Bonn, NJW 1995, 2420; MedR 1997, 81, 82; Staudinger/Richardi, § 613 Rdnr. 10; Kubis, NJW 1989, 1512, 1513; Weißbauer, NJW 1978, 2343; Laufs/Uhlenbruck, § 91 Rdnr. 16

²⁴ LG Bonn, NJW 1995, 2420; OLG Hamm, VersR 1986, 897, 898, Laufs, Arztrecht, 5. Aufl. 1993, Rdnr. 95; Weißbauer, NJW 1978, 2343

► Auf der Grundlage der eben erörterten Rechtsprechungsgrundsätze zur persönlichen Leistungspflicht und zur Delegation unterscheidet die GOÄ in § 4 Abs. 2 zunächst zwischen drei Fallgruppen ärztlicher Leistungen:

Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 kann der Arzt Gebühren nur für selbständige Leistungen berechnen

4.1.1 die er selbst erbracht hat (1. Alternative)

4.1.2 die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden (2. Alternative).

Die GOÄ definiert diese im Rahmen zulässiger Delegation von Dritten erbrachten Leistungen gebührenrechtlich in Übereinstimmung mit den vertragsrechtlichen Vorgaben ausdrücklich als "eigene Leistungen" des Arztes. Wie sich jedoch aus dem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte des § 4 Abs. 2 Satz 1 GOÄ n.F. klar ergibt, reicht "ein bloß organisatorisches Weisungsrecht" oder "die sorgfältige Mitarbeiterauswahl und -überwachung" nicht aus.²⁵ Maßgebend ist vielmehr, "daß auch die Leistung selbst unter Aufsicht und fachlicher Weisung des Wahlarztes vollzogen", d.h. daß der liquidationsberechtigte Arzt "seiner Verantwortlichkeit für die Durchführung der delegierten Leistungen im Einzelfall auch tatsächlich und fachlich gerecht" wird.²⁶

4.1.3 Von dieser gebührenrechtlichen Anerkennung schließt § 4 Abs. 2 Satz 3 die in seinen Nrn. 1-3 aufgeführten Leistungen aus, wenn sie im Rahmen einer wahlärztlichen Leistung erbracht werden. Sie gelten nach der Definition des Satzes 3 gebührenrechtlich nicht als eigene Leistung, auch wenn sie im Rahmen einer vertragsrechtlich zulässigen Delegation erbracht werden.

Davon macht Satz 3 eine bedeutsame Ausnahme: Auch diese Leistungen gelten als eigene Leistungen des liquidationsberechtigten Arztes, "wenn sie der vor Abschluß des Wahlarztvertrages dem Patienten benannte ständige ärztliche Vertreter persönlich erbringt".

Der "ständige ärztliche Vertreter" muß Facharzt desselben Gebietes sein.

Für diese in § 4 Abs. 2 Satz 3 GOÄ konkret und abschließend genannten Leistungen ist die Delegation an den "ständigen ärztlichen Vertreter" zulässig,²⁷ wobei es im wesentlichen gerade um Leistungen außerhalb des Kernbereichs geht, bei denen eine Delegation grundsätzlich möglich ist.²⁸

Zweck dieser gesetzlichen Bestimmung ist "die Honorarbegrenzung für Leistungen, die üblicherweise nicht vom Wahlarzt selbst oder seinem ständigen ärztlichen Vertreter erbracht, sondern auf Mitarbeiter delegiert werden" und damit durch den Pflegesatz abgegolten sein sollen.²⁹ Mit der Frage des zulässigen Umfangs der Stellvertretung (dazu später genauer) hat

die – ausschließlich honorarpolitisch begründete – gesetzliche Regelung (Fiktion) des § 4 Abs. 2 Satz 3 GOÄ nichts zu tun! Diese Vorschrift betrifft – rechtstechnisch gesprochen – nur den Bereich der Delegation, der dadurch charakterisiert ist, daß der Wahlarzt durch einen einseitigen, vom Patientenwillen unabhängigen, Akt eine für ihn zu handeln berechnete Person benennt. Im Gegensatz dazu bedarf es für die wirksame Stellvertretung einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Wahlarzt und Patient, d.h. nur mit Willen des Patienten ist es dem Wahlarzt möglich, an seiner Stelle eine dritte Person im Rahmen der Behandlung des Wahlleistungspatienten tätig werden zu lassen.

4.2 Allerdings bestehen in diesem Bereich der Delegation aus juristischer Sicht drei Streitfragen:

4.2.1 Fraglich ist, ob nur ein einziger "ständiger ärztlicher Vertreter" überhaupt für eine Abteilung oder aber jeweils nur ein "ständiger ärztlicher Vertreter" für einen einzelnen Patienten benannt werden darf. U.E. ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus Sinn und Zweck der Vorschrift die Beschränkung auf einen einzigen "ständigen ärztlichen Vertreter".³⁰ Sie liefe der rasch fortschreitenden Spezialisierung und Subspezialisierung, der auch innerhalb der Fachabteilungen Rechnung zu tragen ist, strikt zuwider.

4.2.2 Umstritten ist ferner, ob die Leistungserbringung durch den Wahlarzt oder dessen ständigen ärztlichen Vertreter gleichberechtigt nebeneinander steht, so daß alle Leistungen des ständigen ärztlichen Vertreters in gleicher Weise wie die Leistungen des Wahlarztes abrechenbar sind. Für diese Gleichstellung spricht der Wortlaut des § 4 Abs. 2 Satz 3, der auf die persönliche Leistung des ständigen Vertreters abstellt, sowie § 5 Abs. 5 GOÄ, der die Reduzierung des Gebührenrahmens nur für die Fälle vorschreibt, in denen ein anderer Arzt als der Wahlarzt oder sein ständiger Vertreter persönlich tätig geworden sind³¹.

Eine gegenteilige Auffassung, wonach die Gleichstellung der Leistungserbringung von liquidationsberechtigtem Arzt und ständigem Vertreter sich nur auf

²⁵ AG Charlottenburg, Urteil vom 26.2.1998, Az. 13 C 497/97, S. 3

²⁶ AG Charlottenburg, a.a.O., S. 3

²⁷ vgl. Brück, a.a.O., Rdnr. 13, S. 115 unten; Weißbauer, NJW 1978, 2343

²⁸ so mit Recht AG Charlottenburg, a.a.O., S. 4

²⁹ Weißbauer, Anästhesiologie und Intensivmedizin 1998, 314

³⁰ so auch Weißbauer, Anästhesiologie und Intensivmedizin 1996, 98 ff; 1998, 913 ff; U. Baur, Deutsches Ärzteblatt 1993, C-1281; auch die Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt 1993, C-407, 408, hält die Benennung mehrerer ständiger ärztliche Vertreter aufgrund der Schwerpunktbildung oder Arbeitsteilung einer Krankenhausfachabteilung für möglich, allerdings bezogen auf die einzelnen Funktions- oder Arbeitsbereiche

³¹ Weißbauer, Anästhesiologie und Intensivmedizin 1998, 314 ►

▶ die enumerativ in § 4 Abs. 2 Satz 3 GOÄ genannten Leistungen bezieht, läßt sich nicht auf den bereits erwähnten Bundesratsbeschluß stützen, daß "dem Grundsatz höchstpersönlicher Verpflichtung aufgrund eines Wahlarztvertrages folgend § 4 Abs. 2 Satz 3 (neu) die Vertretungsmöglichkeit des liquidationsberechtigten Arztes (Chefarzt) auf dessen vor Abschluß des Wahlarztvertrages dem Patienten benannten ständigen ärztlichen Vertreter begrenzt", damit "die Vertretungsmöglichkeiten jedoch nur für die Fälle bestimmter Leistungen nach den im einzelnen aufgeführten Nummern des Gebührenverzeichnisses eingengt werden". Diese Ausführungen bestätigen vielmehr unsere Auffassung.

Eine Gerichtsentscheidung zu dieser Problematik liegt noch nicht vor, wenngleich das AG Charlottenburg in seiner bereits erwähnten Entscheidung³² feststellt, die Regelung des § 4 Abs. 2 Satz 3 n. F. beinhalte "nicht etwa die Anerkennung einer generellen Delegationsmöglichkeit unabhängig von einer berechtigten Verhinderung des Wahlarztes".

4.3 Abgesehen von diesen beiden Kontroversen ist vor allem strittig, was zum Bereich der nicht delegierbaren "Kernleistungen des Wahlarztes" gehört, mit denen er der Behandlung sein "Gepräge" gibt. Diese Frage muß unter Berücksichtigung der spezifischen Anforderungen des jeweiligen Fachgebietes entschieden werden, liegt also für die fachspezifischen anästhesiologischen Leistungen im Falle eines Rechtsstreits im wesentlichen in der Hand des anästhesiologischen Sachverständigen. Der Richter kann dagegen nur eine Plausibilitäts- und Grenzkontrolle der genannten unbestimmten Rechtsbegriffe im Rahmen seiner Wertung und Entscheidung vornehmen, ob die von anderen erbrachte Leistung als "eigene" Leistung qualifiziert werden kann. Wenn das AG Charlottenburg hervorhebt, "gerade für den Bereich der Anästhesie" sei "der Patient wegen des Anästhesierisikos häufig in besonderer Weise an einer qualifizierter Leistung interessiert", so ist dem zuzustimmen. Ob daraus aber die weitere Folgerung zu ziehen ist, der Wahlarzt müsse sich "zu Beginn, während und zum Abschluß der Behandlung mit dem Patienten persönlich befassen", erscheint zweifelhaft. Insbesondere die eigenhändige Durchführung des Betäubungsverfahrens und die Überwachung der Narkose sind nicht als anästhesiologische "Hauptleistungen" zu qualifizieren. Im Vordergrund steht vielmehr die Auswertung der Befunde und die Festlegung des Behandlungsregimes im Rahmen der Prämedikation sowie die jederzeitige Bereitschaft, bei Problemen unmittelbar einzugreifen.

5. Persönliche Leistungspflicht und Vertretung des Wahlarztes

Zu den drei im Gesetz aufgeführten, abrechnungsfähigen "eigenen Leistungen" kommt eine vierte Kategorie hinzu: die von einem Vertreter des Wahlarztes erbrachte ärztliche Leistung, wobei Voraussetzung für die Abrechnungsfähigkeit eine wirksame Vertreterbestellung ist.

5.1 Soweit es um die persönliche Leistung des ständigen, in der Wahlleistungsvereinbarung benannten Vertreters geht, sollte die Gleichstellung mit der persönlichen Leistung des liquidationsberechtigten Arztes bereits in die Formulierung der Wahlleistungsvereinbarung aufgenommen werden; gleichwohl empfiehlt sich im Interesse der Rechtssicherheit für die Vertretung des Chefarztes im Kernbereich durch für die subspezialisierten Bereiche benannten ständigen Vertreter eine zusätzliche Information und eine Individualvereinbarung mit dem Patienten.

5.2 Aufgrund seiner Privatautonomie kann der Patient auch die Behandlung durch einen Arzt, der nicht als ständiger Vertreter des Wahlarztes benannt ist, als vertragsgerechte Wahlleistung gelten lassen. Dies haben das OLG Düsseldorf³³ und auch die amtliche Begründung zu § 5 Abs. 5 GOÄ ausdrücklich festgestellt. Wörtlich heißt es in dem einschlägigen Beschluß des Bundesrates im Anschluß an die Interpretation der Stellung des "ständigen ärztlichen Vertreters":

"In den anderen Fällen ist eine weitergehende Vertretung durch jeden beliebigen Arzt in den Grenzen des Vertragsarztrechts zulässig. Um den liquidationsberechtigten Ärzten diese Vertretungsmöglichkeiten zu erhalten – wofür in vielen Zuschriften sehr viele Gründe ins Feld geführt worden sind – sollen diese Vertretungsmöglichkeiten auch nicht beschränkt werden. Unangemessen wäre es jedoch, den Patienten im Rahmen des allgemeinen vollen Gebührenrahmens zahlungspflichtig zu halten. Es wird deshalb vorgesehen, für alle nicht in § 4 Abs. 2 Satz 3 (neu) ausgeschlossenen Fälle einer zulässigen weitergehenden Vertretung den Gebührenrahmen auf den bislang üblichen Schwellenwert einzuengen. Zugleich wird hierdurch die Wertigkeit persönlicher Chefarztbehandlung in bislang unbekannter Deutlichkeit für jedermann verständlich unterstrichen".³⁴

5.3 Diese aufgrund der Privatautonomie des Patienten grundsätzlich mögliche, im Dienstvertragsrecht auch nicht strittige, von der GOÄ durch den § 5 Abs. 5 aner-

³² vom 26.2.1998, S. 4

³³ Urteil vom 23.4.1998, Az. 8 U 171/97

³⁴ zitiert nach Lang, GOÄ-Kommentar 1996, § 5 Rdnr. 37 ▶

► kannte und deshalb "in den Grenzen des Vertragsrechts zulässige Stellvertretervereinbarung" kann auf zweierlei Weise wirksam geschlossen werden: zum einen durch eine formularmäßige (vorformulierte) generelle Regelung in der Wahlleistungsvereinbarung bzw. im Arzt-Zusatzvertrag, zum anderen durch eine individuelle, ganz auf den konkreten Fall abgestimmte Vereinbarung zwischen dem Wahlarzt und dem Patienten. Insoweit ist rechtlich aber zu differenzieren:

5.3.1 Eine formularmäßige Klausel in der Wahlleistungsvereinbarung bzw. im Arzt-Zusatzvertrag, die es den liquidationsberechtigten Ärzten gestattet, auch im Falle voraussehbarer Abwesenheit die Behandlung ganz oder teilweise auf besonders qualifizierte ärztliche Mitarbeiter zu übertragen, ist unwirksam, da sie vom gesetzlichen Leitbild der persönlichen Leistungserbringung in unangemessener und für den Patienten überraschender Weise abweicht.³⁵ In dem konkret entschiedenen Fall stand von vornherein fest, daß der Patient vor seiner Entlassung aus der stationären Behandlung überhaupt nicht vom Wahlarzt persönlich betreut werden konnte, so daß das OLG Düsseldorf den Schluß zieht, bei einer Information über diese Tatsache hätte "der Patient von dem Abschluß einer im Ergebnis sinnlosen Wahlleistungsvereinbarung abgesehen".

Anders liegt der Fall jedoch, wenn die Abwesenheit des Wahlarztes unvorhersehbar (z.B. Erkrankung, plötzlich anberaumte Sitzung u.a.) und die Behandlung aufschiebbar war. Ob in einem solchen Falle eine formularmäßige Stellvertreterregelung (in der Wahlleistungsvereinbarung oder im Arzt-Zusatzvertrag) gegen das AGB-Gesetz (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) verstößt, ist bislang gerichtlich nicht entschieden, u.E. aber zu verneinen, da der Patient damit rechnen muß, daß unvorhersehbare Ereignisse es dem gewählten Arzt seines Vertrauens unmöglich machen können, seine "Dienste in Person zu leisten".

5.3.2 Unabhängig von der Frage vorhersehbarer oder nicht vorhersehbarer Verhinderung des liquidationsberechtigten Wahlarztes ist es jedoch rechtlich zulässig, eine Individualvereinbarung mit dem Patienten dahingehend zu treffen, daß er "die Behandlung durch einen Stellvertreter des Chefarztes als vertragsgerechte Wahlleistung gelten" läßt.³⁶ Anstelle des liquidationsberechtigten Arztes oder des von ihm dem Patienten benannten ständigen Vertreters kann im Einvernehmen mit dem Patienten im Rahmen (ge-willkürter) Stellvertretung auch ein anderer (Fach-) Arzt die vom Wahlarzt geschuldete Leistung übernehmen, wenn dies in einer individuellen Absprache (zwischen dem liquidationsberechtigten Arzt bzw. seinem Ver-

treter einerseits und dem Patienten andererseits) geregelt ist. § 5 Abs. 5 GOÄ sieht für solche Fälle allerdings vor, daß der Steigerungssatz dann maximal auf das 2,3-fache bzw. das 1,8-fache des Gebührensatzes beschränkt ist. Zugleich ergibt sich aus dieser GOÄ-Bestimmung die Anerkennung des bereits oben herausgestellten Grundsatzes, daß wahlärztliche Leistungen auch durch Dritte, die nicht zum Kreis der "ständigen ärztlichen Vertreter" gehören, wirksam erbracht werden können.

Die Freistellung des Wahlarztes von seiner persönlichen Leistungspflicht durch Einsatz eines Stellvertreters muß vor Erbringung der Leistung, etwa im Rahmen der Prämedikationsvisite, vereinbart werden. Zwar hat das Landgericht Flensburg³⁷ ein stillschweigendes Einverständnis mit der Stellvertretung durch die widerspruchslose Hinnahme der Leistung seitens des Patienten bejaht, doch ist dieses Urteil im juristischen Schrifttum auf Kritik gestoßen,³⁸ so daß wir unbedingt eine ausdrückliche und schriftliche Vereinbarung empfehlen. Zumindest sollte man die Absprache in einer Protokollnotiz festhalten und diese aus Beweisgründen vom Patienten unterzeichnen lassen. Dies gilt um so mehr, als private Krankenversicherer vielfach fordern, diese Art der Stellvertretung, falls sie überhaupt zulässig sei, bedürfe der Schriftform. Daß dies unzutreffend ist, zeigt auch das Urteil des BGH.³⁹ Denn wenn dort ausdrücklich festgestellt wird, daß der Arzt-Zusatzvertrag zwischen Patient und liquidationsberechtigtem Arzt keiner Schriftform bedarf, so muß dies auch für die Vereinbarung der Stellvertretung gelten.

Soweit in der Individualvereinbarung eine bestimmte Person als Vertreter des Wahlarztes genannt wird, darf diese nach Vertragsschluß nicht einfach ausgetauscht werden, da die Einwilligung des Patienten ad personam erfolgt ist und daher die bereits oben dargestellten haftungsrechtlichen Probleme entstehen, wenn ein anderer die ärztliche Maßnahme durchführt.

Korrespondenzadresse:

Dr. iur. Elmar Biermann
Justitiar des BDA
Roritzerstraße 27
D-90419 Nürnberg. ■

³⁵ OLG Düsseldorf, NJW 1995, 2421, 2422

³⁶ OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.4.1998, S. 12

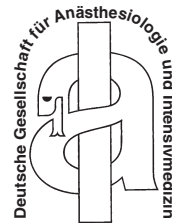
³⁷ NJW 1978, 2342 mit Anm. Weißbauer

³⁸ siehe Wienke, MedR 1997, 82 f

³⁹ NJW 1998, 1798



E-Mail: bda@bda-ev.de
www.bda.de



E-Mail: dgai@dgai-ev.de
www.dgai.de

Geschäftsstelle BDA / DGAI
Roritzerstraße 27 · 90419 Nürnberg
Tel.: (0911) 9 33 78 0 · Fax (0911) 3 93 81 95