

Privatliquidationsrechte des Krankenhauses bei wahlärztlicher Leistungen

von
Dr. Tilman Clausen

♦ **Hannover**

Dr. Tilman Clausen ^{1,2}
Dr. Elisabeth Clausen-Muradian^{4,6}

Plathnerstr. 3 a
30175 Hannover
Telefon: 0511/76 07 79-0
Telefax: 0511/76 07 79-10
Gerichtsfach 399

♦ **Potsdam**

Jörn Schroeder-Printzen ^{1,3}
Thomas Kaufmann ²
Ajang Tadayon ¹
Lutz G. Voß
Sibylle Dietel ^{1,5}

Kurfürstenstr. 31
14467 Potsdam
Telefon: 0331/27 57 0-0
Telefax: 0331/27 57 0-15

Internet: www.spkt.de

1 Fachanwalt für Medizinrecht
2 Fachanwalt für Arbeitsrecht
3 Fachanwalt für Sozialrecht
4 Mediatorin (Wirtschaftsmediation)
5 angestellter Rechtsanwalt
6 Tätigkeitsschwerpunkt Medien- und
Urheberrecht

Bankverbindung:
Commerzbank Hannover
Kto-Nr: 164442600
BLZ: 250 400 66
IBAN DE2525040066164442600
BIC COBADEFFXXX

USt-Nr.: 24/234/96200
Finanzamt Hannover Mitte

I. Das Rechtsproblem

1) Ablösung des Liquidationsrechts durch so genannte Beteiligungsvergütungen

Nach § 2 Abs. 1 KHEntgG umfassen Krankenhausleistungen sowohl Allgemeine Krankenhausleistungen als auch Wahlleistungen. Nicht zu den Krankenhausleistungen gehören die Leistungen der Belegärzte nach Maßgabe von § 18 KHEntgG sowie der Beleghebammen und Entbindungspfleger. Eine Vereinbarung über wahlärztliche Leistungen erstreckt nach dem Wortlaut des § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG auf alle an der Behandlung des Patienten beteiligten angestellten oder beamteten Ärzte des Krankenhauses, soweit diese zur gesonderten Berechnung ihrer Leistungen im Rahmen der voll- und teilstationären sowie einer vor- und nachstationären Behandlung (§ 115 a SGB V) berechtigt sind, einschließlich der von diesen Ärzten veranlassten Leistungen von Ärzten und ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses. Hierauf ist in der Wahlleistungsvereinbarung hinzuweisen.

Die Einräumung des Liquidationsrechts im stationären Bereich neben einer Festvergütung, d. h. das Recht zur gesonderten Berechnung von Leistungen im Sinne von § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG war jahrzehntelange Praxis bei der Gestaltung von Chefarzt-Dienstverträgen, wobei die Einzelheiten bei angestellten Chefarzten dienstvertraglich geregelt wurden. Bei beamteten Chefarzten war und ist das Liquidationsrecht dem Nebentätigkeitsbereich zugeordnet. Die Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG), die regelmäßig ein Muster-Chefarztvertrag für ihre Mitglieder herausgibt, hat erstmalig in der 5. Auflage von 1996 als bevorzugte Entgeltform für Chefarzte anstelle der Einräumung des Liquidationsrechts die Beteiligungsvergütung empfohlen. Das Liquidationsrecht soll danach in erster Linie durch den Krankenhausträger ausgeübt werden und der Chefarzt an den Liquidationseinnahmen nur nach Abzug der Abgaben beteiligt wird. In der 6. Auflage des DKG-Vertragsmusters von 2003 ist das Liquidationsrecht für den Chefarzt bereits nicht mehr vorgesehen, auch von der Einräumung einer Nebentätigkeitsgenehmigung wird abgesehen.¹

In der Praxis ist die Zukunft des Liquidationsrechts als zweitem Vergütungsbestandteil neben der Festvergütung des Chefarztes derzeit völlig ungewiss. In Universitätskliniken wird den dort tätigen Chefarzten derzeit kein Liquidationsrecht mehr eingeräumt. Im Privatsektor ist die Situation uneinheitlich. Einerseits gibt es Krankenhäuser, in denen keiner der dort angestellten Chefarzte mehr über ein eigenes Liquidationsrecht verfügt. Dem stehen andere Krankenhäuser gegenüber, in denen ausdrücklich an der Praxis der Einräumung des Liquidationsrechts festgehalten wird, in anderen Fällen kommt es auf die jeweilige Verhandlungsposition in den Vertragsverhandlungen zwischen Chefarzt und Krankenhausträger an.

Derzeit völlig ungeklärt ist die Frage, ob die Abrechnung wahlärztlicher Leistungen die Existenz liquidationsberechtigter Krankenhausärzte voraussetzt oder ob der Krankenhausträger wahlärztliche Leistungen als Institutsleistungen durch die bei ihm tätigen leitenden Krankenhausärzte oder sogar auch nachgeordnete Ärzte erbringen und abrechnen kann. Die Rechtsprechung hat sich hierzu bisher nur vereinzelt geäußert, ohne sich mit der Problematik grundsätzlich auseinander zu setzen. So hat

¹ *Nahmacher/Clausen*, Der Chefarztvertrag, S. 20 ff.; *Wern*, in: *Weth/Thomae/Reichold* (Hrsg.), *Arbeitsrecht im Krankenhaus*, S. 432 ff.

das Amtsgericht Oldenburg in einer nicht veröffentlichten Entscheidung vom März 2005 ein Liquidationsrecht des Krankenhausträgers hinsichtlich der ärztlichen Wahlleistungen bejaht und sich zur Begründung auf § 2 Abs. 1 KHEntgG berufen. Die Berufung wurde wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Falles ausdrücklich zugelassen, die unterlegene Prozesspartei hat hiervon jedoch keinen Gebrauch gemacht.² In zwei weiteren Entscheidungen vom April 2007 und Dezember 2007 haben weder das Landgericht Heidelberg noch das OLG Karlsruhe Bedenken gegen das Liquidationsrecht des Krankenhausträgers bei wahlärztlichen Leistungen erhoben, mussten dies aufgrund der Problematik des Einzelfalles aber auch nicht abschließend entscheiden.³ Weitere Rechtsprechung zu dieser Frage liegt derzeit nach Kenntnis des Verfassers nicht vor.

2) Die Regelungen im Krankenhausentgeltgesetz

In der Literatur ist die Frage, ob die Abrechnung wahlärztlicher Leistungen die Existenz liquidationsberechtigter leitender Krankenhausärzte voraussetzt oder der Krankenhausträger wahlärztliche Leistungen als Institutsleistungen durch die bei ihm tätigen Ärzte erbringen lassen und abrechnen kann, bisher umstritten. Beide Auffassungen berufen sich jeweils auf unterschiedliche Bestimmungen des Krankenhausentgeltgesetzes.

a) § 2 Abs. 1 KHEntgG

Nach § 2 Abs. 1 KHEntgG gehören zu den Krankenhausleistungen nicht nur die Allgemeinen Krankenhausleistungen, sondern auch die Wahlleistungen. Nachdem es sich um Leistungen des Krankenhausträgers handelt, könne dieser selbst entscheiden, ob er auf die Einräumung eines Liquidationsrechts zugunsten seiner leitenden Krankenhausärzte verzichtet und die wahlärztlichen Leistungen als Institutsleistungen erbringt.⁴ Eine weitergehende Begründung für ein Liquidationsrecht des Krankenhausträgers bei wahlärztlichen Leistungen findet sich in der Literatur nicht.⁵

b) § 17 Abs. 3 KHEntgG

Die Stimmen in der Literatur, die die Auffassung vertreten, dass wahlärztliche Leistungen nur durch liquidationsberechtigte Krankenhausärzte abgerechnet werden können, verweisen zur Begründung auf § 17 Abs. 3 KHEntgG. Nach § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG erstreckt sich eine Vereinbarung über wahlärztliche Leistungen auf alle an der Behandlung des Patienten beteiligten angestellten oder beamteten Ärzte des Krankenhauses, soweit diese zur gesonderten Berechnung ihrer Leistungen im Rahmen der voll- und teilstationären sowie einer vor- und nachstationären Behandlung berechtigt sind. Daraus sei zu schließen, dass wahlärztliche Leistungen gar nicht vereinbart werden dürfen, wenn sie von Ärzten erbracht werden, die kein Liquidationsrecht haben. Wenn diese Leistungen als wahlärztliche Leistungen nicht vereinbart werden können, so seien sie erst recht als solche Leistungen nicht berechenbar. Auch § 17 Abs. 3 S. 7 KHEntgG begründe kein eigenes Liquidationsrecht der Krankenhäuser für von Ärzten erbrachte wahlärztliche Leistungen. Dort heißt, dass für die Berechnung wahlärztlicher Leistungen die Vorschriften der Gebührenordnung für Ärzte oder

² AG Oldenburg, Urteil vom 3.3.2005, Az: E 6 V 6598/04 (VI).

³ LG Heidelberg, Urteil vom 5.4.2007, Az: 3 O 256/06 (n. v.); OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.12.2007, Az: 1 U 92/07 (n. v.).

⁴ So u. a. *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 332; *Biermann/Ulsenheimer/Weißbauer*, Liquidation wahlärztlicher Leistungen - rechtliche Grundlagen -, MedR 2000, 107; Genzel, in *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, § 91, Rn 20.

⁵ Vgl. ebd.

der Gebührenordnung für Zahnärzte entsprechende Anwendung finden, soweit sich die Anwendung nicht bereits aus diesen Gebührenordnungen ergibt. Dieser Satz sei im Zusammenhang mit § 17 Abs. 3 S. 2 und S. 5 KHEntgG zu verstehen. § 17 Abs. 3 S. 2 KHEntgG bestimmt, dass ein zur gesonderten Berechnung wahlärztlicher Leistungen berechtigter Arzt des Krankenhauses eine Abrechnungsstelle mit der Abrechnung der Vergütung für wahlärztliche Leistungen beauftragen oder die Abrechnung dem Krankenhausträger überlassen kann. Hierzu heißt es weiter in Satz 5, dass dann, wenn die Abrechnung vom Krankenhaus durchgeführt wird, das Krankenhaus die Vergütung nach Abzug der anteiligen Verwaltungskosten und der nach § 19 Abs. 2 KHEntgG zu erstattenden Kosten an den berechtigten Arzt weiterleitet. § 17 Abs. 3 S. 7 KHEntgG wolle sowohl das Krankenhaus als auch die Abrechnungsstelle außerhalb des Krankenhauses verpflichten, bei der Berechnung wahlärztlicher Leistungen die Vorschriften der Gebührenordnung für Ärzte oder der Gebührenordnung für Zahnärzte entsprechend anzuwenden. Dem Krankenhausträger würde hier kein Recht eingeräumt, ein ärztliches Liquidationsrecht auszuüben, sondern nur als Abrechnungsstelle für den liquidationsberechtigten Krankenhausarzt nach den Vorgaben der genannten Gebührenordnungen tätig zu werden.⁶

II. Die Vereinbarkeit eines Liquidationsrechts des Krankenhausträgers bei wahlärztlichen Leistungen mit dem Krankenhausentgeltgesetz

1) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für ein eigenes Liquidationsrecht des Krankenhausträgers bei wahlärztlichen Leistungen könnte zunächst § 2 Abs. 1 KHEntgG sein, wonach die Wahlleistungen zu den Krankenhausleistungen gehören, die der Krankenhausträger unter den im Krankenhausentgeltgesetz genannten Voraussetzungen dem Patienten anbieten kann. Dies begründet nach dem Wortlaut des Gesetzes jedoch noch kein Liquidationsrecht des Krankenhausträgers, sondern allein dessen Rechtsanspruch, Wahlleistungen unter den im Krankenhausentgeltgesetz genannten Voraussetzungen anbieten zu können. Diese sind maßgeblich in § 17 KHEntgG geregelt. Aus § 2 Abs. 1 KHEntgG ergibt sich weiterhin, dass die ärztlichen Wahlleistungen zu den Dienstaufgaben der leitenden Krankenhausärzte gehören, da es sich um Leistungen des Krankenhauses handelt. Ein eigenes Liquidationsrecht des Krankenhausträgers bei wahlärztlichen Leistungen lässt sich somit aus § 2 Abs. 1 KHEntgG nicht entnehmen.

Ein solches Liquidationsrecht des Krankenhausträgers ergibt sich auch nicht aus § 17 Abs. 3 S. 7, wonach für die Berechnung wahlärztlicher Leistungen die Vorschriften der Gebührenordnung für Ärzte oder der Gebührenordnung für Zahnärzte entsprechende Anwendung finden, soweit sich die Anwendung nicht bereits aus diesen Gebührenordnungen ergibt. Hier erscheinen diejenigen Stimmen in der Literatur überzeugender⁷, die § 17 Abs. 3 S. 7 KHEntgG im Zusammenhang mit Satz 2 und Satz 5 dieser Vorschrift verstehen. Wenn ein zur gesonderten Berechnung wahlärztlicher Leistungen berechtigter Arzt des Krankenhauses eine Abrechnungsstelle mit der Abrechnung der Vergütung für die wahlärztlichen Leistungen beauftragen oder die Abrechnung dem Krankenhausträger überlassen

⁶ Hoffmann/Kleinken, Gebührenordnung für Ärzte, Bd. 1, § 1, Anmerkung 10; Brück/Hess/Klakow-Franck, Kommentar zur Gebührenordnung für Ärzte, Bd. 1, § 1, Anmerkung 4.2.4.

⁷ Vgl. dazu Hoffmann/Kleinken, Gebührenordnung für Ärzte, Bd. 1, § 1, Anmerkung 10; Brück/Hess/Klakow-Franck, Kommentar zur Gebührenordnung für Ärzte, Bd. 1, § 1, Anmerkung 4.2.4.

kann, so bedeutet dies auch, dass bei Vorliegen einer entsprechenden Einverständniserklärung des Patienten nach Maßgabe von § 17 Abs. 3 S. 6 KHEntgG der Arzt seine Forderungen zumindest an eine externe Abrechnungsstelle abtreten kann, die sie dann im eigenen Namen geltend macht. Im Verhältnis zwischen Arzt und Krankenhaus wird dies von der Rechtsprechung als nicht zulässig angesehen.⁸ § 17 Abs. 3 S. 7 KHEntgG stellt für den Fall, dass die externe Abrechnungsstelle die Honorarforderungen des liquidationsberechtigten Krankenhausarztes nach Abtretung im eigenen Namen geltend macht, klar, dass die Bestimmungen der GOÄ bzw. GOZ entsprechende Anwendung finden, da sich dies aus beiden Gebührenordnungen nicht ausdrücklich ergibt, die nur die Leistungen der Ärzte und Zahnärzte regeln.

Eine Auslegung des § 17 Abs. 3 S. 7 KHEntgG, wonach diese Vorschrift Rechtsgrundlage für ein eigenes Liquidationsrecht des Krankenhausträgers bei wahlärztlichen Leistungen sein soll, erscheint zudem mit § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG kaum vereinbar, wonach sich die Vereinbarung über wahlärztliche Leistungen auf alle an der Behandlung des Patienten beteiligten angestellten oder beamteten Ärzte des Krankenhauses mit eigenem Liquidationsrecht erstreckt, worauf nach dem Gesetzeswortlaut in der Wahlleistungsvereinbarung ausdrücklich hingewiesen werden muss. Die Vorschrift ist vom Wortlaut her eindeutig. Sie verweist zudem auf die Wahlarztliste, die auf Empfehlung des Ausschusses für Jugend, Familie und Gesundheit in § 6 BPfIV 1974, eine Vorläuferregelung des Krankenhausentgeltgesetzes, aufgenommen worden ist. Dies geschah aus finanziellen Erwägungen, um auch für solche ärztlichen Fachrichtungen ohne unmittelbaren Patientenkontakt hinreichend qualifizierten Nachwuchs für vakante Chefarztpositionen gewinnen zu können.⁹ Der Verordnungsgeber hat sich demnach eindeutig für das Liquidationsrecht des Krankenhausarztes und nicht des Krankenhausträgers positioniert. Nach § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG können zudem Leistungen von Ärzten und ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses, die ebenfalls als wahlärztliche Leistungen berechenbar sind, nur von den an der Behandlung des Patienten beteiligten angestellten oder beamteten Ärzten des Krankenhauses mit eigener Liquidationsberechtigung veranlasst werden und nicht von Seiten des Krankenhausträgers im Rahmen eines von ihm ausgeübten Liquidationsrechts. § 17 Abs. 3 KHEntgG ist somit als Rechtsgrundlage für ein Liquidationsrecht des Krankenhausträgers bei wahlärztlichen Leistungen ebenfalls nicht geeignet.

Als Rechtsgrundlage für ein solches Liquidationsrecht verbleibt somit allein der Grundsatz der Vertragsfreiheit. In einem Urteil von Dezember 2007 hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass auch in denjenigen Fällen, in denen bei Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung bereits feststeht, dass das Wahlarzt zur persönlichen Leistungserbringung im Kernbereich der wahlärztlichen Leistungen nicht imstande sein wird, eine schriftliche Vertretungsvereinbarung zwischen Wahlarzt und Patient unter den dort genannten Voraussetzungen geschlossen werden kann. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit erlaube es hier, von den Regelungen des Krankenhausentgeltgesetzes abzuweichen.¹⁰

Die Tatsache, dass der BGH bei Vertretungsvereinbarungen unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit Abweichungen vom Inhalt des Krankenhausentgeltgesetzes zulässt, besagt jedoch nicht, dass mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit auch eine Abweichung vom Krankenhausentgeltgesetz dahingehend begründet werden kann, dass in einer Wahlleistungsvereinbarung ein Liquidationsrecht des Krankenhausträgers bei wahlärztlichen Leistungen vereinbart wird. In der Entscheidung vom 20.12.2007 bleibt der BGH im Rahmen des von Seiten

⁸ LG Coburg, Urteil vom 24.8.2004, Az: 32 S 105/01 (n. v.).

⁹ *Bender*, in Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Kennziffer 5485, Rn. 107, Fußnote 152.

¹⁰ BGH, Urteil vom 20.12.2007, Az: III ZR 144/07 (n. v.).

des Gesetzgebers gewolltem Liquidationsrecht des leitenden Krankenhausarztes bei wahlärztlichen Leistungen, die Reichweite des Liquidationsrechts wird nur über das Krankenhausentgeltgesetz hinaus ausgedehnt. Rückschlüsse darauf, wie der BGH einen Fall beurteilen würde, bei dem in der Wahlleistungsvereinbarung ein Liquidationsrecht des Krankenhausträgers für wahlärztliche Leistungen vereinbart worden ist, lassen sich daraus nicht ziehen, zumal der Gesetzgeber das Liquidationsrecht für wahlärztliche Leistungen erkennbar nicht auf den Krankenhausträger ausdehnen wollte.

Wahlleistungsvereinbarungen enthalten für eine Vielzahl von Vertragsabschlüssen vorformulierte Vertragsbedingungen. Sie unterliegen somit einer juristischen Inhaltskontrolle nach Maßgabe der § 305 bis 310 BGB. Nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind Bestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach § 307 Abs. 2 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Eine Regelung im Rahmen einer Wahlleistungsvereinbarung, in der dem Krankenhausträger ein Liquidationsrecht bei wahlärztlichen Leistungen eingeräumt wird, weil insbesondere von der gesetzlichen Regelung des § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG ab, wonach das Liquidationsrecht nur durch die angestellten oder beamteten Ärzte des Krankenhauses oder von Ärzten oder ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses ausgeübt werden kann, die auf Veranlassung der liquidationsberechtigten leitenden Krankenhausärzte tätig werden. Sie erscheint mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, das Liquidationsrecht den Ärzten zuzuweisen, nicht vereinbar. Das Krankenhausentgeltgesetz enthält aus den vorstehend erläuterten Gründen zwangsläufig keine Regelung dazu, wer bei einem Liquidationsrecht des Krankenhausträgers für wahlärztliche Leistungen diese erbringen muss. Mit Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung erwerben die liquidationsberechtigten leitenden Krankenhausärzte das Recht, sofern sie an der Behandlung des Patienten beteiligt sind, die von ihnen erbrachten wahlärztlichen Leistungen liquidieren zu können. Damit verbunden ist die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung, zumindest im Kernbereich wahlärztlicher Leistungen.¹¹ Der Patient kauft sich mit Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung gewissermaßen die Leistungen hoch qualifizierter Krankenhausärzte hinzu und zahlt dafür eine zusätzliche Vergütung neben den Allgemeinen Krankenhausleistungen. Dieses Recht des Patienten würde bei einem Liquidationsrecht des Krankenhausträgers für wahlärztliche Leistungen massiv beeinträchtigt, bei dem die Frage, wer die wahlärztlichen Leistungen erbringt, mangels gesetzlicher Regelung offen bleibt. Somit erscheint es sehr fraglich, ob Klauseln in Wahlleistungsvereinbarungen, die dem Krankenhausträger ein eigenes Liquidationsrecht bei wahlärztlichen Leistungen einräumen, einer juristischen Inhaltskontrolle standhalten würden.

- 2) Die Gestaltung der Wahlleistungsvereinbarung bei einem Liquidationsrecht des Krankenhausträgers für wahlärztliche Leistungen

Ein Liquidationsrecht des Krankenhausträgers für wahlärztliche Leistungen würde auch nicht unerhebliche Probleme bei der Gestaltung der Wahlleistungsvereinbarung aufwerfen, auf die auch bei dieser Konstellation nicht verzichtet werden könnte (§ 17 Abs. 2 KHEntgG).

¹¹ Vgl. hierzu nur *Biermann/Ulsenheimer/Weißbauer*, a.a.O., MedR 2000, S. 107 bis 113 mit weiteren Hinweisen.

Wenn in einem Krankenhaus einzelne Chefärzte über ein Liquidationsrecht verfügen, andere Chefärzte mit neueren Verträgen dagegen nicht, wo stattdessen der Krankenhausträger das Liquidationsrecht ausübt, müsste die Wahlleistungsvereinbarung so gestaltet werden, dass aus dem Vertrag hervorgeht, in welchen Fachabteilungen der Krankenhausträger das Liquidationsrecht ausübt bzw. wo die leitenden Krankenhausärzte unmittelbar liquidationsberechtigt sind. Dies dürfte auch unter dem Gesichtspunkt des Transparenzgebotes in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB nicht unerhebliche Gestaltungsprobleme aufwerfen.

Wenn der Krankenhausträger das Liquidationsrecht bei wahlärztlichen Leistungen ausübt, stellt sich die Frage, von wem diese Leistungen erbracht werden müssen, damit sie abrechenbar sind, Chefärzte oder auch Oberärzte, bei Oberärzten nur leitende Oberärzte oder auch Funktionsoberärzte? Das Krankenhausentgeltgesetz beantwortet diese Fragen nicht. In der Rechtsprechung lassen sich hierzu bisher ebenfalls keine Antworten finden. Dies gilt auch für den Grundsatz persönlicher Leistungserbringung im Kernbereich wahlärztlicher Leistungen, der von Fachgruppe zu Fachgruppe unterschiedlich definiert wird.¹² Nach der Entscheidung des BGH ist eine Vertretung des Wahlarztes im Kernbereich wahlärztlicher Leistungen unter den dort genannten Voraussetzungen möglich. In den Fällen, in denen die Verhinderung des Wahlarztes bei Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung nicht vorhersehbar ist, kann seine Vertretung durch den vor Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung benannten ständigen ärztlichen Vertreter erfolgen und im Rahmen der Wahlleistungsvereinbarung wirksam vereinbart werden. In Fällen vorhersehbarer Verhinderung des Wahlarztes ist eine individuelle Vertretungsvereinbarung außerhalb der Wahlleistungsvereinbarung zu schließen, wobei Schriftform erforderlich ist und der Wahlarzt sich bei Abschluss der Vereinbarung vertreten lassen kann.¹³ Die Entscheidung des BGH lässt keine Rückschlüsse darauf zu, wer bei Ausübung des Liquidationsrechts bei wahlärztlichen Leistungen durch den Krankenhausträger im Kernbereich der wahlärztlichen Leistungen die Vertretung übernehmen kann bzw. ob eine solche Vertretung überhaupt zulässig ist.

Eine rechtssichere Gestaltung der Wahlleistungsvereinbarung in den Fällen, in denen der Krankenhausträger das Liquidationsrecht bei wahlärztlichen Leistungen selbst ausüben will, erscheint demnach kaum möglich.

3) Rechtspolitische Überlegungen

Nachdem ein Liquidationsrecht des Krankenhausträgers für wahlärztliche Leistungen nicht zu begründen ist, dürften Wahlleistungsvereinbarungen, die ein solches Liquidationsrecht enthalten, unwirksam sein mit den sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Abrechnung wahlärztlicher Leistungen.¹⁴

Bestehende Chefarztdienstverträge, in denen dem Chefarzt nur eine Beteiligungsvergütung eingeräumt wird, müssten wohl abgeändert werden, wenn der Krankenhausträger keine Honorareinbußen bei der Abrechnung wahlärztlicher Leistungen haben will. Dabei könnte man sich wohl darauf beschränken, dem Chefarzt im Außenverhältnis das Liquidationsrecht einzuräumen und ihn im

¹² Clausen/Schroeder-Printzen, Wahlleistungsvereinbarung/Privatliquidation bei stationären Behandlungen, S. 56 ff.

¹³ BGH, Urteil vom 20.12.2007, Az: III ZR 144/07.

¹⁴ Anders möglicherweise LG Heidelberg, Urteil vom 5.4.2007, Az: 3 O 256/06 und OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.12.2007, Az: 1 U 92/07, in dem allerdings der nicht liquidationsberechtigte und somit nicht passivlegitimierte Chefarzt auf Rückzahlung von Honorar aus Privatliquidationen verklagt worden war, so dass die Frage der Wirksamkeit der Wahlleistungsvereinbarung nicht abschließend entschieden werden musste.

Innenverhältnis verpflichten, die Liquidationseinnahmen vollständig an den Krankenhausträger abzuführen, um im Gegenzug seine Beteiligungsvergütung zu erhalten. Denkbar wäre auch eine Regelung, bei der dem Chefarzt das Liquidationsrecht eingeräumt wird bei gleichzeitiger Verpflichtung, die Abrechnung dem Krankenhausträger zu überlassen. Nach der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 5.10.2005 sind die Einnahmen aus dem dem Chefarzt eingeräumten Liquidationsrecht für die gesondert berechenbaren wahlärztlichen Leistungen lohnsteuerpflichtig.¹⁵ Den Krankenhausträger als Arbeitgeber trifft bei dieser Konstellation die Lohnsteuerhaftung. Er hat deshalb ein legitimes Interesse daran, eine gewisse Kontrolle über die Liquidationseinnahmen des Chefarztes zu erreichen, die so gewährleistet wäre. Die Verhandlungsposition des Chefarztes bei der Gestaltung von Chefarzt-Dienstverträgen würde sich gleichwohl erheblich verbessern.

Die Beschränkung des Liquidationsrechts für wahlärztliche Leistungen auf angestellte oder beamtete leitende Krankenhausärzte dient zudem der Legitimation der gesonderten Berechnung wahlärztlicher Leistungen und somit im Ergebnis auch den Interessen der Krankenhausträger, die an den jeweiligen Liquidationseinnahmen ihrer Chefärzte über gesetzliche bzw. vertragliche Abgabenregelungen beteiligt sind. Der Patient, der sich für wahlärztliche Leistungen entscheidet, schließt regelmäßig mit dem Krankenhausträger einen so genannten Totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Arzt-Zusatzvertrag. Der Krankenhausaufnahmevertrag zwischen Krankenhausträger und Patient beinhaltet dessen Verpflichtung, alle für die stationäre Behandlung erforderlichen Leistungen einschließlich der gesamten ärztlichen Versorgung zu erbringen. Der Patient zahlt somit bereits für die ärztliche Versorgung an den Krankenhausträger. Zusätzlich wird noch ein Vertrag zwischen Patienten und Krankenhausträger geschlossen, der wahlärztliche und/oder nichtwahlärztliche Leistungen beinhaltet sowie jeweils ein Arzt-Zusatzvertrag zwischen dem Patienten und den an der Behandlung beteiligten leitenden Krankenhausärzten mit eigener Liquidationsberechtigung. Der Patient, der sich für wahlärztliche Leistungen entscheidet, zahlt somit für ärztliche Leistungen mit den Einschränkungen durch § 6a GOÄ doppelt, zum einen an den Krankenhausträger und zum anderen an die an der Behandlung beteiligten Wahlärzte. Dies lässt sich im Wesentlichen damit begründen, dass es im Rahmen des Arzt-Zusatzvertrages weniger um die Dienstleistung als solche, als um die Person des Dienstverpflichteten geht. Die persönliche wahlärztliche Leistungserbringung und deren gesonderte Vergütung bilden hier das eigentliche Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung.¹⁶ Wenn der Krankenhausträger das Liquidationsrecht für wahlärztliche Leistungen ausübt, fehlt es möglicherweise an dem besonderen Austauschverhältnis, das die eigentliche Qualität des Arzt-Zusatzvertrages ausmacht, so dass die Frage gestellt werden muss, warum der Krankenhausträger eigentlich berechtigt sein soll, von Seiten des Patienten für die ärztliche Vergütung sowohl im Rahmen der Allgemeinen Krankenhausleistungen als auch im Rahmen der ärztlichen Wahlleistungen doppelt vergütet zu werden. Das gesamte System der Abrechnung stationärer Krankenhausleistungen bei Privatpatienten bekäme damit ein nicht unerhebliches Legitimationsproblem. Dies kann allein schon unter finanziellen Gesichtspunkten nicht im Interesse der Krankenhausträger sein.

¹⁵ Bundesfinanzhof, Urteil vom 5.10.2005, ZMGR 2005, 365 = GesR 2006, 18.

¹⁶ So zutreffend *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer*, Liquidation wahlärztlicher Leistungen, MedR 2000, S. 107, 110.