

Wahlleistungen – Update*

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

¹ Berufsverband Deutscher Anästhesisten, Nürnberg

² Rechtsanwälte, 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 (BpflV) - 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 BpflV 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 Beteiligungsvergütung, 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 Ausführungen 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 Operation 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
BDA-Geschäftsstelle
Roritzerstraße 27
90419 Nürnberg, Deutschland
Tel.: 0911 93378 -27
Fax: 0911 3938195
E-Mail: bda.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. Vereinbarungsmuster

zur 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.