

Niedergelassener Honorararzt kann keine wahlärztliche Hauptbehandlungsleistung im Krankenhaus abrechnen

Manfred Andreas, Karlsruhe¹

Urteil des Bundesgerichtshofs vom 16.10.2014 - III ZR 85/14 -

Einige Krankenhausträger sehen einen Vorteil darin, bestimmte Leistungen von externen Honorarärzten erbringen zu lassen. Im vorliegenden Fall hatte ein niedergelassener Neurochirurg als Honorararzt in der unfallchirurgischen Abteilung eines Krankenhauses eine Rückenoperation stationär durchgeführt. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat entschieden, dass der Neurochirurg die ärztlichen Leistungen trotz der geschlossenen „Vereinbarung über Behandlung gegen Privatrechnung“ gegenüber der Patientin nicht liquidieren durfte. Denn der selbstständige Honorararzt gehört nicht zu den nach § 17 Abs. 3 Satz 1 Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) liquidationsberechtigten Ärzten (Rdnr. 24 des Urteils). Der Senat hat zu seiner Entscheidung folgenden Leitsatz formuliert:

§ 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG legt den Kreis der liquidationsberechtigten Wahlärzte abschließend fest. Eine Wahlleistungsvereinbarung mit dem Krankenhausträger oder eine gesonderte Vergütungsvereinbarung mit dem behandelnden Arzt (hier: mit einem Honorararzt), die davon abweichen, sind gemäß § 134 BGB nichtig.

Zum Sachverhalt:

[1] Die Klägerin, ein privates Krankenversicherungsunternehmen, nimmt den beklagten Arzt aus abgetretenem Recht auf Honorarrückzahlung in Anspruch.

[2] Der Beklagte ist als Facharzt für Neurochirurgie Mitglied einer Gemeinschaftspraxis niedergelassener Ärzte. Zugleich war er im Jahre 2010 auf Grund einer Kooperations-

vereinbarung mit der ... Kliniken ... GmbH im Krankenhaus ... tätig, ohne dass eine Anstellung als Krankenhausarzt erfolgte.

[3] Die Versicherungsnehmerin der Klägerin ... war Patientin in der Praxis des Beklagten. Im Hinblick auf eine bevorstehende Rückenoperation unterzeichnete sie am 10.3.2010 eine „Vereinbarung über Behandlung gegen Privatrechnung“. Darin erklärte sie sich mit einer privaten Abrechnung der ärztlichen Leistungen einverstanden.

[4] Unter dem Datum des 12.3.2010 schlossen die Versicherungsnehmerin und die ... Kliniken ... GmbH einen Behandlungsvertrag über im Krankenhaus B. zu erbringende stationäre Leistungen ab. Gleichzeitig trafen sie eine Wahlleistungsvereinbarung. Für die zuständige Fachabteilung der Unfallchirurgie wurde Privatdozent ... als Wahlarzt benannt. Die Angabe eines ständigen ärztlichen Vertreters unterblieb („N.N.“).

[5] Den operativen Eingriff nahm der Beklagte am 19.3.2010 im Kran-

¹ Dr. jur. Manfred Andreas, Karlsruhe

kenhaus ... vor. Anschließend befand sich die Versicherungsnehmerin bis zum 22.3.2010 in stationärer Behandlung.

[6] Mit Rechnung vom 29.4.2010 liquidierte der Beklagte die von ihm erbrachten ärztlichen Leistungen in Höhe von 1.174,23 € gegenüber der Versicherungsnehmerin. Diese belieg die Forderung. Nach Erstattung des Rechnungsbetrages durch die Klägerin trat die Versicherungsnehmerin etwaige Rückforderungsansprüche gegen den Beklagten an die Klägerin ab.

[7] Die Klägerin hat geltend gemacht, der Beklagte sei zur Rückzahlung des erhaltenen Honorars verpflichtet. Er sei nicht als liquidationsberechtigter Wahlarzt im Sinne von § 17 Abs. 3 des Krankenhausentgeltgesetzes (KHEntgG) tätig geworden. Als Honorar-/Kooperationsarzt habe er lediglich allgemeine Krankenhausleistungen nach § 2 KHEntgG erbracht, die durch das Krankenhaus über Fallpauschalen bzw. Pflegesätze zu liquidieren seien.

[8] Das Amtsgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 1.174,23 € nebst Zinsen verurteilt. Die Berufung des Beklagten hat das Landgericht zurückgewiesen.

[9] Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

[10] Die Revision des Beklagten hat keinen Erfolg.

I. Die Begründung des Berufungsgerichts

[11] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Vorschrift des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG schließe eine unmittelbare privatärztliche Liqui-

dation der erbrachten ärztlichen Leistungen durch den Beklagten aus. Die Bestimmung lege abschließend fest, wer zur Abrechnung wahlärztlicher Leistungen befugt sei, wenn eine Behandlung in einem Krankenhaus stattfindet. Der Gesetzgeber habe sich bewusst dafür entschieden, lediglich angestellte oder beamtete Ärzte als Wahlärzte zuzulassen. Diese Voraussetzungen erfülle der Beklagte nicht, da er weder originärer Wahlarzt noch in die sogenannte Wahlärztkette einbezogen sei. § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG stelle ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB dar und könne durch eine privatrechtliche Vereinbarung nicht umgangen werden. Da der Beklagte nicht zum Kreis der liquidationsberechtigten Ärzte gehöre, müsse er seine Leistungen gegenüber dem Träger des Krankenhauses abrechnen.

II. Die Begründung des BGH-Senats

[12] Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision stand.

[13] Die Versicherungsnehmerin schuldet keine gesonderte Vergütung für die erbrachten ärztlichen Leistungen. Der Beklagte ist deshalb gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zur Rückzahlung des ohne Rechtsgrund erhaltenen Honorars verpflichtet.

Definition des Begriffs „Honorararzt“

[14] 1. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen, die von der Revision nicht in Frage gestellt werden, hat der Beklagte seine ärztlichen Leistungen im Krankenhaus ... auf der Grundlage einer Kooperationsvereinbarung mit der ... Kliniken ... GmbH als sogenannter Honorararzt erbracht. Darunter ist ein Facharzt zu verstehen, der im stationären und/oder ambulanten Bereich des Kran-

kenhauses ärztliche Leistungen für den Krankenhausträger erbringt, ohne bei diesem angestellt oder als Belegarzt oder Konsiliararzt tätig zu sein. Er wird zeitlich befristet freiberuflich auf Honorarbasis tätig, wobei das Honorar mit dem Krankenhausträger frei und unabhängig von den Vorgaben der Gebührenordnung für Ärzte vereinbart wird und mangels Anstellung des Honorararztes keinen tarifvertraglichen Bindungen unterliegt (Quaas/Zuck, Medizinrecht, 3. Aufl. § 16 Rdnr. 146; Bender, GesR 2013, 449; Clausen, ZMGR 2012, 248, 249).

Von der Wahlleistungsvereinbarung erfasste Ärzte und Einrichtungen

[15] 2. Aufgrund der zwischen der Versicherungsnehmerin der Klägerin und der ... Kliniken ... GmbH als Krankenhausträgerin am 12.3.2010 abgeschlossenen Wahlleistungsvereinbarung konnte der Beklagte keine gesonderte Berechnung der von ihm als Operateur erbrachten ärztlichen Leistungen „aus eigenem Recht“ vornehmen (vgl. Senatsurteil vom 19.2.1998 - III ZR 169/97, BGHZ 138, 91, 97 = ArztR 1998, 314 ff.).

[16] a) Nach den Vorschriften des Krankenhausentgeltgesetzes in der hier maßgeblichen Fassung des Krankenhausfinanzierungsreformgesetzes vom 17.3.2009 (BGBl. I S. 534) werden vollstationäre und teilstationäre Leistungen der DRG-Krankenhäuser nach dem Krankenhausentgeltgesetz und dem Krankenhausfinanzierungsgesetz vergütet (§ 1 Abs. 1 KHEntgG). Unter den Oberbegriff der Krankenhausleistungen fallen dabei allgemeine Krankenhausleistungen und Wahlleistungen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 KHEntgG). Detailregelungen zu den Wahlleistungen enthält § 17 KHEntgG. Danach kann ein Patient unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 bis 3 KHEntgG eine Vereinba-

nung über die Inanspruchnahme wahlärztlicher Leistungen mit dem Krankenhausträger treffen und auf diese Weise - gegen Zahlung eines zusätzlichen Honorars - sicherstellen, dass ihm die persönliche Zuwendung und besondere Qualifikation und Erfahrung des von ihm gewählten liquidationsberechtigten Arztes zuteil wird („Chefarztbehandlung“), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er nach Art und Schwere der Erkrankung auf die Behandlung durch einen besonders qualifizierten Arzt angewiesen ist (Senatsurteile vom 19.2.1998 a.a.O., S. 96 und vom 20.12.2007 - III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 Rdnr. 7 = ArztR 2008, 98 ff.). Der Kreis der in Betracht kommenden Wahlärzte wird durch § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG festgelegt. **Hiernach 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 vollstationären und teilstationären Behandlung (§ 115a SGB V) berechtigt sind, einschließlich der von diesen Ärzten veranlassten Leistungen von Ärzten und ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses** (sogenannte Wahlarzt- oder Liquidationskette; vgl. Spickhoff/Kutlu, Medizinrecht, 2. Aufl., § 17 KHEntgG, Rdnr. 11).

[17] b) Von der in § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG normierten WahlarztKette werden somit nicht alle an der Behandlung beteiligten Ärzte, sondern nur bestimmte Ärzte erfasst. Der Beklagte fällt nicht darunter.

[18] aa) In der Wahlleistungsvereinbarung vom 12.3.2010 ist er weder als Wahlarzt noch als „gewünschter“ Stellvertreter des Wahlarztes aufgeführt (dazu Bender a.a.O., S. 452; vgl. allgemein zur Möglichkeit einer Stellvertreterregelung in Wahlleistungsvereinbarungen; Senatsurteil vom 20.12.2007 - III ZR 144/07, BGHZ 175, 76, 79 f. = ArztR 2008, 98 ff.).

[19] bb) Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG erstreckt sich eine Wahlleistungsvereinbarung, deren wirksamer Abschluss Grundlage für die Abrechnung wahlärztlicher Leistungen ist (dazu Senatsurteil vom 19.2.1998 a.a.O., S. 98), auf **angestellte und beamtete Krankenhausärzte, denen der Krankenhausträger das Liquidationsrecht eingeräumt hat**. Niedergelassene Honorarärzte wie der Beklagte, die auf Grund eines Kooperationsvertrags im Krankenhaus tätig werden, ohne dort angestellt zu sein, sind jedoch weder Beamte noch Angestellte des Krankenhauses (s. auch Clausen in Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 18 Rdnr. 39; derselbe, ZMGH a.a.O., S. 254).

[20] Darüber hinaus erstreckt sich eine Wahlleistungsvereinbarung gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 letzter Halbsatz KHEntgG auch auf die **Leistungen von Ärzten und ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses, soweit diese Leistungen im Rahmen der Behandlung des Patienten von angestellten oder beamteten Krankenhausärzten mit eigenem Liquidationsrecht veranlasst werden**. Dieses Kriterium trifft auf die Tätigkeit des Beklagten nicht zu. Die Operation der Versicherungsnehmerin erfolgte nicht außerhalb des Krankenhauses, sondern stellte die vom Krankenhausträger geschuldete **Hauptbehandlungsleistung** dar, die von dem Beklagten auf Grund des Kooperationsvertrags gegenüber dem Krankenhaus erbracht wurde. Zudem hat der Beklagte seine ärztlichen Leistungen auch nicht als externer Wahlarzt „auf Veranlassung“ eines angestellten oder beamteten Krankenhausarztes mit eigener Liquidationsberechtigung ausgeführt.

[21] cc) Der Kreis der liquidationsberechtigten Wahlärzte wird auch nicht durch § 17 Abs. 1 Satz 2 KHEntgG erweitert. Diese Regelung betrifft die Erbringung diagnostischer und therapeutischer Leistungen als Wahlleis-

tungen durch einen Arzt, ohne dass dieser beim Krankenhaus angestellt oder verbeamtet sein müsste. § 17 Abs. 1 Satz 2 KHEntgG befasst sich jedoch ersichtlich nur mit sogenannten medizinischen Wahlleistungen (Anwendung einer bestimmten Methode, Einsatz eines bestimmten Produkts) und nicht mit der Person des Leistenden. Wahlärztliche Fragen sind nicht Gegenstand der Vorschrift (Bender a.a.O., S. 450).

Von § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG abweichende Vereinbarungen sind nichtig

[22] 3. Entgegen der Auffassung der Revision schuldete die Versicherungsnehmerin der Klägerin auch aus der mit dem Beklagten bzw. mit der Gemeinschaftspraxis getroffenen „Vereinbarung über Behandlung gegen Privatrechnung“ vom 10.3.2010 kein gesondertes Entgelt für die vom Beklagten erbrachten ärztlichen Leistungen.

[23] § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG legt den Kreis der liquidationsberechtigten Wahlärzte abschließend fest. Es handelt sich um eine dem Schutz des Privatpatienten dienende zwingende preisrechtliche Norm (vgl. Bender a.a.O., S. 453). Hiervon kann auch nicht im Wege einer unmittelbar zwischen dem behandelnden (nicht liquidationsberechtigten) Honorararzt und dem Patienten zustande gekommenen individuellen Vergütungsabrede abgewichen werden. Das Berufungsgericht ist deshalb zu Recht davon ausgegangen, dass die „Vereinbarung über Behandlung gegen Privatrechnung“ vom 10.3.2010 gemäß § 134 BGB nichtig ist.

Die Auffassung der Revision, § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG stehe einer solchen, von nicht am Krankenhaus

angestellten oder beamteten Honorärärzten getroffenen „externen Wahlleistungsvereinbarung“ nicht entgegen, weil es allein darauf ankomme, dass der Patient ausreichend über die Entgelte der Wahlleistungen unterrichtet werde und die Vereinbarung über die Wahlleistungen schriftlich erfolge (siehe auch Landgericht Würzburg, GesR 2012, 432; Spickhoff/Kutlu a.a.O. § 17 KHEntgG, Rdnr. 13), vermag nicht zu überzeugen.

[24] a) § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG ist seinem Wortlaut nach eindeutig und schließt die Abrechnung wahlärztlicher Leistungen durch selbstständige Honorarärzte aus. Indem der Kreis der liquidationsberechtigten Ärzte positiv beschrieben wird, wird zugleich negativ geregelt, dass anderen Ärzten ein Liquidationsrecht nicht zusteht.

Wäre die Gegenauffassung zutreffend, könnte die Anzahl der liquidationsberechtigten Ärzte durch bloße Vereinbarung über eine Behandlung gegen Privatrechnung frei bestimmt werden. Die vom Gesetzgeber im Normtext eindeutig zum Ausdruck gebrachte Begrenzung auf angestellte oder beamtete Ärzte würde leer laufen (vgl. Landgericht Kiel, GesR 2014, 34; Clausen in Ratzel/Luxemburger a.a.O., § 18 Rdnr. 39; Bender a.a.O., S. 451; Clausen, ZMGR a.a.O., S. 255).

[25] b) Darüber hinaus widerspricht eine Auslegung des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG dahingehend, dass eine direkte Abrechnungsmöglichkeit der Honorarärzte gegenüber Patienten jederzeit frei vereinbart werden könne, dem Sinn und Zweck des Abschlusses einer Wahlleistungsvereinbarung. Der Patient schließt einen solchen Vertrag im Vertrauen auf die besonderen Erfahrungen und die herausgehobene medizinische Kompetenz des von ihm ausgewählten Arz-

tes („Chefarztbehandlung“), die er sich in Sorge um seine Gesundheit gegen Bezahlung einer gesonderten Vergütung sichern will (Senatsurteil vom 20.12.2007 - III ZR 144/07, BGHZ 175, 76, Rdnr. 7 = ArztR 2008, 98 ff.). Dem Patienten geht es also darum, sich über den Facharztstandard hinaus, der bei der Erbringung allgemeiner Krankenhausleistungen ohnehin geschuldet ist, die Leistungen hochqualifizierter Spezialisten „hinzuzukaufen“ (Senatsurteil vom 19.2.1998 - III ZR 169/97, BGHZ 138, 91, 96 = ArztR 1998, 314 ff.). Diese, ein zusätzliches Entgelt erst rechtfertigende herausgehobene ärztliche Qualifikation („Chefarztstandard“) kann nicht bei allen Honorarärzten von vornherein gleichsam „automatisch“ angenommen werden. In diesem Zusammenhang wird in der Literatur zu Recht darauf hingewiesen, dass die Berechnung eines gesonderten Entgelts für wahlärztliche Leistungen grundsätzlich in Frage gestellt würde, wenn die Leistungen gewissermaßen „jeder“ Honorararzt berechnen könnte, und zwar auch dann, wenn er nur den bei allgemeinen Krankenhausleistungen geforderten Facharztstandard leistet (Clausen, ZMGR a.a.O., S. 255; siehe auch Quaas/Zuck a.a.O., § 16 Rdnr. 161).

[26] Die Revision verkennt somit den Sinn und Zweck der mit § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG ermöglichten ärztlichen Wahlleistung, wenn sie allein darauf abstellen will, dass Honorarärzten eine unmittelbare Privatliquidation gegenüber dem Patienten bereits dann zu gestatten sei, wenn die Entgelte für die Wahlleistungen in keinem unangemessenen Verhältnis zu den Leistungen stünden (§ 17 Abs. 1 Satz 3 KHEntgG), die Wahlleistungen schriftlich vereinbart würden und der Patient schriftlich über die Entgelte für die Wahlleistungen und deren Inhalt unterrichtet werde (§ 17 Abs. 2 Satz 1 KHEntgG).

[27] Auf das Senatsurteil vom 4.11.2010 (III ZR 323/09, BGHZ 187, 279 = ArztR 2011, 122 ff.) kann sich

die Revision zur Begründung ihrer abweichenden Auffassung nicht berufen. Die Entscheidung betrifft den Anspruch eines externen Arztes gegen einen Wahlleistungspatienten auf Ersatz von Auslagen für aufgewendete Sachkosten. Der Patient hatte die private, persönliche Beratung und Behandlung durch die liquidationsberechtigten Wahlärzte des Krankenhauses vereinbart. Auf deren Veranlassung wurde in einer Gemeinschaftspraxis für Röntgenologie und Nuklearmedizin eine Angiographie mit anschließender Dilatation der Arterien vorgenommen. Der Senat ging deshalb davon aus, dass die Ärzte der Gemeinschaftspraxis auf Grund der Vereinbarung wahlärztlicher Leistungen „nach Maßgabe des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG“ auf Veranlassung der liquidationsberechtigten Ärzte des Krankenhauses, das den Patienten zur stationären Behandlung aufgenommen hatte, tätig geworden sind (Senatsurteil a.a.O., Rdnr. 5). Die Entscheidung kann somit gerade nicht dafür herangezogen werden, um Honorarärzten die Möglichkeit einzuräumen, wahlärztliche Leistungen unmittelbar gegenüber dem Patienten zu liquidieren (ebenso Clausen, ZMGR a.a.O., S. 255).

[28] c) Auch die Systematik der §§ 17 f. KHEntgG spricht gegen eine Berechtigung des Honorararztes zur Liquidation wahlärztlicher Leistungen. In § 17 KHEntgG finden sich Detailregelungen zu den Wahlleistungen. § 18 KHEntgG befasst sich mit dem Belegarztwesen. Im Rahmen der Kostenerstattung nach § 19 KHEntgG, einer die §§ 17, 18 KHEntgG ergänzenden Norm, differenziert der Gesetzgeber zwischen den Leistungen der Belegärzte in Absatz 1 und den wahlärztlichen Leistungen in Absatz 2, die ein „Arzt des Krankenhauses“ nach § 17 Abs. 3 KHEntgG gesondert berechnen kann. § 19 Abs. 3 KHEntgG regelt die Kostenerstattung bei sonstigen voll- oder teilstationären Leistungen. Gemeint sind hier Leistun-

gen, die der Arzt selbst berechnen darf, die aber keine wahlärztliche Leistung im Sinne von § 17 Abs. 3 KHEntgG sind, z.B. eine ärztliche Gutachterleistung, die Zweck der stationären Krankenhausaufnahme war (Spickhoff/Kutlu a.a.O., § 19 KHEntgG Rdnr. 5). In der Regelung der Kostenerstattung in § 19 Abs. 1 bis 3 KHEntgG kommt somit der Wille des Gesetzgebers, dass externe Ärzte, die die Voraussetzungen des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG nicht erfüllen, keine wahlärztlichen Leistungen abrechnen können, erneut zum Ausdruck.

[29] d) Dass es dem gesetzgeberischen Zweck des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG entspricht, den Kreis der liquidationsberechtigten Wahlärzte abschließend festzulegen und die gesonderte Abrechnung ärztlicher Wahlleistungen durch Honorarärzte zu verbieten, lässt sich auch anhand der **Entstehungsgeschichte der Norm** ohne Weiteres nachvollziehen.

[30] Nach § 6 Satz 4 der Bundespflege-satzverordnung vom 25.4.1973 (BPfIV 1973; BGBl. I S. 333) konnte die Wahl des Patienten, sofern ärztliche Leistungen als gesondert berechenbare Leistungen angeboten wurden, nicht auf einzelne liquidationsberechtigte Ärzte des Krankenhauses beschränkt werden. Gemäß § 7 Abs. 3 Satz 1 der Bundespflegesatzverordnung vom 21.8.1985 (BPfIV 1986; BGBl. I S. 1666), der Nachfolgevorschrift zu § 6 Satz 4 BPfIV 1973, erfasste eine Wahlleistungsvereinbarung alle an der Behandlung des Patienten beteiligten und liquidationsberechtigten Ärzte des Krankenhauses, einschließlich der von diesen Ärzten veranlassten Leistungen von Ärzten außerhalb des Krankenhauses. Soweit die Revision unter Berufung auf die Verordnungsbegründung (BR-Drucks. 269/84 S. 12) geltend macht, die neue Vorschrift habe eine Wahlleistungsvereinbarung uneingeschränkt auch auf ärztliche Leistungen Dritter außerhalb des Krankenhauses erstreckt, gibt sie die Gesetzesmaterialien, was in der Revisionserwiderung zu Recht beanstandet wird, nur verkürzt

wieder. Aus der Verordnungsbegründung ergibt sich vielmehr, dass sich eine Wahlleistungsvereinbarung auf ärztliche Leistungen Dritter außerhalb des Krankenhauses - zum Beispiel Leistungen von Ärzten anderer Krankenhäuser oder von niedergelassenen Ärzten - nur erstreckte, soweit diese Leistungen im Rahmen der Behandlung des Patienten „von liquidationsberechtigten Ärzten des Krankenhauses veranlasst werden“. Zugleich sollte verdeutlicht werden, dass nicht sämtliche Leistungen der liquidationsberechtigten Ärzte erfasst wurden, sondern nur Leistungen, zu deren gesonderter Berechnung die Ärzte des Krankenhauses nach dem Vertrag mit dem Krankenträger oder entsprechenden beamtenrechtlichen Regelungen berechtigt waren (BR-Drucks. 269/84 S.12). Dieser durch § 7 Abs. 3 Satz 1 BPfIV 1986 beschränkte Kreis liquidationsberechtigter Ärzte wurde sodann bei der Neuordnung des Pflegesatzrechts durch die Pflegesatzverordnung vom 16.9.1994 (BPfIV 1995; BGBl. I S. 2750) in § 22 Abs. 3 Satz 1 wortgleich übernommen. Das Krankenhausentgeltgesetz vom 23.4.2004 (BGBl. I S. 1412, 1422) brachte eine weitere Einschränkung auf „angestellte und beamtete Ärzte des Krankenhauses“.

Die Gesetzgebungsgeschichte belegt somit, dass der Gesetzgeber den Kreis der liquidationsberechtigten Wahlärzte kontinuierlich eingengt hat und zu keinem Zeitpunkt Drittärzten ohne Veranlassung durch einen liquidationsberechtigten Krankenhausarzt ein eigenes Liquidationsrecht einräumen wollte.

Die Neuregelung aus dem Jahr 2012

[31] e) Die - vorliegend noch nicht einschlägigen - Änderungen des § 2 KHEntgG durch das Psych-Entgeltgesetz vom 21.7.2012 (BGBl. I S. 1613) sprechen dafür, dass der Gesetzgeber weiterhin daran festhalten will, im Krankenhaus nicht fest angestellten Ärzten eine gesonderte Berechnung

von Wahlleistungen zu versagen. § 2 Abs. 1 Satz 1 KHEntgG n.F. stellt nunmehr ausdrücklich klar, dass eine ärztliche Krankenhausbehandlung auch durch nicht fest angestellte Ärzte erfolgen kann. In der Gesetzesbegründung wird hierzu ausgeführt, durch die Neuregelung werde gesetzlich verankert, dass Krankenhäuser ihre „allgemeinen Krankenhausleistungen“ auch durch nicht fest im Krankenhaus angestellte Ärzte erbringen können. Wahlärztliche Leistungen werden nicht erwähnt (BT-Drucks. 17/9992 S. 26). Damit korrespondiert der neue § 2 Abs. 3 KHEntgG, der die Krankenhäuser verpflichtet, bei der Erbringung „allgemeiner Krankenhausleistungen“ durch nicht im Krankenhaus fest angestellte Ärzte sicherzustellen, dass diese für ihre Tätigkeit im Krankenhaus die gleichen Anforderungen erfüllen, wie sie auch für fest im Krankenhaus angestellte Ärzte gelten. Dafür, dass der Gesetzgeber die Freigabe ärztlicher Wahlleistungen für Honorarärzte nicht gestatten wollte, spricht ferner, dass § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG durch das Psych-Entgeltgesetz unverändert geblieben ist (vgl. auch Quaas/Zuck a.a.O., § 16 Rdnr. 161; Clausen, ZMGR a.a.O., S. 250 f.).

Erläuterungen und Hinweise:

1. Der BGH stützt seine Entscheidung maßgeblich auf § 2 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 sowie auf § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG. Zum leichteren Verständnis werden diese Bestimmungen nachfolgend im Wortlaut wiedergegeben.

§ 2 Abs. 1 Satz 1 KHEntgG lautet:

Krankenhausleistungen nach § 1 Abs. 1 sind insbesondere ärztliche Behandlungen, auch durch nicht fest angestellte Ärztinnen und Ärzte, Krankenpflege, Versorgung mit Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln, die für die Versorgung im Krankenhaus notwendig sind, so-

wie Unterkunft und Verpflegung; sie umfassen allgemeine Krankenhausleistungen und Wahlleistungen.

Die Worte „auch durch nicht fest angestellte Ärztinnen und Ärzte“ wurden durch das Psych-Entgeltgesetz vom 21.7.2012 (BGBl. I S. 1613) eingefügt und waren für das Urteil des Senats noch nicht einschlägig (Rdnr. 31).

§ 2 Abs. 3 KHEntgG wurde durch das Psych-Entgeltgesetz vom 21.7.2012 (BGBl. I S. 1613) angefügt (Rdnr. 31) und lautet:

Bei der Erbringung von allgemeinen Krankenhausleistungen durch nicht im Krankenhaus fest angestellte Ärztinnen und Ärzte hat das Krankenhaus sicherzustellen, dass diese für ihre Tätigkeit im Krankenhaus die gleichen Anforderungen erfüllen, wie sie auch für fest im Krankenhaus angestellte Ärzte und Ärztinnen gelten.

§ 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG hat folgenden Wortlaut:

Eine Vereinbarung über wahlärztliche Leistungen erstreckt sich auf alle an der Behandlung des Patienten beteiligten angestellten oder beamteten Ärzte des Krankenhauses, soweit diese zur gesonderten Berechnung ihrer Leistungen im Rahmen der vollstationären und teilstationären sowie einer vor- und nachstationären Behandlung (§ 115a des Fünften Buches Sozialgesetzbuch) berechtigt sind, einschließlich der von diesen Ärzten veranlassten Leistungen von Ärzten und ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses; darauf ist in der Vereinbarung hinzuweisen.

2. Der BGH betont, dass § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG den Kreis der liquidationsberechtigten Ärzte für im Krankenhaus erbrachte Leistungen abschließend festlegt. Er zieht daraus den Schluss, dass jede vom Gesetz abweichende Vereinbarung gemäß § 134 BGB nichtig ist (Rdnr. 23). In einer solchen Deutlichkeit war dies bisher in den mehrfach zitierten Entscheidungen vom 19.2.1998 und 20.12.2007 nicht zum Ausdruck gekommen. Die Rechtsfolge der Nich-

tigkeit nach § 134 BGB wird auch im Leitsatz des Urteils (siehe den Vorspann am Ende) herausgestellt.

Dem Wortlaut des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG entnimmt der BGH, dass wahlärztliche Leistungen nur liquidiert werden können von

a) angestellten Krankenhausärzten, denen der Krankenhausträger das Liquidationsrecht eingeräumt hat;

b) beamteten Krankenhausärzten, denen der Krankenhausträger das Liquidationsrecht eingeräumt hat;

c) Ärzten außerhalb des Krankenhauses, wenn die Leistungen von Ärzten nach a) oder b) veranlasst wurden;

d) ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses, wenn die Leistungen von Ärzten nach a) oder b) veranlasst wurden.

Im vorliegenden Fall war Alternative c) einschlägig. Es fehlte jedoch an der Veranlassung durch einen liquidationsberechtigten Krankenhausarzt. Außerdem erfolgte die Leistung nicht außerhalb des Krankenhauses. Dabei sagt der BGH nicht, ob die Präposition „außerhalb“ räumlich zu verstehen ist. Der Senat stellt vielmehr darauf ab, dass der Honorararzt im vorliegenden Fall die „Hauptbehandlungsleistung“ des Krankenhauses erbracht hatte (Rdnr. 20).

3. Obwohl es für die Entscheidung des Falles nicht nötig gewesen wäre, erwähnt der BGH am Ende seines Urteils (Rdnr. 31), die Neufassung in § 2 KHEntgG „spreche dafür“, dass sich gegenüber der früheren Rechtslage nichts geändert habe und der Sachverhalt auch unter Berücksichtigung der geänderten Vorschriften nicht anders zu entscheiden gewesen wäre. Dieser deutliche Fingerzeig bedeutet für die Praxis, dass die Erwägungen, die der BGH zu dem Sachverhalt aus dem Jahr 2010 angestellt hat, auch nach geltender Rechtslage nicht anders ausgefallen wären.

4. Lässt man die sehr eingehenden Überlegungen des Senats zum Kran-

kenhausentgeltgesetz beiseite, so ergibt schon eine unbefangene Betrachtung des Sachverhalts, dass die Entscheidung des Senats im Ergebnis richtig ist.

Im Sachverhalt heißt es, dass die Versicherungsnehmerin Patientin in der Praxis des beklagten Honorararztes war (Rdnr. 3). Außerdem schlossen die Patientin und der Honorararzt die „Vereinbarung über Behandlung gegen Privatrechnung“ zwei Tage vor der Wahlleistungsvereinbarung mit dem Krankenhaus ab (Rdnr. 4). Somit lag ein Sachverhalt vor, wie er für eine belegärztliche Behandlung typisch ist. Weil eine neurochirurgische Belegabteilung aber nicht existierte, wurde die Konstruktion gewählt, den niedergelassenen Neurochirurgen in der Fachabteilung für Unfallchirurgie operieren zu lassen. Ob dies pflegesatzrechtlich zulässig war, hatte der BGH nicht zu entscheiden. Ein Liquidationsrecht als Wahlarzt oder Belegarzt erwuchs dem selbstständigen Honorararzt nicht.

Selbst wenn der BGH dem Honorararzt die Möglichkeit eines wahlärztlichen Liquidationsrechts eingeräumt hätte, hätte der beklagte Honorararzt den Rechtsstreit nicht gewinnen können. Denn er war im Formular der Wahlleistungsvereinbarung weder als Wahlarzt noch als ständiger ärztlicher Vertreter aufgeführt (Rdnr. 4, 18). Es fehlten also schon die formalen Voraussetzungen für eine Privatabrechnung nach dem Krankenhausentgeltgesetz.

5. Nach der Lektüre des Urteils stellt sich die Frage, ob es in dem vom BGH entschiedenen Fall möglich gewesen wäre, für die Leistung des Honorararztes ein **Wahlleistungsentgelt** zu vereinbaren.

a) Da die Hauptbehandlungsleistung nicht außerhalb des Krankenhauses erbracht wurde, hätte nur die Möglichkeit bestanden, den Honorararzt in Teilzeit im Krankenhaus anzustellen, sodass er ein angestell-

ter Krankenhausarzt im Sinne des § 17 Abs. 3 Satz 1 KEntgG gewesen wäre (siehe oben Nr. 2 Alternative a). Gleichzeitig hätte der Krankenhausträger dem angestellten Arzt, der seine Leistung nicht mehr als Honorararzt erbracht hätte, das **Liquidationsrecht einräumen** können.

b) Der BGH spricht davon (Rdnr.18), dass auch eine Vereinbarung, wonach der „gewünschte“ Stellvertreter des Wahlarztes tätig werden solle, zu einem Liquidationsrecht gegenüber dem Wahlleistungspatienten führen könne. Aus dem früheren Urteil des Senats vom 20.12.2007 - III ZR 144/07 = ArztR 2008, 98 ff. ergibt sich, dass der Wahlarzt die Ausführung der Kernleistung auf einen Stellvertreter übertragen darf (Rdnr. 8) und sich durch eine **schriftliche Individualvereinbarung** mit dem Patienten von seiner Pflicht zur persönlichen Leistung befreien kann (Rdnr. 13).

Dies hätte im vorliegenden Fall bedeutet, dass der Chefarzt der Unfallchirurgie als Wahlarzt und der in Teilzeit angestellte Neurochirurg als ständiger ärztlicher Vertreter oder

als normaler ärztlicher Vertreter hätte benannt werden müssen. Wäre der Neurochirurg als ständiger ärztlicher Vertreter tätig geworden, hätte das volle, ansonsten nur das gemäß § 5 Abs. 5 GOÄ reduzierte Honorar liquidiert werden können. Dabei hätte der Honoraranspruch in der Person des Honorararztes, in der seines Vertreters oder eines Dritten entstehen können (Urteil des Senats vom 20.12.2007, a.a.O., Rdnr. 17).

Eine Vertretungsregelung ist allerdings nur möglich, wenn auch der Wahlarzt der Abteilung in der Lage gewesen wäre, die Leistung zu erbringen. Im vorliegenden Fall war es nicht ausgeschlossen, dass der Wahlarzt der unfallchirurgischen Abteilung die Patientin am Rücken hätte operieren können. Wenn der Neurochirurg tätig wurde, wurde die Qualität im Vergleich zu anderen Ärzten der unfallchirurgischen Abteilung, die für den Wahlarzt im Wege der Individualvereinbarung hätten tätig werden können, nicht gesenkt. Der BGH spricht in seinem oben mitgeteilten Urteil zwar von dem Erfor-

dernis einer „Chefarztbehandlung“ (Rdnr. 25). Er tut dies jedoch nur, um ein unmittelbares, ohne Abschluss einer Wahlleistungsvereinbarung ausgeübtes Liquidationsrecht des nicht am Krankenhaus angestellten Arztes auf Grund einer „Vereinbarung über Behandlung gegen Privatrechnung“ zu verhindern.

6. Vereinzelt wird die Meinung vertreten, Krankenhausträger müssten mit ihren Honorarärzten eine **Vergütung** nach den Vorschriften der GOÄ vereinbaren. Denn § 1 Abs. 1 GOÄ schreibe vor, dass sich die beruflichen Leistungen der Ärzte nach der GOÄ bestimmen. Demgegenüber stellt der BGH klar, dass die Vergütung eines Honorararztes frei und unabhängig von den Vorgaben der Gebührenordnung für Ärzte vereinbart wird und mangels eines Arbeitsverhältnisses keinen tarifvertraglichen Bindungen unterliegt (Rdnr. 14).

ArztR