

## **Ausnahmen vom Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung bei der Vereinbarung von Wahlleistungen**

von Rechtsanwalt Dr. Hans Jörg Ittenbach

### **I. Einleitung**

Für einen Krankenhauspatienten, der gem. § 22 Abs. 3 Bundespflegegesetzverordnung (BPflV) wahlärztliche Leistungen vereinbart, steht die Behandlung durch den Chefarzt im Vordergrund. Im Klinikalltag lassen sich die Chefarzte, die grundsätzlich zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet sind, allerdings häufig durch nachgeordnetes Personal vertreten. Die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Behandlung eines Patienten durch andere Ärzte und nichtärztliches Hilfspersonal möglich ist, ohne dass der Chefarzt seinen Honoraranspruch verliert, wird kontrovers diskutiert und in der Rechtsprechung häufig unterschiedlich beurteilt. Die Problematik des Grundsatzes der persönlichen Leistungserbringung wird als eine der umstrittensten des Arztrechtes eingeordnet.<sup>1</sup> Der folgende Beitrag stellt den gegenwärtigen Stand der Diskussion über den Begriff der persönlichen Leistungserbringung dar, setzt sich mit diesem ausein-

1 Vgl. Peikert, Persönliche Leistungserbringungsverpflichtung, MedR 2000, 352.

ander und erläutert die anerkannten Ausnahmen von dem vorbezeichneten Grundsatz.

## II. Ausgangssituation

1) Das Krankenhaus hat im Rahmen seiner Leistungsfähigkeit alle zur Versorgung des Patienten notwendigen Leistungen als Gesamtleistung zu erbringen (§ 2 Abs. 2 BPflV). Diese Gesamtleistung wird vom Krankenhaus im Rahmen eines einheitlichen Pflegesatzes abgerechnet (§ 10 Abs. 2 BPflV). Zu den allgemeinen Krankenhausleistungen zählen sämtliche Leistungen, die während der Behandlung notwendig werden, einschließlich der erforderlichen ärztlichen Leistungen. Bei der Erbringung der ärztlichen Leistungen hat das Krankenhaus – ohne gesonderte Vergütung – einen Facharztstandard zu gewährleisten.<sup>2</sup> Über die allgemeinen Krankenhausleistungen hinaus, die Inhalt eines zwischen dem Patienten und dem Krankenhaus geschlossenen „totalen Krankenhausaufnahmevertrages“ sind, kann das Krankenhaus Wahlleistungen gegen gesonderte Berechnung anbieten, insbesondere wahlärztliche Leistungen.<sup>3</sup> Der Patient, der die Wahlleistung in Anspruch nehmen will, schließt mit dem Krankenhaus eine Wahlleistungsvereinbarung und mit dem liquidationsberechtigten Arzt einen Zusatzvertrag (Arzt-Zusatzvertrag) ab.<sup>4</sup> Durch die Vereinbarung wahlärztlicher Leistungen erkaufte sich der Patient – über die allgemeine Krankenhausleistung hinaus – die Behandlung durch die regelmäßig besonders qualifizierten liquidationsberechtigten Ärzte.<sup>5</sup> Obwohl für den Patienten in der Regel die

2 Vgl. LG Hamburg, *Arztrecht* 2001, 241, 243; AG Hamburg, *MedR* 2001, 47; OLG Düsseldorf, *VersR* 1996, 637, 638.

3 Biermann, Ulsenheimer, Weißauer, *Liquidation wahlärztlicher Leistungen*, *MedR* 2000, 107, 108.

4 Nach der Ansicht des BGH (*NJW* 1995, 2189) stellt der totale Krankenhausaufnahmevertrag mit Arzt-Zusatzvertrag das Regelmodell bei wahlärztlichen Leistungen dar.

5 Kubis, *Der Honoraranspruch des vertretenen Chefarztes bei der Delegation von Behandlungspflichten*, *NJW* 1989, 1512, 1514; Brück/Krimmel/Hess/Kleinken/Warlo, *Kommentar zur GOÄ*, § 4, Rdnr. 13.

Person des Operateurs für die Vereinbarung wahlärztlicher Leistungen ausschlaggebend ist<sup>6</sup>, erstreckt sich die Wahlleistungsvereinbarung gem. § 22 Abs. 3 Satz 1 BpflV auch auf alle anderen liquidationsberechtigten Ärzte im Krankenhaus und sogar auf hinzugezogene externe Ärzte (WahlarztKette). Dementsprechend kommen – ausdrücklich oder stillschweigend – zwischen allen behandelnden liquidationsberechtigten Ärzten und dem Wahlleistungspatienten auch Arzt-Zusatzverträge zustande.<sup>7</sup>

2) Läßt sich der Chefarzt durch nachgeordnete Ärzte vertreten, so stellt sich das Problem der Unterscheidbarkeit der teureren wahlärztlichen Leistungen von den allgemeinen Krankenhausleistungen.<sup>8</sup> Nach überwiegender Auffassung der privaten Krankenkassen ist die höhere Vergütung für die Chefarztbehandlung nur dann gerechtfertigt, wenn der Chefarzt sich zu Beginn, während und zum Abschluss der Behandlung persönlich mit dem Patienten befasst und sämtliche Untersuchungen und Behandlungen selbst durchführt. Als unzureichend wird es angesehen, dass der Wahlarzt nur die grundlegenden Entscheidungen über Eingriffe und Therapie selbst trifft und deren Vollzug eigenverantwortlich überwacht. Eine solche Aufgabenstellung falle bereits in den Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistung und sei nicht gesondert vergütungsfähig, da der Charakter der persönlichen Leistungserbringung dann verloren gehe.

Die Mehrheit der Privatkrankenkassen vertritt ferner die Ansicht, dass zunehmend Verstöße gegen den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung festzustellen seien, was zu einer erheblichen Entwertung der Chefarztbehandlung führe. Ausnahmen vom Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung stehen die Krankenkassen – natürlich auch aus Kostengesichtspunkten – sehr restriktiv gegenüber. Wenn der Chefarzt die in Rechnung gestellten Leistungen nicht persönlich erbringe, sei kein

6 Vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1987, 1489.

7 Biermann, Ulsenheimer, Weißauer, a.a.O., MedR 2000, 107, 109.

8 Jansen, Vertretung des Chefarztes bei stationärer Wahlarztbehandlung, MedR 1999, 555.

großer Unterschied zu den allgemeinen Krankenhausleistungen erkennbar.<sup>9</sup> Im übrigen ergebe sich eine Äquivalenzstörung, wenn der Patient einen höheren Preis für die Chefarztbehandlung zahle, dann aber nicht von dem Vertragspartner in Person, sondern von einem anderen Facharzt behandelt werde.

Anderer Auffassung sind die meisten Krankenhausträger und Chefärzte, die davon ausgehen, dass dem Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung Genüge getan ist, wenn der Chefarzt die grundlegenden, für die Behandlung und Therapie maßgeblichen Entscheidungen trifft. Eine persönliche Leistungserbringung in dem von den Krankenkassen geforderten Umfang stößt bei den Krankenhausträgern und Chefärzten auf Unverständnis, da sie sich einerseits in einem modernen Krankenhausbetrieb nicht realisieren lassen und andererseits der hervorgehobenen Stellung der Wahlärzte nicht gerecht werde.

Die Auffassung der Krankenhausträger und Chefärzte ist natürlich auch von dem wirtschaftlichen Interesse geprägt, möglichst hohe Einnahmen aus der wahlärztlichen Tätigkeit zu erzielen. Für die Chefärzte, denen von einem Krankenhausträger im Dienstvertrag das Liquidationsrecht eingeräumt worden ist, besteht die Möglichkeit, neben der dienstvertraglich vom Krankenhausträger geschuldeten Festvergütung eine gesonderte Vergütung nach der GOÄ vom Wahlleistungspatienten zu fordern. Hierdurch wird die dienstvertraglich geschuldete Vergütung um einen variablen – die Festvergütung meist übersteigenden – Teil ergänzt.<sup>10</sup> Diese spezielle Vergütungsregelung soll die wirtschaftliche Attraktivität der Tätigkeit eines leitenden Krankenhausarztes im Vergleich zur Arbeit niedergelassener Ärzte steigern.<sup>11</sup> Neben diesem Ziel dient das Liquidationsrecht des Chefarztes aber auch dem Krankenhausträger selbst. Zum einen behandelt der Chefarzt die Wahl-

9 Wahlärztliche Leistungen – oder wie säge ich den Ast ab, auf dem ich sitze? Der Radiologe 1999, 111.

10 Biermann, Ulsenheimer, Weißauer, a.a.O., MedR 2000, 107.

11 Genzel, in: Laufs/Uhlenbrock, Handbuch des Arztrechtes, 2. Auflage 1999, § 91, Rdnr. 1; Kuhla, Liquidation des Chefarztes für Vertreterleistungen, NJW 2000, 841.

leistungspatienten unter Inanspruchnahme von Personal und Sachmitteln des Krankenhausträgers, wofür der Chefarzt wiederum Abgaben an den Krankenhausträger zu zahlen hat. Zum anderen besteht für den Krankenhausträger die Möglichkeit, die dienstvertraglich geschuldete „Grundvergütung“ im Hinblick auf das Liquidationsrecht des Chefarztes geringer auszugestalten und damit die Vergütung des Chefarztes auf den variablen Teil zu verlagern.

3) Bereits diese kurzen Hinweise machen deutlich, warum der Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung so umstritten ist. Vor dem Hintergrund der unterschiedlichen wirtschaftlichen Interessen der Krankenkassen einerseits und der Chefärzte und Krankenhausträger andererseits ist zunächst zu klären, was Inhalt des Grundsatzes der persönlichen Leistungserbringung ist (III), bevor die Ausnahmen (IV) erläutert werden.

### **III. Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung**

1) Die Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung ist in einer Vielzahl von Rechtsnormen geregelt oder erwähnt,<sup>12</sup> ohne eine Definition erfahren zu haben. In Rechtsprechung und Literatur, aber auch in „Konsenspapieren“ hat es Versuche gegeben, den Begriff der persönlichen Leistungserbringung zu konkretisieren. So haben die Spitzenverbände der Krankenkassen und die Kassenärztliche Bundesvereinigung ihre gemeinsame Auffassung über den Inhalt der Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung für den kassenärztlichen Bereich veröffentlicht.<sup>13</sup> Hiernach wird auf die freiberufliche Tätigkeit des Arztes abgestellt, die es bei der Erbringung eigener beruflicher Leistungen unter Inanspruchnahme von Dritten erfordere, leitend und eigenver-

12 Z.B. in § 613 Satz 1 BGB, § 1 Bundesärzteordnung, § 1 der Musterberufsordnung (MBO); § 4 Abs. 2 GOÄ, usw.

13 Andreas, Mehr Sicherheit bei der Honorarabrechnung, *Arztrecht* 2000, 240, 242 m.w.N.; Peikert, a.a.O., *MedR* 2000, 352 m.w.N.; Lang/Schäfer/Stiel/Vogt, *GOÄ-Kommentar*, 1996, § 4, Rdnr. 6.

antwortlich mitzuwirken und dadurch der Leistung das persönliche Gepräge zu geben. Auch berufsrechtlich wird die Höchstpersönlichkeit und Eigenverantwortlichkeit der ärztlichen Leistung als wesentlicher Inhalt der freiberuflichen Tätigkeit angesehen.<sup>14</sup>

Die Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung bei der Inanspruchnahme wahlärztlicher Leistungen wird aus § 613 Satz 1 BGB hergeleitet, da der Arzt-Zusatzvertrag nach herrschender Meinung als Dienstvertrag gem. §§ 611 ff. BGB einzuordnen ist.<sup>15</sup> Nach der Auslegungsregel des § 613 Satz 1 BGB hat der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste lediglich im Zweifel in Person zu leisten. Die persönliche Dienstleistungspflicht gilt insbesondere bei höchstpersönlichen Rechtsgeschäften, bei denen es dem Dienstberechtigten auf die besonderen Fähigkeiten des Dienstverpflichteten ankommt, wie z.B. bei der Operation durch einen Chefarzt.<sup>16</sup> Aufgrund der Abdingbarkeit der nach § 613 Satz 1 BGB bestehenden Verpflichtung zur Erbringung der Dienstleistung in Person wird die Dienstleistung durch Dritte als zulässig angesehen, sofern sie vereinbart war<sup>17</sup> oder sich aus den Umständen ergibt. Diese vertragsrechtlichen Grundlagen sind allerdings nicht geeignet, den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung näher zu bestimmen und eine genaue Klärung darüber herbeizuführen, welche Leistungen von dem Chefarzt persönlich erbracht werden müssen und welche nicht. Sie stellen nur den Rahmen dar, in dem die Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung eine Konkretisierung erfahren sollte.

14 Peikert, a.a.O., MedR 2000, 352, 353.

15 Müller-Glöge, in: Münchener Kommentar, BGB, Band 4, § 611, Rdnr. 44; Biermann, Ulsenheimer, Weißauer, a.a.O., MedR 2000, 107, 109; Narr, MedR 1989, 215 ff. m.w.N.; Peikert, a.a.O., 352, 353.

16 Palandt-Putzo, BGB, 61. Auflage 2002, § 613, Rdnr. 1; LG Fulda, MDR 1988, 317; OLG Karlsruhe NJW 1987, 1489; LG Flensburg NJW 1978, 2342.

17 Teilweise wird vertreten, dass die Abdingbarkeit ausgeschlossen ist, wenn es bei den höchstpersönlichen Dienstleistungen gerade auf die Fähigkeit der bestimmten Person ankommt, so z.B. AG Aachen, NJW 1976, 1797.

2) Gleichwohl besteht Klarheit darüber, dass der liquidationsberechtigte Arzt in einem modernen Krankenhausbetrieb die Behandlung eines Patienten nicht alleine, sondern nur im Zusammenhang mit nachgeordneten Ärzten und Pflegekräften erfüllen kann.<sup>18</sup> Der Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung erfährt daher eine Einschränkung. Dies wird zum einen damit begründet, dass die Auslegungsregel des § 613 BGB dann nicht eingreift, wenn sich aus den Umständen etwas anderes ergibt.<sup>19</sup> So entspricht es z.B. der Verkehrssitte, wenn sich ein Chefarzt bei der Visite von seinem Oberarzt vertreten lässt.<sup>20</sup> Dies gilt auch für weitere delegationsfähige Leistungen. Der Chefarzt ist zum anderen trotz der Zweifelsfallregelung des § 613 Satz 1 BGB nicht verpflichtet, jeden Handgriff selbst auszuführen, weil die persönliche Dienstleistungspflicht nicht alle vertraglich geschuldeten Dienstleistungen umfasst, sondern lediglich die grundlegenden. Der Einsatz von Hilfskräften ist daher zulässig. Dies gilt insbesondere bei längerer Behandlungsdauer.<sup>21</sup> In welchem Umfang der Einsatz von Hilfskräften möglich ist, muß nach § 157 BGB ermittelt werden.

Einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur entspricht es, dass der Chefarzt seiner Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung dann genügt, wenn er die grundlegenden Entscheidungen über die Therapie selbst trifft und sodann die Behandlung entweder selbst durchführt oder zumindest überwacht.<sup>22</sup> Diese aus dem Dienstvertragsrecht gewonnene Erkenntnis wird durch § 3 II Unterabs. 1 Satz 1 GOÄ gestützt, da Gebühren nur für selbständige Leistungen berechnet werden können,

18 Biermann, Ulsenheimer, Weißauer, MedR 2000, 107, 110; Kuhla, a.a.O., NJW 2000, 841, 842, Peikert, MedR 2000, 352; BGH NJW 1975, 2245, 2246.

19 Staudinger/Richardi, BGB, 12. Auflage 1993, § 613, Rdnr. 6.

20 Kuhla, NJW 2000, 841, 842, LG Bonn, NJW 1995, 2419, 2420.

21 Vgl. LG Bonn, MedR 1997, 81, 82.

22 Biermann, Ulsenheimer, Weißauer, MedR 2000, 107, 110; Kuhla, NJW 2000, 841, 842 m.w.N. in Fußnote 19; Andreas, Arztrecht 2000, 240, 242; AG Hamburg, MedR 2001, 47, 48 m.w.N.; OLG Hamm, NJW 1995, 2420; LG Bonn, MedR 1997, 81; OLG Celle, NJW 1982, 2129; Luxenburger, Das Liquidationsrecht der leitenden Krankenhausärzte, 1981, S 180 ff.

die selbst oder unter Aufsicht des Arztes und nach fachlicher Weisung erbracht worden sind. Zur näheren Festlegung des Inhaltes der Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung wird zwischen der persönlich zu erbringenden Hauptleistung, die der Chefarzt selbst erbringen muss, und sonstigen Nebenleistungen unterschieden. Hierbei wird für die Beurteilung, was Haupt- und Nebenleistung ist, zwischen der operativen und nicht operativen Medizin unterschieden.<sup>23</sup> Im operativen Bereich ist die Operation die Hauptleistung. Im Bereich der nichtoperativen Medizin soll die persönliche Untersuchung und die Festlegung von Diagnostik und Therapie einschließlich der Beurteilung diagnostisch ermittelter Daten die Hauptleistung darstellen. Aber auch diese Unterscheidung lässt eine deutliche Grenzziehung, wann eine Leistung persönlich zu erbringen ist, nicht zu.

Das OLG Köln<sup>24</sup> hat als entscheidendes Kriterium hervorgehoben, dass der Chefarzt durch die Leitung und Beaufsichtigung der eingeschalteten nachgeordneten Mitarbeiter jederzeit für die Durchsetzung und Einhaltung des Behandlungskonzeptes sorgt. Dieses Kriterium kann ebenfalls keine ausreichende Grundlage bilden, um den Inhalt des Grundsatzes der persönlichen Leistungserbringung näher zu konkretisieren. Gleiches gilt für die Definition, wonach der Chefarzt den Leistungen das persönliche oder besondere Gepräge geben<sup>25</sup> oder die „Kernleistungen“ bzw. die wesentlichen Behandlungsschritte selbst erbringen müsse.<sup>26</sup> Auch das Abstellen auf den Sinn und Zweck des Grundsatzes der persönlichen Leistungserbringung, der die besondere Qualität der Arzt-Patienten-Beziehung durch eine rechtlich abgesicherte Vertrauensgrundlage schütze<sup>27</sup>, kann zu keiner Grenzziehung führen.

<sup>23</sup> Andreas, *ArztR* 2000, 240, 242.

<sup>24</sup> OLG Köln, *ArztR* 1998, 280.

<sup>25</sup> Miebach/Patt, *Persönliche Leistungserbringung und Vertretung des Chefarztes bei wahlärztlichen Leistungen*, *NJW* 2000, 3377, 3379; LG Hamburg, *Arztrecht* 2001, 241, 242; LG Hamburg, *Arztrecht* 2000, 270; Andreas, *Arztrecht* 2000, 240, 241.

<sup>26</sup> Biermann, Ulsenheimer, Weißauer, *MedR* 2000, 107, 110; LG Hamburg, *Arztrecht* 2001, 241.

<sup>27</sup> Hahn, *NJW* 1981, 1977, 1981.



3) Die Definitionsversuche und die entwickelten Entscheidungskriterien zeigen zwar eindeutig die hervorgehobene Rolle des Chefarztes und machen dessen leitende und überwachende Funktion deutlich. Wann der Chefarzt die Leistung noch persönlich erbracht hat oder ihr nicht mehr das persönliche Gepräge geben konnte, lässt sich allerdings nicht generell anhand der vorbezeichneten Kriterien klären. Die dadurch bestehende Rechtsunsicherheit ist beklagenswert, weil die Folgen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung gravierend sind. Der Chefarzt verliert seinen Vergütungsanspruch, wenn die Leistung als nicht von ihm persönlich erbracht angesehen wird, und zwar selbst dann, wenn die Leistung an sich ordnungsgemäß erfolgt ist<sup>28</sup>.

Es bleibt vielmehr einer Einzelfallprüfung – und Einzelfallentscheidung durch die Gerichte – vorbehalten, wann der Chefarzt seiner Verpflichtung zur Erbringung der persönlichen Leistung unter Erhalt des Liquidationsrechtes genügt. Dies gilt nicht nur deshalb, weil die Bestimmung, welche Leistung durch Leitung, Beaufsichtigung und eigene Vornahme persönlich erbracht wurde, aufgrund der Vielzahl der unterschiedlichen Sachverhalte nicht standardisiert erfolgen kann, sondern auch, weil zwischen der gebührenrechtlichen und der vertragsrechtlichen Ebene zu trennen ist.<sup>29</sup> Während § 4 Abs. 2 GOÄ regelt, unter welchen Voraussetzungen eine Leistung als „eigene“ Leistung eines Arztes abgerechnet werden kann, besteht vertragsrechtlich aufgrund der Abdingbarkeit der Verpflichtung zur Erbringung der Dienstleistung in Person die Möglichkeit, eine Vereinbarung mit dem Patienten abzuschließen, wonach auch eine Vertretung möglich ist. Beide Ebenen sind daher bei der Bestimmung des Grundsatzes der persönlichen Leistungserbringung zu berücksichtigen, aber auch bei den Ausnahmen von diesem Grundsatz.

28 OLG Karlsruhe, MedR 1987, 244; OLG Hamm, NJW 1995, 794.

29 Jansen, MedR 1999, 555.

#### **IV. Ausnahmen vom Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung**

1) Unabhängig von der vertragsrechtlichen und der gebührenrechtlichen Ebene besteht Einvernehmen darüber, dass der Chefarzt bestimmte Leistungen an nichtärztliche Hilfspersonen delegieren kann, die unter seiner Aufsicht und Weisung stehen und für die Erbringung der Hilfeleistung qualifiziert sind<sup>30</sup>. Voraussetzung für die allgemeine Delegation ist zunächst, dass es sich um delegationsfähige Leistungen handelt, die nicht zum „Kernbereich“ der vom Chefarzt durchzuführenden Leistungen gehören. Hierbei unterscheidet man die grundsätzlich delegationsfähigen Leistungen, wie z. B. das Wechseln einfacher Verbände, und die nur im Einzelfall delegationsfähigen, bei denen der Arzt zu entscheiden hat, ob eine Delegation mit medizinischen Erfordernissen zu vereinbaren ist<sup>31</sup>, wie z. B. Injektionen und Blutentnahmen. Werden diese Aufgaben von Hilfspersonal ausgeführt, das formell und tatsächlich qualifiziert ist und hinreichend überwacht und instruiert wird, so wird der Liquidationsanspruch des Chefarztes nicht gefährdet.

2) Der Chefarzt kann aber auch dann ausnahmsweise liquidieren, wenn ein anderer Arzt für ihn tätig wird. Nach den Grundsätzen der gebührenrechtlichen Delegation kann der Chefarzt gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ selbständige ärztliche Leistungen berechnen, die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden. Hierfür reicht es allerdings nicht aus, dass der Chefarzt allgemeine organisatorische Weisungen gibt oder die Mitarbeiter sorgfältig auswählt oder überwacht. Er muss vielmehr an der Leistungserbringung im Einzelfall mitwirken und die nach der jeweiligen Art der Leistung gebotene Aufsicht führen. Der Chefarzt muss der Verantwortlichkeit für die Durchführung der delegierten Leistungen im Einzelfall tatsächlich und fachlich ge-

30 Stellungnahme der Bundesärztekammer, in: Deutsches Ärzteblatt 1985, 2197 bis 2199; LG Berlin, NJW-RR 1991, 765, 766.

31 Lang/Schäfer/Stiel/Vogt, GOÄ-Kommentar, § 4 Rdnr.. 6.

recht werden<sup>32</sup>. Diese Leistungsbezogenheit der Aufsicht und der fachlichen Weisung hat nicht zwingend zur Folge, dass der Chefarzt bei der Leistungserbringung anwesend sein muss<sup>33</sup>. Die Abstimmung der Behandlung muss aber so weitreichend sein, dass der Behandlungsverlauf ausschließlich vom Chefarzt festgelegt und die grundlegenden Entscheidungen weiterhin von ihm getroffen werden. Ist dies nicht gewährleistet, so handelt es sich nicht um eine zulässige gebührenrechtliche Delegation. Der Honoraranspruch des Chefarztes besteht dann nicht, da es sich nicht um eine eigene Leistung des Chefarztes im Sinne von § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ handelt. Damit steht die Regelung des § 4 Abs. 2 Satz 1 GOÄ in Einklang mit der dienstvertraglichen Rechtslage, wonach der Chefarzt nicht sämtliche Leistungen höchstpersönlich zu erbringen hat, aber die grundlegenden Entscheidungen über die Behandlung selbst treffen muss.

Während die unter Aufsicht nach fachlicher Weisung des Chefarztes erbrachten Leistungen – wegen der engen Abstimmung mit dem Arzt, an den die Leistung delegiert wird – als eigene Leistungen des Chefarztes gelten, sind die in § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ aufgezählten Leistungen nur dann als eigene anzusehen, wenn sie von dem Wahlarzt oder dem ständigen ärztlichen Vertreter erbracht werden.<sup>34</sup> Voraussetzung hierfür ist, dass der ständige ärztliche Vertreter dem Patienten vor Abschluß des Wahlarztvertrages benannt wurde. Es darf zudem nur ein einziger ständiger Vertreter vorgesehen sein, wobei es nach der h. M. möglich ist, für die jeweiligen Fachgebiete einen ständigen ärztlichen Vertreter zu benennen.<sup>35</sup> Damit wird bei den in § 4 Abs. 2 Satz 3 GOÄ aufgezählten Leistungen die dienstvertragliche Rechtslage durch das Gebührenrecht eingeschränkt. So würde der Chefarzt vertrags-

32 Biermann, Ulsenheimer, Weißauer, MedR 2000, 107, 110 m.w.N.

33 Vgl. auch Andreas, ArztR 2000, 240, 242.

34 Umstritten ist, ob nur die in § 4 II 3 GOÄ aufgezählten Leistungen gleichberechtigt neben denjenigen des Wahlarztes stehen, wenn sie von dem ständigen ärztlichen Vertreter erbracht wurden, oder ob alle Leistungen des ständigen ärztlichen Vertreters in gleicher Weise wie die Leistungen des Wahlarztes abrechenbar sind.

35 Biermann, Ulsenheimer, Weißauer, MedR 2000, 107, 110 m.w.N.

gerecht handeln, wenn er die dortigen Leistungen von einem Facharzt ausführen lassen und überwachen würde. Diese ärztliche Leistung begründet aber dann gem. § 4 Abs. 2 Unterabs. 2 GOÄ keinen Liquidationsanspruch des Chefarztes, da sie von dem ständigen ärztlichen Vertreter durchgeführt werden muß. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass der Chefarzt unabhängig von einer Stellvertretervereinbarung in den durch die GOÄ gezogenen Grenzen Leistungen anderer Ärzte liquidieren kann, wenn eine zulässige Delegation vorliegt. Dies gilt sogar für den Fall, dass eine zusätzlich getroffene Stellvertreterabrede nichtig ist.<sup>36</sup>

3) Neben der allgemeinen und der gebührenrechtlichen Delegation besteht für den Wahlarzt noch die Möglichkeit, sich bei der Erbringung der Leistungen vertreten zu lassen. Der Unterschied zur Delegation liegt darin, dass eine Vertretung des Wahlarztes nur mit Zustimmung des Patienten möglich ist, während es sich bei der Delegation um einen einseitigen, vom Patientenwillen unabhängigen Akt handelt. Die Tatsache, dass die Auslegungsregel des § 613 Satz 1 BGB dispositiv ist, ermöglicht es den Parteien des Arzt-Zusatzvertrages eine Regelung zu treffen, dass die geschuldeten Leistungen nicht nur von dem vertragsschließenden Chefarzt, sondern auch von einem anderen Arzt, der nicht als ständiger ärztlicher Vertreter des Wahlarztes benannt ist, erbracht werden dürfen. Auch das Pflegesatzrecht steht einer Vereinbarung der Parteien des Arztzusatzvertrages, nach der der Chefarzt Leistungen durch einen Vertreter erbringen darf, nicht entgegen.<sup>37</sup> Eine wirksame Vertreterbestellung kann durch eine formularmäßige, generelle Regelung in der Wahlleistungsvereinbarung bzw. in dem Arzt-Zusatzvertrag erfolgen oder durch eine individuelle Vereinbarung zwischen dem Wahlarzt und dem Patienten.

a) Regelmäßig wird eine Vertreterklausel aus Praktikabilitätsgründen in der Wahlleistungsvereinbarung bzw. in dem Arzt-

<sup>36</sup> LG Bonn, MedR 1997, 81.

<sup>37</sup> Kuhla, NJW 2000, 841, 843.

Zusatzvertrag enthalten sein, wonach ein anderer, namentlich benannter, qualifizierter Arzt, der nicht der ständige ärztliche Vertreter sein muß,<sup>38</sup> im Falle der Verhinderung des Chefarztes die ärztlichen Leistungen erbringt. Sofern diese Vertreterklausel Vertragsinhalt wird, was nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG bzw. seit dem 01.01.2002 nach §§ 305, 305 a BGB zu beurteilen ist, bleibt zu prüfen, ob die Vereinbarung den Anforderungen des AGBG bzw. der §§ 305 c ff. BGB genügt. Dies ist dann nicht der Fall, wenn von dem gesetzlichen Leitbild der persönlichen Leistungserbringung in unangemessener Weise abgewichen wird.<sup>39</sup>

In der Vergangenheit hatte die Rechtsprechung Vertreterklauseln wegen Verstößen gegen §§ 3, 10 Nr. 4 und 9 AGBG als unwirksam erachtet<sup>40</sup>, wobei eigentlich aufgrund jahrelanger Übung nach zutreffender Auffassung nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine Stellvertreterregelung in der Wahlleistungsvereinbarung oder dem Arzt-Zusatzvertrag überraschend ist.<sup>41</sup> Weitgehend Übereinstimmung besteht allerdings in der Rechtsprechung und in der Literatur, dass eine Stellvertreterabrede, die auch Fälle der vorhersehbaren Abwesenheit des Chefarztes umfasst, unwirksam ist.<sup>42</sup> Würde eine Stellvertreterklausel

38 Wird der dem Patienten benannte ständige ärztliche Vertreter tätig, bleibt das Liquidationsrecht des Chefarztes erhalten, da dieser Fall der Vertretung bereits mit dem Patienten vertragsrechtlich geregelt wurde und auch gebührenrechtlich anerkannt ist (so auch im Ergebnis: Andreas, *Arztrecht* 2000, 240, 243; Biermann, Ulsenheimer, Weißauer, *MedR* 2000, 107, 111).

39 Vgl. OLG Düsseldorf, *NJW* 1995, 2421, 2422.

40 LG Fulda, *NJW* 1988, 1519; OLG Düsseldorf, *NJW* 1995, 2421, 2422; OLG Karlsruhe, *NJW* 1987, 1489; OLG Hamm, *NJW* 1995, 794; LG Hamburg, *Arztrecht* 2001, 241, 243.

41 Vgl. auch Kubis, *Der Honoraranspruch des vertretenen Chefarztes bei der Delegation von Behandlungspflichten*, *NJW* 1989, 1512, 1515; OLG Hamm, *NJW* 1995, 794; Jansen, *MedR* 1999, 555, 557.

42 Biermann, Ulsenheimer, Weißauer, *MedR* 2000, 107, 112; Kuhla, *NJW* 2000, 841, 844; das LG Aachen ging in einem Urteil vom 09.05.2001 (*VersR* 2002, 195 ff.) sogar von der Nichtigkeit des Wahlarztvertrages nach § 306 BGB a.F. aus, da die Vertreterklausel nur solche Fälle erfasse, in denen eine Behandlung durch den Wahlarzt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses grundsätzlich möglich erscheint. Allerdings sei die Klausel nicht einschlägig, wenn bei Vertragsschluß sicher feststehe, dass der Wahlarzt die geschuldete Behandlung nicht erbringen kann.

auch auf Ortsabwesenheiten wegen Urlaub oder wegen anderer vorhersehbarer Gründe ausgedehnt, so hätte der Chefarzt die Möglichkeit, in einem nicht nachzuvollziehenden Umfang von der persönlichen Betreuung des Patienten abzusehen.<sup>43</sup> Die Vereinbarung einer solchen Vertreterklausel ist jedenfalls formularmäßig nicht möglich. Gleichfalls unwirksam sind Stellvertreterklauseln, die offen lassen, welcher Vertreter die ärztlichen Leistungen zu erbringen hat.<sup>44</sup> Eine solche Regelung würde es dem Chefarzt erlauben, den aufgrund der Wahlleistungsvereinbarung zu behandelnden Patienten vollständig in den normalen Klinikbetrieb einzugliedern. Die Unterscheidbarkeit der wahlärztlichen Leistungen von den allgemeinen Krankenhausleistungen wäre nicht mehr gewährleistet.

Dagegen sind Stellvertreterklauseln, die sich darauf beschränken, eine Stellvertretung für den Fall zu ermöglichen, dass der Chefarzt selbst durch ein plötzliches, unvorhersehbares Ereignis verhindert ist, als wirksam anzusehen, auch wenn vereinzelt Stimmen in der Literatur diesem Ergebnis entgegengetreten sind. Zu beachten ist allerdings bei der Abfassung der Klausel, dass der Vertreter des Chefarztes ausdrücklich genannt, die Klausel auf Fälle der unvorhersehbaren Abwesenheit beschränkt und die Regelung drucktechnisch hervorgehoben wird.<sup>45</sup> Zudem ist der Patient bereits bei Abschluß der Wahlleistungsvereinbarung oder spätestens bei Bekanntwerden der Abwesenheit hierüber zu informieren, da ansonsten vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt werden,<sup>46</sup> oder der Vertrag sogar insgesamt nichtig ist.<sup>47</sup>

b) Um die vorbezeichneten Schwierigkeiten bei der formularmäßigen Stellvertretervereinbarung zu umgehen, empfiehlt es sich, eine frei ausgehandelte Individualvereinbarung mit dem

43 OLG Düsseldorf, MedR 1996, 25, 37.

44 LG Hamburg, ArztR 2001, 241, 243; LG Fulda, NJW 1988, 1519; OLG Hamm, NJW 1995, 794.

45 So im Ergebnis auch: Jansen, MedR 1999, 555, 557.

46 OLG Düsseldorf, NJW 1995, 2421; LG Fulda, NJW 1988, 1519.

47 LG Aachen, VersR 2002, 195.

Patienten zu treffen. Es handelt sich hierbei um eine Zusatzabrede zur Wahlleistungsvereinbarung, in der der Patient die Behandlung durch einen ärztlichen Stellvertreter als vertragsgerechte Wahlleistung anerkennt. Folge ist, dass der Chefarzt die von seinem Vertreter erbrachte Leistung liquidieren kann.

Hierbei ist es unbedenklich, auch Bestandteile der in der Praxis üblichen Vertreterklauseln, die von der Rechtsprechung als unwirksam erachtet wurden, individuell mit einem Patienten zu vereinbaren.<sup>48</sup> So sind z.B. Vertretungsregelungen für die Fälle der vorhersehbaren Abwesenheiten des Chefarztes einer Individualvereinbarung zugänglich. Der Nachweis, dass die Stellvertretervereinbarung individuell ausgehandelt wurde, kann im Einzelfall aber Schwierigkeiten bereiten. Um in einem eventuellen Rechtsstreit darlegen und beweisen zu können, dass keine vorformulierten Vertragsbedingungen verwandt wurden, sondern sämtliche Regelungen der Individualvereinbarung ernsthaft zur Disposition gestanden haben, empfiehlt es sich, den Patienten über seine Entscheidungsmöglichkeiten aufzuklären und diese auch in der Vereinbarung aufzuführen. Im Falle der Verhinderung des Chefarztes kann der Patient die Operation entweder bis zur Rückkehr des Chefarztes verschieben, die Operation – ohne Wahlleistungsvereinbarung – von dem jeweiligen diensthabenden Arzt des Krankenhauses oder zu den Konditionen des Behandlungsvertrages von dem Stellvertreter des Chefarztes durchführen lassen. Auch die Motivation des Patienten sollte schriftlich fixiert werden. Es ist zudem sinnvoll, den Text der vertraglichen Vereinbarung erst während des Gesprächs mit dem Patienten zu formulieren und aufzusetzen, um den individuellen Charakter darlegen zu können. Die Schriftform ist zwar für die Individualvereinbarung nicht vorgeschrieben.<sup>49</sup> Sie ist allerdings aus Beweisgründen zwingend zu empfehlen, wobei auf die Verwendung von Textbausteinen jeglicher Art zu verzichten ist.

<sup>48</sup> Kuhla, NJW 2000, 841, 845.

<sup>49</sup> Biermann, Ulsenheimer, Weißauer, MedR 2000, 107, 112; a.A.: Kuhla, NJW 2000, 841, 846.

Neben der Form der Individualvereinbarung ist auch der Zeitpunkt des Abschlusses von großer Bedeutung. Eine zeitliche Nähe zu der beabsichtigten Operation könnte die Freiheit der Willensbildung des Patienten beeinträchtigen. Die Individualvereinbarung sollte daher frühestmöglich getroffen werden.<sup>50</sup>

## V. Zusammenfassung und Ausblick

1) Der Chefarzt kann ohne Verlust seines Honoraranspruches qualifiziertes nicht ärztliches Personal mit der Durchführung delegationsfähiger Leistungen beauftragen (allgemeine Delegation). Ferner können Leistungen, die ein anderer Arzt unter Aufsicht und fachlicher Weisung des Chefarztes erbracht, liquidiert werden (gebührenrechtliche Delegation). Ohne Verstoß gegen den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung abrechenbar sind Leistungen gem. § 4 Abs. 2 Satz 3 GOÄ, die der ständige ärztliche Vertreter des Chefarztes erbracht hat. Schließlich kann der Chefarzt auch die Leistungen seines Stellvertreters liquidieren, wenn er durch ein plötzliches und unvorhersehbares Ereignis verhindert war und für diesen Fall eine entsprechende Stellvertreterregelung getroffen hat, oder wenn mit dem Patienten eine Individualvereinbarung über die Behandlung durch den Stellvertreter getroffen wurde.

2) Individualvertragliche Vereinbarungen, wonach sich der Patient im Falle der Verhinderung des Chefarztes mit der Behandlung durch einen Stellvertreter zu den Konditionen der Wahlarztvereinbarung einverstanden erklärt, werden in Zukunft weite Verbreitung finden. Zu beachten ist allerdings, dass die dargelegten Voraussetzungen – Aufklärung über Entscheidungsmöglichkeiten und keine zeitliche Nähe zur Operation – erfüllt sein müssen und die Behandlung durch den Stellvertreter die Ausnahme bleibt. Sofern der Umfang der Individualvereinbarungen zunimmt, wird zu prüfen sein, ob bereits bei Vertragsschluß ein

<sup>50</sup> Biermann, Ulsenheimer, Weißauer, MedR 2000, 107, 112 empfehlen den Abschluss (für den Anästhesisten) etwa im Rahmen der Prämedikationsvisite.



Leistungshindernis vorliegt. Wäre bei Abschluß der Wahlleistungsvereinbarung offenkundig, dass dem Wahlarzt die Behandlung des Patienten schon aus zeitlichen Gründen nicht möglich ist, so könnte dies nach der Rechtsprechung die Nichtigkeit des Vertrages nach § 306 BGB a. F. oder Schadensersatzansprüche des Patienten nach § 311 a Abs. 2 BGB n. F. bzw. § 280 BGB n. F. zur Folge haben. Eine Verpflichtung des Chefarztes zum Schadensersatz nach § 311 a Abs. 2 BGB n. F. würde sich ergeben, wenn man von einem anfänglichen Leistungshindernis ausgehen würde und der Chefarzt nach § 275 BGB n. F. von seiner Leistungspflicht befreit wäre. Sofern die Voraussetzungen des § 275 BGB n. F. nicht vorliegen, würde es dem Patienten offen stehen, Schadensersatzansprüche wegen einer Pflichtverletzung des Chefarztes nach § 280 BGB n. F. geltend zu machen. Freilich reicht die bloße Nichterfüllung in der Regel nicht aus, um eine Schadensersatzpflicht zu begründen. Vielmehr bedarf es weiterer Voraussetzungen, die im Einzelfall hinzutreten müssen. Es sollte dennoch darauf geachtet werden, dass das Ausmaß der Individualvereinbarungen mit den zeitlichen Kapazitäten des Wahlarztes korrespondiert.