

# **Die Erbringung wahlärztlicher Leistungen im Spannungsfeld von Schuldrecht und Pflegesatzrecht**

von Rechtsanwalt Sigurd Wern

## **I. Einleitung**

Die stationäre Behandlung von Kassen- und Privatpatienten in Krankenhäusern ist ein alltäglicher Vorgang, dessen zutreffende rechtliche Erfassung gleichwohl sich regelmäßig nur dem spezialisierten Medizinrechtler erschließt.

Nachfolgend soll ein Teilaspekt der stationären Krankenhausbehandlung näher erörtert werden: das Verhältnis zwischen Schuldrecht und Pflegesatzrecht bei der Erbringung wahlärztlicher Leistungen im Rahmen stationärer Krankenhausbehandlung. Dabei soll nach kurzer Darstellung des Inhalts der wahlärztlichen Leistung bei der stationären Behandlung von Patienten auf die schuldrechtlichen und pflegesatzrechtlichen Grundlagen der wahlärztlichen Leistung eingegangen und abschließend zu dem Verhältnis zwischen Schuld- und Pflegesatzrecht bei der Erbringung wahlärztlicher Leistungen Stellung genommen werden.

## II. Die wahlärztliche Leistung im Rahmen der stationären Krankenhausbehandlung

Nach allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Literatur unterscheidet sich die Erbringung wahlärztlicher Leistungen (wahlärztliche Behandlung oder Wahlbehandlung) inhaltlich von der üblichen Behandlung im Krankenhaus dadurch, daß der leitende Krankenhausarzt (Chefarzt), also der Leiter einer Krankenhausabteilung, oder ein anderer liquidationsberechtigter Arzt des Krankenhauses dem Patienten gegenüber höchstpersönlich tätig werden muß. Der Patient „erkauft“ sich durch die Zahlung einer gesonderten Vergütung einen Anspruch auf persönliche Betreuung durch einen Arzt seines Vertrauens, der ihm nach Stellung, Kenntnissen und Erfahrungen besonders qualifiziert erscheint.<sup>1</sup> Er erhält damit die Gewähr, daß der Arzt bei ihm auch solche Leistungen höchstpersönlich erbringt, die angesichts seiner Erkrankung auch von anderen, nachgeordneten Ärzten im Rahmen der normalen Ablauforganisation qualitativ ordnungsgemäß er-

1 Allg.M.; vgl. nur BGH, Urt. v. 18.06.1985 - VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63 (69 f.) = NJW 1985, 2189; Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778 (1779); BAG, Urt. v. 09.01.1980 - 5 AZR 71/78, AP Nr. 6 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag = NJW 1980, 1912; Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 2. Aufl., § 4 GOÄ Anm. 2.7; Weißauer, NJW 1978, 2342 (2343); Kubis, NJW 1989, 1512 (1513); Kuhla, NJW 2000, 841 (843); Miebach/Patt, NJW 2000, 3377 (3378). Ob dieses Tätigwerden rechtsdogmatisch ein aliud zur geschuldeten Krankenhausleistung darstellt oder eine Zusatzleistung, bedarf hier keiner Entscheidung, da diese Einordnung von rein rechtsdogmatischem Interesse und daher für die hier interessierenden Fragen ohne Bedeutung ist. Zur Natur der wahlärztlichen Leistung ausführlich Diederichsen, Die Vergütung ärztlicher Leistungen im Krankenhaus, 1979, S. 28 ff.; Luxenburger, Das Liquidationsrecht der leitenden Krankenhausärzte, 1981, S. 181 ff., 198 ff. Die wahlärztliche Leistung als aliud sehen etwa LG Bonn, Urt. v. 15.02.1995 - 5 S 210/94, NJW 1995, 2419 (2420); Urt. v. 20.06.1996 - 8 S 30/96, MedR 1997, 81 (82); Narr, Ärztliches Berufsrecht, Stand September 1989, Rn. 856, 996; Diederichsen, a.a.O., S. 31; Luxenburger, a.a.O., S. 198 ff.; Kistner, Wahlbehandlung und direktes Liquidationsrecht des Chefarztes, 1990, S. 14; Gietzelt, Die Wahlarztbehandlung, 1994, S. 27; Kubis, NJW 1989, 1512 (1513); Haberstroh, VersR 1999, 8 (9). Die These von der Zusatzleistung vertreten LG Hannover, Urt. v. 01.06.1977 - 11 S 53/76, NJW 1978, 1695; Tuschen/Quaas, 4. Aufl., Erl. § 2 BPfIV zu Abs. 1; Erl. § 22 BPfIV zu Abs. 1; Genzel, MedR 1998, 474.

bracht werden könnten.<sup>2</sup> Die höchstpersönliche Erbringung der wahlärztlichen Leistung und deren gesonderte Vergütung bilden das eigentliche Austauschverhältnis, das die Erbringung wahlärztlicher Leistungen charakterisiert.<sup>3</sup>

### III. Die schuldrechtlichen Grundlagen bei der Erbringung wahlärztlicher Leistungen

Bei der stationären Behandlung von Patienten im Krankenhaus unterscheidet man allgemein zwischen drei Arten von Krankenhausaufnahmeverträgen: dem totalen Krankenhausaufnahmevertrag, dem gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag und dem Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag.<sup>4</sup>

Beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag verpflichtet sich der Krankenhausträger, alle für die stationäre Behandlung erforderlichen Leistungen zu erbringen.<sup>5</sup> Zu diesen Leistungen gehört die gesamte Krankenhausversorgung, also die Unterbringung und

- 2 Vgl. BGH, Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778 (1779); LG Braunschweig, Urt. v. 22.12.1976 - 19 S 93/76, VersR 1978, 126 (127 f.); Uleer/Miebach/Patt, a.a.O., § 4 GOÄ Anm. 2.7; Laufs/Uhlenbruck/Genzel, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., § 86 Rn. 159; Miebach/Patt, NJW 2000, 3377 (3379 f.); zu dem Anspruch eines Kassenpatienten vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 03.12.1985 - 1 a U 4/85, MedR 1986, 201 ff.
- 3 AG Charlottenburg, Urt. v. 26.02.1998 - 13 C 497/97, r + s 1999, 35 (36); Biermann/Ulsenheimer/Weißauer, MedR 2000, 107 (110); Miebach/Patt, NJW 2000, 3377 (3379); vgl. auch Narr, MedR 1989, 215 (219); Kubis, NJW 1989, 1512 (1513).
- 4 Der Krankenhausaufnahmevertrag wird als typengemischter Vertrag angesehen, der Elemente des Beherbergungs-, Kauf-, Werk- und Dienstvertrages aufweist. Es stehen jedoch die ärztliche Behandlung und die Gewährung von Pflege im Vordergrund, so daß man allgemein davon ausgeht, daß auf ihn die Bestimmungen des Dienstvertragsrechts zur Anwendung kommen; s. nur BGH, Urt. v. 18.03.1980 - VI ZR 247/78, NJW 1980, 1452 (1453); Urt. v. 27.10.1987 - VI ZR 288/86, NJW 1988, 759 (760); Urt. v. 09.11.1989 - IX ZR 269/87, NJW 1990, 761 (766); Palandt/Putzo, 61. Aufl., Einf. vor § 611 BGB Rn. 19; MünchKomm-BGB/Müller-Glöße, 3. Aufl., § 611 BGB Rn. 71; Laufs/Uhlenbruck/Genzel, a.a.O., § 92 Rn. 4; Uhlenbruck, NJW 1973, 1399 (1400); Bunte, JZ 1982, 279; Büsken/Klüglich, VersR 1994, 1141.
- 5 Stellv. für alle BGH, Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778 (1779); Staudinger/Richardi, 12. Aufl., Vorbem. zu §§ 611 ff. BGB Rn. 1609; Laufs/Uhlenbruck/Genzel, a.a.O., § 93 Rn. 1 a, 3; Bunte, JZ 1982, 279 (280).

Verpflegung des Patienten im Krankenhaus, die gesamte pflegerische Betreuung und die ärztliche Behandlung.<sup>6</sup> Der Patient tritt allein zum Krankenhausträger in vertragliche Beziehungen.<sup>7</sup> Der Chefarzt, der den Patienten unter Mitwirkung der nachgeordneten Ärzte behandelt, ist Erfüllungsgehilfe des Krankenhausträgers<sup>8</sup> und erwirbt keinen eigenen vertraglichen Honoraranspruch gegen den Patienten bzw. dessen Kostenträger gemäß § 611 I BGB.<sup>9</sup> Der totale Krankenhausaufnahmevertrag stellt den Regelfall der Krankenhausaufnahme bei Kassenpatienten dar.<sup>10</sup>

Beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag schuldet der Krankenhausträger aufgrund des mit ihm abgeschlossenen totalen Krankenhausaufnahmevertrages sowohl die Krankenhausversorgung als auch die ärztliche Behandlung. Daneben schließt der Patient mit dem Chefarzt oder einem anderen liquidationsberechtigten Arzt des Krankenhauses einen Vertrag ab (Arztzusatzvertrag), der den Arzt zur persönlichen Behandlung verpflichtet.<sup>11</sup> Der Patient hat also sowohl gegenüber dem Krankenhausträger als auch gegenüber dem jeweiligen Arzt einen eigenen Behandlungsanspruch. Durch seine Behandlungs-

6 LG Saarbrücken, Urt. v. 06.05.1977 - 11 S 371/75, NJW 1977, 1496 (1497); Laufs/Uhlenbruck/Genzel, a.a.O., § 93 Rn. 3; Diederichsen, a.a.O., S. 8; Luxenburger, a.a.O., S. 77.

7 BAG, Urt. v. 24.04.1997 - 8 AZR 898/94, n.v.; LG Saarbrücken, Urt. v. 06.05.1977 - 11 S 371/75, NJW 1977, 1496 (1497); Laufs/Uhlenbruck/Genzel, a.a.O., § 93 Rn. 3; Diederichsen, a.a.O., S. 8; Luxenburger, a.a.O., S. 78.

8 LG Saarbrücken, Urt. v. 06.05.1977 - 11 S 371/75, NJW 1977, 1496 (1497); Narr, a.a.O., Rn. 855; Laufs/Uhlenbruck/Genzel, a.a.O., § 93 Rn. 3; Luxenburger, a.a.O., S. 39, 78; Bunte, JZ 1982, 279 (280); Fahrenhorst, MedR 1991, 173 (174); Büsken/Klücklich, VersR 1994, 1141.

9 Laufs/Uhlenbruck/Genzel, a.a.O., § 93 Rn. 3; Diederichsen, a.a.O., S. 8; Luxenburger, a.a.O., S. 78 f.

10 S. nur Lippert/Kern, Arbeits- und Dienstrecht der Krankenhausärzte von A-Z, 2. Aufl., Rn. 242; Bunte, JZ 1982, 279 (280); Reiling, JZ 1993, 1063 (1064); ders., MedR 1995, 443 (447).

11 Laufs/Uhlenbruck/Genzel, a.a.O., § 93 Rn. 6; s. auch BAG, Urt. v. 24.04.1997 - 8 AZR 898/94, n.v.; Staudinger/Richardi, 12. Aufl., Vorbem. zu §§ 611 ff. BGB Rn. 1611; MünchKomm-BGB/Müller-Glöße, § 611 BGB Rn. 77; Luxenburger, a.a.O., S. 85 f.; Bunte, JZ 1982, 279 (280); Fahrenhorst, MedR 1991, 173 (174); Büsken/Klücklich, VersR 1994, 1141 (1142 f.).

tätigkeit erfüllt der Chefarzt diese beiden vertraglichen Verpflichtungen.<sup>12</sup>

Beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag schuldet der Krankenhausträger die Unterbringung, Verpflegung und pflegerische Versorgung, während die ärztlichen Leistungen aufgrund eines besonderen Vertrages mit dem Arzt erbracht werden.<sup>13</sup> Der Patient schließt zwei Verträge ab; einen mit dem Arzt hinsichtlich der ärztlichen Behandlung und einen mit dem Krankenhausträger bezüglich der sonstigen Krankenhausversorgung.<sup>14</sup> Zu der Krankenhausversorgung durch den Krankenhausträger gehört auch die Heilbehandlung, die nicht persönlich vom vertragsschließenden Arzt erbracht, sondern die üblicherweise nur mit Hilfe der personellen und sachlichen Mittel des Krankenhauses gewährt wird.<sup>15</sup> Hierzu gehört etwa der nachgeordnete ärztliche Dienst.<sup>16</sup> Der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag gliedert sich also nicht in den Gesamtkomplex der Heilbehandlung einerseits und den der sonstigen Krankenhausversorgung andererseits auf. Der einzige Unterschied zwischen gespaltenem Krankenhausaufnahmevertrag und Krankenhausaufnahmevertrag mit Arzttzusatzvertrag besteht allein darin, daß beim Krankenhausaufnahmevertrag mit Arzttzusatzvertrag der Krankenhausträger die gesamte ärztliche Behandlung einschließlich der persönlichen Behandlung durch den liquidationsberechtigten Arzt schuldet, beim gespal-

12 Laufs/Uhlenbruck/Genzel, a.a.O., § 93 Rn. 7.

13 BAG, Urt. v. 24.04.1997 - 8 AZR 898/94, n.v.; BGH, Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778 (1779); Staudinger/Richardi, 12. Aufl., Vorbem. zu §§ 611 ff. BGB Rn. 1610; Diederichsen, a.a.O., S. 8 f.; Luxenburger, a.a.O., S. 39; Laufs/Uhlenbruck/Genzel, a.a.O., § 93 Rn. 4; Bunte, JZ 1982, 279 (280); Büsken/Klücklich, VersR 1994, 1141 (1142).

14 Laufs/Uhlenbruck/Genzel, a.a.O., § 93 Rn. 4; Luxenburger, a.a.O., S. 82; Büsken/Klücklich, VersR 1994, 1141 (1142).

15 BGH, Urt. v. 27.02.1952 - II ZR 78/51, BGHZ 5, 321 (323); Urt. v. 08.05.1962 - VI ZR 270/61, NJW 1962, 1763; OLG München, Urt. v. 27.03.1975 - 1 U 1190/74, NJW 1977, 2123; Laufs/Uhlenbruck/Genzel, a.a.O., § 93 Rn. 4; Bunte, JZ 1982, 279 (280); Luxenburger, a.a.O., S. 82.

16 Luxenburger, a.a.O., S. 83, 120 mit Fn. 193; Hübner, ZVersWiss 1990, 55 (62). Auch der BGH geht hiervon aus, s. dazu BGH, Urt. v. 08.05.1962 - VI ZR 270/61, NJW 1962, 1763 f.

tenen Krankenhausaufnahmevertrag dagegen nur den Einsatz des nachgeordneten ärztlichen Dienstes.<sup>17</sup>

#### **IV. Die pflegesatzrechtlichen Grundlagen bei der Erbringung von Wahlleistungen**

Die unterschiedlichen Modelle der Krankenhausaufnahme behandeln die bürgerlich-rechtlichen Beziehungen zwischen Krankenhausträger und Arzt auf der einen und dem Patienten auf der anderen Seite und versuchen dem gerecht zu werden, was die Parteien als Rechte und Pflichten aus dem Krankenhausaufnahmevertrag wünschen. Diese bürgerlich-rechtlichen Beziehungen werden durch das öffentlich-rechtliche Pflegesatzrecht „ergänzt“, das die Finanzierung der Krankenhäuser regelt. Der Zweck der öffentlich-rechtlichen Krankenhausfinanzierung liegt in der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser, die eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern gewährleisten und zu sozial tragbaren Pflegesätzen beitragen soll (§ 1 I Krankenhausfinanzierungsgesetz - KHG).<sup>18</sup> Die für die wahlärztliche Leistung maßgeblichen Vorschriften ergeben sich aus der Bundespflegesatzverordnung (BPfIV 1995)<sup>19</sup> bzw. dem Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG).<sup>20</sup>

17 Vgl. bereits Luxenburger, a.a.O., S. 86.

18 Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausfinanzierungsgesetz - KHG) vom 29.06.1972, BGBl. I, 1009.

19 Verordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Bundespflegesatzverordnung - BPfIV) vom 26.09.1994, BGBl. I, 2750.

20 Gesetz über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhausleistungen (Krankenhausentgeltgesetz - KHEntgG), bekannt gemacht als Art. 5 des Fallpauschalengesetzes (FPG) vom 23.04.2002, BGBl. I, 1412. Krankenhäuser, die weder der BPfIV 1995 noch dem KHEntgG unterfallen, sollen aus der folgenden Untersuchung ausgeklammert werden. Das KHEntgG ersetzt zum 01.01.2003 die BPfIV 1995 bei den Krankenhäusern, die dem neuen DRG-Vergütungssystem nach § 17 b KHG unterliegen. Hiervon ausgenommen sind allerdings die Vorschriften der BPfIV 1995, welche die Vereinbarung und Berechnung von Wahlleistungen und belegärztlichen Leistungen sowie die Kostenerstattung der Ärzte bei der Ausübung ihres Liquidationsrechts re-

Nach § 1 I BPfIV 1995 bzw. § 1 I KHEntgG werden die voll- und teilstationären Leistungen der Krankenhäuser nach der BPfIV bzw. nach dem KHEntgG vergütet. Die vor- und nachstationäre Behandlung sowie der ambulante Bereich (§ 1 III BPfIV 1995, § 1 III KHEntgG) zählen dagegen nicht zur stationären Versorgung im Sinne der BPfIV bzw. des KHEntgG.<sup>21</sup>

§ 2 BPfIV 1995 nimmt auf § 1 BPfIV 1995 Bezug und trifft nähere Regelungen zu den Krankenhausleistungen. Entsprechendes gilt für § 2 I KHEntgG. Nach § 2 I BPfIV 1995 bzw. § 2 I KHEntgG sind Krankenhausleistungen im Sinne des § 1 I BPfIV 1995 bzw. § 1 I KHEntgG insbesondere ärztliche Behandlung, 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. § 2 II BPfIV 1995 bzw. § 2 II KHEntgG definiert die allgemeinen Krankenhausleistungen als Krankenhausleistungen (§ 1 I BPfIV 1995, § 1 I KHEntgG), die unter Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des Krankenhauses im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die medizinisch zweckmäßige und ausreichende Versorgung des Patienten notwendig sind. § 2 II BPfIV 1995 bzw. § 2 II KHEntgG stellt auf pflegesatzrechtlicher Ebene die Parallelvorschrift zu § 39 I SGB V dar. Die Krankenhausbehandlung im Sinne der gesetzlichen Krankenversicherung ist mit den allgemeinen Krankenhausleistungen der BPfIV bzw. des KHEntgG und des KHG materiell-rechtlich identisch.<sup>22</sup>

geln. § 16 KHEntgG bestimmt insoweit, daß sich bis zum 31.12.2004 die Vereinbarung und Berechnung von Wahlleistungen und belegärztlichen Leistungen sowie die Kostenerstattung der Ärzte nach den §§ 22 bis 24 der BPfIV in der am 31.12.2003 geltenden Fassung richten. Ab dem 01.01.2005 werden die Regelungen aus der BPfIV weitgehend inhaltsgleich in das KHEntgG übernommen.

<sup>21</sup> Vgl. Tuschen/Quaas, Erl. § 1 BPfIV zu Abs. 3 für die BPfIV 1995.

<sup>22</sup> S. nur Tuschen/Quaas, Erl. § 2 BPfIV zu Abs. 1; Düsseldorfer Kommentar/Wagener, 2. Aufl., Erl. § 2 BPfIV 2.; Genzel, MedR 1995, 1 (3), jeweils für die BPfIV 1995.

§ 22 BpflV 1995 bzw. § 17 KHEntgG enthält detaillierte Regelungen über die Vereinbarung von Wahlleistungen. Aus § 22 III und IV BpflV 1995 bzw. § 17 III und IV KHEntgG ergibt sich, daß wahlärztliche Leistungen und die gesondert berechenbare Unterkunft Wahlleistungen im Sinne der BpflV bzw. des KHEntgG darstellen. Deren Inhalt wird aber nicht verdeutlicht. Aus der Stellung des § 22 BpflV 1995 bzw. § 17 KHEntgG im Fünften Abschnitt der BpflV 1995 bzw. des KHEntgG, der mit „Gesondert berechenbare ärztliche und andere Leistungen“ überschrieben ist, ergibt sich lediglich, daß es sich bei Wahlleistungen um gesondert berechenbare ärztliche und andere Leistungen handelt. § 2 I und § 22 BpflV 1995 bzw. § 2 I und § 17 KHEntgG greifen also auf den Begriff der Wahlleistung zurück, ohne ihn zu definieren. Auch in den übrigen Vorschriften der BpflV oder des KHEntgG findet man keine Erklärung des Begriffs der Wahlleistung. Aus der BpflV 1995 und dem KHEntgG ergibt sich also nur, daß Wahlleistungen nach § 2 I BpflV 1995 bzw. § 2 I KHEntgG zu den Krankenhausleistungen im Sinne des § 1 I BpflV 1995 bzw. § 1 I KHEntgG gehören und daß es sich bei ihnen um gesondert berechenbare ärztliche und andere Leistungen handelt. Unbestritten ist heute allerdings, daß die Behandlung durch den liquidationsberechtigten Krankenhausarzt eine wahlärztliche Leistung im Sinne der BpflV darstellt.<sup>23</sup> Gleiches gilt zukünftig nach dem KHEntgG, da die maßgeblichen Vorschriften der BpflV 1995 und des KHEntgG in-

23 Allg. M., s. nur BGH, Urt. v. 18.06.1985 - VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63 (69 f.) = NJW 1985, 2189; BAG, Urt. v. 09.01.1980 - 5 AZR 71/78, AP Nr. 6 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag = NJW 1980, 1912; Urt. v. 25.02.1988 - 2 AZR 346/87, AP Nr. 18 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag = NZA 1988, 769; OLG Stuttgart, Urt. v. 13.01.1994 - 14 U 48/92, MedR 1995, 320, 322; LG Bonn, Urt. v. 20.06.1996 - 8 S 30/96, MedR 1997, 81 (82); AG Goslar, Urt. v. 21.11.1975 - 8 C 497/75, VersR 1976, 482; AG Reutlingen, Urt. v. 05.12.1996 - 14 C 1345/96, KRS 96.093; Narr, a.a.O., Rn. 855; Uleer/Miebach/Patt, a.a.O., § 22 BpflV Anm. C 1.1.; Kistner, a.a.O., S. 107; Andreas, ArztR 1991, 335; Reiling, MedR 1995, 443 (448); Haberstroh, VersR 1999, 8 (9); Kuhla, NJW 2000, 841 (843); Miebach/Patt, NJW 2000, 3377.



haltsgleich sind und die Systematik der BPfIV ins KHEntgG übernommen wurde.<sup>24</sup>

## **V. Das Verhältnis zwischen Schuldrecht und Pflegesatzrecht bei der Erbringung wahlärztlicher Leistungen**

Es stellt sich nach diesem kurzen Überblick über die Formen der Krankenhausaufnahmeverträge und die pflegesatzrechtlichen Regelungen die Frage, in welcher Beziehung diese zueinander stehen, was die Erbringung von wahlärztlichen Leistungen anbetrifft.

Wahlleistungen stellen nach dem Gesagten Krankenhausleistungen im Sinne des § 1 I BPfIV 1995 bzw. § 1 I KHEntgG dar. Nach § 22 I 1 i.V.m. § 22 II 1 BPfIV 1995 bzw. § 17 I 1 i.V.m. § 17 II 1 KHEntgG sind sie mit dem Krankenhaus schriftlich zu vereinbaren. Partner der Wahlleistungsvereinbarung sind also der Krankenhausträger und der Patient. Damit stellt sich die Frage, ob auch der Krankenhausträger immer und ausschließlich Schuldner der wahlärztlichen Leistung ist.<sup>25</sup> Hierzu bedarf es der Erörterung der Frage, in welcher Form des Krankenhausaufnahmevertrages eine wahlärztliche Leistung überhaupt erbracht werden kann.

Heftiger Streit besteht darüber, ob der Krankenhausträger oder der Chefarzt beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag Schuldner der wahlärztlichen Leistung ist oder ob beide zusammen verpflichtet werden. Von einem Teil der Literatur wird vertreten, daß Schuldner der wahlärztlichen Behandlung immer der Krankenhausträger sein müsse. Zur Begründung greift man auf die Formulierung in § 2 I BPfIV 1995 zurück, wonach die Krankenhausleistungen allgemeine Krankenhausleistungen und Wahlleistungen umfassen. Hieraus wird der Schluß gezo-

<sup>24</sup> So ausdrücklich auch die Gesetzesbegründung zum KHEntgG, BT-Drs. 14/6893, 38, 46.

<sup>25</sup> So bereits nach früherem Recht Luxenburger, a.a.O., S. 165.

gen, daß Wahlleistungen stets Krankenhausleistungen seien, also immer vom Krankenhausträger erbracht werden müssen.<sup>26</sup>

Dem kann nicht zugestimmt werden. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die Schlußfolgerung, Wahlleistungen seien stets Krankenhausleistungen, nur unter der Voraussetzung richtig wäre, daß in der Begriffsbestimmung nach § 2 I 1 BPflV<sup>27</sup> von allen Leistungen die Rede ist, die als Wahlleistungen vereinbart werden können.<sup>28</sup> Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden, da der Ordnungsgeber nicht von **den** Wahlleistungen gesprochen hat. Der Ordnungsgeber hat darauf bewußt verzichtet, da er lediglich formal klarstellen wollte, daß bei den Krankenhausleistungen zwischen allgemeinen Krankenhausleistungen und Wahlleistungen zu unterscheiden ist.<sup>29</sup> Wäre die abweichende Interpretation richtig, so wäre es nicht um eine formale Klarstellung, sondern um eine materielle Änderung gegangen.<sup>30</sup>

Des weiteren sprechen gegen die zitierte Literaturmeinung entscheidende systematische und teleologische Argumente.

Wenn in den §§ 1, 2 BPflV 1995<sup>31</sup> von Krankenhausleistungen die Rede ist, so bedeutet das nicht, daß dies Leistungen sind, die der Krankenhausträger im vertragsrechtlichen Sinn schuldet.<sup>32</sup> Die gegenteilige Auffassung beruht auf einem falschen Verständnis von dem, was die BPflV als Leistungen der Krankenhäuser bezeichnet. § 1 I BPflV 1995 stellt klar, daß durch die BPflV nur vollstationäre und teilstationäre Leistungen der Krankenhäuser

26 Tuschen/Quaas, Erl. § 2 BPflV zu Abs. 1; Erl. § 22 BPflV zu Abs. 1; Düsseldorf Kommentar/Wagener, Erl. § 22 BPflV 1., 2.3; Narr, a.a.O., Rn. 856, 992; Robbers/Wagener, 1. Aufl., II B 2; Laufs/Uhlenbruck/Genzel, a.a.O., § 93 Rn. 8 mit Fn. 25; Robbers/Wagener, KH 1993, 340; Kramer, NJW 1996, 2398 (2400); Genzel, MedR 1998, 474.

27 Entsprechendes gilt für § 2 I 1 KHEntgG.

28 Gietzelt, a.a.O., S. 7.

29 So richtig Gietzelt, a.a.O., S. 7 mit Verweis auf BR-Drs. 224/85, S. 48.

30 Gietzelt, a.a.O., S. 7.

31 Entsprechendes gilt wiederum für § 2 I KHEntgG.

32 Vgl. Luxenburger, a.a.O., S. 208 ff. zu § 2 BPflV 1974; Schmid, Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozeß, 1988, S. 86.

vergütet werden. Er schafft auf diese Weise eine Abgrenzung zur Vergütung von vor- und nachstationären sowie ambulanten Leistungen.<sup>33</sup> Mit der Bezugnahme in § 2 I BPflV 1995 auf § 1 I BPflV 1995 soll also nur verdeutlicht werden, daß die in § 2 I BPflV 1995 aufgezählten Leistungen nur dann als Krankenhausleistungen nach der BPflV vergütungsfähig sind, wenn sie der vollstationären oder teilstationären Versorgung dienen.<sup>34</sup> Ähnlich wie § 39 I SGB V hat § 2 I BPflV 1995 daher keine Regelung der schuldrechtlichen Beziehungen zum Gegenstand, sondern grenzt den Begriff der Krankenhausleistung im sozialrechtlichen Sinne gegenüber anderen, nicht nach der BPflV vergütungsfähigen Leistungen ab. Der Vorschrift kommt somit nicht die Aufgabe der Bestimmung von Schuldner und Gläubiger der im Krankenhaus erbrachten Leistungen zu.<sup>35</sup> Der Begriff der Krankenhausleistung in § 2 I BPflV 1995 hat vielmehr eine rein pflegesatzrechtliche Bedeutung und darf nicht mit dem Begriff der Leistung im Sinne des Schuldrechts gleichgesetzt werden.

Diese Auslegung läßt sich mit dem Wortlaut des § 1 I BPflV 1995 in Einklang bringen. § 1 I BPflV 1995 spricht von Leistungen der Krankenhäuser. Die Literatur geht - ohne dies zu hinterfragen - davon aus, daß es sich dabei um Leistungen des Krankenhausträgers handelt. Das ist nicht zwingend. Bedenkt man, daß § 1 I BPflV 1995 lediglich die Aufgabe der Abgrenzung zu anderen ärztlichen Leistungen hat, die nicht in Form voll- oder teilstationärer Leistungen im Krankenhaus erbracht werden, so liegt es nahe anzunehmen, daß hier von Leistungen die Rede ist, die vom Institut „Krankenhaus“ erbracht werden,<sup>36</sup> weshalb man § 1 I BPflV 1995 auch wie folgt lesen könnte: „Nach dieser Verordnung werden

33 Tuschen/Quaas, Erl. § 1 BPflV zu Absatz 1.

34 Tuschen/Quaas, Erl. § 2 BPflV zu Abs. 1.

35 Vgl. Luxenburger, a.a.O., S. 208 ff. zu § 2 BPflV 1974.

36 Auf die fehlende, aber notwendige terminologische Trennung zwischen dem Krankenhaus als Institut des Gesundheitswesens und dem Krankenhausträger als Rechtsperson in Bestimmungen des Krankenhausrechts haben bereits Gitter, *Zum Privatliquidationsrecht der leitenden Krankenhausärzte*, 1975, S. 23 f. und Diederichsen, a.a.O., S. 6 hingewiesen.

die in Krankenhäusern erbrachten vollstationären und teilstationären Leistungen vergütet.“<sup>37</sup> Leistung des Krankenhauses im Sinne des § 1 I BPfIV 1995 bedeutet demnach nichts anderes als die Behandlung im Krankenhaus. Ähnlich wie bei dem Krankenhausbehandlungsanspruch aus § 39 SGB V, der auf die Behandlung in einem zugelassenen Krankenhaus zielt,<sup>38</sup> kommt es hier nur auf die Erbringung der Leistungen **in einem Krankenhaus** an, dagegen nicht auf die Behandlung **durch den Krankenhausträger** aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung.<sup>39</sup>

Es bleibt demnach festzuhalten, daß der Begriff der Krankenhausleistung eine rein pflegesatzrechtliche Bedeutung hat und mit ihm keine Vorgabe für die bürgerlich-rechtlichen Beziehungen der Beteiligten verbunden ist. Es gilt hier, was im Rahmen des § 39 SGB V gilt: Das zivilrechtliche Behandlungsverhältnis ist abgekoppelt vom öffentlich-rechtlichen Abrechnungsverhältnis.<sup>40</sup>

Das entspricht auch dem Sinn der BPfIV im allgemeinen.<sup>41</sup> Regelungsgegenstand der BPfIV 1995 ist die Vergütung der voll- und teilstationären pflegesatzfähigen Leistungen in Krankenhäusern (vgl. §§ 16 Nr. 1, 17 III Nr. 1 KHG, §§ 1, 2 BPfIV 1995).<sup>42</sup> Ihre Aufgabe besteht nicht darin, die schuldrechtlichen Beziehungen

37 A.A. Gitter, a.a.O., S. 31 f., der davon ausgeht, daß mit den Vorschriften der BPfIV die Krankenhausträger angesprochen sind.

38 GK-SGB V/Wagner, Stand August 1999, § 39 SGB V Rn. 15.

39 Die allgemeinen Krankenhausleistungen sind mit der Krankenhausbehandlung im Sinne des § 39 SGB V identisch; s. nur Tuschen/Quaas, Erl. § 2 BPfIV zu Abs. 1.

40 GK-SGB V/Wagner, § 39 SGB V Rn. 56 mit Verweis auf OLG Köln, Urt. v. 04.10.1989 - 27 U 110/89, NJW 1990, 1537.

41 Dieselben Überlegungen gelten für das KHEntgG. Der Gesetzgeber hat bewußt die hier maßgeblichen Regelungen aus der BPfIV in das KHEntgG überführt und an der Systematik nichts geändert; s. dazu die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/6893, 38, 46. Daß das KHEntgG im Gegensatz zur BPfIV ein Gesetz im formellem Sinn darstellt, ändert nur die Normkette der Ermächtigungsgrundlage. Während die BPfIV in § 16 KHG i.V.m. Art. 74 I Nr. 19 a GG ihre Ermächtigungsgrundlage hat, bedarf das KHEntgG wegen seines Charakters als formelles Gesetz nur des Kompetenztitels aus Art. 74 I Nr. 19 a GG.

42 Genzel, MedR 1995, 1 (3); Tuschen/Quaas, Erl. § 2 BPfIV zu Abs. 1.

zwischen Krankenhausträger, Arzt und Patient festzulegen. Diese Aufgabe kommt allein dem bürgerlichen Vertragsrecht zu, das den unterschiedlichen Interessen der Beteiligten gerecht zu werden versucht.<sup>43</sup> Die BpflV greift daher nicht in die den Beteiligten zustehende allgemeine Vertragsfreiheit ein.<sup>44</sup> Ein solcher Eingriff in die schuldrechtlichen Beziehungen wäre auch unzulässig, da er eine Kompetenzüberschreitung des Verordnungs-/Gesetzgebers darstellen würde.<sup>45</sup> Die Ermächtigung in § 16 KHG zum Erlass der pflegesatzrechtlichen Regelungen durch die BpflV ist insoweit eindeutig.<sup>46</sup> Sie entspricht den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 74 I Nr. 19 a GG, wonach der Bund die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhauspflegesätze hat.<sup>47</sup> Aus ihr läßt sich keine Berechtigung zum Erlass von Bestimmungen ableiten, die in der genannten Weise in die Vertragsfreiheit der Beteiligten eingreifen.<sup>48</sup> Diese Argumentation wird nunmehr auch durch die gesetzgeberische Begründung des Fallpauschalengesetzes (FPG) gestützt, das die Krankenhausfinanzierung neu regelt. Dort wird ausgeführt, daß Ziel des Gesetzes die Schaffung eines umfassenden leistungsorientierten und einheitlichen Entgeltsystems für die voll- und teilstationären Leistungen der Krankenhäuser ist und die erforderliche Gesetzge-

43 Vgl. Diederichsen, a.a.O., S. 39 ff., 47 Fn. 61 zu § 6 BpflV 1974; Tiedtke, *Arzt und Krankenhaus* 1995, 339 (348 f.); Luxenburger, a.a.O., S. 155, 208 ff.; Gietzelt, a.a.O., S. 8.

44 Vgl. Gitter, a.a.O., S. 32 f., 34 ff.; Diederichsen, a.a.O., S. 79 ff.; Gietzelt, a.a.O., S. 5 f., 8; Büsken, *Haftungssystem, Freistellung und Regreß bei Krankenhausträger und angestelltem Arzt*, 1986, S. 50 ff.; Lüke/Walendy, *JZ* 1977, 657 (658); Tiedtke, *Arzt und Krankenhaus* 1995, 339, 348 f.

45 Problematisch insoweit die Ausführungen des BGH, *Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97*, *NJW* 1998, 1778 (1779).

46 S. dazu Tuschen/Quaas, *Erl. § 1 BpflV zu Abs. 1*.

47 Näher zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben der Krankenhausfinanzierung Lerche/Degenhart, in: *Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung*, Teil II, 1990, S. 11, 79 ff.; Isensee, in: *Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung*, Teil II, 1990, S. 97, 147 f.; Sachs/Degenhart, 2. Aufl., Art. 74 GG Rn. 77; ausführlich von Mangoldt/Klein/Pestalozza, 4. Aufl., Art. 74 GG Rn. 1354 ff.

48 Vgl. bereits Gitter, a.a.O., S. 32 f., 34 ff.; Lüke/Walendy, *JZ* 1977, 657 (658) zu § 6 BpflV 1974.

bungskompetenz des Bundes insoweit aus Art. 74 I Nr. 19 a GG (wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und Regelung der Krankenhauspflegesätze) sowie aus Art. 74 I Nr. 12 GG (Sozialversicherung) folgt.<sup>49</sup> Durch die Formulierung dieses Ziels und der Inanspruchnahme dieser Kompetenztitel macht der Gesetzgeber deutlich, daß keine über die Krankenhausfinanzierung hinausgehende Regelung gewollt ist, die in die schuldrechtlichen Beziehungen von Krankenhäusern, Ärzten und Patienten eingreifen könnte.

Deswegen folgt auch aus § 22 I 1 i.V.m. § 22 II 1 BPfIV 1995 bzw. § 17 I 1 i.V.m. § 17 II 1 KHEntgG, wonach die Wahlleistungsvereinbarung ausschließlich zwischen Patient und Krankenhausträger abzuschließen ist, nicht, dass der Krankenhausträger immer Vertragsschuldner der wahlärztlichen Leistung sein müßte. Vielmehr läßt sich der Inhalt der Wahlleistungsvereinbarung wie folgt bestimmen:

Die Wahlleistungsvereinbarung stellt zwar einen Vertrag zwischen Krankenhausträger und Patient dar, wie sich bereits aus dem Wortlaut von § 22 II 1 BPfIV 1995 bzw. § 17 II 1 KHEntgG ergibt.<sup>50</sup> Es handelt sich dabei aber nicht um einen schuldrechtlichen Vertrag, sondern um einen Vertrag mit rein pflegesatzrechtlichem Inhalt.<sup>51</sup> Die (pflegesatzrechtliche) Aufgabe der Wahlleistungsvereinbarung besteht darin, aus Patientenschutzgesichtspunkten und aus Beweissicherungsgründen<sup>52</sup> die Voraussetzun-

49 BT-Drs. 14/6893, 29.

50 Ebenso für § 22 BPfIV Tuschen/Quaas, Erl. § 22 BPfIV zu Abs. 2; Robbers/Wagener, II B 1. Auch die Rspr. und die übrige Lehre gehen inzidenter von dem Vertragscharakter aus, da sie § 126 II BGB, der nur für Verträge gilt, auf die Wahlleistungsvereinbarung anwenden. S. dazu nur BGH, Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.04.1998 - 8 U 171/97, NJW-RR 1998, 1348 (1349); LG Hamburg, Urt. v. 22.03.1995 - 318 S 151/94, MedR 1995, 333 (335); LG Tübingen, Urt. v. 04.03.1998 - 8 O 15/97, MedR 1998, 473 (475); Laufs/Uhlenbruck/Genzel, a.a.O., § 86 Rn. 156; MedR 1998, 474; Haberstroh, VersR 1999, 8 (9); Kuhla, NJW 2000, 841.

51 Vgl. bereits Luxenburger, a.a.O., S. 155, 209 zu § 6 BPfIV 1974; Tiedtke, Arzt und Krankenhaus 1995, 339 (348 f.) zu § 7 BPfIV 1986.

52 Zu beiden Gesichtspunkten s. BGH, Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778.

gen zur gesonderten Abgeltung von im Krankenhaus erbrachten Wahlleistungen zu schaffen. Das resultiert aus dem oben genannten Zweck der BPfIV bzw. des KHEntgG und kommt im übrigen auch im Wortlaut des § 22 I BPfIV 1995 bzw. des § 17 I KHEntgG zum Ausdruck. Dort ist nämlich die Rede davon, daß Wahlleistungen nur gesondert berechnet werden dürfen, wenn die gesonderte Berechnung mit dem Krankenhaus vereinbart ist. Gegenstand der Wahlleistungsvereinbarung ist somit allein die Möglichkeit der gesonderten Berechnung der Leistung, nicht aber die schuldrechtliche Beziehung zwischen Krankenhausträger und Patient. Die Wahlleistungsvereinbarung im Sinne des § 22 BPfIV 1995 bzw. § 17 KHEntgG sagt also weder etwas darüber aus, wer Schuldner der in der Wahlleistungsvereinbarung enthaltenen Leistung, noch wer deren Gläubiger ist. Sie enthält ausschließlich Bestimmungen zur Entgeltfähigkeit von erbrachten Wahlleistungen und muß streng von der schuldrechtlichen Beziehung zwischen Krankenhausträger, Arzt und Patient unterschieden werden.<sup>53</sup> Daß es sich bei der Wahlleistungsvereinbarung um einen eigenen Vertrag mit rein pflegesatzrechtlichem Inhalt handelt, wird auch belegt durch die Tatsache, daß § 22 II BPfIV 1995 bzw. § 17 II KHEntgG die Schriftlichkeit der Wahlleistungsvereinbarung anordnet. Nach allgemeinem Vertragsrecht gilt der Grundsatz der Formfreiheit. Ein Schriftformerfordernis kann zwar gesetzlich angeordnet sein (§ 126 I BGB). Aus der Regelung des

<sup>53</sup> Diese Trennung wird in der Rspr. wie in der Lehre verwischt (s. dazu etwa BGH, Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778 (1779); OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.04.1998 - 8 U 171/97, NJW-RR 1998, 1348 (1349); Biermann/Ulsenheimer/Weißauer, MedR 2000, 107 (108 f.)) bzw. völlig verkannt (s. etwa LG Hamburg, Urt. v. 22.03.1995 - 318 S 151/94, MedR 1995, 333 (334), wo das Schriftformerfordernis der BPfIV ohne weiteres auf den Arztzusatzvertrag bezogen wird; AG Berlin-Charlottenburg, Urt. v. 08.12.1998 - 3 C 435/98, r + s 1999, 35 (36), wo ein Vergütungsanspruch des Chefarztes aus der Wahlleistungsvereinbarung für möglich gehalten wird; Peris, MedR 1998, 363 (364), der die Wahlleistungsvereinbarung als eine Regelung der Leistungsbeziehung zwischen Krankenhausträger und Patient ansieht und den Honoraranspruch des Krankenhausträgers aus der Wahlleistungsvereinbarung ableitet; Wienke/Sauerborn, MedR 1998, 82 (83), die die Pflicht des Chefarztes zum persönlichen Tätigwerden aus der Wahlleistungsvereinbarung ableiten).

§ 22 II BPfIV 1995 bzw. § 17 II KHEntgG kann aber bereits wegen der oben geschilderten Kompetenzproblematik ein gesetzliches Schriftformerfordernis für den der Behandlung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrag nicht abgeleitet werden. Es ist ungeachtet dessen auch keine einleuchtende Begründung dafür ersichtlich, wieso der Zwang zur Schriftlichkeit nach § 22 II 1 BPfIV 1995 bzw. § 17 II 1 KHEntGG, der von seinem Zweck den Patienten schützen und der Beweissicherung dienen soll,<sup>54</sup> nur im Verhältnis des Patienten zum Krankenhausträger, nicht dagegen auch im Verhältnis des Patienten zum liquidationsberechtigten Arzt Platz greifen sollte.

Aus dem bisher Gesagten folgt, daß es keine pflegesatzrechtlichen Vorgaben bezüglich der schuldrechtlichen Vereinbarungen bei der Krankenhausaufnahme gibt. Die oben gestellte Frage, ob der Krankenhausträger aufgrund der Regelungen des Pflegesatzrechts immer Schuldner der wahlärztlichen Leistung ist, ist eindeutig zu verneinen. Die schuldrechtlichen Beziehungen der Beteiligten müssen anhand der im jeweiligen Einzelfall vorliegenden Vertragsgestaltung beurteilt werden.<sup>55</sup> Dabei steht es den Vertragsparteien frei, wen sie als Schuldner der wahlärztlichen Leistung bestimmen. Die Erbringung wahlärztlicher Leistungen ist daher nicht an eine bestimmte Form des Krankenhausaufnahmevertrages gebunden.<sup>56</sup> Vielmehr gilt:

Im Rahmen eines totalen Krankenhausaufnahmevertrages (ohne Arztzusatzvertrag) erbringt der Krankenhausträger die wahlärztliche Behandlung mit Hilfe der angestellten liquidationsbe-

54 S. nur LG Tübingen, Urt. v. 04.03.1998 - 8 O 15/97, MedR 1998, 473 (475); Robbers/Wagener, II B 3.1.

55 So bereits Diederichsen, a.a.O., S. 79 f.; vgl. auch MünchKomm-BGB/Gottwald, 3. Aufl., § 328 BGB Rn. 37.

56 Vgl. BGH, Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778 (1779); Gitter, a.a.O., S. 34 ff., 38 ff.; Weißauer, SaarlÄBl. 1975, 174 f.; Lüke/Walendy, JZ 1977, 657 (658); Kistner, a.a.O., S. 17, 44 f.; ders., MedR 1990, 51 (52); Tiedtke, Arzt und Krankenhaus 1995, 339 (340 ff.); Schmid, a.a.O., S. 84 ff.



berechtigten Ärzte.<sup>57</sup> Er gewährleistet dem Patienten, daß alle notwendigen ärztlichen Leistungen ganz oder teilweise vom Chefarzt bzw. einem sonstigen liquidationsberechtigten Arzt selbst erbracht werden, anstatt von Krankenhausärzten, die im Rahmen der normalen Ablauforganisation die Patientenbehandlung sonst übernehmen.<sup>58</sup> Daß der Krankenhausträger die wahlärztliche Leistung nicht selbst erbringen kann, ist nach allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen unerheblich.<sup>59</sup>

Zulässig ist auch der Abschluß eines totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag, worin sich der liquidationsberechtigte Arzt und der Krankenhausträger zur Erbringung der wahlärztlichen Behandlung verpflichten.<sup>60</sup> Daß letztendlich nur der Arzt die wahlärztliche Behandlung erbringt, ist für die vertragliche Beziehung ebenso unerheblich wie bei einem totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit der Verpflichtung (des Krankenhausträgers) zur wahlärztlichen Behandlung. Möglich ist ferner der Abschluß eines totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag, worin sich nur der liquidationsberechtigte Arzt zur Erbringung der wahlärztlichen Behandlung verpflichtet.<sup>61</sup> In diesen Fällen erbringt der Krankenhausträger die allge-

57 Vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 13.01.1994 - 14 U 48/92, MedR 1995, 320 (323); Tuschen/Quaas, Erl. § 22 BpflV zu Abs. 2; Laufs/Uhlenbruck/Genzel, a.a.O., § 86 Rn. 159; Uleer/Miebach/Patt, a.a.O., § 22 BpflV Anm. B 1.2; Luxenburger, a.a.O., S. 223 f.; Kistner, a.a.O., S. 33, 47; Schmid, a.a.O., S. 85; Reiling, JZ 1993, 1063 (1064); ders., MedR 1995, 443 (449); Katzenmeier, LM § 139 BGB Nr. 88; Tiedtke, Arzt und Krankenhaus 1995, 339 (345 f.). Auch der BGH geht wohl von dieser Möglichkeit aus. Anders sind seine Ausführungen in BGH, Urt. v. 18.06.1985 - VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63 (70) = NJW 1985, 2189 und Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778 (1779) nicht zu verstehen. A.A. LG Bremen, Urt. v. 02.04.1985 - 4 O 2892/84, NJW 1986, 785 (787 ff.); Urt. v. 26.03.1992 - 4 O 2237/91, NJW 1993, 3000 f.; AG Hannover, Urt.v.18.11.5 - 10 C 272/75, VersR 1976, 483 f.; Eppenstein, VersR 1976, 483.

58 Laufs/Uhlenbruck/Genzel, a.a.O., § 86 Rn. 159.

59 Tuschen/Quaas, Erl. § 22 BpflV zu Abs. 2; Diederichsen, a.a.O., S. 39 ff.

60 S. nur BGH, Urt. v. 18.06.1985 - VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63 (67 ff.) = NJW 1985, 2189; Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778 (1779); Kistner, MedR 1990, 51 (52); Reiling, JZ 1993, 1063 (1064); Tiedtke, Arzt und Krankenhaus 1995, 339, 342; Biermann/Ulsenheimer/Weißauer, MedR 2000, 107 f.; a.A. Schmid, a.a.O., S. 86 f.

61 S. nur Lüke/Walendy, JZ 1977, 657 (658); Reiling, JZ 1993, 1063 (1064 f.).

meinen Krankenhausleistungen aufgrund des totalen Krankenhausaufnahmevertrages und der Arzt die wahlärztliche Leistung aufgrund seines Vertrages mit dem Patienten.

Schließlich kann die wahlärztliche Behandlung auch im Rahmen eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages vereinbart werden.<sup>62</sup> Die wahlärztliche Leistung muß - wie oben gezeigt wurde - nicht stets eine Vertragsleistung des Krankenhausträgers sein.

Allerdings stehen diese Formen der Krankenhausaufnahme in der Praxis bei der Erbringung wahlärztlicher Leistungen nicht gleichberechtigt nebeneinander. Die h.M. geht zu Recht davon aus, daß bei der Erbringung wahlärztlicher Leistungen in der Regel ein totaler Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag vorliegt.<sup>63</sup> Der Patient erwartet die Erbringung sämtlicher im Krankenhaus vorhandener und angebotener ärztlicher Leistungen vom Krankenhausträger. Er sieht den Krankenhausträger daher prinzipiell mindestens neben den liquidationsberechtigten

62 S. nur OLG Koblenz, Urt. v. 26.06.1997 - 5 U 1825/96, NJW 1998, 3425 f.; Luxenburger, a.a.O., S. 224; Kistner, a.a.O., S. 25; Tiedtke, Arzt und Krankenhaus 1995, 339, 341 f.; a.A. Narr, a.a.O., Rn. 856; Uleer/Miebach/Patt, a.a.O., § 22 BPfIV Anm. B 1.3.

63 BGH, Urt. v. 18.06.1985 - VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63 (68 f.) = NJW 1985, 2189; Urt. v. 22.12.1992 - VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 (110 f.) = NJW 1993, 779; Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778 (1779); OLG Stuttgart, Urt. v. 23.12.1993 - 14 U 29/93, VersR 1994, 1476 (1477); AG Berlin-Charlottenburg, Urt. v. 08.12.1998 - 3 C 435/98, r + s 1999, 35 (36); Gitter, a.a.O., S. 40, 50; Tiedtke, Arzt und Krankenhaus 1995, 339, 349; Peris, MedR 1998, 363 (364); krit., aber im Ergebnis zustimmend Kistner, a.a.O., S. 51 ff.; ders., MedR 1990, 51 (53 f.). Dieses Regel-Ausnahmeverhältnis kann freilich nur bei der Erbringung wahlärztlicher Leistungen gelten. Ansonsten ist immer noch der totale Krankenhausaufnahmevertrag als der Regelfall der Krankenhausbehandlung anzusehen; s. etwa OLG Koblenz, Urt. v. 26.06.1997 - 5 U 1825/96, NJW 1998, 3425 (3426); AG Goslar, Urt. v. 21.11.1975 - 8 C 497/75, VersR 1976, 482; LG Hannover, Urt. v. 01.06.1977 - 11 S 53/76, NJW 1978, 1695; Palandt/Putzo, Einf. vor § 611 BGB Rn. 19; Narr, a.a.O., Rn. 855; Luxenburger, a.a.O., S. 204; Lippert/Kern, a.a.O., Rn. 242; Uhlenbruck, NJW 1973, 1399; Andreas, ArztR 1991, 335; Kramer, NJW 1996, 2398 (2399 f.). Auch zahlenmäßig überwiegt der totale Krankenhausaufnahmevertrag allein aufgrund der Tatsache, daß er die Regelbehandlung bei Kassenpatienten darstellt.

Ärzten als seinen Vertrags- und damit Haftungsschuldner bei möglichen Fehlleistungen an, zumal er im Einzelfall schwer unterscheiden kann und will, wann es um ärztliche Leistungen des liquidationsberechtigten Arztes und wann es um Leistungen von Klinikärzten geht, die ihm nicht durch besonderen Vertrag verbunden sind. Der Antrag auf Gewährung wahlärztlicher Leistungen ist daher grundsätzlich dahin zu verstehen, daß der Patient besondere ärztliche Leistungen „hinzukaufen“, nicht aber den Krankenhausträger aus der Verpflichtung zur Erbringung der wahlärztlichen Leistung entlassen will.<sup>64</sup> Die rechtlich zulässige Möglichkeit einer abweichenden Vereinbarung bleibt den Parteien nach dieser Auffassung ausdrücklich vorbehalten.<sup>65</sup> Jedoch muß das Krankenhaus durch eine hinreichend klare Fassung seines Antragsformulars kenntlich machen, daß die Wahlbehandlung allein im Namen der liquidationsberechtigten Ärzte abgeschlossen wird.<sup>66</sup> Diesbezügliche Unklarheiten gehen zulasten des Krankenhausträgers.<sup>67</sup>

Ausgehend von der Trennung zwischen Schuldrecht und Pflege-satzrecht bei der Erbringung wahlärztlicher Leistungen stellt sich aber die Frage nach möglichen Wechselwirkungen zwischen beiden Rechtsbereichen. Der BGH hat sich in seinem Urteil vom 19.02.1998<sup>68</sup> mit dieser Fragestellung beschäftigt. Er hat dort in bezug auf einen totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Arzt-zusatzvertrag ausgeführt, daß zwar der Arztzusatzvertrag - so-fern er nicht bereits Bestandteil der Wahlleistungsvereinbarung

64 BGH, Urt. v. 18.06.1985 - VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63 (68 f.) = NJW 1985, 2189; Urt. v. 22.12.1992 - VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 (112) = NJW 1993, 779; Reiling, JZ 1993, 1063 (1064 f.).

65 BGH, Urt. v. 18.06.1985 - VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63 (68 f.) = NJW 1985, 2189; Urt. v. 22.12.1992 - VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 (112) = NJW 1993, 779; Reiling, JZ 1993, 1063 (1064 f.); Schmid, a.a.O., S. 87.

66 BGH, Urt. v. 18.06.1985 - VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63 (68) = NJW 1985, 2189; Urt. v. 22.12.1992 - VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 (111 ff.) = NJW 1993, 779; enger Ulmer/Brandner/Hensen, 9.Aufl., Anh. §§ 9-11 AGBG Rn. 450; Uleer/Miebach/Patt, a.a.O., Einl. BPfIV Anm. III 3 d.

67 Vgl. auch Kistner, a.a.O., S. 50.

68 BGH, Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778 ff.

sei - nach den allgemeinen Bestimmungen des BGB auch mündlich oder durch konkludentes Verhalten geschlossen werden könne. Die Regelungen in der BPflV stünden dem nicht entgegen, da sie nur die zwischen dem Krankenhausträger und dem Patienten abzuschließende Wahlleistungsvereinbarung als solche erfaßten und der Schutzzweck dieser Bestimmungen nicht beeinträchtigt sei. Dennoch sei der mündlich oder konkludent abgeschlossene Arztvertrag gemäß § 139 BGB unwirksam, wenn die Wahlleistungsvereinbarung ihrerseits unwirksam sei, also insbesondere die formalen Voraussetzungen der BPflV nicht erfülle. Auch zwei äußerlich selbständige Vereinbarungen könnten eine rechtliche Einheit im Sinne von § 139 BGB bilden, und zwar selbst dann, wenn zum Teil verschiedene Personen beteiligt seien. Voraussetzung hierfür sei allerdings im allgemeinen, daß diese Vereinbarungen nach den Vorstellungen der Parteien miteinander „stehen und fallen“ sollen; der maßgebliche Verknüpfungswille sei dabei aufgrund der Erklärungen und der Interessenlage der Vertragsschließenden mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln. Weiterer Feststellungen hierzu bedürfe es allerdings nicht. Denn die Verknüpfung des rechtlichen Schicksals des Arztzusatzvertrages mit der Wahlleistungsvereinbarung sei nicht (nur) eine Frage des Parteiwillens; sie sei vielmehr durch die Bestimmungen der BPflV normativ vorgegeben. Nach § 2 I 1 i.V.m. § 1 I BPflV 1986 bzw. 1995 seien insbesondere auch die ärztlichen Leistungen, gleichgültig, ob sie als allgemeine oder als Wahlleistung erbracht würden, als Krankenhausleistungen im Sinne der BPflV zu verstehen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sich die auf Veranlassung bzw. unter Mitwirkung des Krankenhausträgers erbrachten ärztlichen Leistungen aufgrund der Vertragslage im zivilrechtlichen Sinne als dienstvertraglich geschuldete Leistung nur des Krankenhausträgers oder - wie regelmäßig - auch des Arztes darstellten.<sup>69</sup>

<sup>69</sup> BGH, Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778 (1780).

Diesen Ausführungen des BGH ist zuzustimmen.<sup>70</sup> § 139 BGB gilt grundsätzlich für Rechtsgeschäfte jeder Art<sup>71</sup> und ohne Rücksicht darauf, ob verschiedene Personen an den Rechtsgeschäften beteiligt sind.<sup>72</sup> Die Wahlleistungsvereinbarung und die schuldrechtliche Vereinbarung über die Erbringung der wahlärztlichen Behandlung fallen deshalb in den Anwendungsbereich von § 139 BGB. Auch die von § 139 BGB vorausgesetzte Geschäftseinheit<sup>73</sup> liegt im Verhältnis zwischen Wahlleistungsvereinbarung und Arztzusatzvertrag vor. Der BGH geht davon aus, daß sich dies aus den normativen Vorgaben der BPfIV ergebe. Fraglich ist allerdings, ob sich diese Ansicht mit der Vorstellung in Einklang bringen läßt, daß § 139 BGB grundsätzlich einen Einheitlichkeitswillen der Parteien voraussetzt.<sup>74</sup> Das ist zu bejahen. Rechtsgeschäftliche Regelungen, die in verschiedenen Rechtsakten getroffen werden, können auch dann Teile eines Rechtsgeschäfts im Sinne von § 139 BGB sein, wenn sich aus dem objektiven Sinn der Geschäfte ergibt, daß sie eine Einheit bilden sollen.<sup>75</sup> Auf den objektiven Sinn ist abzustellen, wenn den Äußerungen der Par-

70 Ebenso OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.04.1998 - 8 U 171/97, NJW-RR 1998, 1348 (1350); AG Mölln, Urt. v. 08.12.1998 - 3 C 435/98, r + s 1999, 342 (343); AG Kerpen, Urt. v. 28.04.1999 - 23 C 488/98, r + s 2000, 32; Robbers/Meister, I B 5.3; Peris, MedR 1998, 363 (364); Katzenmeier, LM § 139 BGB Nr. 88; Haberstroh, VersR 1999, 8 (10); Biermann/Ulsenheimer/Weißauer, MedR 2000, 107 (108); Kuhla, NJW 2000, 841; Miebach/Patt, NJW 2000, 3377.

71 Vgl. dazu nur Staudinger/Roth, 13. Bearb., § 139 BGB Rn. 27; Erman/Palm, 10. Aufl., § 139 BGB Rn. 2; Palandt/Heinrichs, § 139 BGB Rn. 2; Flume, AT II, 4. Aufl., § 32 2 a; Larenz, AT, 13. Aufl., § 23 II a.

72 BGH, Urt. v. 29.07.1957 - IV ZR 13/57, BGHZ 24, 345 (349); Urt. v. 30.10.1987 - V ZR 144/86, NJW-RR 1988, 348 (351) = WM 1988, 48; Urt. v. 09.07.1993 - V ZR 144/91, NJW-RR 1993, 1421 (1422); Staudinger/Dilcher, 12. Aufl., § 139 BGB Rn. 10; Staudinger/Roth, 13. Bearb., § 139 BGB Rn. 43; Soergel/Hefermehl, 13. Aufl., § 139 BGB Rn. 27; Erman/Palm, § 139 BGB Rn. 18; Palandt/Heinrichs, § 139 BGB Rn. 11.

73 S. nur BGH, Urt. v. 30.10.1987 - V ZR 144/86, NJW-RR 1988, 348 (351) = WM 1988, 48; Erman/Palm, § 139 BGB Rn. 21; Medicus, AT, 7. Aufl., Rn. 501.

74 S. dazu nur BGH, Urt. v. 30.10.1987 - V ZR 144/86, NJW-RR 1988, 348 (351) = WM 1988, 48; Staudinger/Roth, 13. Bearb., § 139 BGB Rn. 37; Soergel/Hefermehl, § 139 BGB Rn. 17; Erman/Palm, § 139 BGB Rn. 21; Palandt/Heinrichs, § 139 BGB Rn. 5, jeweils m.w.N.

75 Staudinger/Roth, 13. Bearb., § 139 BGB Rn. 38; Flume, a.a.O., § 32 2 a; Medicus, a.a.O., Rn. 502.

teien kein entsprechender Wille zu entnehmen ist.<sup>76</sup> Geht man davon aus, daß ein entsprechender Wille der Parteien in der Regel nicht vorliegt und stellt man deshalb hier auf den objektiven Sinn von Wahlleistungsvereinbarung und Arztzusatzvertrag ab, so läßt sich eine Einheitlichkeit der Rechtsgeschäfte im Sinne des § 139 BGB bejahen. Entscheidend hierfür ist, daß die Wahlleistungsvereinbarung und der Arztzusatzvertrag aufgrund des Zwecks der BPflV so eng miteinander verflochten sind, daß sie nur zusammen als sinnvolle Regelung bestehen können. Der BGH betont zu Recht, daß nach der BPflV die ärztlichen Leistungen als Krankenhausleistungen im Sinne der BPflV zu verstehen seien, unabhängig davon, ob sie geschuldete Leistungen des Krankenhausträgers oder des Arztes sind. Das steht im Einklang mit der hier vertretenen Auffassung, wonach die BPflV die Abrechenbarkeit aller im Krankenhaus erbrachten voll- und teilstationären Leistungen abschließend regelt.<sup>77</sup> Wenn die BPflV aber letztverbindlich festlegt, welche Krankenhausleistungen abgerechnet werden dürfen, so kann es keine gesonderte Berechnung allein auf schuldrechtlicher Grundlage geben. Die Wahlleistung „ergänzt“ also in pflegesatzrechtlicher Hinsicht die schuldrechtlichen Vereinbarungen, um die Abrechenbarkeit der zu erbringenden Leistungen zu gewährleisten.<sup>78</sup> Der Zweck der BPflV vermag demnach die rechtliche Verknüpfung der (pflegesatzrechtlichen) Wahlleistungsvereinbarung mit dem (schuldrechtlichen) Arztzusatzvertrag zu begründen. Die Geschäftseinheit zwischen Wahlleistungsvereinbarung und Arztzusatzvertrag folgt aber auch aus dem Vorliegen eines zusammenhängenden Gesamtvorganges, der als tatsächliche und geschichtliche Einheit aufgefaßt werden muß.<sup>79</sup>

76 Staudinger/Roth, 13. Bearb., § 139 BGB Rn. 38; Larenz, a.a.O., § 23 II a; Flume, a.a.O., § 32 2 a.

77 S. dazu bereits oben.

78 Auch die Rspr. geht davon aus, daß sich Wahlleistungsvereinbarung und Arztzusatzvertrag „ergänzen“; s. nur BGH, Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778 (1780); OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.04.1998 - 8 U 171/97, NJW-RR 1998, 1348 (1350).

79 Als solcher stellt er sich insbesondere dem Patienten dar; vgl. auch RG, Urt. v. 05.12.1911 - Rep. II. 241/11, RGZ 78, 41 (43); Larenz, a.a.O., § 23 II a.

Auch die nach § 139 BGB erforderliche Teilbarkeit des (einheitlichen) Rechtsgeschäfts<sup>80</sup> liegt im Verhältnis zwischen Wahlleistungsvereinbarung und Arztzusatzvertrag vor. Beide sind nach hier vertretener Auffassung selbständige Rechtsgeschäfte, die als solche rechtlichen Bestand haben.<sup>81</sup> Die formale Selbständigkeit der beiden Geschäfte bleibt nämlich auch bei einem Zusammenschluß verschiedener, an sich getrennter Geschäfte, nach § 139 BGB zu einer Geschäftseinheit erhalten.<sup>82</sup> Nach § 139 BGB ist damit im Zweifel von der Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts auszugehen. Eine unwirksame Wahlleistungsvereinbarung führt also zur Unwirksamkeit des Arztzusatzvertrages. Sie führt dagegen nicht zur Nichtigkeit des gesamten Behandlungsvertrages. Es verbleibt dann vielmehr bei dem abgeschlossenen totalen Krankenhausaufnahmevertrag.<sup>83</sup> Der objektive Sinnzusammenhang, mit dem die Einheitlichkeit im Sinne des § 139 BGB begründet worden ist, bezieht sich nämlich allein auf das Verhältnis zwischen Wahlleistungsvereinbarung und der schuldrechtlichen Vereinbarung über die Erbringung der wahlärztlichen Leistung. Die sonstigen schuldrechtlichen Verpflichtungen aus der Krankenhausaufnahme werden von den pflegesatzrechtlichen Vorgaben des § 22 BPfIV 1995 bzw. § 17 KHEntgG nicht erfaßt. Selbst wenn man aber davon ausginge, daß nicht nur die Vereinbarung über die Erbringung der wahlärztlichen Leistung, sondern der Krankenhausaufnahmevertrag in seiner Gesamtheit mit der Wahlleistungsvereinbarung ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB bildeten, so würde auch dies grundsätzlich nicht die Unwirksamkeit des gesamten Krankenhausaufnahmevertrages begründen können.<sup>84</sup> Die Zweifelsregel des § 139 BGB

80 Stellv. für alle Palandt/Heinrichs, § 139 BGB Rn. 10; MünchKomm-BGB/Mayer-Maly, 3. Aufl., § 139 BGB Rn. 20; Staudinger/Dilcher, 12. Aufl., § 139 BGB Rn. 4.

81 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 139 BGB Rn. 10.

82 Vgl. dazu Jauernig, JuS 1994, 721 (724).

83 BGH, Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778 (1780); OLG Stuttgart, Urt. v. 23.12.1993 - 14 U 29/93, VersR 1994, 1476 (1477); AG Mölln, Urt. v. 08.12.1998 - 3 C 435/98, r + s 1999, 342 (343).

84 So bereits Lüke/Walendy, JZ 1977, 657 (662).

greift hier nämlich regelmäßig nicht ein. Das ergibt sich aus dem mutmaßlichen Parteiwillen, auf den im Rahmen des § 139 BGB abzustellen ist.<sup>85</sup> Dieser wird grundsätzlich dahin gehen, den Patienten zumindest wie einen Kassenpatienten, d.h. im Rahmen eines totalen Krankenhausaufnahmevertrages ohne Anspruch auf wahlärztliche Leistungen, zu behandeln. Denn im übereinstimmenden Willen der Parteien, den Patienten aufgrund eines totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit der Verpflichtung zur Erbringung einer wahlärztlichen Leistung zu behandeln, ist als Minus regelmäßig der Wille enthalten, zumindest den totalen Krankenhausaufnahmevertrag zur rechtlichen Grundlage der Behandlung zu machen. Es kann dagegen nicht davon ausgegangen werden, daß die Parteien die komplette Behandlung des Patienten völlig rechtsgrundlos durchführen wollen. Die Annahme einer Gesamtnichtigkeit ist damit nicht völlig ausgeschlossen. Von einer Gesamtnichtigkeit kann aber nur unter besonderen Umständen des Einzelfalls ausgegangen werden.

§ 139 BGB findet nicht nur im Fall des totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag Anwendung, sondern auch bei der Vereinbarung zur Erbringung wahlärztlicher Leistungen im Rahmen eines totalen oder eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages. Bei gespaltenen Krankenhausaufnahmeverträgen ist aber folgendes zu beachten:<sup>86</sup>

Die Unwirksamkeit der Wahlleistungsvereinbarung führt bei einem gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag nicht nur zur Unwirksamkeit des Vertrages mit dem Chefarzt, sondern auch zur Unwirksamkeit des Vertrages mit dem Krankenhausträger. Der Vertrag mit dem Krankenhausträger macht ohne den Ver-

85 BGH, Urt. v. 29.07.1957 – IV ZR 13/57, BGHZ 24, 345 (349); Urt. v. 30.10.1987 – V ZR 144/86, NJW-RR 1988, 348 (351) = WM 1988, 48; Urt. v. 09.07.1993 – V ZR 144/91, NJW-RR 1993, 1421 (1422); Staudinger/Dilcher, 12. Aufl., § 139 BGB Rn. 10; Staudinger/Roth, 13. Bearb., § 139 BGB Rn. 43; Soergel/Hefermehl, § 139 BGB Rn. 27; Erman/Palm, § 139 BGB Rn. 18; Palandt/Heinrichs, § 139 BGB Rn. 11.

86 Anderes gilt für einen gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag mit einem Belegarzt, s. dazu Peris, MedR 1998, 363 (365).



trag mit dem Chefarzt weder für den Patienten noch für den Krankenhaussträger irgendeinen Sinn. Beide sind nur in ihrer Ergänzung sinnvoll, so daß von einer Einheitlichkeit im Sinne des § 139 BGB auszugehen ist. Diese führt hier auch zur Nichtigkeit aller Vereinbarungen. Es ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, daß es dem mutmaßlichen Parteiwillen entsprechen könnte, den Vertrag mit dem Krankenhaussträger bei Wegfall des Vertrages über die ärztliche Leistung aufrecht zu erhalten.

Außer dem gerade behandelten Fall einer unwirksamen Wahlleistungsvereinbarung bei einer wirksamen schuldrechtlichen Vereinbarung ist auch der (umgekehrte) Fall einer wirksamen Wahlleistungsvereinbarung bei gleichzeitiger Unwirksamkeit des zugrundeliegenden Vertrag über die Erbringung der wahlärztlichen Leistung denkbar. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß das Schriftformerfordernis des § 22 II 1 BPfIV 1995 bzw. § 17 II 1 KHEntgG für den zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vertrag über die wahlärztliche Leistung nicht gilt. Der BGH hat in dem oben zitierten Urteil insoweit für den Arztzusatzvertrag zu Recht ausgeführt, daß § 22 BPfIV 1995 schon seinem Wortlaut nach nur die Wahlleistungsvereinbarung als solche erfasse.<sup>87</sup> Auch der Schutzzweck dieser Bestimmung werde nicht beeinträchtigt. Der Warn- und Beweisfunktion der Schriftform<sup>88</sup> bzw. dem Kosteninteresse des Patienten, dem die Unterrichtungspflicht über die besonderen Entgelte dient, sei auch dann ausreichend Genüge getan, wenn allein die Wahlleistungsvereinbarung die Voraussetzungen des § 22 II 1 BPfIV 1995 erfülle. Eine nochmalige schriftliche Vereinbarung sei entbehrlich.<sup>89</sup> Die fehlende Möglichkeit einer analogen Anwendung der Schriftformklausel auf das schuldrechtliche Geschäft ergibt sich nach der hier vertretenen Auffassung auch daraus, daß zwischen schuldrechtlichem Vertrag über die Erbringung wahlärztlicher Leistungen und der

87 BGH, Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778 (1779 f.). Entsprechendes wird für § 17 II 1 KHEntgG gelten.

88 Vgl. dazu auch LG Tübingen, Urt. v. 04.03.1998 - 8 O 15/97, MedR 1998, 473 (475); Robbers/Wagener, II B 3.1.

89 BGH, Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778 (1779 f.).

pflegesatzrechtlichen Wahlleistungsvereinbarung streng zu trennen ist. Die Ausdehnung des Schriftformerfordernisses wäre insbesondere nach dem oben Gesagten nicht mehr von der kompetenzrechtlichen Grundlage des § 22 BPfIV bzw. § 17 KHEntgG gedeckt. Die schuldrechtliche Vereinbarung über die Erbringung der wahlärztlichen Leistung kann deshalb auch mündlich abgeschlossen,<sup>90</sup> die Unwirksamkeit dieser Vereinbarung also nicht auf die fehlende Einhaltung der Schriftform gestützt werden. Die Vereinbarung kann aber aus anderen Gründen unwirksam sein, so etwa, wenn der Patient seine auf den schuldrechtlichen Vertrag gerichtete Willenserklärung gegenüber dem Chefarzt anführt, gegenüber dem Krankenhausträger aber keine Erklärung abgibt.<sup>91</sup> In solchen Fällen lässt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des § 139 BGB wie folgt beantworten:

Die Voraussetzungen des § 139 BGB liegen insoweit vor, als es sich um ein einheitliches Rechtsgeschäft handelt. Deshalb gelten die oben gemachten Ausführungen entsprechend. Fraglich ist allerdings, ob die Zweifelsregel des § 139 BGB eingreift. Das ist zu bejahen. Es kann nicht von einem mutmaßlichen Parteiwillen ausgegangen werden, die Wahlleistungsvereinbarung trotz Unwirksamkeit des zugrundeliegenden schuldrechtlichen Geschäfts bestehen zu lassen. Der Wille der Parteien geht vielmehr dahin, nur insoweit eine gesonderte Abrechnung zuzulassen, als auch eine schuldrechtliche Grundlage besteht. Es spricht nichts dafür, daß die Parteien bei Kenntnis von der Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Geschäfts die Möglichkeit der gesonderten Abrechnung würden bestehen lassen. Die Möglichkeit zur gesonderten Abrechnung hat ohne eine schuldrechtliche Grundlage für die Parteien keinen Sinn.

<sup>90</sup> Vgl. BAG, Urt. v. 12.01.1982 VI ZR 237/79, AP Nr. 11 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag = NJW 1982, 1333; BGH, Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778 (1779); OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.04.1998 - 8 U 171/97, NJW-RR 1998, 1348 (1350); Katzenmeier, LM § 139 BGB Nr. 88; Haberstroh, VersR 1999, 8 (10); Biermann/Ulsenheimer/Weißauer, MedR 2000, 107 (109); Kuhla, NJW 2000, 841.

<sup>91</sup> Hiervon abgesehen kommen alle bekannten Unwirksamkeitsgründe des Bürgerlichen Rechts in Betracht.

In diesem Zusammenhang sollte aber folgendes bedacht werden: Ist die schuldrechtliche Vereinbarung über die Erbringung der wahlärztlichen Leistung zunächst unwirksam, so können die Parteien dieses Rechtsgeschäft formlos neu vornehmen. Selbst in der rein tatsächlichen Inanspruchnahme der wahlärztlichen Behandlung ist regelmäßig eine konkludente Annahme eines Angebots auf Erbringung der wahlärztlichen Leistung zu sehen.<sup>92</sup> Die Fälle, in denen eine Wahlleistungsvereinbarung ohne eine entsprechende schuldrechtliche Vereinbarung vorliegt, haben deshalb absoluten Ausnahmecharakter.

## VI. Zusammenfassung

Im Rahmen der stationären Behandlung von Patienten im Krankenhaus haben sich drei Arten von Krankenhausaufnahmeverträgen herausgebildet: der totale Krankenhausaufnahmevertrag, der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag und der Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag. Diese Verträge bestimmen die bürgerlich-rechtlichen Beziehungen von Patienten einerseits und Krankenhausträgern sowie liquidationsberechtigten Ärzten andererseits. Schwierigkeiten ergeben sich bei der Abgrenzung dieser Vertragsbeziehungen von dem Regelungsbereich des öffentlich-rechtlichen Pflegesatzrechts, das die Finanzierung der Krankenhäuser regelt und im wesentlichen durch die Vorschriften des KHG und der BPflV 1995 bzw. des KHEntgG bestimmt wird. Dieses Abgrenzungsproblem ergibt sich vor allem im Hinblick auf die Erbringung der Behandlung durch einen liquidationsberechtigten Arzt, die eine wahlärztliche Leistung im Sinne der BPflV bzw. des KHEntgG darstellt. Inhaltlich unterscheidet sich diese Leistung von der üblichen Behandlung im Krankenhaus dadurch, daß der liquidationsberechtigte Arzt dem Patienten gegenüber höchstpersönlich tätig werden muß.

<sup>92</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 19.02.1998 - III ZR 169/97, NJW 1998, 1778 (1779); Biermann/Ulsenheimer/Weißauer, MedR 2000, 107 (109); ablehnend LG Saarbrücken, Urt. v. 06.05.1977 - 11 S 371/75, NJW 1977, 1496 (1497).

Die pflegesatzrechtlichen Vorgaben zur Erbringung von wahlärztlichen Leistungen betreffen allein das Problem der Abrechenbarkeit von wahlärztlichen Leistungen nach der BPfIV. Sie regeln nicht das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Krankenhausträger, Arzt und Patient. Die Wahlleistungsvereinbarung im Sinne des § 22 BPfIV 1995 bzw. § 17 KHEntgG ist deshalb von der schuldrechtlichen Vereinbarung über die Erbringung der wahlärztlichen Leistung streng zu trennen. Die schuldrechtliche Vereinbarung der wahlärztlichen Behandlung unterliegt der freien Vertragsgestaltung und bedarf anders als die Wahlleistungsvereinbarung nicht der Schriftform. Als Schuldner der wahlärztlichen Behandlung kommen sowohl der Krankenhausträger bzw. der liquidationsberechtigte Arzt allein als auch beide gemeinsam als Gesamtschuldner in Betracht. Welche Vertragsgestaltung im Einzelfall vorliegt, richtet sich nach den Interessen der Parteien, wie sie in der Vereinbarung Niederschlag gefunden haben. Dabei ist insbesondere das Interesse des Patienten von Bedeutung, zwei Haftungsschuldner zu gewinnen. Dies führt dazu, daß in der Regel von einem totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag auszugehen ist, bei dem sowohl Krankenhausträger als auch liquidationsberechtigter Arzt zur Erbringung der wahlärztlichen Behandlung verpflichtet sind. Die Erbringung von wahlärztlichen Leistungen im Rahmen totaler und gespaltener Krankenhausaufnahmeverträge ist damit nicht unzulässig geworden, bedarf aber besonderer Begründung.

Trotz der Trennung zwischen Schuldrecht und Pflegesatzrecht im Rahmen der Erbringung wahlärztlicher Leistungen bestehen zwischen beiden Wechselwirkungen. Die Wahlleistungsvereinbarung und der schuldrechtliche Vertrag über die Erbringung der wahlärztlichen Leistung stellen ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB mit allen daraus folgenden Konsequenzen dar. Das ergibt sich aus den normativen Vorgaben der BPfIV bzw. des KHEntgG. Die formale Trennung zwischen Wahlleistungsvereinbarung und schuldrechtlicher Vereinbarung über die Erbringung der wahlärztlichen Leistung bleibt unberührt.