

Der Sachverhalt ist in das kollektive Arbeitsrecht einzuordnen. Dieses wird in Zukunft ebenfalls im Sinn der EuGH-Urteile des Jahres 2018 zu analysieren sein, die den Grundrechtsschutz von Arbeitnehmern, die Notwendigkeit sachlicher Plausibilität kirchlicher Normen und die umfassende Prüfung durch unabhängige staatliche Gerichte zur Geltung gebracht haben. Deswegen wird z. B. nicht mehr haltbar sein, dass noch jetzt mehrere evangelische Landeskirchen Beschäftigte, die keiner christlichen Kirche angehören, von der Wählbarkeit in die Mitarbeitervertretungen ausschließen. Die Novelle des MVG als eines kirchlichen Rahmengesetzes, die die Evangelische Kirche in Deutschland nach Verkündung der EuGH-Urteile publizierte, lässt dies verklausuliert weiterhin zu⁵¹. Sie setzt sich damit europarechtlich ins Unrecht⁵².

Legt man die EuGH-Judikatur zugrunde, bedürfen überdies weitere Normierungen des kollektiven Arbeitsrechts, die die Kirchen unter Berufung auf das Konstrukt der christlichen Dienstgemeinschaft erlassen haben⁵³, der kritischen Überprüfung. Hierzu gehören das Streikverbot⁵⁴ oder die vollständige (katholisch) bzw. die ganz deutlich überwiegende (evangelisch) Verweigerung von Tarifverträgen⁵⁵. Angesichts dessen, dass die kirchlichen Organisationen, Caritas und Diakonie, im Gesundheits- und Sozialwesen der Bundesrepublik Deutschland besonders mächtige Arbeitgeber sind und sie weit mehr als 1 Million Menschen beschäftigen, hat der EuGH im Jahr 2018 eine Richtungsentscheidung getroffen, die dem Grundrechts-

schutz der Arbeitnehmer dient. An ihr werden die kirchlichen Normierungen sowie die staatliche Gesetzgebung, die sich auf das kirchliche Arbeitsrecht bezieht, künftig zu bemessen sein.

- 51) Vgl. Vorlage des Rates der EKD, Erstes Kirchengesetz zur Änderung des MVG-EKD, Stand 14.9.2018, § 10 Abs. 3 (neu) anstelle von § 10 Abs. 1 b) (alt). – Nachtrag: Nach Abschluss des hier vorliegenden Manuskripts ist die betreffende Formulierung nochmals abgeändert worden, und zwar in hochproblematischer Weise. Laut Synodenbeschluss vom 14.11.2018 wird es kirchengesetzlich auch in Zukunft ganz ausdrücklich statthaft bleiben, dass evangelische Landeskirchen Beschäftigten ohne Kirchenzugehörigkeit das passive Wahlrecht für Mitarbeitervertretungen verwehren: § 10 Abs. 1 S. 2 MVG-EKD (neu).
- 52) Vgl. hierzu auch *Baumann-Czichon*, Arbeitsrecht und Kirche 2018, 43.
- 53) Kritisch zum Begriff der Dienstgemeinschaft z. B. sogar *Eurich/Maaser*, Diakonie in der Sozialökonomie, 2013, S. 370. Einschlägig *Lührs*, Die Zukunft der Arbeitsrechtlichen Kommissionen, 2010, S. 115 ff.
- 54) Zur Binnenwidersprüchlichkeit und Inkohärenz der kirchlichen Begründungen und zur grundrechtlichen Problematik vgl. *Kreß*, Die Sonderstellung der Kirchen im Arbeitsrecht, 2014, S. 23–47; *Kocher/Krüger/Sudhof*, NZA 2014, 880.
- 55) Aktuell mit der sozial- und gesundheitspolitisch überaus bedenklichen Konsequenz, dass Flächentarifverträge für den Pflegebereich verzögert, ver- oder behindert werden. Zum Problemstand vgl. *Waltermann*, NZA 2018, 686, 687 f., 691 f.

<https://doi.org/10.1007/s00350-018-5124-4>

Labor und Krankenhaus – Abrechnungs- und Compliancefragen insbesondere beim Laboroutsourcing (Teil 1)

Reimar Buchner und Jan-Peter Spiegel

A. Einführung

Laborleistungen sind im Rahmen der stationären Krankenhausbehandlung unverzichtbar. Das Labor ist an mehr als 60 % der ärztlichen Diagnosen beteiligt. Ein umfassendes Spektrum labormedizinischer Untersuchungen ist unerlässlich, um die Diagnostik, Risikoabschätzung von Krankheiten und ihren Ursachen, die Prognoseabschätzung und Bewertung therapeutischer Maßnahmen zu ermöglichen und die Kontrolle der Behandlung sicherzustellen¹.

Die Labordiagnostik führen viele Krankenhäuser in eigener Fachabteilung durch, dem Zentrallabor. Daneben gibt es eine wachsende Zahl von Kliniken, die Laborleistungen nach außen vergeben („Outsourcing“). Die Versorgung des Krankenhauses wird vertraglich einem Facharztlaboratorium als externem Kooperationspartner übertragen. Diese externen Dienstleister übernehmen den gesamten Laborbetrieb des Krankenhauses, wobei in der Regel in den Räumlichkeiten des Krankenhauses ein Präsenzlabor verbleibt. Dieses ist über eine Schnittstelle mit der Krankenhaus-EDV verbunden, um dort auf Anforderung der Ärzte des Krankenhauses kurzfristig Routi-

nelaborleistungen erbringen zu können. Hinsichtlich des Präsenzlabor stellt das externe Labor häufig nur die Laborausstattung und übernimmt technische und organisatorische Dienstleistungen, während das Labor weiterhin von Ärzten des Krankenhauses geleitet wird. Dagegen werden für sonstige Analysen – vor allem des Speziallabors –, die nicht vom Leistungsspektrum dieses Präsenzlabor erfasst sind, die Untersuchungsmaterialien im Krankenhaus abgeholt und in die Laborräumlichkeiten des Kooperationspartners transportiert. Dort führt das Labor die Untersuchungen durch und übermittelt dem Krankenhaus den Befund².

Die Kooperationen zwischen Krankenhäusern und Facharztlaboratorien beim Laboroutsourcing werfen insbesondere unter Berücksichtigung der Unterscheidung zwischen Regel- und Wahlleistungspatienten des Krankenhauses sowie der Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Einräumung eines Privatliquidationsrechts für Krankenhausärzte komplexe

Dr. iur. Reimar Buchner,
Fachanwalt für Medizin- und für Verwaltungsrecht, Partner,

Dr. iur. Jan-Peter Spiegel, Fachanwalt für Medizinrecht, Counsel,
beide Gleiss Lutz Rechtsanwälte,
Friedrichstraße 71, 10117 Berlin, Deutschland

1) Zum Stellenwert des Labors im Krankenhaus s. die Studie von *Löffert/Damerau*, Februar 2014, https://www.dki.de/sites/default/files/downloads/bedeutung_der_labordiagnostik.pdf, Zugriff am 17.12.2018.

2) Daneben gibt es weitere Modelle, etwa Gestaltungen, bei denen die Kooperation nur das Sachkostenmanagement und den technischen Bereich umfasst. Die Verantwortung für die Durchführung der Labordiagnostik bleibt hier beim Krankenhaus. Dabei handelt es sich nicht um ein Labor-Outsourcing, sondern um die Übernahme der Betriebsführung. Deshalb befasst sich die nachfolgende Abhandlung damit ebenso wenig wie mit der Rechtslage bei reinen Privatkliniken.

Rechtsfragen der Leistungserbringung und -abrechnung auf, die Gegenstand dieses Beitrags sind. Grundlage der weiteren Untersuchungen ist zunächst die Darstellung der Rechtslage im Normalfall der Laborleistungserbringung und -abrechnung durch Ärzte des Krankenhauses (dazu B.). Auf dieser Basis werden die Anforderungen an die Erbringung und Abrechnung von Laborleistungen bei der Beauftragung eines externen Labors dargestellt (dazu C.). In Teil 2 des Beitrags werden Probleme der persönlichen Leistungserbringung und -abrechnung sowie des Verbots der Zuweisung von Leistungen und Untersuchungsmaterial gegen Entgelt als unter Berücksichtigung der §§ 299a, 299b StGB auch strafrechtlich relevante Compliance-Themen behandelt (D.).

B. Normalfall: Erbringung und Abrechnung der von Krankenhausärzten im Zentrallabor erbrachten Laborleistungen

Bei der Erbringung und Abrechnung der von Krankenhausärzten im Krankenhauslabor erbrachten Laborleistungen ist danach zu unterscheiden, ob es sich um allgemeine Krankenhaus- oder um Wahlleistungen handelt:

I. Laborleistungen als allgemeine Krankenhausleistungen

Nach § 2 Abs. 1 S. 1 KHEntgG gehören zu den Krankenhausleistungen allgemeine Krankenhausleistungen und Wahlleistungen. § 2 Abs. 2 S. 1 KHEntgG definiert erstere als diejenigen Leistungen, 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.“

Die allgemeinen Krankenhausleistungen schließen neben der ärztlichen Behandlung die Krankenpflege und die Versorgung mit Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln ein, die für die Versorgung im Krankenhaus erforderlich sind, sowie Unterkunft und Verpflegung. Dies ergibt sich aus § 2 Abs. 1 S. 1 KHEntgG. Allgemeine Krankenhausleistungen bilden den „Normalbedarf“ eines durchschnittlichen Krankenhausbenutzers ab.

Dagegen haben Wahlleistungen den Zweck, weitergehende, unterschiedliche Bedürfnisse zu befriedigen, die nicht zwingend notwendig sind³. Allgemeine Krankenhausleistungen muss ein Krankenhaus im Rahmen seines Versorgungsauftrags gemäß § 8 KHEntgG anbieten. Diese Leistungen werden abschließend nach Maßgabe des KHG und des KHEntgG im somatischen Bereich vergütet, insbesondere über Fallpauschalen und Zusatzentgelte gemäß § 7 KHEntgG. Dies gilt für gesetzlich Krankenversicherte und Privatpatienten⁴. Allgemeine Krankenhausleistungen können keine Wahlleistungen sein.

Wenn eine Klinik allgemeine Krankenhausleistungen erbringt, schließen diese die erforderlichen Laboruntersuchungen ein. Diese Leistungskomponente ist in den Entgelten nach § 7 Abs. 1 KHEntgG enthalten. Eine gesonderte Abrechnung von Laborleistungen erfolgt nicht. Auch die Frage der Liquidationsberechtigung und der Art und Weise der Abrechnung derartiger Leistungen stellt sich nicht, wenn die Laboratoriumsuntersuchungen allgemeine Krankenhausleistungen sind. Zur Erbringung allgemeiner Krankenhausleistungen wird regelmäßig ausschließlich ein Krankenhausaufnahmevertrag zwischen dem Patienten und dem Krankenhausträger geschlossen. In diesem Fall schuldet der Krankenhausträger die Erbringung der erforderlichen Behandlung durch Krankenhausärzte, wobei der Facharztstandard eingehalten werden muss⁵. Der das Krankenhauslabor leitende Arzt muss deshalb entweder Facharzt für Laboratoriumsmedizin sein oder – bei einem eingeschränkten Leistungsspektrum des Krankenhauslabors – für die Durchführung der gebietszugehörigen Laborleistungen über die erforderliche Fachkunde verfügen⁶.

II. Laborleistungen als Wahlleistungen

Komplexer sind die Anforderungen an die Erbringung und Abrechnung von Laboruntersuchungen, wenn diese als Wahlleistungen vereinbart werden. Im Rahmen der voll- und teilstationären Behandlung im Krankenhaus dürfen gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 KHEntgG aufgrund einer gesonderten Vereinbarung zwischen dem Krankenhaus und dem Patienten und unter der Voraussetzung, dass die allgemeinen Krankenhausleistungen nicht beeinträchtigt werden, Wahlleistungen erbracht und gesondert abgerechnet werden. Bei den Wahlleistungen unterscheidet man zwischen Leistungen wie beispielsweise der Chefarztbehandlung, medizinischen sowie nicht-ärztlichen Wahlleistungen wie zum Beispiel die Wahl eines Ein-Bett-Zimmers⁷.

Für die Erbringung von Wahlleistungen ist gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Abs. 2 S. 1 KHEntgG eine schriftliche Vereinbarung zwischen dem Krankenhausträger und dem Patienten zwingend, ohne dass es der Beteiligung eines Wahlarztes bedarf⁸. Die Wahlarztabrede ist von dem Krankenhausaufnahmevertrag zu trennen. Neben dem Krankenhausaufnahmevertrag zwischen dem Patienten und dem Krankenhausträger kommt eine gesonderte Vereinbarung zustande, die sich in einer möglichen Vertragsgestaltung in der Wahlleistungsvereinbarung mit dem Träger im Sinne von § 17 Abs. 2 KHEntgG erschöpft. Dann liegt (1) ein totaler Krankenhausaufnahmevertrag vor, bei dem der Krankenhausträger zur Erbringung aller erforderlichen Leistungen einschließlich der gesamten wahlärztlichen Versorgung verpflichtet ist. Bei dieser Vertragsgestaltung kann kein Liquidationsrecht der behandelnden Ärzte entstehen⁹. Alternativ kann neben der nach § 17 Abs. 1 S. 1 KHEntgG notwendigen Wahlleistungsvereinbarung im Vertrag mit dem Krankenhausträger ein Arztzusatzvertrag zwischen dem Patienten und einem bestimmten Arzt abgeschlossen werden, sodass ein sogenannter totaler Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag vorliegt. Dieser zeichnet sich durch die Verpflichtung von Krankenhaus und Arzt hinsichtlich der ärztlichen Wahlleistung aus (2). Daneben gibt es noch den gespaltenen Krankenhausvertrag (3). Hier schuldet der Krankenhausträger dem Patienten lediglich die Unterbringung sowie die pflegerischen Leistungen, indem im Aufnahmevertrag vereinbart wird, dass lediglich die Wahlärzte die ärztlichen Leistungen erbringen und gesondert berechnen. Die ärztliche Behandlung wird nur von einem bestimmten Arzt aufgrund eines gesonderten Behandlungsvertrages geschuldet. Ein Vertrag über die gesonderte Abrechnung wahlärztlicher Leistungen muss aber auch in diesem Fall gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 KHEntgG zwischen dem Krankenhaus und dem Patienten geschlossen werden¹⁰. Es kommen also grundsätzlich drei verschiedene Arten von Krankenhausaufnahmeverträgen mit Wahlleistungsvereinbarung in Betracht.

Je nachdem, ob ein totaler Krankenhausaufnahmevertrag mit einer Wahlarztabrede zwischen Patienten und Kranken-

3) BGH, Urt. v. 9. 11. 1989, – IX ZR 269/87 –, NJW 1990, 761, 763.

4) Bender, in: Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper/Stellpflug, HK-AKM (2010), Nr. 5485, Rdnr. 21.

5) BGH, Urt. v. 11. 5. 2010, – VI ZR 252/08 –, Rdnr. 5, juris; Bäune, MedR 2014, 76.

6) Nach den Weiterbildungsordnungen der Landesärztekammern setzt die Durchführung und Befundung gebietsbezogener Laboruntersuchungen den Erwerb einer spezifischen Fachkunde voraus; s. z. B. Zusatzweiterbildung „Labordiagnostik – fachgebunden“ in der Weiterbildungsordnung Bad.-Württ. (WBO 2006, Stand: 1. 5. 2018, S. 170).

7) S. hierzu Bender, in: Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper/Stellpflug, HK-AKM (2010), Nr. 5485, Rdnrn. 10 ff.

8) BGH, Urt. v. 14. 1. 2016, – III ZR 107/15 –, Rdnr. 20, juris.

9) BGH, Urt. v. 14. 1. 2016, – III ZR 107/15 –, Rdnr. 21, juris.

10) BGH, Urt. v. 14. 1. 2016, – III ZR 107/15 –, Rdnr. 23, juris

hausträger oder ein totaler Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag abgeschlossen wurde, unterscheidet sich die Abrechnung der wahlärztlichen Leistungen. Diese Abhandlung geht auf diese beiden Konstellationen deshalb gesondert ein. Der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag wird dagegen nicht näher behandelt, da dieser regelmäßig nur in Belegkrankenhäusern zum Tragen kommt¹¹.

1. Bei privatliquidationsberechtigten Ärzten des Krankenhauses

1.1 Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung sowie interne und externe Wahlleistungskette

Gibt es in einem Krankenhaus liquidationsberechtigte leitende Ärzte, so führt der Abschluss einer schriftlichen Wahlleistungsvereinbarung des Patienten mit dem Krankenhaussträger sowie eines Arztzusatzvertrages mit einem liquidationsberechtigten Arzt dazu, dass dieser Arzt gemäß § 613 S. 1 BGB die ärztlichen Leistungen grundsätzlich persönlich erbringen muss¹². Der Wahlleistungspatient will sich die persönliche Zuwendung und Behandlung eines besonders qualifizierten und erfahrenen Krankenhausarztes hinzukaufen¹³.

Diese Fixierung auf den Chefarzt als Leistungserbringer geht gleichwohl an der Lebenswirklichkeit und häufig auch den Interessen der Wahlleistungserbringer vorbei. Die Rechtsprechung schränkt die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung daher auf den Kernbereich der Tätigkeit ein¹⁴. Hierzu gehören etwa grundlegende Therapieentscheidungen und Behandlungen. In diesem Bereich muss der Wahlarzt der Behandlung durch persönliche Befassung mit dem Patienten zu Beginn, während und zum Abschluss der Maßnahme sein persönliches Gepräge geben¹⁵.

Abgesehen von dieser Kerntätigkeit darf der Wahlarzt andere Tätigkeiten delegieren. Durch konkrete ärztliche Weisung überträgt er die Durchführungskompetenz auf einen hinreichend qualifizierten ärztlichen Mitarbeiter. Die Verantwortung verbleibt aber beim delegierenden Arzt. Ob die Delegation zulässig ist, ist im konkreten Einzelfall zu entscheiden. Maßgebliche Kriterien sind vor allem die Art der Leistung, die Erfahrung des zur Mithilfe herangezogenen Personals sowie die Bedeutung der besonderen Qualifikation des Wahlarztes für die Tätigkeit¹⁶. Nach § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG beschränken sich die Wahlleistungen nicht auf denjenigen Arzt, mit dem der Patient die Vereinbarung abgeschlossen hat. Sie erstrecken sich auf alle an der Behandlung des Patienten beteiligten Ärzte des Krankenhauses, soweit diese ebenfalls liquidationsberechtigt sind. Mit diesen Ärzten wird das Zustandekommen eines gesonderten Behandlungsvertrages fingiert¹⁷. Es ist nicht möglich, die Wahlleistungsvereinbarung auf bestimmte Teilbereiche der Behandlung oder einzelne Ärzte zu beschränken. Auf den Umstand, dass Wahlleistungen nur umfassend oder gar nicht vereinbart werden können, ist in der Vereinbarung gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 HS 2 KHEntgG hinzuweisen. Die Hinweispflicht umfasst außerdem den Umstand, dass gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG von der Wahlartzkette auch durch liquidationsberechtigte Ärzte veranlasste Leistungen von Ärzten und ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses umfasst sind. Da diese Leistungen von den externen Ärzten unmittelbar berechnet werden, ergibt sich die Hinweispflicht auch aus § 4 Abs. 5 GOÄ.

1.2 Abrechnung von Basis- und Speziallaborleistungen

Soweit der Patient mit dem Krankenhaussträger einen Krankenhausaufnahmevertrag und eine Wahlleistungsvereinbarung sowie mit einem liquidationsberechtigten Arzt einen Arztzusatzvertrag abgeschlossen hat, führt dies bei der Erbringung von Laborleistungen im Rahmen der ärztlichen Behandlung zu den nachfolgenden dargestellten Abrechnungsverhältnissen. Dabei ist zwischen Leistungen des

Basis- (Abschnitt M II GOÄ) und des Speziallabors (Abschnitte M III und M IV GOÄ) zu differenzieren:

1.2.1 Basislaborleistungen

Bei der Erbringung von Basislaborleistungen besteht die Besonderheit, dass die in § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ enthaltene Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung durchbrochen ist, indem bezogene Leistungen als eigene Leistungen gesetzlich fingiert werden. Basislaborleistungen muss der liquidationsberechtigte Arzt somit nicht persönlich erbringen. Er kann sie dennoch als eigene wahlärztliche Leistungen liquidieren, wenn sie im Krankenhauslabor erbracht werden und der leitende Arzt des krankenhauseigenen Labors – dieser muss kein Facharzt für Laboratoriumsmedizin sein – keine eigene Liquidationsberechtigung besitzt¹⁸. Hat dieser eine Liquidationsberechtigung, ist er jedoch in die Wahlartzkette nach § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG einbezogen und rechnet die Basislaborleistungen selbst ab¹⁹. Die Abrechenbarkeit von Basislaborleistungen in einem solchen Fall durch den liquidationsberechtigten Chefarzt und Vertragspartner des Arztzusatzvertrages lässt sich dadurch erreichen, dass die Basislaborleistung nach fachlicher Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Arztes in einer Laborgemeinschaft erbracht wird. Hierzu muss der vom Patienten beauftragte Wahlarzt Mitglied der Laborgemeinschaft sein²⁰.

1.2.2 Speziallaborleistungen

Bei der Erbringung von Speziallaborleistungen im Rahmen der stationären Behandlung besteht die Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 GOÄ uneingeschränkt. Speziallaborleistungen sind nicht beziehbar. Sie müssen vom liquidationsberechtigten Laborleiter erbracht und abgerechnet werden, der die Aufsicht über das Labor führt²¹. Aus § 2 Abs. 1 GOÄ ergibt sich, dass lediglich eine von der GOÄ abweichende Gebührenhöhe vereinbart werden kann. Andere GOÄ-Bestandteile sind nicht disponibel. Dies gilt auch für die Verpflichtung zur

- 11) Der BGH (Urt. v. 14. 1. 2016, – III ZR 107/15 –, Rdnr. 25, juris) bezeichnet diesen Vertragstyp als „Ausnahme“, an dessen wirklichen Abschluss wegen der Beschneidung der Rechtsstellung des Patienten in vorformulierten Vertragsklausen und AGB hohe Anforderungen zu stellen sind.
- 12) OLG Oldenburg, Urt. v. 14. 12. 2011, – 5 U 183/11 –, Rdnr. 26, juris; *Bäume*, MedR 2014, 76, 79; *Tuschen/Trefz*, KHEntgG, 2. Aufl. 2010, S. 361; Entwurf der Vierten Verordnung zur Änderung der GOÄ, BR-Dr. 211/94, S. 94f. Zur Möglichkeit einer Vertretung des Wahlarztes *Bender*, in: *Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper/Stellpflug*, HK-AKM, (2010), Nr. 5485, Rdnrn. 134ff.; zur Option der Bestellung eines ständigen ärztlichen Vertreters als Fall der privilegierten Delegation *Bender*, in: *Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper/Stellpflug*, HK-AKM (2010), Nr. 3420, Rdnrn. 79ff.
- 13) OLG Köln, Urt. v. 25. 8. 2008, – 5 U 243/07 –, Rdnr. 13, juris.
- 14) BGH, Urt. v. 20. 12. 2007, – III ZR 144/07 –, Rdnr. 7, juris; *Bäume*, MedR 2014, 76, 79.
- 15) OLG Köln, Urt. v. 25. 8. 2008 – 5 U 243/07 –, Rdnr. 14, juris; OLG Oldenburg, Urt. v. 14. 12. 2011 – 5 U 183/11 –, Rdnr. 26, juris; *Böhnke*, in: *Dettling/Gerlach*, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2018, § 17 KHEntgG, Rdnr. 40.
- 16) BGH, Urt. v. 20. 12. 2007, – III ZR 144/07 –, Rdnr. 8, juris; *Steinhilper*, in: *Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper/Stellpflug*, HK-AKM, (2014), Nr. 4060, Rdnrn. 81ff.
- 17) *Bender*, in: *Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper/Stellpflug*, HK-AKM (2010), Nr. 5485, Rdnr. 157.
- 18) *Hübner*, in: *Prütting*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2016, § 4 GOÄ, Rdnr. 29.
- 19) *Clausen*, ZMGR 2012, 33, 34; *Bäume*, MedR 2014, 76, 80.
- 20) *Bäume*, MedR 2014, 76, 80.
- 21) *Uleer/Miebach/Patt*, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 4. Aufl. 2006, § 4 GOÄ, Rdnr. 51; *Clausen*, ZMGR 2012, 33, 35; *Bäume*, MedR 2014, 76, 80.

persönlichen Leistungserbringung gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ²². Deshalb wird dem leitenden Arzt des Krankenhauslabors – regelmäßig ein Facharzt für Laboratoriumsmedizin, um eine umfassende Leistungserbringung sicherzustellen – üblicherweise ein Liquidationsrecht eingeräumt. Dies führt dazu, dass die Laborleistungen im Rahmen der stationären Krankenhausbehandlung von dem Leiter des Krankenhauslabors, der nach § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG in die Wahlärztzettelkette einbezogen ist, gegenüber dem Patienten liquidiert werden²³.

2. Ohne Abschluss eines Arztsatzungsvertrages und Einräumung eines Privatliquidationsrechts an Krankenhausärzte

Für den Fall, dass es in einem Krankenhaus keine liquidationsberechtigten Ärzte gibt und der Träger, mit dem der Behandlungsvertrag besteht und der die Wahlleistungsvereinbarung mit dem Patienten abgeschlossen hat (totaler Krankenhausaufnahmevertrag), die Wahlleistungen als Institutsleistung gegenüber den Patienten abrechnen möchte, ist umstritten, ob es ein originäres Privatliquidationsrecht des Krankenhauses gibt²⁴.

In einem Urteil aus dem Jahr 2016 hat der BGH²⁵ zwar die vom LG München²⁶ als Vorinstanz bejahte Frage des originären Liquidationsrechts des Krankenhausträgers für Wahlleistungen bei fehlender Einräumung eines Privatliquidationsrechts des Arztes mangels Entscheidungserheblichkeit offen gelassen. Es ist aber davon auszugehen, dass die Abrechnung von Wahlleistungen keine liquidationsberechtigten Krankenhausärzte erfordert. Fehlt es hieran, kann der Krankenhausträger bei Erfüllung der übrigen Voraussetzungen Wahlleistungen als Inhaber des originären Liquidationsrechts als Institutsleistung selbst abrechnen. Er ist gegenüber den Patienten verpflichtet, die in der Wahlleistungsvereinbarung genannten Ärzte des Krankenhauses zur Behandlung einzusetzen²⁷. Für dieses Ergebnis spricht die Verpflichtung nach § 17 Abs. 2 S. 2 KHEntgG, die Art der Wahlleistungen der zuständigen Landesbehörde „zusammen mit dem Genehmigungsantrag nach § 14 KHEntgG“ mitzuteilen. § 14 KHEntgG betrifft den Antrag auf Genehmigung des Erlösbudgets des Krankenhauses und bezieht sich ausschließlich auf den Krankenhausträger. Hinzu kommt, dass § 17 Abs. 3 S. 7 KHEntgG die Geltung der GOÄ für die Berechnung wahlärztlicher Leistungen anordnet, „soweit sich die Anwendung nicht bereits aus diesen Gebührenordnungen ergibt“. Die GOÄ gilt gemäß § 1 Abs. 1 für die Vergütungen für die Leistungen von Ärzten. Wenn ein Krankenhaus seinen leitenden Ärzten ein Privatliquidationsrecht eingeräumt hat, ist sie daher direkt. Ein Rückgriff auf § 17 Abs. 3 S. 7 KHEntgG ist nicht erforderlich. Für den Krankenhausträger ist die GOÄ dagegen nicht unmittelbar anwendbar. Vor diesem Hintergrund ist § 17 Abs. 3 S. 7 KHEntgG zu verstehen, der insoweit die Geltung der ärztlichen Gebührenordnung anordnet. Dies impliziert, dass der Gesetzgeber die Abrechnung von Wahlleistungen nicht durch privatliquidationsberechtigte Ärzte, sondern durch den Krankenhausträger vor Augen hatte. Der Wortlaut des § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG und die darin geregelte Wahlärztzettelkette steht dieser Auslegung nicht entgegen und kann nicht das Ergebnis rechtfertigen, ohne liquidationsberechtigte Krankenhausärzte könnten in einem Krankenhaus keine Wahlleistungen abgerechnet werden. § 17 KHEntgG ist eine preisrechtliche Regelung, die dem Patientenschutz dient. Sie soll aber nicht in das Verhältnis zwischen Krankenhausträger und den leitenden Ärzten eingreifen.

Dieses Ergebnis entspricht auch § 1 Abs. 1 S. 1 KHEntgG. Danach gehören zu den Krankenhausleistungen, die eine Klinik anbietet, sowohl die allgemeinen Krankenhaus- als auch die Wahlleistungen, § 2 Abs. 1 KHEntgG. Gleiches gilt für §§ 2 Abs. 1 S. 1 und § 16 S. 2 BPflV, die ebenfalls auf § 17 KHEntgG und damit über § 17 Abs. 7 KHEntgG auf

die GOÄ verweisen. Da sämtliche Krankenhausleistungen vom Krankenhausträger angeboten werden, liegt es in seiner Entscheidungskompetenz als Dienstherr der Ärzte, Wahlleistungen entweder als Institutsleistungen anzubieten oder den leitenden Ärzten hierfür ein Liquidationsrecht einzuräumen²⁸. Ohne liquidationsberechtigte Ärzte des Krankenhauses rechnet der Krankenhausträger sämtliche Leistungen der in der Wahlleistungsvereinbarung benannten Ärzte nach Maßgabe der GOÄ selbst ab.

C. Beauftragung eines externen Labors mit der Erbringung von Laborleistungen

Die Fremdvergabe des gesamten Labors an eine Laborarztpraxis ist zulässig und wird von vielen Krankenhausträgern praktiziert. Ist der Krankenhausträger öffentlicher Auftraggeber, sind die vergaberechtlichen Vorgaben der §§ 98ff. GWB zu beachten. Bei der Abrechnung von Laborleistungen im Falle des Laboroutsourcings gelten die folgenden Grundsätze:

I. Leistungserbringung und Abrechnung allgemeiner Krankenhausleistungen bei der externen Beauftragung eines Labors

Im Grundsatz unproblematisch ist die Erbringung von Laboratoriumsuntersuchungen als allgemeine Krankenhausleistung. In diesem Fall rechnet das Krankenhaus das Entgelt nach Maßgabe von § 7 Abs. 1 KHEntgG ab. Mit dieser Pauschalvergütung sind sämtliche für die Versorgung des Patienten erforderlichen allgemeinen Krankenhausleistungen abgegolten, § 7 Abs. 1 S. 2 KHEntgG. Eine Verpflichtung des Krankenhauses, sämtliche über § 7 Abs. 1 KHEntgG gegenüber den Kostenträgern abgerechneten Leistungen selbst durch eigene Krankenhausärzte zu erbringen, besteht nicht. Zu den allgemeinen Krankenhausleistungen gehören nach § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 KHEntgG auch die vom Krankenhaus veranlassten Leistungen Dritter. Hierunter fallen die erforderlichen laboratoriumsmedizinischen Untersuchungen, die das Krankenhaus von seinem Laborkooperationspartner bezieht²⁹.

Für die Erbringung von Laboruntersuchungen vereinbaren das Facharztlaboratorium und der Krankenhausträger

22) Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 4. Aufl. 2006, § 2 GOÄ, Rdnr. 1.

23) Der Chefarzt einer bettenführenden Abteilung darf sich von dem liquidationsberechtigten Leiter des Krankenhauslabors keine Beteiligung am Liquidationserlös einräumen lassen. Dies wäre ein Verstoß gegen das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt.

24) Bejahend OLG Karlsruhe, Beschl. v. 21.12.2007, – 1 U 92/07 –, juris, LG Heidelberg, Urt. v. 15.4.2007, – 3 O 256/06 –, juris; LG München, Urt. v. 11.3.2015, – 9 S 7449/14 –, Rdnrn. 84ff., juris; Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 3. Aufl. 2006, § 17 KHEntgG, Rdnr. 77; Bender, in: Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper/Stellpflug, HK-AKM, (2010), Nr. 3420, Rdnrn. 22ff.; Böhnke, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2018, § 17 KHEntgG, Rdnr. 38; verneinend Clausen, MedR 2009, 655, 656f.; m. V. a. AG Oldenburg, Urt. v. 3.3.2005, – E 6 V 6598/04 (VI) – (nicht veröffentlicht); zum Streitstand Clausen, in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, Kap. 18, Rdnrn. 37f.

25) Urt. v. 14.1.2016 – III ZR 107/15, Rdnr. 36, juris.

26) Urt. v. 11.3.2015 – 9 S 7449/14 –, Rdnrn. 84ff., juris.

27) Diese erhalten für die Leistungserbringung vom Krankenhausträger regelmäßig eine Beteiligungungsvergütung, s. Bender, in: Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper/Stellpflug, HK-AKM (2010), Nr. 3420, Rdnrn. 19–21.

28) LG München, Urt. v. 11.3.2015, – 9 S 7449/14 –, Rdnrn. 94f. –, juris; v. Harbou/Scharpf, NZA 2008, 333, 334; Tischen/Trefz, KHEntgG, 2. Aufl. 2010, § 17, S. 362; Spickhoff, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 17 KHEntgG, Rdnr. 13.

29) BSG, Urt. v. 28.2.2007, – B 3 KR 17/06 R, Rdnr. 22, –, juris.

im Kooperationsvertrag eine Vergütung. Die GOÄ gilt im Verhältnis zwischen einem Krankenhausträger und einem externen Arzt nicht³⁰. Es besteht keine rechtliche Verpflichtung, diese Gebührenordnung anzuwenden. Ebenso wenig ist der EBM im Verhältnis zwischen dem Facharztlabor und dem Krankenhausträger maßgeblich. In der Praxis häufig ist die Orientierung an der GOÄ, indem als Vergütung ein 0,x-facher GOÄ-Satz für die entsprechende Laborleistung vereinbart wird. Den Gestaltungsmöglichkeiten sind in diesem Bereich keine engen normativen Grenzen gesetzt. Die zu beachtenden Punkte zur Vermeidung berufs-, wettbewerbs- und insbesondere strafrechtlicher Risiken werden im Teil 2 gesondert behandelt.

II. Erbringung und Abrechnung von Laborleistungen als Wahlleistungen

Bei der Abrechnung von Laborleistungen als Wahlleistungen ist bei einem outgesourcten Labor danach zu differenzieren, ob es im Krankenhaus liquidationsberechtigte Ärzte gibt oder nicht.

1. Krankenhaus mit privatliquidationsberechtigten Ärzten

Hat der Krankenhausträger leitenden Krankenhausärzten ein Liquidationsrecht für Wahlleistungen eingeräumt und mit dem Patienten einen totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag abgeschlossen, können Basis- und Speziallaborleistungen bei einem outgesourcten Laborbetrieb wie folgt abgerechnet werden:

1.1 Basislaborleistungen

Wird das Labor einschließlich des Präsenzlabor outgesourct, gibt es kein Krankenhauslabor im Sinne von § 4 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 GOÄ mehr. In diesem Fall sind die Basislaborleistungen vom Facharztlaboratorium gegenüber dem Patienten abzurechnen.

Wenn beim Laboroutsourcing ein Präsenzlabor im Krankenhaus für Routinediagnostik verbleibt, für das das externe Fachlabor lediglich Geräte stellt und technische und organisatorische Dienstleistungen erbringt, während dieses Präsenzlabor von einem Krankenhausarzt geleitet wird, können die Krankenhausärzte die Basislaborleistungen dann nach § 4 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 GOÄ selbst abrechnen, wenn das Präsenzlabor von einem Krankenhausarzt ohne Liquidationsberechtigung geleitet wird. Denn Basislaborleistungen sind nach § 4 Abs. 2 S. 2 GOÄ grundsätzlich beziehbar. Dies erfordert entweder die Erbringung nach fachlicher Weisung und unter der Aufsicht eines anderen Arztes in Laborgemeinschaften oder in einem von Ärzten ohne eigene Liquidationsberechtigung geleiteten Krankenhauslabor. Wird das Präsenzlabor im Krankenhaus dagegen von einem liquidationsberechtigten Krankenhausarzt geleitet, rechnet dieser die Basislaborleistungen gegenüber dem Wahlleistungspatienten ab.

Eine alternative Möglichkeit die Abrechenbarkeit von Basislaborleistungen durch Krankenhausärzte herzustellen, besteht nach § 4 Abs. 2 S. 2 GOÄ dadurch, dass ein liquidationsberechtigter Krankenhausarzt einer Laborgemeinschaft beiträgt und die Basislaborleistungen dort erbracht werden³¹.

1.2 Speziallaborleistungen

Bei Speziallaborleistungen gilt gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ uneingeschränkt die Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung. Zudem liegt im Falle des Outsourcings ein Weiterversand von Untersuchungsmaterial durch einen Arzt an einen anderen Arzt zur Durchführung von Laboratoriumsuntersuchungen der Abschnitte M III und M IV vor. Nach der allgemeinen Bestimmung Nr. 3 des Abschnitts M GOÄ muss in diesem Fall die Rechnungstellung durch den Arzt erfolgen, der die Laborleistungen erbracht hat. Dies ist das externe Labor – und zwar auch dann, wenn

es nach dem Outsourcing noch ein Präsenzlabor für kurzfristige Routineleistungen im Krankenhaus gibt, das von Krankenhausärzten geleitet wird. Schließt ein Patient mit dem Krankenhausträger eine Wahlleistungsvereinbarung und mit einem liquidationsberechtigten Chefarzt einen Arztzusatzvertrag ab, ist das externe Labor über die Regelung des § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG in die Wahlarztkette eingebunden. Ein Vertrag zwischen diesem Laboratorium und dem Patienten wird fingiert. Das Fremdlabor rechnet die Speziallaborleistungen in eigenem Namen gegenüber dem Patienten ab.

2. Beauftragung des externen Labors nur durch privatliquidationsberechtigte Ärzte oder auch durch nachgeordnete Ärzte des Krankenhauses?

In die Wahlleistungsvereinbarung werden gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG auch ärztlich geleitete Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses mit eingebunden, die im Rahmen der Wahlleistung ärztlich veranlasste Leistungen als externe Dritte erbringen (sog. externe Wahlleistungskette). Dabei stellt sich die Frage, welche Anforderungen an die Beauftragung durch den behandelnden Arzt in personeller und sachlicher Hinsicht bestehen, namentlich, ob das externe Labor nur durch privatliquidationsberechtigte Ärzte oder auch durch nachgeordnete Ärzte des Krankenhauses beauftragt werden darf.

Die Frage ist, soweit ersichtlich, bislang, nicht höchststrichterlich geklärt. Der Wortlaut des § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG legt zwar ein restriktives Verständnis nahe. Denn darin ist für die Eröffnung der externen Wahlarztkette von der Veranlassung durch „diese Ärzte“ – die liquidationsberechtigten Ärzte – die Rede. Trotz dieser Formulierung spricht aber alles dafür, dass es sich bei der Veranlassung externer medizinischer Wahlleistungen um eine delegationsfähige Tätigkeit im Rahmen der ärztlichen Wahlleistung handelt, die nicht persönlich von einem liquidationsberechtigten Arzt ausgehen muss. Die Veranlassung einer externen medizinischen Wahlleistung gehört nicht zur Kerntätigkeit des Wahlarztes. Es handelt sich bei der Veranlassung weder um eine Therapieentscheidung noch um eine ärztliche Behandlung. Die externe medizinische Wahlleistung wird in Auftrag gegeben, um einen Laborbefund zu erhalten, der anschließend für Diagnose- und Therapieentscheidungen des Wahlarztes verwendet wird. Die besondere Qualifikation des Wahlarztes ist für die Veranlassung einer medizinischen Wahlleistung wie einer Laboruntersuchung nicht von wesentlicher Bedeutung, da die davon ausgehenden Risiken überschaubar sind. Es kann lediglich passieren, dass durch die Veranlassung einer unnötigen Diagnostik eine nicht erforderliche Behandlungskette in Gang gesetzt wird. Dies ist aber ein Risiko, das auch vom ärztlichen Personal, das nicht Teil der Wahlarztkette ist, eingeschätzt werden kann, zumal die Veranlassung auf Weisung eines Arztes der Wahlarztkette hin erfolgt. Ein anderes Ergebnis stünde im Widerspruch zu der Befugnis des liquidationsberechtigten Arztes, Routinemaßnahmen, die nicht zu den Kernleistungen gehören, an nachgeordnete Ärzte zu delegieren, die die Leistungen unter Aufsicht nach fachlicher Weisung des Wahlarztes erbringen³². Wenn im Rahmen dieser zulässigerweise delegierten Behandlung eine Laborleistung veranlasst werden muss, erschließt sich nicht, weshalb diese nicht auch von dem zulässigerweise eingebundenen nachgeordneten Arzt in Auftrag gegeben werden kann, sondern diese einzelne Handlung höchstpersönlich von einem li-

30) BGH, Urt. v. 12.11.2009, – III ZR 110/09 –, BGHZ 183, 143, Rdnrn. 8ff.

31) *Bäume*, MedR 2014, 76, 80f.

32) LG Hamburg, Urt. v. 2.2.2001, – 313 S 62/00 –, NJW 2001, 3415, 3416; *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3379f.

liquidationsberechtigten Arzt vorgenommen werden muss. Für den Wahlleistungspatienten spielt es ebenso wenig eine Rolle, ob die Veranlassung der Laborleistung durch den Wahlarzt höchstpersönlich geschieht oder unter dessen Verantwortung durch einen anderen Arzt außerhalb der Wahlartzkette. Ihm wird regelmäßig weder bekannt noch wichtig sein, wer konkret die Laborleistung in Auftrag gegeben hat. Bedeutung hat für ihn erst die Berücksichtigung des Befundes und dessen Weiterverwendung als Entscheidungsgrundlage.

Für die Delegationsfähigkeit der Veranlassung einer Laboruntersuchung spricht zudem, dass der Wahlarzt sogar befugt ist, abrechnungsrelevante ärztliche Tätigkeiten zu delegieren, diese aber als Wahlleistung in Rechnung stellen darf. Wenn dies möglich ist, so muss die Delegationsfähigkeit erst Recht für die Veranlassung einer externen Leistung gelten, die für ihn nicht abrechnungsrelevant ist.

3. Ohne Einräumung eines Privatliquidationsrechts an Ärzte des Krankenhauses

Wenn ein Krankenhaus, das den Laborbetrieb ausgegliedert hat, seinen leitenden Ärzten kein Liquidationsrecht eingeräumt hat, stellt sich insbesondere die Frage, ob der externe Kooperationspartner die Laborleistungen als Wahlleistungen abrechnen darf.

3.1 Grundsätzlich keine Liquidation der Leistungen durch den Krankenhausträger

Eine Liquidation von Laborleistungen durch den Krankenhausträger als Institutsleistung ist bei einer Ausgliederung des *gesamten* Laborbetriebs auf ein Facharztlabor nicht möglich. Leistungen des *Basislabors* nach Abschnitt M II GOÄ sind zwar grundsätzlich beziehbar. Dies setzt nach § 4 Abs. 2 S. 2 GOÄ aber voraus, dass die Laborleistung entweder in einer Laborgemeinschaft oder in einem von Ärzten ohne eigene Liquidationsberechtigung geleiteten Krankenhauslabor erbracht wird. Eine Leistungserbringung in Laborgemeinschaften scheidet aus. Diese werden als Zusammenschlüsse von Ärzten zur gemeinsamen Nutzung von Laborgeräten innerhalb oder außerhalb der eigenen Praxisräume mit dem Ziel der Erbringung bestimmter Laboratoriumsuntersuchungen definiert³³. Ein Krankenhausträger kann nicht Mitglied einer Laborgemeinschaft sein. Ein vollständiges Outsourcing hat zur Folge, dass das Labor durch den Kooperationspartner in eigenem Namen betrieben wird und dieses kein Krankenhauslabor mehr im Sinne von § 4 Abs. 2 S. 2 GOÄ ist³⁴.

Wird dagegen ein Präsenzlabor im Krankenhaus aufrechterhalten, für das der externe Laborpartner nur Geräte stellt und Dienstleistungen erbringt, während die Leitung dieses Präsenzlabors weiterhin nicht liquidationsberechtigten Krankenhausärzten obliegt, ist hinsichtlich der dort erbrachten Basislaborleistungen eine Abrechnung durch das Krankenhaus als Institutsleistungen über § 17 KHEntgG i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 2 GOÄ möglich.

Bei von externen Laborärzten erbrachten *Speziallaborleistungen* steht der Abrechnung durch den Krankenhausträger als Institutsleistung Ziff. 3 der allgemeinen Bestimmungen zum Abschnitt M GOÄ entgegen. Wenn Untersuchungsmaterial an einen anderen Arzt wegen der Durchführung von Speziallaborleistungen (Abschnitte M III und M IV GOÄ) versendet wird, hat die Rechnungstellung durch den Arzt zu erfolgen, der die Laborleistung erbracht hat. Eine Erbringung durch den Krankenhausträger liegt beim echten Outsourcing aber nicht vor. Deshalb kann der Träger die von einem Drittlabor erbrachten Leistungen der Abschnitte M III und M IV GOÄ nicht liquidieren³⁵.

3.2 Liquidation der Wahlleistungen durch das kooperierende Labor

Es ist umstritten, ob im Falle der Abrechnung von Wahlleistungen durch den Krankenhausträger als Institutsleistung

mangels liquidationsberechtigter Krankenhausärzte externe Dritte in die Wahlartzkette einbezogen sind, die die von ihnen erbrachten Leistungen dann gegenüber dem Patienten abrechnen³⁶. Explizit ist diese Frage hinsichtlich eines outgesourceten Laborbereichs noch nicht höchststrichterlich geklärt. Der BGH hat allerdings am 16.10.2014³⁷ entschieden, dass ein externer Honorararzt, der mit einem Patienten eine eigene Wahlleistungsvereinbarung abgeschlossen hatte, keine wahlärztlichen Leistungen gegenüber Patienten abrechnen darf³⁸.

Dieses Urteil lässt auf den ersten Blick gewisse Zweifel an der Liquidationsmöglichkeit des externen Facharztlabors aufkommen. Die Entscheidung betrifft zwar nicht die Erbringung von Wahlleistungen durch einen externen Dritten als Folge des Outsourcings eines Bereichs des Krankenhauses, wenn der Patient mit dem Krankenhausträger eine Wahlleistungsvereinbarung abgeschlossen hat und es keine liquidationsberechtigten Krankenhausärzte gibt. Die Ausführungen des BGH zur Notwendigkeit der Veranlassung von Leistungen Dritter durch liquidationsberechtigte Ärzte des Krankenhauses in dieser Entscheidung werfen aber dennoch die Frage auf, ob Dritte in die wahlärztliche Leistungserbringung eingeschaltet werden können, wenn der Krankenhausträger diese Leistungen für seine Krankenhausärzte als Institutsleistungen liquidiert. Trotz des unglücklichen Wortlauts des § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG sprechen die deutlich besseren Argumente dafür, dass im Falle der Berechnung der Wahlleistungen als Institutsleistungen durch den Krankenhausträger auch externe Ärzte in die Leistungserbringung eingebunden werden dürfen, die ihre Leistungen selbst gegenüber den Wahlleistungspatienten liquidieren können. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man mit der herrschenden Meinung davon ausgeht, dass ein Krankenhausträger Wahlleistungen als Institutsleistung abrechnen kann. Ist dies der Fall, muss der Krankenhausträger mit dem Patienten eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende schriftliche Wahlleistungsvereinbarung abschließen. Die an der Leistungserbringung beteiligten leitenden Ärzte (sowie deren ständige Vertreter) – die in dieser Konstellation kein Liquidationsrecht haben – müssen in der Vereinbarung aufgeführt werden. Der Krankenhausträger ist dazu verpflichtet, dem Patienten diese Ärzte zur Erbringung der Krankenhausleistungen zur Verfügung zu stellen. Der einzige Unterschied zum in § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG geregelten Fall ist, dass diese Ärzte ihre Leistungen nicht selbst gegen Aufwandsentschädigung liquidieren, sondern der Träger als originär Liquidationsberechtigter diese als Institutsleistungen abrechnet und den Krankenhausärzten ein Beteiligungsrecht für ihren Beitrag einräumt. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, weshalb in der einen Konstellation die interne und externe Wahlartzkette sämtliche leitende Ärzte des Krankenhauses mit Liquidationsrecht sowie die von diesen beauftragten dritten Ärzte einschließen, im Falle der Abrechnung von Wahlleistungen als Institutsleistung aber die Einbindung externer Ärzte in die Erbringung von Wahlleistungen und die Abrechenbarkeit dieser Leistungen durch diese externen Ärzte ausgeschlossen sein soll. Dies gilt erst recht, da der Krankenhausträger die Wahlärzte und damit auch das externe Fachlabor bei dem Abschluss eines Arzt-Zusatzvertrages vertreten kann³⁹, sodass dieser Vertrag

33) Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 3. Aufl. 2006, § 4 GOÄ, Rdnr. 46.

34) Bäume, MedR 2014, 76, 80.

35) Clausen, ZMGR 2012, 33, 36.

36) Zu diesem Streit Clausen, in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, Kap. 18, Rdnrn. 37f.

37) BGH, Urt. v. 16.10.2014 – III ZR 85/14 –, Rdnrn. 24ff., juris.

38) Hierzu ausführlich Deuter, in: Halbe/Schirmer, Handbuch (2015), C 1530, Rdnrn. 63ff.

39) BGH, Urt. v. 14.1.2016, – III ZR 107/15 –, Rdnr. 23, juris.

zwischen dem Patienten und dem externen Labor bei der Krankenhausaufnahme abgeschlossen werden kann. Wenn auf die Einbindung externer Ärzte in die Erbringung von Wahlleistungen in der Wahlleistungsvereinbarung mit dem Krankenhausträger hingewiesen wird, gibt es aus Patientenschutzgesichtspunkten keinen Anlass zur unterschiedlichen Bewertung. Zwar ist der Wortlaut des § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG missverständlich gefasst, indem er in die Wahlleistungskette die „von den liquidationsberechtigten Ärzten veranlassten Leistungen“ von Ärzten und ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses einschließt. Da aber die Abrechnung von Wahlleistungen durch den Krankenhausträger als Institutsleistung in § 17 Abs. 3 KHEntgG ohnehin nur rudimentär geregelt ist und erst mittelbar aus § 17 Abs. 3 S. 7 KHEntgG folgt, ist dies kein überzeugendes Argument gegen die Möglichkeit der Einbeziehung externer Ärzte in die Erbringung von Wahlleistungen.

Ein derart restriktives Verständnis der Vorschrift würde dazu führen, dass die Ausgliederung bestimmter Leistungsbereiche eines Krankenhauses de facto nicht möglich wäre, wenn der Krankenhausträger – wozu er als Dienstherr nicht verpflichtet ist – seinen leitenden Ärzten keine Liquidationsrechte einräumen möchte. Dies hätte zur Folge, dass in den outgesourceten Leistungsbereichen keine Wahlleistungen erbracht und abgerechnet werden können. Mit Rücksicht auf die jedenfalls für Krankenhäuser in privater Trägerschaft ebenso wie für externe Leistungserbringer verfassungsrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsfreiheit, in die nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden darf, bedürfte ein Ausschluss des Abschlusses einer Wahlleistungsvereinbarung zwischen Krankenhausträger sowie externem Labor und Patienten für den Fall, dass es keine liquidationsberechtigten Ärzte im Krankenhaus gibt, einer hinreichend bestimmten und durch Gemeinwohlbe-

lange zu rechtfertigenden gesetzlichen Grundlage. Diese liegt mit § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG gerade nicht vor. Auch materiell wäre ein solcher Ausschluss nicht zulässig, da der Patientenschutz ihn nicht rechtfertigen kann und die Preisregelungen der GOÄ in beiden Varianten anwendbar sind, sodass der Patient dadurch hinreichend geschützt wird.

Die vorliegende Konstellation unterscheidet sich auch in einem weiteren Punkt maßgeblich vom Abschluss eines nach der zuvor genannten Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2014 unwirksamen Arztsatzungsvertrages des Patienten mit einem selbständigen Honorararzt zur Erbringung von Wahlleistungen. Die Einbeziehung eines externen Arztes in die Wahlleistungskette führt von Gesetzes wegen zu einem fingierten Vertrag zwischen dem Patienten und diesem externen Arzt. Der Abschluss einer separaten Vereinbarung ist in § 17 Abs. 3 KHEntgG überhaupt nicht vorgesehen. Somit folgt die hier zu untersuchende Konstellation grundsätzlich dem gesetzlichen Leitbild. Der einzige Unterschied zu der darin genannten Fallgestaltung ist das fehlende Liquidationsrecht einzelner Ärzte. Dies ändert aber nichts daran, dass der Krankenhausträger die leitenden Ärzte in der Wahlleistungsvereinbarung benennt und sich gegenüber dem Patienten verpflichtet, dass diese die Behandlungsleistungen erbringen. Wenn diese Ärzte bestimmte Leistungen bei externen Ärzten und ärztlichen Einrichtungen in Auftrag geben, entspricht die Abrechnung dieser Leistung durch die externen Ärzte dem gesetzlichen Leitbild. Auf die Abrechnung von Wahlleistungen durch jeden beliebigen externen Honorararzt, der mit dem Patienten unmittelbar Vereinbarungen trifft, ohne dass der Krankenhausträger und die Ärzte des Krankenhauses eingebunden sind, trifft dies dagegen nicht zu.

Der Beitrag wird in Heft 2/2019 fortgesetzt.

Der Kausalitätsnachweis bei der Haftung aus Aufklärungsfehler

Max Middendorf

I. Einführung

Kommt es zu zivilrechtlichen Auseinandersetzungen über angebliche Fehlleistungen im Zusammenhang mit dem Behandlungsvertrag, so tritt neben dem Vorwurf der fachlich unzureichenden Behandlung (Haftung aus Behandlungsfehler) vielfach der Vorwurf, dass die Aufklärung und damit die Einwilligung in einen Eingriff unzureichend war (Haftung aus Aufklärungsfehler). Anerkannt ist seit jeher, dass die Patientenseite auch bei einer Haftung aus einem Aufklärungsfehler den Nachweis zu führen hat, dass der rechtswidrige Eingriff den Gesundheitsschaden verursacht hat. Die Prüfung der Kausalitätsfrage bereitet jedoch – wie die forensische Praxis zeigt – nach wie vor Schwierigkeiten. Insbesondere wird eine zentrale Entscheidung des BGH vom 7.2.2012¹ nach wie vor nur unzureichend rezipiert. Der BGH hatte seinerzeit die Beweislasten dargestellt, die sich im Zusammenhang mit der Rüge einer unterlassenen

Aufklärung über Behandlungsalternativen ergeben. Die damit verbundenen Probleme sollen im vorliegenden Beitrag dargestellt und gelöst werden.

II. Analyse der Rechtsprechung

1. BGH, Urteil v. 15. 3. 2005, MedR 2005, 599

Der Ausgangspunkt der Diskussion über die Frage, wann der klägerseits zu führende Beweis des Kausalzusammenhangs betroffen ist und wann Fragen des von der Beklagtenseite zu beweisenden hypothetischen Kausalverlaufes tangiert sind, liegt in der Entscheidung des BGH vom 15. 3. 2005, MedR 2005, 599, zu einem unfallchirurgischen Sachverhalt.

a)

Die Klägerin hatte in dem Streitfall beanstandet, der Beklagte habe ein fortschreitendes Abkippen eines Bruches in der Nähe des rechten Handgelenkes bemerkt, sie aber trotz der Gefahr einer bleibenden Funktionsbeeinträchtigung nicht auf die weiteren Behandlungsmöglichkeiten ei-

Dr. iur. Max Middendorf,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Medizinrecht,
Bergmann und Partner mbB,
Josef-Schlichter-Allee 38, 59063 Hamm, Deutschland

1) BGHZ 192, 298 = MedR 2012, 456 m. Anm. Baur.