

Göttinger Schriften zum Medizinrecht
Band 26



Claas-Thorge Weise

Die unzulässige Substitution des chefärztlichen Behandlers und ihre Auswirkungen



Universitätsverlag Göttingen

Claas-Thorge Weise
Die unzulässige Substitution des chefärztlichen
Behandlers und ihre Auswirkungen

Dieses Werk ist lizenziert unter einer
[Creative Commons
Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen
4.0 International Lizenz](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).



erschieden als Band 26 der Reihe „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“
im Universitätsverlag Göttingen 2022

Claas-Thorge Weise

Die unzulässige Substitution
des chefärztlichen
Behandlers und ihre
Auswirkungen

Göttinger Schriften
zum Medizinrecht Band 26



Universitätsverlag Göttingen
2022

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe

Zentrum für Medizinrecht

Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Geschäftsführender Direktor: Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Volker Lipp

www.zfm.uni-goettingen.de

Autorenkontakt

E-Mail: claasweise@web.de

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Claas-Thorge Weise

Umschlaggestaltung: Kilian Klapp, Margo Bargheer

© 2022 Universitätsverlag Göttingen

<https://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-511-3

DOI: <https://doi.org/10.17875/gup2021-1765>

ISSN: 1864-2144

eISSN: 2512-689X

Vorwort

Die hier veröffentlichte Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Zu ihrem Gelingen haben zahlreiche Personen beigetragen, denen ich an dieser Stelle meinen aufrichtigen Dank ausspreche. Mein Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Ivo Bach, dessen wertvollen Ratschläge zur zügigen Fertigstellung dieser Arbeit beigetragen haben. Dank seiner Unterstützung konnte ich innerhalb wie außerhalb des Universitätsbetriebes lehrreiche Erfahrungen sammeln. Ebenfalls danken möchte ich Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Volker Lipp, der trotz anstehender Osterfeiertage das Zweitgutachten zeitnah erstellte. Die Anregung zum praxisnahen Thema dieser Dissertation verdanke ich Herrn Rechtsanwalt Reinhold Richter. Und den Herausgebern der „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“ danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit in ihre Schriftenreihe.

Besonders dankbar bin ich meiner Familie und meinen Freunden, die mir die Doktorandenzeit ermöglicht, erleichtert und unvergesslich gemacht haben. Dankbar bin ich in erster Linie meinen Eltern, Ingrid und Werner Weise, die mir auf meinem Lebensweg stets ein sicherer Rückhalt sind. Ihnen verdanke ich nicht zuletzt meine sorgenfreie Ausbildung.

Für unverzichtbare Korrekturarbeiten und wertvolle Anregungen zu meiner Arbeit danke ich meinem Freund Dr. Tobias Nasr. Dankbar bin ich auch für das ausgesprochen angenehme Arbeitsumfeld, das mir die ehemaligen Kolleginnen

und Kollegen am Lehrstuhl geschaffen haben. Namentlich hervorheben möchte ich meinen Freund Dr. Lukas Boczek. Die gelebte Kreativität und das gemeinsame Lachen in unserem Büro haben Langeweile nie aufkommen lassen.

Mein größter Dank aber gilt meiner Freundin Corinna Möhlmeier. Auch für ihren sehr direkten Beitrag zu dieser Dissertation in Form von zahlreichen Ratschlägen und Korrekturen. Vor allem aber dafür, dass ich mit ihr die schönen wie die weniger schönen Momente meines Lebens teilen und mich dabei stets auf ihre liebevolle Unterstützung verlassen kann. Zum Dank widme ich ihr diese Arbeit.

Hannover, den 03. Oktober 2021

Claas-Thorge Weise

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
§ 1 Die Divergenz von Patientenerwartung und Krankenhausalltag	1
§ 2 Gang und Grenzen der Untersuchung	4
Kapitel 1: Die Substituierbarkeit des chefärztlichen Behandlers und ihre Grenzen	7
§ 3 Der Grundsatz persönlicher Leistung in der Chefarztbehandlung	7
A. Vergütungsgedanke	9
B. Interessen des Patienten bei der Wahlbehandlung	10
C. Besonderes persönliches Vertrauen	11
§ 4 Die Delegation von Behandlungsteilen	20
A. Voraussetzungslose Delegation	21
B. Delegationsunfähiger Kernbereich der Chefarztbehandlung	28
C. Abrechnungsvoraussetzungen für delegierte Leistungen	32
D. Zusammenfassung	42
§ 5 Die Substitution durch einen Stellvertreter	44
A. Vereinbarkeit von Stellvertretung und Gebührenrecht	46
B. Vertretungsunfähigkeit von Behandlungsteilen	50
C. Wirksamkeitsvoraussetzungen	51
D. Zusammenfassung	64
Kapitel 2: Die honorarbezogenen Auswirkungen	67
§ 6 Rückabwicklung bei unzulässiger Substitution	67

A. Rückabwicklung der Honorarzahlung	69
B. Rückabwicklung der ärztlichen Behandlung	84
C. Zusammenfassung	87
§ 7 Darlegung und Beweis der unzulässigen Substitution	89
A. Vergütungsanspruch des Chefarztes	90
B. Rückabwicklung der Honorarzahlung	91
C. Zusammenfassung	109
Kapitel 3: Die haftungsbezogenen Auswirkungen	113
§ 8 Haftung für Medizinschäden	113
A. Haftung des Substituts bei unzulässiger Substitution	114
B. Haftung des Chefarztes bei unzulässiger Substitution	131
C. Haftung des Krankenhausträgers bei unzulässiger Substitution	138
D. Zusammenfassung	141
§ 9 Haftung trotz erfolgreicher Behandlung	143
A. Schadensersatz für die Übergehung des Selbstbestimmungsrechts	144
B. Die Behandlung selbst als ersatzfähiger Gesundheitsschaden	146
C. Zusammenfassung	150
Kapitel 4: Die Auswirkungen einer Spaltung der Vertragsbeziehungen	153
§ 10 Auswirkungen auf die Rückabwicklung der ärztlichen Behandlung	153
A. Substitutsbehandlung als Leistung des Chefarztes	154
B. Schutzzweck des § 4 Abs. 2 GOÄ	155
C. Konditionssperre des § 814 BGB	156
D. Zusammenfassung	157
§ 11 Auswirkungen auf die Haftung des Krankenhausträgers	158
A. Haftungsbefreiung auch bei unzulässiger Substitutsbehandlung	159
B. (Un-)Wirksamkeit der Spaltungsklauseln	162
C. Zusammenfassung	173
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	175
Kapitel 1: Die unzulässige Substitution des chefärztlichen Behandlers	175
A. Der Grundsatz persönlicher Leistung in der Chefarztbehandlung	175
B. Die Delegation von Behandlungsteilen	176
C. Die Substitution durch einen Stellvertreter	179
Kapitel 2: Die honorarbezogenen Auswirkungen	180

A. Rückabwicklung bei unzulässiger Substitution.....	180
B. Darlegung und Beweis der unzulässigen Substitution	182
Kapitel 3: Die haftungsbezogenen Auswirkungen.....	185
A. Haftung für Medizinschäden.....	185
B. Haftung trotz erfolgreicher Behandlung	187
Kapitel 4: Die Auswirkungen einer Spaltung der Vertragsbeziehungen	188
A. Auswirkungen auf die Rückabwicklung ärztlichen Behandlung.....	188
B. Auswirkungen auf die Haftung des Krankenhausträgers	188
Literatur	191

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
§ 1 Die Divergenz von Patientenerwartung und Krankenhausalltag	1
§ 2 Gang und Grenzen der Untersuchung	4
Kapitel 1: Die Substituierbarkeit des chefärztlichen Behandlers und ihre Grenzen	7
§ 3 Der Grundsatz persönlicher Leistung in der Chefarztbehandlung	7
A. Vergütungsgedanke	9
B. Interessen des Patienten bei der Wahlbehandlung	10
I. Reine Lenkungsfunktion des Chefarztes	10
II. Grundsatz persönlicher Leistung	11
C. Besonderes persönliches Vertrauen	11
I. Grundlagen zum besonderen persönlichen Vertrauen	12
II. Besonderes persönliches Vertrauen bei der Chefarztbehandlung ..	13
1. Leistungsprägende individuelle Eigenarten des Arztes	13
2. Konkretisierungsbedürftiger Maßstab für die ärztliche Leistung	14
3. Unzulänglich ausgleichbare Rechtsgutsverletzung	15
4. Rein abstrakte Vertrauensbeziehung zum Chefarzt	16
5. Zwischenergebnis	17
D. Zweifelsregel des § 613 S. 1 BGB in der Chefarztbehandlung	18
E. Zusammenfassung	19
§ 4 Die Delegation von Behandlungsteilen	20
A. Voraussetzungslose Delegation	21
I. Wortlaut	22
II. Systematik	22
1. Abstufungen des besonderen persönlichen Vertrauens	23
2. Teilweise vertretbare Chefarztbehandlung	24
3. Exkurs: Abstufungen der Intensität des Vertrauens	26
4. Zwischenergebnis	26
III. Sinn und Zweck	27
IV. Zwischenergebnis	28
B. Delegationsunfähiger Kernbereich der Chefarztbehandlung	28

I.	Ermittlung des Leistungskerns	28
II.	Beispiel: Chirurgie und konservative Fächer	29
C.	Abrechnungsvoraussetzungen für delegierte Leistungen	32
I.	Leistungserbringung nach fachlicher Weisung des Chefarztes	32
1.	Eigener Mitwirkungsbeitrag des Chefarztes	32
2.	Intensität der Mitwirkung	33
3.	Kompetenz des Chefarztes	34
4.	Zwischenergebnis	34
II.	Leistungserbringung unter Aufsicht des Chefarztes	35
1.	Räumlich-zeitliche Distanz bei der Beaufsichtigung	35
2.	Intensität der Erreichbarkeit	36
3.	Zwischenergebnis	37
III.	Besonderheit: Delegation an den ständigen ärztlichen Vertreter	37
1.	Delegation der Grundleistungen	37
2.	Delegation sonstiger Nebenleistungen	39
3.	Auswahlentscheidung	40
4.	Geringere Anforderungen an die verantwortliche Delegation	40
IV.	Einschränkende Vereinbarungen	42
D.	Zusammenfassung	42
§ 5	Die Substitution durch einen Stellvertreter	44
A.	Vereinbarkeit von Stellvertretung und Gebührenrecht	46
I.	Unzulässige Abweichung vom Gebührenrecht	46
II.	Gebührenrechtliche Zulässigkeit der Stellvertretung	47
1.	Wortlaut der §§ 2 III 2, 4 II 3 und 5 V GOÄ	47
2.	Systematik	48
3.	Genesis	49
4.	Sinn und Zweck	49
5.	Zwischenergebnis	50
B.	Vertretungsunfähigkeit von Behandlungsteilen	50
C.	Wirksamkeitsvoraussetzungen	51
I.	Abstrakte Stellvertretungsabrede	51
1.	Unzumutbarer Vorbehalt der Leistungsänderung (§ 308 Nr. 4 BGB)	51
a.	Stellvertretungsabrede als Änderungsvorbehalt	52
b.	Unzumutbarkeit der Stellvertretungsabrede	53
aa.	Personelle Beschränkung auf ständigen ärztlichen Vertreter	53
bb.	Anlassbezogene Beschränkung auf unvorhersehbare Verhinderung	55
cc.	Zwischenergebnis	56
2.	Unangemessene Benachteiligung (§ 307 BGB)	56

a. Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung.....	57
b. Grundsatz persönlicher Leistungserbringung (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB).....	57
c. Zwischenergebnis	58
3. Überraschende Klausel (§ 305c Abs. 1 BGB).....	58
a. Verwendungsüblichkeit von Stellvertretungsabreden.....	58
b. Inhaltliche Reichweite der Stellvertretungsabrede.....	59
c. Äußere Gestaltung der Wahlleistungsvereinbarung	60
4. Zwischenergebnis	61
II. Konkrete Stellvertretungsabrede.....	61
1. Echte Wahlfreiheit des Patienten	61
2. Wahlleistungsunverträgliche Regelleistung.....	63
3. Aufklärungspflicht	63
4. Schriftliche Fixierung	64
D. Zusammenfassung	64
Kapitel 2: Die honorarbezogenen Auswirkungen	67
§ 6 Rückabwicklung bei unzulässiger Substitution	67
A. Rückabwicklung der Honorarzahlung.....	69
I. Einschlägiges Rückabwicklungsregime	69
1. Nichtentstehen des Gebührenanspruchs.....	70
a. Keine Entstehung „der Höhe nach“	70
b. Vergütungsanspruch „dem Grunde nach“	71
2. Rückabwicklung bei erfolgloser Substitutsbehandlung	72
a. Fortbestehen des Vergütungsanspruchs „dem Grunde nach“	72
b. Anderweitige Rückabwicklung der Honorarzahlung	73
3. Erfüllung statt Unmöglichkeit	74
a. Zweckerreichung bei der ärztlichen Behandlungspflicht	74
b. Erfüllung bei unzulässiger Stellvertretung	74
c. Erfüllung bei unzulässiger Delegation	75
4. Aufrechterhaltung der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 S. 2 BGB	76
a. Unzulässige Substitutsbehandlung als Schlechtleistung	76
b. Unzulässige Substitutsbehandlung als Nichtleistung	77
5. Sonderfälle der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung.....	78
a. Erlöschen des Vergütungsanspruchs durch Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1 BGB	78
b. Honorarzahlung trotz bestehenden Einwands unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB)	78
II. Schwächen des Bereicherungsrechts bei der Rückabwicklung der Honorarzahlung.....	79

1. Konditionssperre bei Honorarzahung in Kenntnis der Substitution.....	79
2. Zurechnung der Kenntnis des Kostenerstatters.....	81
3. Treuwidrigkeit des Chefarztes	82
4. Zwischenergebnis	82
III. Honorarzahung in Kenntnis der Substitution	82
1. Konkludente Änderung der Wahlleistungsvereinbarung.....	83
2. Schuldanerkenntnis.....	83
3. Annahme der unzulässigen Substitutsleistung an Erfüllung statt.....	83
B. Rückabwicklung der ärztlichen Behandlung.....	84
I. Unzulässige Substitutsbehandlung als Bereicherungsgegenstand...84	
II. Leistungskondition des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.....	85
1. Eigene Leistung des Substituts	85
2. Rechtsgrundlose Leistung des Chefarztes	85
3. Allgemeine Krankenhausleistung durch den Krankenhausträger.....	86
C. Zusammenfassung	87
§ 7 Darlegung und Beweis der unzulässigen Substitution.....	89
A. Vergütungsanspruch des Chefarztes.....	90
I. Vergütungsanspruch dem Grunde nach	90
II. Anspruchshöhe „Null“	90
B. Rückabwicklung der Honorarzahung	91
I. Beweisrechtliche Ausgangssituation	91
1. Herrschendes Rückabwicklungsmodell.....	91
a. Rückabwicklung bei erfolgloser, unzulässiger Substitutsbehandlung	91
b. Rückabwicklung bei erfolgreicher, unzulässiger Substitutsbehandlung	92
2. Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung.....	92
II. Aufklärung der unzulässigen Substitution durch den Patienten	92
1. Informationsbeschaffung über die Patientenakte.....	93
a. Dokumentationspflicht gemäß § 630f Abs. 2 S. 1 BGB	93
aa. Wortlaut.....	93
bb. Sinn und Zweck	94
(1). Therapiesicherung	94
(2). Beweissicherung.....	96
(3). Rechenschaftslegung.....	97
(4). Zwischenergebnis	98
cc. Systematik.....	98
dd. Genesis	99

ee. Zwischenergebnis	99
b. Beweislastumkehr gemäß § 630h Abs. 3 BGB.....	99
2. Informationsbeschaffung über die Rechnung	101
a. Mindestinhalt der ärztlichen Rechnung.....	101
b. Anspruch auf weitergehende Erläuterung der wahlärztlichen Rechnung.....	101
aa. Konkretes Informationsbedürfnis des Patienten.....	102
bb. Unverschuldete Ungewissheit des Patienten	103
cc. Zumutbarkeit der Auskunftserteilung	104
3. Innerprozessuale Mitwirkungsobliegenheit des Chefarztes	105
a. Sekundäre Darlegungslast des Chefarztes in Bezug auf die unzulässige Substitution.....	106
aa. Substitution an sich.....	106
bb. Einhaltung der Substitutionsvoraussetzungen	107
(1.) Delegation.....	108
(2.) Stellvertretung	108
(3.) Zwischenergebnis	109
b. Risiko der Nicht-Aufklärbarkeit der unzulässigen Substitution	109
C. Zusammenfassung	109
Kapitel 3: Die haftungsbezogenen Auswirkungen	113
§ 8 Haftung für Medizinschäden.....	113
A. Haftung des Substituts bei unzulässiger Substitution	114
I. Vertragliche Haftung des Substituts nach § 280 Abs. 1 BGB.....	114
II. Deliktische Haftung des Substituts nach § 823 Abs. 1 BGB.....	115
1. Unzulässige Substitutsbehandlung als eigener Behandlungsfehler des Substituts.....	115
2. Unzulässige Substitutsbehandlung als ärztliche Eigenmacht des Substituts	116
a. Rechtsgutsverletzung durch eigenmächtigen Heileingriff..	116
b. Rechtswidrigkeit der unzulässigen Substitutsbehandlung..	117
aa. Einwilligung ad personam	118
bb. Auswirkungen der Wahlleistungsvereinbarung auf die Einwilligung.....	119
(1.) Gleichlauf oder Abstraktion zwischen persönlicher Leistungspflicht und Einwilligung ad personam	119
(2.) Strafrechtliche Relevanz der Einwilligungserklärung.....	120
(3.) Unvereinbarkeit mit Stellvertretungsabrede.....	121
(4.) Uferlosigkeit wegen der Wahlarztkette	122

(5.) Erreichung des Zwecks der Wahlleistungsvereinbarung	122
(6.) Zwischenergebnis	123
c. Verschulden des Substituts.....	123
aa. Vorsatz im Hinblick auf die Überschreitung der Einwilligung	123
bb. Fahrlässigkeit im Hinblick auf die Überschreitung der Einwilligung	124
d. Schadenszurechnung bei der unzulässigen Substitution.....	125
aa. Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses.....	125
(1.) Schutz der Selbstbestimmung.....	125
(2.) Schutz vor behandlungsspezifischen Risiken.....	126
(3.) Selbstbestimmte Entscheidung über behandlungsspezifische Risiken bei der unzulässigen Substitutionsbehandlung.....	128
bb. Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens.....	128
(1.) Beachtung der Einwilligung ad personam	129
(2.) Hypothetische Einwilligung des Patienten	129
III. Zwischenergebnis	130
B. Haftung des Chefarztes bei unzulässiger Substitution	131
I. Vertragliche Haftung aus dem Arztzusatzvertrag nach § 280 Abs. 1 BGB.....	131
1. Verletzung behandlungsvertraglicher Pflichten	131
a. Verletzung der Pflicht zur persönlichen Leistung	131
b. Verletzung der Pflicht zur Einholung einer Einwilligung	132
c. Behandlungsfehler des Chefarztes	132
d. Zwischenergebnis	133
2. Exkulpation nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.....	133
3. Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens	134
a. Sanktionslosigkeit der unzulässigen Substitution.....	135
b. Nachweisschwierigkeiten des Chefarztes	136
c. Zwischenergebnis	136
II. Deliktische Haftung des Chefarztes nach § 823 Abs. 1 BGB	136
III. Zwischenergebnis	137
C. Haftung des Krankenhausträgers bei unzulässiger Substitution	138
I. Vertragliche Haftung aus dem totalen Krankenhausaufnahmevertrag nach § 280 Abs. 1 BGB.....	138
1. Verletzung behandlungsvertraglicher Pflichten	138
a. Verletzung der primären Leistungspflicht	138
b. Verletzung von Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB.....	139
2. Exkulpation nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.....	140

3. Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens	140
II. Deliktische Haftung des Krankenhausträgers.....	140
D. Zusammenfassung	141
§ 9 Haftung trotz erfolgreicher Behandlung	143
A. Schadensersatz für die Übergehung des Selbstbestimmungsrechts	144
B. Die Behandlung selbst als ersatzfähiger Gesundheitsschaden.....	146
I. Natürlicher Schaden nach der Differenzhypothese	146
1. Erdulden einer medizinisch nicht konsentierten Behandlung als immaterieller Nachteil.....	146
2. Gegenüberstellung mit den behandlungsspezifischen Risiken	147
3. Unterschreiten der Bagatellgrenze	148
4. Zwischenergebnis	148
II. Kompensation durch den Behandlungserfolg.....	148
1. Vergleich mit dem Krankheitsverlauf ohne Behandlung	149
2. Sanktionslosigkeit der unzulässigen Substitution	150
C. Zusammenfassung	150
Kapitel 4: Die Auswirkungen einer Spaltung der Vertragsbeziehungen....	153
§ 10 Auswirkungen auf die Rückabwicklung der ärztlichen Behandlung.....	153
A. Substitutsbehandlung als Leistung des Chefarztes	154
B. Schutzzweck des § 4 Abs. 2 GOÄ	155
C. Konditionssperre des § 814 BGB	156
D. Zusammenfassung	157
§ 11 Auswirkungen auf die Haftung des Krankenhausträgers	158
A. Haftungsbefreiung auch bei unzulässiger Substitutsbehandlung	159
I. Vertragliche Haftung aus dem gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag.....	159
II. Deliktische Organhaftung nach § 31 BGB trotz Spaltung der vertraglichen Beziehungen	159
1. Chefarztbehandlung als eigene (private) Verrichtung des Chefarztes	160
2. Repräsentation auch beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag.....	160
3. Zwischenergebnis	162
B. (Un-)Wirksamkeit der Spaltungsklauseln	162
I. Überraschungseffekt der Spaltungsklauseln (§ 305c Abs. 1 BGB)	163
II. Spaltungsklausel als „verhüllter Haftungsausschluss“	164

1. Kontrollfreiheit der Spaltungsklauseln (§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB).....	164
a. Rechtsdeklaratorischer Charakter von Spaltungsklauseln ..	164
b. Spaltung als kontrollierbare Leistungsverkürzung.....	166
aa. Leitbild des totalen Krankenhausaufnahmevertrags mit Arztzusatzvertrag	166
bb. Gestaltungsspielraum ohne Standardkonstruktion.....	167
c. Erschleichen des Ausnahmetatbestandes (§ 306a BGB)	168
d. Zwischenergebnis	169
2. Inhaltskontrolle der Spaltungsklauseln.....	169
a. Klauselverbot des § 309 Nr. 7a BGB	170
b. Unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB.....	171
aa. Fehlende Einstandspflicht des Krankenhausträgers	171
bb. Unübersichtliche Haftungsverhältnisse	172
C. Zusammenfassung	173
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	175
Kapitel 1: Die unzulässige Substitution des chefarztlichen Behandlers	175
A. Der Grundsatz persönlicher Leistung in der Chefarztbehandlung.....	175
B. Die Delegation von Behandlungsteilen	176
C. Die Substitution durch einen Stellvertreter.....	179
Kapitel 2: Die honorarbezogenen Auswirkungen	180
A. Rückabwicklung bei unzulässiger Substitution.....	180
B. Darlegung und Beweis der unzulässigen Substitution.....	182
Kapitel 3: Die haftungsbezogenen Auswirkungen	185
A. Haftung für Medizinschäden.....	185
B. Haftung trotz erfolgreicher Behandlung	187
Kapitel 4: Die Auswirkungen einer Spaltung der Vertragsbeziehungen	188
A. Auswirkungen auf die Rückabwicklung ärztlichen Behandlung.....	188
B. Auswirkungen auf die Haftung des Krankenhausträgers	188
Literatur	191

Einleitung

§ 1 Die Divergenz von Patientenerwartung und Krankenhausalltag

Im Laufe seines Lebens wird der Mensch mit zahlreichen gesundheitlichen Beschwerden konfrontiert. Einige von ihnen kuriert der menschliche Körper von allein, andere machen ärztliche Unterstützung erforderlich. Mitunter muss der Kranke in einem Krankenhaus stationär behandelt werden.

Dort wird jedem Patienten – so jedenfalls die gesetzliche Annahme – die „medizinisch zweckmäßige und ausreichende Versorgung“ geboten, vgl. § 2 Abs. 2 S. 1 Krankenhausentgeltgesetz¹. In der Sorge um seine Gesundheit ist vor allem der vermögende Patient aber geneigt, sich nicht lediglich eine ausreichende oder zweckmäßige, sondern eine bessere, eine optimale Behandlung zu sichern. Um derartige Bedürfnisse befriedigen zu können, erlaubt § 17 Abs. 1 S. 1 KHEntgG das Angebot von Wahlleistungen. Gegen entsprechenden Aufpreis kann der ohnehin durch seine Erkrankung geplagte Patient auf diesem Wege beispielsweise die strapaziöse Unterbringung in einem Mehrbettzimmer abwenden.

¹ Gesetz über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhausleistungen (KHEntgG) vom 23.04.2002 (BGBl. I S. 1412), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 19.05.2020 (BGBl. I S. 1018).

Besonders großer Beliebtheit erfreut sich das Angebot wahlärztlicher Leistungen, umgangssprachlich auch Chefarztbehandlung genannt.² Gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen entsteht so der Vorteil, nicht lediglich vom gerade diensthabenden Arzt behandelt zu werden, sondern auf die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten des Wahlarztes zurückgreifen zu können. Diese Zusatzleistung muss der Patient zusätzlich vergüten. Während die allgemeinen Krankenhausleistungen durch diagnosebasierte Fallpauschalen abgegolten sind, werden für die Chefarztbehandlung ergänzende Entgelte nach der Gebührenordnung für Ärzte³ fällig, vgl. § 17 Abs. 3 S. 7 KHEntgG.

Nicht zuletzt der Preis weckt beim Wahlleistungspatienten die Erwartung, vom Chefarzt stets höchstpersönlich behandelt zu werden. Der ist allerdings häufig nicht bloß behandelnder Arzt, sondern ist gefragt als Führungskraft und Manager.⁴ Außerdem besucht der Chefarzt aus Fortbildungsgründen oder wissenschaftlichem Ehrgeiz Kongresse oder betätigt sich in der Lehre.⁵ Schon der banale Fall der Urlaubsabwesenheit führt zu der Frage, inwieweit er die Behandlung auch durch einen Dritten durchführen lassen darf.

Zum Teil lassen sich Chefärzte bei der Wahlbehandlung von nachgeordneten Ärzten und nicht-ärztlichen Mitarbeitern unterstützen und übertragen diesen Teilaufgaben. Diese Form der Aufgabenübertragung wird als *Delegation* bezeichnet. Die Chefärzte beschränken ihr eigenhändiges Engagement dann auf das Wesentliche und übernehmen im Übrigen lediglich die Anleitung und Beaufsichtigung des Delegaten. Wenn selbst das nicht möglich ist, lassen sich Chefärzte mitunter umfangreich vertreten und rechnen die Leistungen ihres Stellvertreters gleichwohl als Chefarztbehandlung ab. Diese weitreichende Aufgabenübertragung bezeichnet man als *Substitution*. Insgesamt ist der Einsatz von Substituten und Delegaten bei der Erbringung wahlärztlicher Leistungen in der Praxis absolut üblich.⁶ Weil sich Delegation und Substitution ohnehin nicht trennscharf voneinander abgrenzen lassen und in beiden Fällen die Behandlung ein nachgeordneter Arzt durchführt, wird im Rahmen dieser Arbeit der Begriff Substitution als gemeinsamer Oberbegriff für Stellvertretung und Delegation verwendet.

Durch die Substitution des Chefarztes wird der Patient in seiner Erwartung enttäuscht, der Chefarzt werde jeden einzelnen Behandlungsschritt *in persona* ausführen. Aus diesem Grund wird die chefärztliche Abrechnungspraxis gelegentlich als betrügerisch angeprangert; die Patienten fühlen sich „über den Tisch gezo-

² Einer Erhebung aus 2014 zufolge ist 70% der Befragten die Chefarztbehandlung als Gesundheitsleistung wichtig, vgl. *INSA*, Focus 7/2015, 65; Huster/Kaltenborn/*Patt/Wilde*, § 8 Rn. 21 zufolge handelt es sich bei der Chefarztbehandlung um eine „besonders bedeutsame Wahlleistung im Krankenhaus“.

³ Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) vom 12.11.1982 (BGBl. I S. 1522), zuletzt geändert durch die Fünfte Änderungsverordnung vom 21.10.2019 (BGBl. I S. 1470).

⁴ *Knüppel/Abrens/Werr*, DÄBl. 2006, 2124.

⁵ Vgl. *Staufer*, DÄBl. 2018, 2, 4.

⁶ *Dayal*, Der Wahlärztliche Vergütungsanspruch, 39; *Stirner*, MedR 2016, 177.

gen“.⁷ In dieselbe Richtung geht die mediale Berichterstattung auch, wenn in einer Sendung des ARD-Magazins *Kontraste* aus dem Jahr 2010 vom „Geschäft mit dem Mythos Chefarztbehandlung“ gesprochen und die Frage aufgeworfen wird, was passiere, „wenn sich rausstellt [sic], dass der vermeintliche Halbgott in weiß [sic] seine Leistungen nicht erbringt“.⁸ Daneben beschreibt die „Rheinische Post“ die Problematik mit der Metapher der „Schwarze[n] Schafe im weißen Kittel“.⁹

Demgegenüber könnte es sich aber auch um überzogene Erwartungen handeln. Das Krankenhausrecht enthält nämlich keinerlei ausdrückliche Vorgabe, wonach sich der Patient durch das Wahlleistungsentgelt das eigenhändige Tätigwerden des Chefarztes hinzukaufe. Stattdessen beschränkt sich der Vorteil der wahlärztlichen Leistung womöglich auf eine die Behandlung überwachende und lenkende Funktion des Chefarztes.¹⁰ Dazu wird besonders häufig die Realität in deutschen Kliniken betont, die ein anderes Verständnis gar nicht zulasse.¹¹

Die Erwartungen der Patienten und die angesprochene Realität in deutschen Krankenhäusern stehen sich also scheinbar unversöhnlich gegenüber. Im Rahmen dieser Arbeit wird untersucht, ob und inwieweit der Patient die höchstpersönliche Behandlung durch den Chefarzt erwarten darf und welche Konsequenzen eine Missachtung der Wahlleistungsvereinbarung dann hat. Das ist insoweit wichtig, als es nicht nur um enttäuschte Erwartungen geht, sondern um ein besonders einträgliches Geschäft: Einem Bericht des Verbandes privater Krankenversicherer zufolge wurden allein im Jahr 2017 für die Wahlleistung Chefarztbehandlung 2,341 Mrd. Euro ausgegeben.¹² Private Krankenversicherer verdienen durch entsprechende (Zusatz-) Versicherungen, liquidationsberechtigte Ärzte und Krankenhausträger durch die gesonderte Vergütung der wahlärztlichen Leistung. Die nachfolgend untersuchte Forschungsfrage betrifft also nicht nur ein kontrovers diskutiertes, sondern auch ein wirtschaftlich bedeutsames Spannungsfeld.

⁷ *Walter*, Das Geschäft mit dem Mythos Chefarztbehandlung, www.rbb-online.de, abgerufen am 20.7.2020.

⁸ *Walter*, Das Geschäft mit dem Mythos Chefarztbehandlung, www.rbb-online.de, abgerufen am 20.7.2020.

⁹ *Goertz*, Schwarze Schafe im weißen Kittel, www.rp-online.de, abgerufen am 20.7.2020.

¹⁰ In diese Richtung etwa *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, 17; *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer*, NJW 2001, 3366, 3367; *Schulte/Eberz*, MedR 2003, 388, 390.

¹¹ *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer*, NJW 2001, 3366, 3366 ff.; *Schulte/Eberz*, MedR 2003, 388, 388 ff.

¹² *PKV-Verband*, Zahlenbericht der PKV 2018, 47.

§ 2 Gang und Grenzen der Untersuchung

Ist die Substitution des chefarztlichen Behandlers in der Wahlleistungsvereinbarung vorgesehen, kann sie keinerlei nachteilige Auswirkungen auf den Honoraranspruch oder die Arzthaftung entfalten. Der Patient muss dann auch für die Substitutsbehandlung ein Chefarzt Honorar entrichten und im Gegenzug haftet der Chefarzt auch für die Schäden einer fehlerhaften Substitutsbehandlung.

Zentraler Gegenstand dieser Arbeit sind die Auswirkungen der *unzulässigen* Substitution des chefarztlichen Behandlers, die entgegen der Wahlleistungsbehandlung erfolgt. Bevor auf sie eingegangen werden kann, muss zunächst geklärt werden, ob und inwieweit die Substitutsbehandlung überhaupt unzulässig ist. Es wird dazu in einem ersten logischen Schritt untersucht, ob die Chefarztbehandlung eine persönliche Leistungspflicht begründet (§ 3) und was daraus für den Einsatz von Substituten folgt (§ 4 und § 5).

Angenommen, der Chefarzt darf nach Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung nicht mehr beliebig ausgetauscht werden, stellt sich die Frage nach den Konsequenzen, falls der Patient unzulässigerweise doch durch ein Substitut behandelt wurde. In einem zweiten logischen Schritt werden deshalb die Auswirkungen der unzulässigen Substitution in den Blick genommen.

Zunächst werden dabei die honorarbezogenen Auswirkungen untersucht. In vielen Fällen zahlt der Patient das wahlärztliche Honorar unabhängig von der Substitution des chefarztlichen Behandlers, weil er ohnehin Kostenerstattung von einem privaten Krankenversicherer oder Beihilfeträger erwartet. Verweigert der Kostenerstatter dann unter Verweis auf die unzulässige Substitution den Aufwendungsersatz, muss der Patient das überzahlte Honorar zurückfordern. Diesbezüglich soll vor allem untersucht werden, auf welcher Grundlage eine Rückabwicklung möglich ist (§ 6). Daneben werden die prozessualen Herausforderungen untersucht, denen der Patient im Hinblick auf die Darlegung und den Beweis der unzulässigen Substitution gegenübersteht (§ 7). Hierbei wird überprüft, ob die unterschiedlichen Aufklärungsmöglichkeiten der Parteien inner- und außerprozessual berücksichtigt werden müssen.

Anschließend werden die arzthaftungsrechtlichen Auswirkungen der unzulässigen Substitution untersucht. Grundsätzlich trägt der Patient bei der ärztlichen Behandlung die behandlungsspezifischen Gesundheitsrisiken selbst, solange der Arzt die Regeln der ärztlichen Kunst und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten beachtet. Untersucht wird nun, ob die Behandlerseite mit der unzulässigen Substitutsbehandlung diesbezüglich ein Haftungsrisiko eingeht, weil der Patient nicht durch den Chefarzt persönlich behandelt wird (§ 8). Außerdem soll die Frage geklärt werden, ob dem Patienten sogar bei erfolgreicher Behandlung allein dafür eine billige Entschädigung in Geld zusteht, dass er nicht durch den gewählten Arzt behandelt wird (§ 9).

Drittens werden die honorar- und die haftungsbezogenen Auswirkungen jeweils unter der Prämisse erneut betrachtet, dass sich der Krankenhausträger selbst nicht zur Erbringung von Behandlungsleistungen verpflichtet. Teilweise gehen Krankenhausträger nämlich dazu über, durch Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages die ärztlichen Leistungen aus dem Pflichtenkatalog auszuklammern, anstatt die Chefärzte bloß über Arztzusatzverträge einzubeziehen.¹³ Es stellt sich dann die Frage, ob die Anpassung der Behandlungsverträge auch die honorar- und haftungsbezogenen Auswirkungen verändert (§ 10 und § 11).

Nicht Gegenstand der Arbeit sind hingegen die straf- und die arbeitsrechtlichen Risiken: Chefärztliche Gebührenabrechnungen haben zwar bereits zu Verurteilungen wegen Abrechnungsbetruges geführt.¹⁴ Allerdings handelt es sich hierbei nicht um eine (unmittelbare) Folge der Substitution als solcher, sondern allein der Abrechnung wider besseren Wissens.¹⁵ Dasselbe gilt für das Risiko des Chefarztes, wegen betrügerischer Abrechnung vom Krankenhausträger entlassen zu werden.¹⁶ Damit bleibt auch die hieran anknüpfende Gefahr des Krankenhausträgers unberücksichtigt, den Chefarzt für entgangene Gewinne entschädigen zu müssen, wenn die Kündigung wider Erwarten im Kündigungsschutzprozess für unwirksam erklärt wird.¹⁷

¹³ Vgl. die AVB des Klinikums der Universität München vom 1.9.2011, 2 („Vertragspartner für ärztliche Leistungen sind allein die liquidationsberechtigten Ärzte“); vgl. die AVB der Fachklinik Bad Pyrmont („Vertragspartner für ärztliche Leistungen sind die liquidationsberechtigten Ärzte“); vgl. die Muster-Wahlleistungsvertrag des Universitätsklinikums Regensburg, 4 („Vertragspartner für wahlärztliche Leistungen sind nur die liquidationsberechtigten Ärzte“); vgl. ferner den zugrundeliegenden Sachverhalt bei BGH, 22.12.1992, VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 = NJW 193, 779.

¹⁴ LG Essen, 12.3.2010, 56 KLS 20/08, GesR 2012, 344, 345.

¹⁵ Siehe hierzu ausführlich *Stirner*, MedR 2016, 177, 183; *Schubert*, ZRP 2001, 154, 155.

¹⁶ LAG Niedersachsen, 17.4.2013, 2 Sa 179/12, NZA-RR 2013, 351, 353.

¹⁷ BAG, 22.3.2002, 8 AZR 536/00, BeckRS 3002, 30790460; LAG Köln, 28.8.2008, 7 Sa 1138/07, BeckRS 2009, 65757; BAG, 15.9.2011, 8 AZR 846/09, NZA 2012, 377, 381 m.w.N.; LAG München, 13.7.2000, 3 Sa 625/98, BeckRS 2000, 30858721.

Kapitel 1: Die Substituierbarkeit des chefarztlichen Behandlers und ihre Grenzen

§ 3 Der Grundsatz persönlicher Leistung in der Chefarztbehandlung

Patienten und deren Krankenversicherer stören sich daran, ein Chefarzthonorar für die Behandlung durch nachgeordnete Ärzte zahlen zu sollen. Die gesonderte Vergütung werde – so der Vorwurf – schließlich für die Behandlung durch den Chefarzt persönlich entrichtet.

Die Erwartungshaltung, einen *vertraglichen Anspruch* auf die Chefarztbehandlung zu haben, bedarf der kritischen Untersuchung. Ein schnelles und eindeutiges Ergebnis liefert die Vertragsauslegung in Fällen, in denen die schriftliche Wahlleistungsvereinbarung selbst dem Patienten die „persönliche“ Erbringung verspricht.¹⁸ Es gilt dann unzweifelhaft der sogenannte Grundsatz persönlicher Leistung.

Werden aber schlicht „gesondert berechenbare Wahlleistungen“ oder die „ärztlichen Leistungen aller [...] liquidationsberechtigten[n] Ärzte“ angeboten,¹⁹ liegt eine persönliche Verpflichtung des Chefarztes jedenfalls nicht auf der Hand. Zu-

¹⁸ Vgl. Muster-Wahlleistungsvertrag der Medizinischen Hochschule Hannover, 1.

¹⁹ Vgl. Muster-Wahlleistungsvertrag des Universitätsklinikums Regensburg, 1.

mal gar nicht der Chefarzt die Wahlleistungen anbietet; die Wahlleistungsvereinbarung wird nach dem gesetzlichen Leitbild des § 17 Abs. 1 S. 1 KHEntgG nämlich zwischen dem Patienten und dem Krankenhausträger getroffen. Enthält die schriftliche Wahlleistungsvereinbarung keine ausdrückliche Regelung zur Leistungsperson, gestaltet sich die Auslegung deswegen wenigstens problematischer.

Besonders häufig findet sich in Rechtsprechung und Schrifttum die Aussage, der Patient erkaufe sich durch die gesonderte Vergütung die persönliche Zuwendung des Chefarztes.²⁰ Allerdings ist der Schluss von der gesonderten Vergütung auf die persönliche Leistungspflicht keineswegs zwingend. Trotzdem soll auch für die nachfolgende Untersuchung der sogenannte Vergütungsgedanke zum Ausgangspunkt werden.

Daneben werden bei der Auslegung vielfach die Interessen des Patienten betont: Dieser strebe mit der Wahlbehandlung nach einer optimalen Behandlung.²¹ Einige stellen verstärkt darauf ab, dass der Patient selbst bestimme, was für ihn eine optimale Behandlung darstellt.²² Andere wiederum erkennen, dass die Chefarztbehandlung objektiv unter Umständen ihr Ziel verfehlt, schließlich kann im Einzelfall durchaus auch ein Oberarzt über die größere praktische Erfahrung und Routine verfügen.²³ Inwieweit trotz alledem das Optimierungsinteresse des Patienten für den Grundsatz persönlicher Leistung bedeutsam sein kann, wird im Folgenden überprüft.

In den Mittelpunkt soll für die Auslegung indes das besondere persönliche Vertrauen des Patienten gestellt werden. Ein derartiges Vertrauen in die Person des Schuldners begründet nämlich anerkanntermaßen die persönliche Leistungspflicht des Schuldners.²⁴ Das wirft die Fragen auf, was man unter einem besonderen persönlichen Vertrauen versteht und ob auch bei der Chefarztbehandlung der Patient ein derartiges Vertrauen aufbaut.

Zu guter Letzt soll die Anwendbarkeit des § 613 S. 1 BGB kritisch beleuchtet werden. Vielfach wird nämlich der Grundsatz persönlicher Leistungserbringung in der Chefarztbehandlung auf die Zweifelsregel gestützt, wonach „Dienste im Zweifel in Person zu leisten“ sind.²⁵ Problematisch ist insoweit jedoch, dass § 613 S. 1

²⁰ Vgl. exemplarisch BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, NJW 1998, 1778, 1779.

²¹ OLG Düsseldorf, 16.2.1995, 8 U 33/94, NJW 1995, 2421; Uleer/*Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 54 und 59; *Schulte/Eberz*, MedR 2003, 388, 389.

²² *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3378; Uleer/*Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 57; *Wigge*, R&R 2016, 882, 884.

²³ *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, 16.

²⁴ Motive II, 32 = Mugdan II, 17; BeckOGK/*Krafka* § 267 BGB Rn. 8; MünchKommBGB/*Krüger*, § 267 BGB Rn. 4; Juris-PK/*Kerner*, § 267 Rn. 4; Zu § 664 BGB: vgl. Motive II, 531 = Mugdan II, 297; Staudinger/*Martinek/Omlor*, § 664 BGB Rn. 2; Zu § 691 BGB: vgl. Motive II, 574 = Mugdan II, 321; Zu § 2218 BGB: vgl. BeckOGK/*Tolksdorf*, § 2218 BGB Rn. 20.

²⁵ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 („Der Arzt, der gegenüber einem Patienten aus einer Wahlleistungsvereinbarung verpflichtet ist, muss seine Leistungen gem. § 613 S. 1 BGB grundsätzlich selbst erbringen“); BGH, 11.5.2010, VI ZR 252/08, NJW

BGB die persönliche Leistungspflicht ausdrücklich an den „zur Dienstleistung Verpflichtete[n]“ adressiert – also an diejenige Person, die die medizinische Behandlung einer Person zusagt, vgl. § 630a Abs. 1 BGB. Dass auch der Chefarzt vertraglich zum Schuldner der wahlärztlichen Leistungen wird, ist aber jedenfalls nicht selbstverständlich. Wie gesagt: Die Wahlleistungsvereinbarung schließt der Patient gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 KHEntgG mit dem Krankenhausträger. Auch an dieser Stelle soll die nachfolgende Untersuchung Klarheit schaffen.

A. Vergütungsgedanke

Mitunter wird schon von der zusätzlichen Vergütung, die der Patient für die wahlärztliche Leistung entrichtet, auf die persönliche Behandlungspflicht des Chefarztes geschlossen: Der BGH hat im Jahr 1998 klargestellt, dass der Patient „sich damit die persönliche Zuwendung [...] des von ihm gewählten liquidationsberechtigten Arztes [...] „*hinzukaufen*“ will“.²⁶ Insbesondere die Vertreter der privaten Krankenversicherer stützen sich auf diesen Vergütungsgedanken.²⁷ Gerade die eigenhändige Erbringung der wahlärztlichen Leistung bilde zusammen mit der gesonderten Vergütung das charakterisierende Austauschverhältnis.²⁸

Allerdings besteht kein zwingender Zusammenhang zwischen dem erhöhten Entgelt und der persönlichen Behandlung durch einen ganz bestimmten Wahlarzt. Vorstellbar wäre schließlich auch, dass es allein um eine qualitativ bessere ärztliche Dienstleistung an sich geht; etwa in Gestalt einer intensiveren Betreuung, der Anwendung kostenintensiverer Behandlungsmethoden o.ä.²⁹ Der Unterschied zwischen allgemeinen Krankenhaus- und Wahlleistungen muss nicht zwangsläufig in der persönlichen Behandlung durch die Chefarzte liegen; geschweige denn „ausschließlich“.³⁰ Die besondere Vergütung kann daher bestenfalls ein Indiz für die persönliche Behandlungspflicht begründen.³¹

2010, 2580, 2581; OLG Celle, 15.6.2015, 1 U 98/14, MedR 2015, 821, 822; *Lipp* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. III. Rn. 39.

²⁶ BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, NJW 1998, 1778, 1779.

²⁷ *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3378 („Der Autor Miebach ist Abteilungsleiter [...], der Autor Patt ist Referatsleiter im Verband der privaten Krankenversicherung e.V.“); *Uleer/Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 57.

²⁸ *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3379; *Uleer/Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 57; LG Hamburg, 23.3.2001, 331 S 77/00, *ArztR* 2002, 224.

²⁹ Vgl. *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, 16, der den allgemeinen Wunsch nach optimierter ärztlicher Behandlung überwiegen lassen will a.A. *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3378; *Uleer/Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 57.

³⁰ So jedoch *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 42.

³¹ Die Indizwirkung der Vereinbarung gesonderter Abrechnung erkennt auch *Weller*, *Persönliche Leistungen*, 72 f.

B. Interessen des Patienten bei der Wahlbehandlung

Der Patient verspricht sich von den Wahlleistungen eine gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen optimierte Behandlung.³² Darüber ist sich das Schrifttum prinzipiell einig.

Allerdings werden aus diesem Grundgedanken völlig konträre Schlussfolgerungen gezogen: Teile des Schrifttums nehmen an, es gehe insoweit um die Behandlung durch den aus Patientensicht besten Arzt des Krankenhauses.³³ Der Patient bestimme (rein subjektiv) selbst, was für ihn eine optimale Behandlung darstellt.³⁴

Anderer Vertreter der Literatur gehen wiederum davon aus, dass der Wunsch nach persönlicher Behandlung zurückzutreten habe, weil die Chefarztbehandlung unter Umständen gar nicht im (objektiven) Interesse des Patienten liege, da im Einzelfall ein anderer Arzt über die höhere praktische Erfahrung und Routine verfügen kann.³⁵

Ob das Interesse des Patienten an einer optimalen Behandlung tatsächlich einen derart bedeutsamen Faktor im Hinblick auf den Grundsatz persönlicher Leistungserbringung darstellt, soll nachfolgend kritisch überprüft werden.

I. Reine Lenkungsfunktion des Chefarztes

Die Konsequenz einer objektiven Betrachtung der Patienteninteressen ist eine weitgehend vertretbare Chefarztbehandlung. Im Hinblick auf die wohlverstandenen Interessen des Patienten komme es – so die kritischen Literaturstimmen – weniger auf die eigenhändige Tätigkeit oder physische Präsenz des Chefarztes an, als auf seine Lenkungsfunktion als „Medizin-Manager“.³⁶ In dem Fall bedeute „Chefarztbehandlung“ lediglich, dass der Chefarzt den konkret geeignetsten Mitarbeiter auswählt – der Chefarzt sei dann lediglich „Garant für die Qualität seiner Mitarbeiter“.³⁷

Für die reine Lenkungsfunktion des Chefarztes spricht, dass andernfalls eine allgemein verschlechterte Patientenversorgung in den Spezialgebieten droht: Der Chefarzt verkomme bei strikter Bindung zu einem Generalisten (in den Grenzen seines Fachgebietes).³⁸ Er müsste auch die zahlreichen Routinemaßnahmen durchführen, die seine Qualifikationen gar nicht erfordern. Dann steht er jedoch für die

³² OLG Düsseldorf, 16.2.1995, 8 U 33/94, NJW 1995, 2421; Uleer/*Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 54 und 59; *Schulte/Eberz*, MedR 2003, 388, 389.

³³ *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3378; Uleer/*Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 57.

³⁴ *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3378; Uleer/*Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 57; *Wigge*, R&R 2016, 882, 884.

³⁵ *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, 16.

³⁶ *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, 17.

³⁷ So etwa *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer*, NJW 2001, 3366, 3367; *Schulte/Eberz*, MedR 2003, 388, 390.

³⁸ *Schulte/Eberz*, MedR 2003, 388, 390.

komplexen und gefährlichen Maßnahmen nicht mehr in gleichem Umfang zur Verfügung, was eine insgesamt qualitativ schlechtere Patientenversorgung in den Spezialgebieten verursachen könnte.³⁹

II. Grundsatz persönlicher Leistung

Umgekehrt lässt sich aus dem Interesse des Patienten an einer optimalen Behandlung aber auch der Grundsatz persönlicher Leistung ableiten. Bei rein subjektiver Betrachtung des Patienteninteresses – sprich unter der Prämisse, dass der Patient selbst bestimmt, was für ihn eine optimale Behandlung darstellt – liegt die optimale Behandlung womöglich tatsächlich in der persönlichen Zuwendung des Chefarztes. Bei lebensnaher Betrachtung hält nämlich der Durchschnittspatient noch immer den Chefarzt für besonders kompetent.

Für einen Grundsatz persönlicher Leistung spricht bei der Chefarztbehandlung ferner, dass mit ihm ein erhebliches Missbrauchsrisiko im Hinblick auf die Auswahl des im Einzelfall qualifiziertesten Arztes verhütet werden kann. Denn bei der freien Auswahl durch den Chefarzt könnte es (bewusst oder unbewusst) dazu kommen, dass die wahlärztliche Leistung nicht durch den geeignetsten Mitarbeiter durchgeführt wird. Schließlich sind die Qualifikationen und Erfahrungen von Medizinern nicht immer miteinander vergleichbar. Zumindest besteht insoweit ein Konfliktpotenzial.

Wirklich überzeugend ist die Argumentation indes nur, solange der Patient im Einzelfall wirklich die persönliche Chefarztbehandlung für die optimale Behandlung hält. Vorstellbar wäre aber auch, dass der Patient eine optimale Behandlung völlig anders definiert; etwa durch eine intensivere Betreuung oder die Anwendung kostenintensiverer Behandlungsmethoden.⁴⁰ Deswegen ist das Interesse des Patienten für den Grundsatz persönlicher Leistung im Endeffekt auch nicht von allzu großer Bedeutung. Von einer Indizwirkung kann angesichts der noch immer vorherrschenden Meinung zur besonderen chefarztlichen Kompetenz aber ausgegangen werden.

C. Besonderes persönliches Vertrauen

In der Debatte um den Grundsatz persönlicher Leistung wird bei der Chefarztbehandlung nur allzu häufig vernachlässigt, was im Übrigen allen persönlichen Leistungspflichten gleichermaßen zugrunde liegt: das besondere persönliche Vertrauen.⁴¹

³⁹ Schulte/Eberz, MedR 2003, 388, 390.

⁴⁰ Vgl. Spickhoff, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, 16, der den allgemeinen Wunsch nach optimierter ärztlicher Behandlung überwiegen lassen will.

⁴¹ Vgl. dazu Motive II, 32 = Mugdan II, 17; BeckOGK/Krafka § 267 BGB Rn. 8; Münch-KommBGB/Krüger, § 267 BGB Rn. 4; Juris-PK/Kerner, § 267 Rn. 4; Zu § 664 BGB: vgl. Motive II, 531 = Mugdan II, 297; Staudinger/Martinek/Omlor, § 664 BGB Rn. 2; Zu § 691 BGB: vgl.

Dementsprechend soll nachfolgend in einem ersten Schritt skizziert werden, was unter einem besonderen persönlichen Vertrauen zu verstehen ist, bevor in einem zweiten Schritt überprüft werden kann, ob auch der Patient bei der Chefarztbehandlung ein derartiges Vertrauen aufbaut.

I. Grundlagen zum besonderen persönlichen Vertrauen

Sämtliche persönliche Leistungspflichten beruhen auf einem besonderen persönlichen Vertrauen des Gläubigers.⁴² Dieses Vertrauen soll durch die persönliche Verpflichtung des Schuldners geschützt werden.⁴³

Darstellen lässt sich das am Beispiel der Verwahrung: Hinterlegt jemand bei einem Verwahrer einen Gegenstand, vertraut er auf die Zuverlässigkeit und Integrität genau dieser Person.⁴⁴ Deshalb ist der Verwahrer gemäß § 691 S. 1 BGB „im Zweifel nicht berechtigt, die hinterlegte Sache bei einem Dritten zu hinterlegen“.

Mit der Erkenntnis, dass das Vertrauen des Gläubigers die persönliche Leistungspflicht des Schuldners begründet, ist indes noch nicht viel gewonnen: Jeder Gläubiger vertraut nämlich in die Person seines Schuldners zumindest insoweit, als er an die gehörige Leistungserbringung glaubt. Darauf weist schon die Bezeichnung als „Gläubiger“ hin.⁴⁵

Vereinzelte gibt es jedoch Leistungen, bei denen nur die Leistung einer ganz bestimmten Person dem Gläubiger Gewähr für eine ordnungsgemäße Erfüllung bietet.⁴⁶ Das liegt daran, dass die *nicht*-ordnungsgemäße Leistung nur unzureichend ausgeglichen werden kann. Das Recht und seine Sanktionen stoßen hierbei an ihre Grenzen.⁴⁷

Als Beispiel taugt einmal mehr die Verwahrung: Dürfte der Verwahrer den Gegenstand seinerseits bei einem Dritten hinterlegen, müsste der Hinterleger die Beschädigung unter Umständen ersatzlos hinnehmen. Auf Schadensersatz haftet der Verwahrer in dem Fall nämlich nur noch, wenn entweder ihn selbst bei der Hinterlegung (§ 691 S. 2 BGB) oder den Dritten bei der Beschädigung ein Verschulden trifft (§§ 691 S. 3, 278 BGB). Das Vertrauen auf die Zuverlässigkeit und Integrität des Verwahrers bleibt dann ungeschützt.

Motive II, 574 = Mugdan II, 321; Zu § 2218 BGB: vgl. BeckOGK/Tolksdorf, § 2218 BGB Rn. 20.

⁴² Motive II, 32 = Mugdan II, 17; BeckOGK/Krafka § 267 BGB Rn. 8; MünchKommBGB/Krüger, § 267 BGB Rn. 4; Juris-PK/Kerwer, § 267 Rn. 4; Zu § 664 BGB: vgl. Motive II, 531 = Mugdan II, 297; Staudinger/Martinek/Omlor, § 664 BGB Rn. 2; Zu § 691 BGB: vgl. Motive II, 574 = Mugdan II, 321; Zu § 2218 BGB: vgl. BeckOGK/Tolksdorf, § 2218 BGB Rn. 20.

⁴³ BeckOGK/Matthes, § 613 BGB Rn. 4.

⁴⁴ BeckOGK/Gehrlein, § 691 BGB Rn. 1.

⁴⁵ Weller, Persönliche Leistungen, 57 und 67.

⁴⁶ Weller, Persönliche Leistungen, 67; Valleur, L'intuitus personae dans les contrats, 41 („[l']intuitus personae de confiance visant la garantie de l'exécution de l'obligation“).

⁴⁷ Vgl. Weller, Persönliche Leistungen, 67 („das Recht und seine Sanktionen [stoßen] an Grenzen bei der Sicherung des Gläubigerinteresses“).

Ist die Verwahrung hingegen eine persönliche Leistungspflicht, haftet der Verwahrer bei der Weitergabe bereits wegen Verletzung ebenjener Vertragspflicht. In solchen Fällen wird das besondere Vertrauen zum „primär stabilisierenden Moment“.⁴⁸ Genauer gesagt: Die persönliche Leistungspflicht des Schuldners bietet der Austauschbeziehung Sicherheit.

Ein derartiges Vertrauen, zu dessen vertragsrechtlichem Schutz eine persönliche Leistungspflicht erforderlich ist, kann aus vielerlei Gründen entstehen: Bedeutsam können zum Beispiel herausgehobene Fähigkeiten werden, in die der Gläubiger sein Vertrauen setzt.⁴⁹ Aber auch andere individuelle Eigenarten der Leistungsperson prägen vor allem künstlerische oder wissenschaftliche Leistungen in diesem Sinne.⁵⁰

II. Besonderes persönliches Vertrauen bei der Chefarztbehandlung

Die nachfolgende Untersuchung soll beweisen, dass und warum auch der Chefarztbehandlung prinzipiell ein besonderes persönliches Vertrauen des Patienten zugrunde liegt.

1. Leistungsprägende individuelle Eigenarten des Arztes

Ein besonderes persönliches Vertrauen entsteht in erster Linie dann, wenn es für die versprochene Leistung auf individuelle Eigenarten der Leistungsperson ankommt. Das können herausgehobene Fähigkeiten und Erfahrungen sein; gerade bei künstlerischen Leistungen kann aber schon die bloße Urheberschaft genügen.⁵¹ Die individuellen Eigenarten machen die Leistung erst zu „etwas Besonderem“.⁵²

Bei der Chefarztbehandlung stehen typischerweise die herausgehobenen Fähigkeiten und Erfahrungen des Chefarztes im Mittelpunkt.⁵³ Das liegt daran, dass medizinische Maßnahmen vielfach komplex und diffizil sind. In der Chirurgie hängt eine erfolgreiche Behandlung beispielsweise von einem präzisen Vorgehen ab, sodass ein außergewöhnliches „Fingerspitzengefühl“ des Operators zum entscheidenden Faktor werden kann.⁵⁴

⁴⁸ Weller, Persönliche Leistungen, 67.

⁴⁹ Siehe auch BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, NJW 1998, 1778, 1779; Miebach/Patt, NJW 2000, 3377, 3378.

⁵⁰ Rosenberg, JherJb 43 (1901), 141, 169; MünchKommBGB/Krüger, § 267 BGB Rn. 7.

⁵¹ Weller, Persönliche Leistungen, 69.

⁵² Noll, Persönliche und höchstpersönliche Leistung, 1 zufolge prägen physische oder geistige Kräfte des Schuldners dann die Leistung; Fischer, Ein Beitrag zur Unmöglichkeitstheorie, 20, zufolge prägt der Künstler „seiner Schöpfung den Charakter eigener Persönlichkeit auf, so daß die dem einen Künstler obliegende Leistung so von einem anderen garnicht erbracht werden kann“.

⁵³ Siehe auch BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 m.w.N.; BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, NJW 1998, 1778, 1779; Miebach/Patt, NJW 2000, 3377, 3378.

⁵⁴ Spickhoff, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, 18.

Eine persönliche Bindung des besonders qualifizierten Operators ist erforderlich, weil andernfalls der Patient völlig sanktionslos auch durch einen anderen Arzt behandelt werden könnte – überspitzt formuliert etwa durch einen Arzt mit zittrigeren Händen. Grund dafür ist, dass die ärztliche Behandlungspflicht eine reine Tätigkeitsschuld ist. Für ihre Erfüllung ist letztlich unerheblich, ob der Behandlungserfolg eintritt oder ausbleibt. Auch die erfolglose Behandlung durch den Arzt mit den zittrigeren Händen würde demnach eine ordnungsgemäße Erfüllung bewirken, solange die Behandlung nach den Regeln ärztlicher Kunst durchgeführt wird. Das besondere Vertrauen, das der Patient in den Operator und sein außergewöhnliches „Fingerspitzengefühl“ setzt, bleibt ohne persönliche Leistungspflicht demzufolge (weitgehend) schutzlos. Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch die dienstvertragliche Regelung des § 613 S. 1 BGB, wonach „Dienste im Zweifel in Person zu leisten“ sind.

Im Ergebnis kann sich das besondere persönliche Vertrauen auf sämtliche individuelle Eigenarten richten, die für den Behandlungserfolg – in welcher Form auch immer – bedeutsam sind; dementsprechend kann auch einmal das besondere Einfühlungsvermögen eines Arztes relevant werden.⁵⁵

Aber auch jenseits einer Relevanz für den Behandlungserfolg können individuelle Eigenarten des Arztes gerade dessen Tätigkeit zu „etwas Besonderem“ machen: Vor allem bei künstlerischen oder wissenschaftlichen Leistungen prägen weniger greifbare Eigenarten die Leistung.⁵⁶ Mitunter kann ein anderer die dem Künstler obliegende Leistung so schon deshalb nicht erbringen, weil der Künstler „seiner Schöpfung den Charakter eigener Persönlichkeit auf[prägt]“.⁵⁷ Daher kann das besondere Vertrauen auch ausschließlich auf die bloße Urheberschaft gerichtet sein.⁵⁸ Das gilt mitunter auch für die ärztliche Tätigkeit. In ihrem jeweiligen Fachbereich haben sich etliche Mediziner als Koryphäe etabliert. Teilweise wird die ärztliche Tätigkeit sogar mit einer künstlerischen verglichen (z.B. in der plastischen Chirurgie).⁵⁹ Insoweit vermag bereits der Ruf eines Arztes allein ein besonderes persönliches Vertrauen herzustellen.

2. Konkretisierungsbedürftiger Maßstab für die ärztliche Leistung

Ein besonderes persönliches Vertrauen des Gläubigers entsteht ferner bei inhaltlich konkretisierungsbedürftigen Leistungen, also dann, wenn dem Schuldner

⁵⁵ OLG Koblenz, 21.2.2008, 5 U 1309/07, NJW 2008, 1679, 1680 hebt insoweit die „ausschlaggebende[...] Bedeutung für den Operationserfolg“ hervor.

⁵⁶ Rosenberg, JherJb 43 (1901), 141, 169; MünchKommBGB/Krüger, § 267 BGB Rn. 7.

⁵⁷ Fischer, Ein Beitrag zur Unmöglichkeitstheorie, 20, zufolge prägt der Künstler „seiner Schöpfung den Charakter eigener Persönlichkeit auf, so daß die dem einen Künstler obliegende Leistung so von einem anderen garnicht erbracht werden kann“.

⁵⁸ Weller, Persönliche Leistungen, 69.

⁵⁹ Breidecker, Süddeutsche Zeitung vom 15.11.2012, „Schädel, schöner als in der Kunst“.

zukommt, einen Ermessensspielraum zur Konkretisierung der Verbindlichkeit auszufüllen.⁶⁰

Beauftragt beispielsweise ein Automobilhersteller einen Designer mit der Konzeptentwicklung für ein neues Auto, überlässt er diesem typischerweise einen großen Gestaltungsfreiraum. Wegen dieses Gestaltungsfreiraums hat der Gläubiger im Nachhinein kaum Möglichkeiten, dem Schuldner eine Schlechtleistung vorzuwerfen.⁶¹ Je ungenauer und abstrakter die Zielvorgabe ist („Beratung“, „Lehre“, „Design“, „Gutachten“ o.ä.), desto weniger Anhaltspunkte bestehen nämlich für die Überprüfung des Resultats auf seine Vertragsmäßigkeit.⁶² Die Leistung verlangt dem Gläubiger also ein erhebliches Maß an Vertrauen in die Person des Schuldners ab. Dürfte dieser bei der Erfüllung nun auch Gehilfen einsetzen, kann der Gläubiger den Wert der Leistung nicht mehr gleichermaßen prognostizieren.

Das bedeutet, je unbestimmter die Leistung, umso eher darf der Gläubiger erwarten, dass auch der von ihm ausgewählte Schuldner die Konkretisierung vornimmt.

Im Zeitpunkt des Abschlusses des Behandlungsvertrages stellt sich die medizinische Behandlungsleistung notwendigerweise als unbestimmt dar. Erst die Anamnese gibt schließlich Aufschluss darüber, welche Behandlung medizinisch indiziert ist. Die notwendige Maßnahme kann der Chefarzt mithin erst nach Vertragsschluss näher bestimmen. Der unbestimmte Maßstab bietet damit gerade keine Gewähr für den Wert des Behandlungsergebnisses. Im Gegenteil besteht das Risiko, dass der Patient bei der Diagnose dadurch geschädigt wird, dass der Arzt krankhafte Befunde übersieht.⁶³ Auch insoweit setzt der Patient in den Chefarzt regelmäßig ein besonderes Vertrauen.

3. Unzulänglich ausgleichbare Rechtsgutsverletzung

Für das besondere persönliche Vertrauen ist daneben das Maß zu berücksichtigen, in dem der Gläubiger dem Schuldner seine Rechtsgüter anvertraut. Gewährt der Gläubiger dem Leistungserbringer besondere Befugnisse im Hinblick auf die eigenen Rechtsgüter, kommt es auf die Leistungsperson besonders an.⁶⁴

Der Tätowierer zum Beispiel bearbeitet mit der Tätowiernadel unmittelbar die Haut seines Kunden. Ihm gegenüber gibt der Kunde seine körperliche Unversehrtheit preis. Vor allem, weil es sich hierbei um ein besonders sensibles Rechtsgut handelt, dessen Verletzung sich nur unzureichend durch Geldersatz ausglei-

⁶⁰ Weller, *Persönliche Leistungen*, 73, der die ärztliche Behandlung als „idealtypisches Beispiel der persönlichen Leistung“ erkennt.

⁶¹ Mommsen, *Unmöglichkeit*, 77; Weller, *Persönliche Leistungen*, 35, 54 und 68, der den Willen des Gläubigers darauf gerichtet sieht, dass dieser „sich der besonderen Fähigkeiten des Schuldners [...] bedienen und ihm zur Entfaltung dieser Fähigkeiten Freiräume lassen will“.

⁶² Weller, *Persönliche Leistungen*, 68.

⁶³ *Bundesärztekammer/Kassenärztliche Bundesvereinigung*, DÄBl. 2008, A2173, A2174.

⁶⁴ Mommsen, *Unmöglichkeit*, 75.

chen lässt, darf er die persönliche Leistungserbringung erwarten.⁶⁵ Je erheblicher derartige Interessen durch die Leistung gefährdet sind, desto eher darf der Gläubiger erwarten, die übertragene Verantwortung werde persönlich wahrgenommen.

Die medizinische Behandlung gefährdet zwangsläufig die körperliche Integrität des Patienten. Dem Heileingriff stimmt der Patient nämlich aus Sorge um seine Gesundheit zu.⁶⁶ Er kann den Patienten zwar einerseits wieder gesunden lassen. Andererseits haftet ihm aber auch das Risiko weiterer Gesundheitsbeeinträchtigung an. Die Verletzung der körperlichen Integrität lässt sich jedoch typischerweise nur unzureichend durch Geldersatz ausgleichen.⁶⁷ Je gefährlicher die einzelne Behandlungsmaßnahme, desto eher wird der Arzt daher zur eigenhändigen Vornahme verpflichtet sein.⁶⁸ Auch die Bundesärztekammer und die Kassenärztliche Bundesvereinigung betonen in ihrer gemeinsamen Bekanntmachung zur „Persönlichen Leistungserbringung“, dass schwierige und damit besonders gefährliche ärztliche Leistungen höchstpersönlich zu erbringen sind.⁶⁹

4. Rein abstrakte Vertrauensbeziehung zum Chefarzt

Auch wenn der Patient im Hinblick auf die wahlärztliche Leistung typischerweise ein besonderes persönliches Vertrauen entwickelt, ist problematisch, zu wem. Bei Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung hatten Chefarzt und Patient normalerweise nämlich noch gar keinen Kontakt. Jedenfalls eine *konkrete* Vertrauensbeziehung besteht zu diesem frühen Zeitpunkt also nicht.

Noch deutlicher zu Tage tritt die fehlende konkrete Vertrauensbeziehung im Hinblick auf die sogenannten Zweitfächer. Während bei der stationären Behandlung die Vertreter der Erstfächer (Chirurgie o.ä.) im Vordergrund stehen, spielt sich die Behandlung im Bereich der Zweitfächer (Pathologie, Anästhesie o.ä.) ganz überwiegend im Verborgenen ab. In Literatur und Rechtsprechung findet sich deswegen die Annahme, eine vergleichbare Vertrauensbeziehung entstehe diesbezüglich noch seltener.⁷⁰ Je weniger der Behandler dem Patienten persönlich bekannt ist, desto weniger ausgeprägt sei auch das Interesse an dessen Person.⁷¹

⁶⁵ Weller, Persönliche Leistungen, 242.

⁶⁶ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 m.w.N.

⁶⁷ Weller, Persönliche Leistungen, 242.

⁶⁸ Vgl. Bergmann, MedR 2009, 1, 6; Spaetgens, RDG 2014, 12, 16 f.; BGH, 18.3.1974, III ZR 48/73, NJW 1974, 1424, 1424 f.; in diese Richtung auch Genzel/Degener-Hencke in: Laufs/Kern, § 87 Rn. 12, wonach die „Schwere der Krankheit“ eine Rolle für die Delegierbarkeit der Leistung spielen soll; Bundesärztekammer/Kassenärztliche Bundesvereinigung, DÄBl. 2008, A2173, A2174, wonach bestimmte Leistungen gerade wegen der Gefährlichkeit, die eine „nicht fachgerechte Durchführung“ für den Patienten begründet, delegationsunfähig sein sollen.

⁶⁹ Bundesärztekammer/Kassenärztliche Bundesvereinigung, Bekanntmachung vom 29.8.2008, DÄBl. 2008, A2173, A2174.

⁷⁰ Vgl. Spickhoff, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, 18; So auch LG Kiel, 3.11.2005, 10 S 108/04, BeckRS 2011, 11136.

⁷¹ Vgl. OLG Düsseldorf, 16.2.1995, 8 U 33/94, NJW 1995, 2421; Zustimmung Biemann/Ulsenheimer/Weißauer, MedR 2000, 107, 110.

Es ist allerdings nicht erforderlich, dass der Patient ein konkretes Vertrauen zu einem ganz bestimmten Mediziner entwickelt. Mag der bestimmte Chefarzt dem Patienten auch persönlich unbekannt sein, kann gleichwohl ein besonderes persönliches Vertrauen bestehen. Das liegt daran, dass der Patient von Gesetzes wegen nicht einen einzelnen Chefarzt auswählt, sondern sich bei Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung für alle liquidationsberechtigten Ärzte des Krankenhauses entscheidet. Ihm werden in der Wahlleistungsvereinbarung nämlich gemäß der sogenannten Wahlarztkette „die ärztlichen Leistungen aller an der Behandlung beteiligten [...] Ärzte des Krankenhauses, soweit diese zur gesonderten Berechnung ihrer Leistungen [...] berechtigt sind“ versprochen, was in § 17 Abs. 3 KHEntgG krankenhaushausrechtlich vorgegeben ist.⁷² Man kann daher auch von einem rein *abstrakten Vertrauen* sprechen. Durch die Wahlleistungsvereinbarung konkretisiert der Patient sein besonders persönliches Vertrauen dementsprechend auf die Chefarzte des Krankenhauses.

Andernfalls würde man auch die persönliche Chefarztbehandlung weitgehend aushöhlen, weil in der stationären Behandlung – vor allem in großen Krankenhäusern – der Patient selten vor Behandlungsbeginn persönlichen Kontakt zu den behandelnden Ärzten haben wird.

5. Zwischenergebnis

Der Chefarztbehandlung liegt geradezu typischerweise ein besonderes persönliches Vertrauen des Patienten in die herausgehobenen Kompetenzen und Erfahrungen des Chefarztes zugrunde. Weil die Übertragung an einen weniger kompetenten Dritten andernfalls weitgehend sanktionslos bliebe, ist die Chefarztbehandlung im Grundsatz persönlich durchzuführen.

Dafür spricht auch, dass der Patient dem Chefarzt unmittelbar seine körperliche Unversehrtheit und damit ein Rechtsgut anvertraut, dessen Verletzung sich nur unzureichend wieder ausgleichen lässt.

Außerdem muss der Chefarzt bei der ärztlichen Behandlung den Maßstab der Vertragsmäßigkeit selbst nach und nach konkretisieren, indem er nach der Anamnese die durchzuführenden Maßnahmen festlegt. Auch insoweit entwickelt der Patient ein besonderes persönliches Vertrauen.

Dieses besondere persönliche Vertrauen konkretisiert sich mit Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung unmittelbar auf sämtliche Chefarzte des Krankenhauses. Im Sinne eines rein *abstrakten Vertrauens* erstreckt es sich von Gesetzes wegen auf die sogenannte Wahlarztkette des § 17 Abs. 3 KHEntgG, ohne dass es auf eine *konkrete Vertrauensbeziehung* zu einem bestimmten Chefarzt ankäme.

⁷² Vgl. Wahlleistungsvereinbarung der Medizinischen Hochschule Hannover, 1.

D. Zweifelsregel des § 613 S. 1 BGB in der Chefarztbehandlung

Neben das besondere persönliche Vertrauen des Patienten und den Abschluss einer Wahlleistungsvereinbarung tritt für die Auslegung die Zweifelsregel des § 613 S. 1 BGB. Auch in der Chefarztbehandlung müsse – so die überwiegende aber begründungslose Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum – der Chefarzt die Behandlung gemäß § 613 S. 1 BGB persönlich erbringen.⁷³

Tatsächlich findet über § 630b BGB die Zweifelsregelung des § 613 S. 1 BGB prinzipiell auf den Behandlungsvertrag entsprechende Anwendung.⁷⁴ Danach hat „der zur [Behandlungsleistung] Verpflichtete [...] die [Behandlung] im Zweifel in Person zu leisten“. Bei der stationären Wahlbehandlung sind zur Behandlung – je nach Vertragsform – allerdings der Krankenhausträger, der Wahlarzt oder beide verpflichtet.⁷⁵ Deshalb muss nach der gewählten Vertragsform für die Anwendung von § 613 S. 1 BGB unterschieden werden.

Mitunter verspricht der Chefarzt selbst dem Patienten die Behandlungsleistung. Entweder tritt die vertragliche Beziehung zum Chefarzt dann neben den totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit dem Krankenhausträger (Arztzusatzvertrag) oder der Chefarzt verspricht isoliert die Behandlung und das Pflichtenprogramm des Krankenhausträgers beschränkt sich auf die pflegerischen Leistungen (gespaltener Krankenhausaufnahmevertrag). Jedenfalls ist (auch) der Wahlarzt selbst zur Behandlung verpflichtet.⁷⁶ Dann lässt sich die persönliche Verbindlichkeit des Chefarztes unmittelbar auf die §§ 630b, 613 S. 1 BGB stützen.⁷⁷

Problematischer ist demgegenüber die Konstellation der sogenannten Krankenhausliquidation.⁷⁸ Hierbei verpflichtet sich allein der Krankenhausträger zur

⁷³ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 („Der Arzt, der gegenüber einem Patienten aus einer Wahlleistungsvereinbarung verpflichtet ist, muss seine Leistungen gem. § 613 S. 1 BGB grundsätzlich selbst erbringen“); BGH, 11.5.2010, VI ZR 252/08, NJW 2010, 2580, 2581; OLG Celle, 15.6.2015, 1 U 98/14, MedR 2015, 821, 822; Lipp in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. III. Rn. 39.

⁷⁴ *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, BT-Drs. 17/10488, 20.

⁷⁵ Zum Ganzen BGH, 10.3.1981, VI ZR 202/79, NJW 1981, 2002, 2003; BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778, 1779; BGH, 11.5.2010, VI ZR 252/08, NJW 2010, 2580; BGH, 14.1.2016, III ZR 107/15, NJW 2016, 3027, 3028; MünchKommBGB/Wagner, § 630a BGB Rn. 27 ff.; Staudinger/Richardi/Fischinger, Vorb. §§ 611 ff. BGB Rn. 110 ff.; BeckOGK/Walter, § 630a BGB Rn. 47 f.; Juris-PK/Lafontaine, § 630a BGB Rn. 88 ff.; Laufs/Kern, *Handbuch des Arztrechts*, § 40 Rn. 2 ff.; Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. XI. Rn. 10 ff.; Spickhoff/Spickhoff, § 630a BGB Rn. 26 ff.

⁷⁶ BGH, 14.1.2016, III ZR 107/15, NJW 2016, 3027, 3028, Rn. 23 f.; Juris-PK/Lafontaine, § 630a BGB Rn. 89 f.; Katzenmeier in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. XI. Rn. 11, 13.

⁷⁷ So dann auch BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987; BGH, 11.5.2010, VI ZR 252/08, NJW 2010, 2580, 2581; OLG Celle, 15.6.2015, 1 U 98/14, MedR 2015, 821, 822; Lipp in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, Kap. III. Rn. 39.

⁷⁸ Vgl. Huster/Kaltenborn/Rehborn, *Krankenhausrecht*, § 14 Rn. 96, wonach Liquidationsberechtigt der Wahlarzt oder der Krankenhausträger sein kann; zur Streitfrage, ob der Krankenhaus-

stationären Behandlung. Im Gegenzug liquidiert er die wahlärztlichen Leistungen dann allerdings auch selbst. In diesem Fall liegt der stationären Wahlbehandlung lediglich ein totaler Krankenhausaufnahmevertrag zugrunde.

Dementsprechend entsteht ein Anspruch auf die persönliche Behandlung durch den Chefarzt über § 613 S. 1 BGB nur mittelbar: Wählt der Gläubiger als Schuldner eine juristische Person, bezieht sich das besondere persönliche Vertrauen auf deren Organe; im Krankenhaus sind das die Chefarzte.⁷⁹ Insofern handelt es sich gewissermaßen um eine Pflicht zur Leistung „in Person eines Dritten“ – der Krankenhausträger ist verpflichtet durch den Chefarzt persönlich zu leisten.

Dadurch kommt es auch nicht etwa zum Widerspruch mit § 17 Abs. 1 S. 1 KHEntgG, wonach sich die wahlärztlichen Leistungen von den allgemeinen Krankenhausleistungen abgrenzen lassen müssen. Zwar könnte auch dort § 613 S. 1 BGB zur persönlichen Behandlungspflicht der Organe des Krankenhausträgers führen, allerdings bestehen mangels Wahlleistungsvereinbarung dann keine Zweifel über die persönliche Leistungspflicht: Bei allgemeinen Krankenhausleistungen hat der Patient anerkanntermaßen *keinen* Anspruch auf die Behandlung durch einen bestimmten Arzt.⁸⁰ Eine Behandlung sämtlicher Patienten durch die Chefarzte wäre schlicht nicht möglich.⁸¹

E. Zusammenfassung

Der Patient hat bei der Chefarztbehandlung prinzipiell einen vertraglichen Anspruch auf die persönliche Zuwendung des Chefarztes. Es gilt der Grundsatz persönlicher Leistung.

Das liegt nicht allein an der gesonderten Vergütung, die der Patient für die Wahlleistung entrichtet; der Patient könnte mit ihr schließlich auch eine qualitativ bessere Versorgung erkaufen. Aus dem gleichen Grund begründet auch der Umstand, dass es dem Patienten bei der Wahlleistung um eine optimale medizinische Behandlung geht, für sich genommen noch keine persönliche Leistungspflicht. Dass die optimale Behandlung in der persönlichen Chefarztbehandlung liegt, gilt es schließlich gerade erst zu begründen.

Vordergründig kommt es für die persönliche Chefarztbehandlung stattdessen darauf an, dass der Patient ein besonderes persönliches Vertrauen entwickelt.

Geradezu typischerweise vertraut der Patient bei der Chefarztbehandlung auf die herausgehobenen Kompetenzen und Erfahrungen des Chefarztes. Weil die Übertragung an einen weniger kompetenten Dritten andernfalls weitgehend sank-

träger die Wahlleistung als Institutsleistung erbringen kann siehe Spickhoff/*Starzer*, § 17 KHEntgG Rn. 12.

⁷⁹ Vgl. BGH, 21.9.1971, VI ZR 122/70, NJW 1972, 334; *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. XI. Rn. 27.

⁸⁰ *Spickhoff/Seibl*, NZS 2008, 57, 58; *Spickhoff*, NZS 2004, 57, 58; *Uleer/Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 57.

⁸¹ MünchKommBGB/*Wagner*, § 630a BGB Rn. 78.

tionslos bliebe, ist die Chefarztbehandlung daher im Grundsatz persönlich durchzuführen.

Außerdem vertraut der Patient dem Chefarzt unmittelbar seine körperliche Unversehrtheit und damit ein Rechtsgut an, dessen Verletzung sich nur unzureichend wieder ausgleichen lässt. Auch aus diesem Grund besteht prinzipiell eine persönliche Leistungspflicht.

Im Hinblick auf das persönliche Vertrauen ist unbeachtlich, dass der Patient im Normalfall mangels persönlichem Kontakt zum behandelnden Chefarzt vor der Behandlung noch keine *konkrete* Vertrauensbeziehung aufgebaut hat. Kraft Gesetzes schließt das Vertrauen des Patienten die sogenannte Wahlarztkette des § 17 Abs. 3 KHEntgG und damit alle liquidationsberechtigten Ärzte des Krankenhauses ein. Dementsprechend erstreckt der Patient sein besonderes persönliches Vertrauen mit Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung auf sämtliche Chefarzte des Krankenhauses. Man kann insoweit auch von einem rein *abstrakten* Vertrauen sprechen.

§ 4 Die Delegation von Behandlungsteilen

Nachdem festgestellt werden konnte, dass der Chefarzt den Wahlleistungspatienten prinzipiell *in persona* zu behandeln hat, stellt sich nunmehr die Frage, ob und vor allem unter welchen Voraussetzungen sich zumindest einzelne Teile der Chefarztbehandlung trotzdem an nachgeordnete Ärzte *delegieren* lassen.

Dass eine Delegation von Behandlungsteilen auch bei der Chefarztbehandlung möglich ist, wird – soweit ersichtlich – nicht angezweifelt. Die Abläufe des klinischen Alltags und die Komplexität der Aufgaben lassen eine eigenhändige Vornahme aller Behandlungsschritte nicht zu.⁸² Vielmehr ist ein gewisses Maß an Arbeitsteilung und Zusammenwirken leitender und nachgeordneter Ärzte unabdingbar.⁸³ Zumal der Krankenhausbetrieb in Tag- und Nachtdienst unterteilt ist.⁸⁴ Der Patient darf dementsprechend nicht erwarten, der Chefarzt werde jeden Handgriff selbst vornehmen.⁸⁵

⁸² Spickhoff/*Spickhoff*, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rn. 3; BeckOGK/*Maties*, § 613 BGB Rn. 48.

⁸³ LG Hamburg, MedR 2001, 314, 315; Spickhoff/*Spickhoff*, § 4 GOÄ Rn. 9; OLG Stuttgart, 22.3.2018, 7 U 62/16, ArztR 2019, 124, 125 spricht davon, dass es den Leitlinien zur Behandlung einer Depression entspreche, dass „die stationäre Behandlung einer Depression nicht nur in der Durchführung einer Einzeltherapie, sondern aus einem komplexen multiprofessionellen Behandlungsplan bestehe, an dem viele Personen wie Chefarzt, Oberarzt, weitere Ärzte, Fachtherapeuten und Pflege beteiligt seien“.

⁸⁴ *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 44.

⁸⁵ *Clausen* in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen, § 7 Rn. 98; *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer*, NJW 2001, 3366; *Bäune*, MedR 2014, 76, 79; *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer*, MedR 2000, 107, 110; *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, dKH 2013, 507, 508; *Weller*, Persönliche Leistungen, 39; *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 44 f.; Spickhoff/*Spickhoff*, § 4 GOÄ Rn. 7.

Demgegenüber erhebliche Schwierigkeiten bereitet die Frage nach den *Delegationsvoraussetzungen*. Problematisch ist insoweit, dass sich die Delegationsbefugnis des Chefarztes auf zwei strukturell völlig verschiedene Wege herleiten lässt, aus denen dann jeweils unterschiedliche Anforderungen an die Delegation folgen.

Der erste und offensichtlichste Ansatzpunkt ist das Gebührenrecht. § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ erlaubt dem Chefarzt, Gebühren auch für Leistungen abzurechnen, die lediglich „unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden“ – also für delegierte Leistungen. Hieraus lässt sich eine *gesetzliche* Delegationsbefugnis des Chefarztes ableiten. Zu den vergleichsweise strengen Delegationsvoraussetzungen zählen dann die Aufsicht und die fachliche Weisung des Chefarztes. Weil der Chefarzt also auch an der delegierten Maßnahme eigenverantwortlich mitwirken muss, wird im Zusammenhang mit § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ auch von „verantwortlicher Delegation“ gesprochen.⁸⁶

Der zweite Ansatzpunkt ist demgegenüber das Vertragsrecht. Wenn das besondere persönliche Vertrauen des Patienten dazu führt, dass der Chefarzt *in persona* behandeln muss, kann die Chefarztbehandlung vertretbar sein, soweit ein derartiges Vertrauen nicht besteht. Mit anderen Worten könnte unterschieden werden zwischen einem persönlichen und einem vertretbaren Teil der Chefarztbehandlung.

Konsequenz dieser *vertraglichen* Delegationsbefugnis ist eine freie Delegation von Behandlungsteilen ohne jede einschränkende Delegationsvoraussetzung. Der Chefarzt muss hiernach bloß Teile der Chefarztbehandlung *in persona* ausführen; im Übrigen ist auch die Chefarztbehandlung vertretbar.

Die gebührenrechtliche Vorschrift des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ betrifft dann womöglich lediglich die Gegenleistung des Patienten, also die Vergütungspflicht. Eine besondere wahlärztliche Vergütung schuldet der Patient insofern nur für solche delegierten Leistungen, an denen sich der Chefarzt durch seine Aufsicht und fachliche Weisungen beteiligt hat.

Die nachfolgende Untersuchung soll beweisen, dass der Chefarztbehandlung der zweite Ansatzpunkt zugrunde liegt, der Chefarzt also schon vertraglich zur Delegation von Behandlungsteilen berechtigt ist, eine gesonderte Vergütung für delegierte Leistungen indes nur unter besonderen gebührenrechtlichen Voraussetzungen abrufen kann.

A. Voraussetzungslose Delegation

Die *verantwortliche* Delegation verlangt vom Chefarzt die eigenverantwortliche Mitwirkung an der delegierten Leistung durch seine Aufsicht und fachliche Weisungen. Ob die delegierte Maßnahme nur unter diesen (Delegations-) Voraussetzungen überhaupt zulässig ist oder ob diese Anforderungen allein für die Abrechnen-

⁸⁶ Taupitz/Jones, MedR 2001, 499.

barkeit als Wahlleistung bedeutsam sind, hängt von der dogmatischen Einordnung des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ ab.

I. Wortlaut

Seinem Wortlaut nach ermöglicht § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ dem Chefarzt, „Gebühren nur für selbständige ärztliche Leistungen [zu] berechnen, [...] die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden“.

Auf der einen Seite bezieht sich die Vorschrift ausdrücklich auf „Gebühren“, die der Chefarzt „berechnen“ darf, was eine rein abrechnungsbezogene Rechtsfolge nahelegt. Außerdem liegt eine gebühren*beschränkende* Wirkung angesichts der Formulierung „nur“ jedenfalls näher als eine delegations*begründende* Wirkung.

Auf der anderen Seite schließt der Wortlaut die Begründung einer *gesetzlichen* Delegationsbefugnis zumindest nicht von vornherein aus. Wenn der Chefarzt nämlich Gebühren für ärztliche Leistungen berechnen darf, die er *nicht* selbst erbracht hat (*e contrario*), so muss er erst recht (*a maiore ad minus*) auch zur Übertragung der Aufgaben befugt sein.

§ 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ könnte demzufolge auch eine echte Ausnahme zum Grundsatz persönlicher Leistungserbringung darstellen: Nicht nur die Erbringung durch den Chefarzt selbst⁸⁷, sondern auch die verantwortliche Delegation der Leistung reichen aus, um trotz Delegation von einer „eigenen Leistung“ des Chefarztes sprechen zu können.⁸⁸ Während § 613 S. 1 BGB bei der Auslegungsfrage unterstützt, *ob* eine persönliche Verbindlichkeit vorliegt, hilft § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ danach bei der Auslegungsfrage, *wie* die persönliche Verbindlichkeit erfüllt wird. Das besondere persönliche Vertrauen des Patienten wird dann bereits – aber eben auch erst – dadurch gewahrt, dass den Chefarzt eine gewisse Beaufsichtigungs- und Weisungspflicht trifft.⁸⁹ In dem Fall wäre eine Delegation nur unter den vergleichsweise engen Voraussetzungen der Aufsicht und Weisung des Chefarztes überhaupt zulässig – sprich: nur bei verantwortlicher Delegation.

Seinem Wortlaut nach steht § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ beiden dogmatischen Begründungsansätzen der Delegationsbefugnis nicht im Wege.

II. Systematik

Ergiebiger ist demgegenüber die systematische Auslegung – genauer: das systematische Verhältnis von Vertrags- und Gebührenrecht. Denn eine *gesetzliche* Delegati-

⁸⁷ Dabei geht es nach *Taupitz/Jones*, MedR 2001, 499 und *Taupitz/Neikes*, MedR 2008, 121 um das „höchstpersönliche[...] Erbringen“ der ärztlichen Leistung; ebenso Uleer/*Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 39.

⁸⁸ *Taupitz/Neikes*, MedR 2008, 121; So aber auch bereits der Gesetzeswortlaut in § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ.

⁸⁹ *Spaetgens*, RDG 2014, 12, 16; Lang/Schäfer/Stiel/Vogt/*Schäfer*, 2002, § 4 GOÄ Rn. 5; *Taupitz/Neikes*, MedR 2008, 121; *Andreas*, ArztR 2000, 240, 242.

onsbefugnis ist schlicht überflüssig, weil bereits nach der Wahlleistungsvereinbarung selbst die Chefarztbehandlung in aller Regel gar nicht vollständig persönlich erbracht werden muss. Das liegt daran, dass das besondere persönliche Vertrauen die persönliche Leistungspflicht nicht nur begründet, sondern sie gleichzeitig begrenzt.

1. Abstufungen des besonderen persönlichen Vertrauens

Auch die Chefarztbehandlung ist im Grundsatz nur deshalb *in persona* durchzuführen, weil der Patient ein besonderes persönliches Vertrauen entwickelt. Da sich jedoch die Behandlung typischerweise aus verschiedenen Einzelmaßnahmen zusammensetzt, kann zunächst konstatiert werden, dass ein besonderes persönliches Vertrauen kaum einmal die gesamte Chefarztbehandlung erfasst.

Nicht bei jeder Behandlungsmaßnahme setzt sich der Patient schließlich gleichermaßen Gesundheitsrisiken aus, sodass es nicht zwangsläufig auf die Fähigkeiten des Chefarztes ankommt. Vielmehr sind prinzipiell ärztliche Leistungen vorstellbar, die vergleichsweise harmlos und unkompliziert sind. Dann kann ein Delegat die Leistung ebenso sicher und zuverlässig erbringen.⁹⁰ Voraussetzung dafür ist, dass der Anspruch sich auf eine Leistung richtet, „die jeder kann“, bei der von einer besseren oder schlechteren Ausführung nicht gesprochen werden kann, bei der es also egal ist, wer sie erbringt.⁹¹

Zum Beispiel kann eine Operation selbst komplex und gefährlich sein und demnach die herausgehobenen Fähigkeiten und Erfahrungen des Chefarztes erfordern. Zur Behandlung gehört jedoch auch die postoperative Versorgung der ausheilenden Wunde, die für sich genommen vergleichsweise ungefährlich ist. Insoweit handelt es sich um eine Behandlungsleistung, bei der die Leistungsperson egal ist. Genannt werden können aber auch die Operationsvorbereitung eines Patienten, die Blutentnahme oder die Verabreichung von Injektionen und Infusionen.⁹²

Allgemein ist die Leistungsperson unerheblich bei Routinemaßnahmen.⁹³ Diese sind so sehr standardisiert, dass sie schwerlich besser oder schlechter ausgeführt werden.⁹⁴ Ohnehin verfügt bei Routineaufgaben regelmäßig nicht der Chefarzt,

⁹⁰ Biermann/Ulsenheimer/Weißauer, NJW 2001, 3366.

⁹¹ Weller, Persönliche Leistungen, 89; Mommsen, Unmöglichkeit, 75.

⁹² Kistner, Wahlbehandlung, 9 f.

⁹³ Vgl. Bundesregierung, Amtliche Begründung zur vierten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), 17.3.1994, BR-Drs. 211/94, 94; Dieselbe Tendenz auch schon bei RG, 6.6.1932, 3 D 324/32 wonach „täglichen Hantierungen und Hilfeleistungen“ auch von Hilfspersonal erbracht werden können; vgl. auch Spickhoff/Spickhoff, § 4 GOÄ Rn. 10 der annimmt „Routinemäßige Leistungen können aufgrund ihres besonders ausgeprägten Standardisierungsgrades eher als delegierbar erscheinen“; Ähnlich LG Hamburg, 16.8.2000, 303 O 10/99, MedR 2001, 314, 316 das „wiederkehrend nötige, gleichbleibende Leistungen“ für delegationsfähig hält.

⁹⁴ Spickhoff/Spickhoff, § 4 GOÄ Rn. 10.

sondern ein nachgeordneter Oberarzt über die größere praktische Übung. Die Delegation erfolgt dann eher noch im Interesse des Patienten.⁹⁵ In dem Fall kommt es dem Patienten nicht auf die Person des Chefarztes an.⁹⁶

Erfordert die Maßnahme außergewöhnliche Erfahrungen oder eine besondere Übung, handelt es sich indes gerade nicht (mehr) um eine Routinemaßnahme. Die Maßnahme kann dann nämlich besser oder auch schlechter ausgeführt werden, sodass die Person des Arztes den Wert der Leistung bestimmt. Gleiches gilt, wenn der Routineeingriff zum Beispiel aufgrund des Alters des Patienten besondere Gefahren mit sich bringt.⁹⁷ Das darf indes nicht darin gipfeln, auch die routinemäßige Behandlung älterer Patienten stets als eigenhändig vorzunehmen zu qualifizieren. Gerechtfertigt ist dies lediglich, wenn tatsächlich im Einzelfall aus dem Alter erhebliche Gefahren entspringen.

2. Teilweise vertretbare Chefarztbehandlung

Für die Aufspaltung der Chefarztbehandlung in einen persönlichen und einen vertretbaren Leistungsteil spricht auch, dass sie interessengerechte Ergebnisse bezogen auf die bereits angedeutete Debatte um den Grundsatz persönlicher Leistungserbringung in der Chefarztbehandlung ermöglicht:⁹⁸

Auf der einen Seite würde der Chefarzt nicht zum bloßen Generalisten verkommen, weil er Routineeingriffe an den dafür geeignetsten Mitarbeiter delegieren darf. Das muss für die Routinemaßnahmen sogar dann gelten, wenn der geeignetste Mitarbeiter im Einzelfall der ohnehin diensthabende Arzt ist. Obwohl dieser auch bei der allgemeinen Krankenhausleistung – also ohne gesonderte Vergütung – tätig geworden wäre, erkaufte sich der Patient dann die Gewissheit, bestmöglich versorgt zu werden.

Auf der anderen Seite wäre das Missbrauchs- bzw. Konfliktpotential im Hinblick auf die Qualifikation des Delegaten erheblich eingeschränkt, weil vor allem bei gefährlichen und komplexen medizinischen Eingriffen der Chefarzt persönlich tätig werden müsste. In diesem Bereich wäre der Einsatz eines unzureichend qualifizierten Mitarbeiters ungleich schwerwiegender, als im Rahmen der schlichten Routinemaßnahmen.

Für dieses differenzierende Verständnis spricht auch, dass anderenfalls (bei strikter persönlicher Bindung) Fälle erfasst würden, bei denen gar kein besonderes persönliches Vertrauen besteht oder umgekehrt (bei genereller Vertretbarkeit)

⁹⁵ Vgl. HK-AKM/A. W. Bender, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 142; OLG Bamberg, 14.12.1992, 4 U 60/92, VersR 1994, 813 (Der Oberarzt war „nach seiner Aus- und Weiterbildung in der Handchirurgie in den USA auf diesem Spezialgebiet besser als der Klinikdirektor selbst“).

⁹⁶ Bender, MedR 2008, 336, 338; In diese Richtung auch BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, wonach nur „einfache ärztliche und sonstige medizinische Verrichtungen“ delegationsfähig sein sollen.

⁹⁷ Vgl. LG Bonn, 4.2.2004, 5 S 207/03, BeckRS 2015, 07275 wonach der Routineeingriff „angesichts des Alters der Patienten von 88 Jahren natürlich besonders ernst zu nehmen war“.

⁹⁸ Siehe hierzu S. 9 ff.

Fälle außer Betracht blieben, in denen ein besonderes persönliches Vertrauen vorliegt.

Der BGH hat sich in dieser Frage bislang nicht ausdrücklich positioniert: In seiner wegweisenden Entscheidung zur persönlichen Leistungspflicht aus dem Jahr 2007 hat er allerdings ausgeführt, der „Arzt, der gegenüber einem Patienten aus einer Wahlleistungsvereinbarung verpflichtet ist, muss seine Leistungen gem. § 613 S. 1 BGB grundsätzlich selbst erbringen“.⁹⁹ Er hält sich die Hintertür für mögliche Ausnahmen und damit für ein differenzierendes Verständnis der persönlichen Leistungspflicht also offen („grundsätzlich“). Auch der Verweis auf § 613 S. 1 BGB wäre strenggenommen überflüssig, wenn der BGH die Chefarztbehandlung für strikt persönlich hielte, weil dann niemals Zweifel über die persönliche Leistungspflicht vorliegen. Im Übrigen betont er: „Der Patient schließt einen solchen Vertrag im Vertrauen auf die besonderen Erfahrungen und die herausgehobene medizinische Kompetenz des von ihm ausgewählten Arztes“, was ebenfalls einer differenzierenden Betrachtung nach dem besonderen persönlichen Vertrauen zumindest nicht widerspricht (wenn nicht deren Bedeutung sogar nahelegt).¹⁰⁰ Aus diesen Gründen wird im Folgenden der Bearbeitung das differenzierende Verständnis zugrunde gelegt und für die persönliche Chefarztbehandlung nach dem besonderen persönlichen Vertrauen des Patienten abgegrenzt.

Bei der Chefarztbehandlung kann also für die persönliche Leistungspflicht nach dem besonderen persönlichen Vertrauen des Patienten unterschieden werden: Soweit es vorliegt, wird mit der Wahlleistungsvereinbarung die Chefarztbehandlung zur persönlichen Leistungspflicht, im Übrigen ist die Behandlung vertretbar. Die Chefarztbehandlung lässt sich demzufolge in einen unvertretbaren, persönlichen Leistungskern und einen vertretbaren, delegierbaren Leistungsteil aufspalten.

Beim oben genannten Beispiel der Operation, die von einer postoperativen Versorgung der ausheilenden Wunde begleitet wird, kann die Behandlung demzufolge in den unvertretbaren gefährlichen Teil (Operation) und die delegationsfähigen harmlosen Begleitmaßnahmen (Vorbereitung und Nachversorgung) aufgespalten werden.

Das bedeutet, dass bereits die Wahlleistungsvereinbarung selbst eine *vertragliche* Delegationsbefugnis des Chefarztes vorsieht. Dementsprechend sind die Delegationsbefugnisse des Chefarztes auch mit dem Patienten „vereinbart“ (wenn auch kaum einmal ausdrücklich). Deswegen ist es strenggenommen auch nicht richtig, dass die Hinzuziehung nachgeordneter Ärzte im Wege der Delegation auch ohne Vereinbarung zulässig ist.¹⁰¹ Allein der spätere Entschluss des Chefarztes, im konkreten Fall einen Delegaten einzuschalten, erfolgt einseitig.

⁹⁹ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.

¹⁰⁰ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.

¹⁰¹ So aber *Genzel/Degener-Hencke* in: Laufs/Kern, § 87 Rn. 17.

3. Exkurs: Abstufungen der Intensität des Vertrauens

Wenn man den Chefarzt nicht für strikt persönlich gebunden hält, kommt als Abgrenzungskriterium zwischen noch persönlicher Chefarztbehandlung und bloßer Pflicht zur Auswahl des qualifiziertesten Mitarbeiters zudem auch die Intensität des Vertrauens in Betracht, das der Patient in einen bestimmten Wahlarzt setzt.¹⁰² Tatsächlich bestehen nämlich wertungsmäßige Unterschiede zwischen einem Patienten, der bei der Krankenhausaufnahme unaufmerksam die Wahlleistungsvereinbarung abschließt und einem Patienten, der sich zuvor intensiv mit der Auswahl beschäftigt und sich nun die Dienste einer Koryphäe sichern möchte.

Solange das Vertrauen nicht nach außen tritt, muss es jedoch im Interesse der Rechtssicherheit unberücksichtigt bleiben, vgl. § 157 BGB. Denn wie intensiv sich der Patient mit der Auswahl des Arztes befasst hat, ob er zuvor extra für den Besuch dieses Arztes einen weiten Weg auf sich genommen hat oder ob ihm ein bestimmter Arzt besonders empfohlen wurde, ist für den Arzt nicht immer erkennbar. Dann kann es aber gerechtfertigt sein, dass auch die Wahlleistungsvereinbarung keine persönliche Bindung des Chefarztes herbeiführt, mit der der Patient eine Koryphäe zur eigenhändigen Durchführung einer vergleichsweise harmlosen Routinebehandlung verpflichten wollte.

Allein wenn diese Erwartung durch den Patienten auch zum Ausdruck gebracht wurde, vermag die Wahlleistungsvereinbarung auch in solchen Konstellationen eine persönliche Behandlungspflicht des Chefarztes herbeizuführen. Erkennt der Empfänger des Antrags auf Erbringung wahlärztlicher Leistungen den wahren Willen des Patienten, so gilt dieser Wille gemäß § 133 BGB.¹⁰³ Auf diese Weise lassen sich dann auch die Fehlvorstellungen des Patienten – wenn der Patient etwa irrtümlich davon ausgeht, der Chefarzt habe die harmlose Routinemaßnahme persönlich durchzuführen – im Einzelfall berücksichtigen. Das stellt freilich die Ausnahme dar.

4. Zwischenergebnis

Schon nach der Wahlleistungsvereinbarung besteht eine vertragliche Delegationsbefugnis des Chefarztes. Die Chefarztbehandlung kann nämlich in einen persönlichen und einen vertretbaren Leistungsteil aufgespalten werden. Soweit eine Behandlungsmaßnahme vergleichsweise ungefährlich und einfach ist, besteht *kein* besonderes persönliches Vertrauen des Patienten; eine persönliche Chefarztbehandlung ist insoweit *nicht* erforderlich.

¹⁰² Für eine differenzierende Betrachtung auch *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer*, NJW 2001, 3366, 3369.

¹⁰³ In diese Richtung auch LG Heidelberg, 21.12.2012, 3 S 16/12, NJOZ 2013, 686, 689, wonach die „gehegten Vorstellungen bzw. „Erwartungen“ zum Gegenstand der [...] Wahlleistungsvereinbarung gemacht“ werden müssen.

III. Sinn und Zweck

Nur weil bereits eine vertragliche Delegationsbefugnis des Chefarztes existiert, ist nicht ausgeschlossen, dass die Anforderungen des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ zumindest ergänzende Delegationsvoraussetzungen darstellen. Das Gebührenrecht könnte insoweit eine „Ausnahme von der Ausnahme“ darstellen – zulässig wäre dann ausnahmsweise nicht die freie, sondern allein die *verantwortliche* Delegation des an sich vertretbaren Leistungsteils.

Allerdings werden Sinn und Zweck des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ auch dann erreicht, wenn der Chefarzt den vertretbaren Teil der Chefarztbehandlung voraussetzungslos delegieren kann.

Denn das Gebührenrecht soll bloß verhindern, dass der Patient einen Teil seiner Behandlung als wahlärztliche Leistung vergüten muss, obwohl er die Behandlung insoweit unverändert auch im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistung erhalten hätte; § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ soll das angemessene Verhältnis von Leistung und Gegenleistung wahren.¹⁰⁴

Dieses angemessene Verhältnis wird jedoch schon dadurch gewahrt, dass eine wahlärztliche Vergütung nur dann geschuldet ist, wenn der Chefarzt auch tatsächlich wahlärztliche Leistungen erbringt – bei delegierten Leistungen also eigenverantwortlich mitwirkt. Wenn der Chefarzt andernfalls keine wahlärztliche Vergütung erhält, sind der Sinn und Zweck des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ folglich erreicht.

Demzufolge erlangt der Patient bei der Chefarztbehandlung im Hinblick auf den vertretbaren Behandlungsteil keinen Anspruch auf die persönliche Chefarztbehandlung oder auf das eigenverantwortliche Mitwirken des Chefarztes. Der Chefarzt ist stattdessen völlig frei, diesen Teil der Behandlung zu delegieren. Eine wahlärztliche Vergütung kann der Chefarzt freilich nur dann abrechnen, wenn er die Leistung „selbst“ (§ 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GOÄ) erbringt oder die delegierte Leistung „unter seiner Aufsicht und nach fachlicher Weisung erbracht“ werden (§ 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ).

Weil die gebührenrechtliche Vorschrift sich ausschließlich auf den Gebührenanspruch des Chefarztes auswirkt, ist es auch besonders missverständlich, wenn davon gesprochen wird, es werde mit ihr der Grundsatz persönlicher Leistungserbringung gebührenrechtlich konkretisiert.¹⁰⁵ Denn dieser Grundsatz betrifft im Kern allein den Behandlungsanspruch des Patienten; § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ betrifft demgegenüber ausschließlich den Vergütungsanspruch des Chefarztes.

¹⁰⁴ Vgl. *Bundesregierung*, Amtliche Begründung zur vierten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), 17.3.1994, BR-Drs. 211/94, 94.

¹⁰⁵ *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3378; *Spickhoff/Fischinger/Hofer*, § 613 BGB Rn. 1; *Taupitz/Jones*, MedR 2001, 499; *Uleer/Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 39 und 59; AG Berlin-Charlottenburg, 26.2.1998, 13 C 497/97, r+s 1999, 35, 36.

IV. Zwischenergebnis

Bereits die Wahlleistungsvereinbarung selbst sieht eine *vertragliche* Delegationsbefugnis des Chefarztes für den vertretbaren Teil der Chefarztbehandlung vor. Soweit der Patient kein besonderes persönliches Vertrauen entwickelt, etwa weil die Behandlung eine vergleichsweise einfache und harmlose Routinemaßnahme erfordert, kann der Chefarzt die Leistung völlig frei delegieren. Die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ muss der Chefarzt hierbei nur dann einhalten, wenn er die delegierte Leistung gesondert in Rechnung stellen möchte.

B. Delegationsunfähiger Kernbereich der Chefarztbehandlung

Es besteht in Rechtsprechung und Schrifttum Einigkeit darüber, dass der Kernbereich der Chefarztbehandlung einer Delegation schlechthin entzogen ist.¹⁰⁶ Andernfalls könnte der Chefarzt die gesamte Behandlung vollständig delegieren und jedenfalls dann als wahlärztliche Leistung abrechnen, wenn er sich durch Weisungen und Beaufsichtigung hervortut. Eigenhändig würde der Chefarzt dann allerhöchstens noch im Ausnahmefall tätig werden, sodass die persönliche Chefarztbehandlung faktisch entwertet würde. Deswegen spricht der BGH auch in aller Deutlichkeit davon, dass der Chefarzt „die [...] Kernleistung persönlich *und* eigenhändig erbringen“ muss.¹⁰⁷

Aufgrund der Vielzahl vorstellbarer medizinischer Behandlung bestehen jedoch erhebliche Schwierigkeiten, abstrakt eine Grenze zwischen gerade noch delegierbaren Neben- und bereits delegationsunfähigen Kernleistungen zu bestimmen. Außerdem mag, was in einem Fall den Kernbereich der Behandlungsleistungen bildet, in einem anderen delegationsfähig sein.

I. Ermittlung des Leistungskerns

Bei der Ermittlung des Leistungskerns ist die positive Begriffsbestimmung verbreitet: Danach umfasst die Kernleistung alldiejenigen ärztlichen Tätigkeiten, die für die jeweilige medizinische Disziplin prägend sind.¹⁰⁸ Deswegen ist die Kernleistung stets im Zusammenhang mit der konkreten Behandlungssituation zu bestimmen.¹⁰⁹ Je nach medizinischem Fachgebiet gehört eine andere ärztliche Tätig-

¹⁰⁶ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987; so auch schon *Krämer*, r+s 2002, 353, 356; *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer*, MedR 2000, 107, 111; *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3379.

¹⁰⁷ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.

¹⁰⁸ Vgl. BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.

¹⁰⁹ *Klinger-Schindler*, Krankenhaus-GOÄ, 42.

keit zum Kernbereich.¹¹⁰ Dementsprechend ist der Rechtsanwender auf die Begutachtung durch einen Sachverständigen angewiesen.¹¹¹

Greifbarer ist demgegenüber einmal mehr die Rückbesinnung auf das besondere persönliche Vertrauen des Patienten: So weit, wie sich dieses Vertrauen erstreckt, reicht der persönliche Kernbereich der Chefarztbehandlung. Dementsprechend können zum Leistungskern vor allem diejenigen ärztlichen Maßnahmen gezählt werden, für deren Erfolg es aufgrund ihrer Gefährlichkeit und Komplexität auf die Person des Chefarztes und dessen herausgehobene Fähigkeiten und Erfahrungen ankommt.¹¹²

Die Ermittlung des Leistungskerns nach dem besonderen persönlichen Vertrauen des Patienten bietet aber nicht nur praktische Abgrenzungsvorteile, sie entspricht auch der Systematik, wonach das besondere persönliche Vertrauen über den Anspruch auf die persönliche Chefarztbehandlung entscheidet.

Ohnehin werden der Ermittlung des Leistungskerns offenbar bereits dieselben Umstände zugrunde gelegt (wenn auch bloß ohne ausdrückliche Bezugnahme auf das besondere Vertrauen): Beispielsweise wird die „Ein- und Ausleitung der Narkose“ wegen ihres Risikopotentials zum Kernbereich der Behandlung des Anästhesisten gezählt.¹¹³ Auch die Bundesärztekammer und die Kassenärztliche Bundesvereinigung stützen sich etwa in ihrem Grundsatzpapier zur persönlichen Leistungserbringung auf die Gefährlichkeit, die eine „nicht fachgerechte Durchführung“ für den Patienten begründet und halten aus diesem Grund für delegationsunfähig: Anamnese, Indikationsstellung, Untersuchung des Patienten einschließlich invasiver diagnostischer Leistungen, Stellen der Diagnose, Aufklärung und Beratung des Patienten sowie Entscheidung über die Therapie und Durchführung invasiver Therapien einschließlich der Kernleistungen operativer Eingriffe.¹¹⁴

II. Beispiel: Chirurgie und konservative Fächer

Am Beispiel der Chirurgie wird deutlich, warum die Rückbesinnung auf das besondere persönliche Vertrauen des Patienten bei der Bestimmung der Kernleistung so bedeutsam ist: Wiederholt findet sich in Rechtsprechung und Schrifttum

¹¹⁰ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987; Spickhoff/*Starzer*, § 17 KHEntgG Rn. 14.; *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer*, MedR 2000, 107, 111; *Clausen* in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen, § 7 Rn. 99.

¹¹¹ Vgl. OLG Stuttgart, 22.3.2018, 7 U 62/16, ArztR 2019, 124, 125.

¹¹² *Bergmann*, MedR 2009, 1, 6; *Spaetgens*, RDG 2014, 12, 16 f.; BGH, 18.3.1974, III ZR 48/73, NJW 1974, 1424, 1424 f.; in diese Richtung auch *Genzel/Degener-Hencke* in: Laufs/Kern, § 87 Rn. 12 wonach die „Schwere der Krankheit“ eine Rolle für die Delegierbarkeit der Leistung spielen soll; *Bundesärztekammer/Kassenärztliche Bundesvereinigung*, DÄBl. 2008, A2173, A2174, wobei nicht ganz klar wird, ob damit lediglich die Unzulässigkeit der Delegation auf nichtärztliche Mitarbeiter gemeint ist.

¹¹³ *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 50.

¹¹⁴ *Bundesärztekammer/Kassenärztliche Bundesvereinigung*, DÄBl. 2008, A2173, A2174; Zustimmung *Spaetgens*, RDG 2014, 12, 17.

der Hinweis, die operative Leistung sei im Bereich der Chirurgie Teil des delegationsunfähigen Leistungskerns.¹¹⁵ Das gelte auch für andere operative Fächer.¹¹⁶ Der operative Eingriff präge die jeweilige medizinische Disziplin.¹¹⁷

Durch die Berücksichtigung des besonderen persönlichen Vertrauens vermag man indes Ausnahmen zu erkennen: Auch im operativen Bereich sind nämlich durchaus Eingriffe vorstellbar, die sich als vergleichsweise ungefährlich oder jedenfalls als häufig wiederkehrende Routineleistungen darstellen. Deswegen hielt das LG Hamburg bei sogenannten Etappenlavagen – der stetig wiederholten Säuberung des entzündeten Bauchraumes – die eigenhändige Erbringung des Chefarztes nicht für erforderlich.¹¹⁸

Zur wahlärztlichen Leistung – die das gesonderte Wahlleistungsentgelt rechtfertigt – werden die Etappenlavagen gleichwohl nur bei verantwortlicher Delegation durch den Chefarzt gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ.

Dass die Vertretbarkeit bei operativen Eingriffen die Ausnahme bilden muss, ergibt sich aus ihrer Bedeutung für den Verlauf der Heilung.¹¹⁹ Regelmäßig kommt es hierfür auf die Person des Chefarztes an.

Noch einmal deutlich problematischer stellt sich die Ermittlung des Leistungskerns im Bereich der sogenannten konservativen Fächer (Innere Medizin, Kinderheilkunde, Neurologie) dar: Bei ihnen fällt eine Unterteilung in den Kernbereich der ärztlichen Maßnahme auf der einen und Nebenleistungen auf der anderen Seite besonders schwer. Vor allem im Bereich der Psychiatrie und Psychotherapie besteht das Behandlungsprogramm mitunter aus routinemäßigen Therapieformen wie der Teilnahme am Morgenlauf, Beschäftigungs- und Ergotherapie, Gymnastik oder Entspannungstraining.¹²⁰

Die komplexe und für die erfolgreiche Behandlung maßgebende ärztliche Aufgabe liegt demgegenüber in der Zusammenstellung, Überwachung und Steuerung dieses Behandlungsprogramms.¹²¹ Deswegen hat das OLG Hamm es bereits aus-

¹¹⁵ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07; BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987; OLG Stuttgart, 13.1.1994, 14 U 48/92; BeckRS 1994, 31209705; LG Bonn, 4.2.2004, 5 S 207/03; BeckRS 2015, 07275; LG Aachen, 9.5.2001, 11 O 132/00; r+s 2001, 429, 430; Spickhoff/*Starzger*, § 17 KHEntgG Rn. 14; Spickhoff/*Spickhoff*, § 4 GOÄ Rn. 9; Dettling/Gerlach/*Böhnke*, § 17 KHEntgG Rn. 40; *Bäume*, MedR 2014, 76, 79; *Bender* in: FS Dahm, 39; *Bender*, MedR 2008, 336, 339; *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, dKH 2013, 507, 508; *Jansen*, MedR 1999, 555; *Kalis*, VersR 2002, 23, 24; *Kubla*, NJW 2000, 841, 843; HK-AKM/*A. W. Bender*, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 148; a.A. AG Hamburg, 6.9.2000, 18A C 292/99, MedR 2001, 47, 48.

¹¹⁶ AG Berlin-Charlottenburg, 26.2.1998, 13 C 497/97, r+s 1999, 35, 36; *Clausen* in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen, § 7 Rn. 99; Spickhoff/*Spickhoff*, § 4 GOÄ Rn. 9; *Bäume*, MedR 2014, 76, 79; *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3379; *Uleer/Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 60.

¹¹⁷ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07; BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.

¹¹⁸ LG Hamburg, 16.8.2000, 303 O 10/99, MedR 2001, 314, 316.

¹¹⁹ Vgl. auch *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 50.

¹²⁰ Vgl. OLG Köln, 25.8.2008, 5 U 243/07, NJW-RR 2009, 102, 103; LG Hamburg, 2.2.2001, 313 S 62/00, NJW 2001, 3415.

¹²¹ Vgl. OLG Stuttgart, 22.3.2018, 7 U 62/16, ArztR 2019, 124, 126.

reichen lassen, „daß der Chefarzt das Therapieprogramm entwickelt oder doch vor Behandlungsbeginn persönlich überprüft, den Verlauf der Behandlung engmaschig überwacht und die Behandlung nötigenfalls jederzeit beeinflussen kann“. ¹²² *Spickhoff* bezeichnet das als „Regie über die Gesamtdiagnostik und die Therapie“. ¹²³

Die von anderen Gerichten vermisste sachliche Rechtfertigung eines derart weiten Verständnisses ¹²⁴ findet sich im besonderen persönlichen Vertrauen des Patienten. Die Durchführung eines Morgenlaufs, von Beschäftigungs- und Ergotherapie, Gymnastik oder Entspannungstraining stellt eine vergleichsweise ungefährliche Routinemaßnahme dar, für deren Erfolg es auf die Person des Chefarztes nicht ankommt.

Ohnehin mag man eher umgekehrt eine sachliche Rechtfertigung dafür verlangen, die ärztliche Behandlung „vom ersten bis zum letzten Behandlungsschritt“ als delegationsunfähige Kernleistung einzustufen, ¹²⁵ schließlich ist die Unvertretbarkeit einer Leistung nach der gesetzlichen Systematik die Ausnahme. ¹²⁶

Trotzdem nähert sich die eigene Leistung des Chefarztes den allgemeinen Krankenhausleistungen an, wenn er lediglich den Vollzug einer eigenen grundlegenden Behandlungsentscheidung überwacht. ¹²⁷ In jedem Fall bleibt dem Patienten durch den Abschluss einer Wahlleistungsvereinbarung aber auch in solchen Konstellationen der Vorteil, Gewissheit über die optimale ärztliche Behandlung zu erlangen.

Gleichwohl gilt gerade für therapeutische Leistungen, dass diese gemäß § 17 Abs. 1 S. 2 KHEntgG nur dann „gesondert berechnet“ werden dürfen, soweit sie von einem Arzt oder einem anderen i.S.d. Vorschrift qualifizierten Mitarbeiter erbracht wurden. ¹²⁸ Wird der Morgenlauf also von nicht-ärztlichen Mitarbeitern durchgeführt, kann der Chefarzt dies auch dann nicht als eigene wahlärztliche Leistung abrechnen, wenn die Abrechnungsvoraussetzungen des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ im Übrigen vorliegen.

¹²² OLG Hamm, 26.4.1995, 3 U 97/94, NJW 1995, 2420, 2421; Zustimmend *Laufs*, NJW 1996, 1571, 1580; *Kubis*, NJW 1989, 1512, 1513; AG Hamburg, 6.9.2000, 18A C 292/99, MedR 2001, 47, 48; LG Bonn, 15.2.1995, 5 S 210/94, NJW 1995, 2419, 2420; *Spickhoff/Starzger*, § 17 KHEntgG Rn. 14; a.A. *Bäume*, MedR 2014, 76, 80.

¹²³ *Spickhoff/Spickhoff*, § 4 GOÄ Rn. 9.

¹²⁴ OLG Köln, 25.8.2008, 5 U 243/07, NJW-RR 2009, 102, 103.

¹²⁵ So etwa *Clausen* in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen, § 7 Rn. 99; *Bäume*, MedR 2014, 76, 80 zählt „auch die konkrete Behandlungsdurchführung“ zum delegationsunfähigen Kernbereich; *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3379; *Uleer/Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 60 qualifizieren „die gesamte Behandlung von der Diagnostik bis zum Ende der Therapie“ als Kernleistung.

¹²⁶ Vgl. zur generellen Vertretbarkeit Palandt/*Grüneberg*, § 267 BGB Rn. 1.

¹²⁷ HK-AKM/A. W. Bender, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 139; Dettling/Gerlach/*Böhnke*, § 17 KHEntgG Rn. 40; *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 49.

¹²⁸ Insoweit hat sich die Rechtslage in der Zwischenzeit geändert; vgl. zur Delegation an einen Physiotherapeuten OLG Oldenburg, 14.12.2011, 5 U 183/11, NJW 2012, 1597, 1598; vgl. in einem obiter dictum auch OLG Stuttgart, 22.3.2018, 7 U 62/16, ArztR 2019, 124, 127.

C. Abrechnungsvoraussetzungen für delegierte Leistungen

Nachdem festgestellt werden konnte, dass die Leistungspflicht des Chefarztes die voraussetzungslose Delegation an nachgeordnete Mitarbeiter zulässt, soll als nächstes die Gegenleistungspflicht des Patienten untersucht werden. Eine wahlärztliche Vergütung erhält der Chefarzt nämlich für delegierte Leistungen nur unter den zusätzlichen Abrechnungsvoraussetzungen des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ.

I. *Leistungserbringung nach fachlicher Weisung des Chefarztes*

Eine gesonderte Vergütung erhält der Chefarzt gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ nur für solche delegierten Leistungen, die er „nach fachlicher Weisung“ erbringen lässt. Obwohl er die ärztliche Nebenleistung nicht *in persona* erbringt, leistet er einen fachlichen Beitrag zur optimalen Behandlung des Patienten und gibt der Behandlung so sein persönliches Gepräge.¹²⁹

1. Eigener Mitwirkungsbeitrag des Chefarztes

Um durch Weisungen der delegierten Leistung sein persönliches Gepräge zu geben, darf der Chefarzt die Nebenleistung nicht lediglich veranlasst haben.¹³⁰ Die bloße Anordnung einer Nebenleistung stellt auch bei organisatorischer Weisungsbefugnis gegenüber dem nachgeordneten Arzt zumindest keine *fachliche* Weisung dar. Die delegierte Leistung unterscheidet sich dann nicht mehr ausreichend von den allgemeinen Krankenhausleistungen und kann deswegen auch nicht gesondert in Rechnung gestellt werden.

Wird die ausheilende Wunde postoperativ durch einen nachgeordneten Arzt überwacht, ohne dass der Chefarzt sich hieran in irgendeiner Form über die reine Veranlassung hinaus beteiligt, dann ist zwar nicht schon die Delegation selbst vertragswidrig (es handelt sich um eine vertretbare Nebenleistung), wohl aber die gesonderte Abrechnung als wahlärztliche Leistung (es handelt sich nämlich gerade nicht um eine eigene Leistung des Chefarztes).

Eine gesonderte wahlärztliche Vergütung muss der Patient für die delegierte Leistung nur bezahlen, wenn sich der Chefarzt über die Anordnung hinaus inhalt-

¹²⁹ Bundesregierung, Amtliche Begründung zur vierten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), 17.3.1994, BR-Drs. 211/94, 94; das persönliche Gepräge ist in Literatur und Rechtsprechung zum geflügelten Wort geworden und wird etwa von *Spaetgens*, RDG 2014, 12, 16 als „unbestimmte und nichtssagende Phrase“ kritisiert.

¹³⁰ Bundesregierung, Amtliche Begründung zum Entwurf zur dritten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) vom 10.3.1988, BR-Drs. 118/88, 47; VG Stuttgart, 7.7.2008, 12 K 4319/07, BeckRS 2008, 37975; Uleer/*Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 39; Spickhoff/*Starzger*, § 17 KHEntgG Rn. 14; *Spickhoff/Seibl*, NZS 2008, 57, 59; *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, 20; Brück/Hess/Klakow-Franck/*Warlo*, 3. Aufl., § 4 GOÄ Rn. 9; Lang/Schäfer/Stiel/Vogt/*Schäfer*, 2. Aufl., 2002, § 4 GOÄ Rn. 5; *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer*, MedR 2000, 107, 110.

lich an der Nebenleistung beteiligt hat.¹³¹ Um der Behandlung sein persönliches Gepräge zu geben, muss der Chefarzt zum Beispiel den Delegaten in die Besonderheiten einer bestimmten Behandlungsmethode einweisen.¹³² Daneben kann der Chefarzt den Delegaten beispielsweise auch mit auftretenden Besonderheiten des Krankheitsverlaufes vertraut machen, um durch fachliche Weisungen an der Behandlung mitzuwirken.¹³³ Mit anderen Worten: Der Chefarzt muss den Delegaten medizinisch instruieren. Unterbleibt eine medizinische Instruktion, ist zwar die Delegation der vertretbaren Nebenleistung vertragsgemäß, nicht aber die gesonderte Berechnung als wahlärztliche Leistung.

2. Intensität der Mitwirkung

Wie intensiv sich der Chefarzt durch Weisungen an der Behandlung beteiligen muss, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Es lassen sich gleichwohl folgende Grundsätze aufstellen:

Die erforderliche Intensität der fachlichen Weisung hängt von der Qualifikation des Delegaten ab.¹³⁴ § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ soll das angemessene Verhältnis von Wahlleistung und gesonderter Vergütung sichern.¹³⁵ Wird die Nebenleistung durch einen unerprobten Anfänger durchgeführt, kann eine wahlärztliche Leistung nur noch bei umfassender Einweisung und Kontrolle durch den Chefarzt abgerechnet werden. Erbringt umgekehrt aber ein spezialisierter Oberarzt die vertretbare Nebenleistung, lässt sich unter Umständen auch dann noch eine Optimierung der Behandlungssituation ausmachen, wenn der Chefarzt kaum mehr beigetragen hat, als die Anordnung. In Ausnahmefällen kann dann neben der Anordnung die Kontrolle der ordnungsgemäßen Ausführung und der Auswirkungen auf Therapie und Diagnostik als inhaltlicher Beitrag des Chefarztes genügen.¹³⁶ Das Verhältnis von gesondertem Entgelt und wahlärztlicher Leistung bleibt angesichts der optimierten ärztlichen Versorgung noch gewahrt, sodass unter teleologischen Gesichtspunkten ausnahmsweise noch von einer fachlichen Weisung gesprochen werden kann. Je kompetenter der Delegat, desto näher darf der Mitwirkungsbeitrag des Chefarztes an die reine Anordnung einer konkreten Nebenleistung rücken.

Von geringerer Bedeutung ist der Einfluss der Nebenleistung auf den Behandlungserfolg.¹³⁷ Soweit die ärztliche Tätigkeit für die erfolgreiche Behandlung rele-

¹³¹ Bundesregierung, Amtliche Begründung zum Entwurf zur dritten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) vom 10.3.1988, BR-Drs. 118/88, 47; *Hermanns/Filler*, § 4 GOÄ S. 18; *Hoffmann/Kleinken*, Gebührenordnung für Ärzte, 147.

¹³² Vgl. *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 58.

¹³³ Vgl. *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 58.

¹³⁴ Vgl. *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 58.

¹³⁵ Siehe dazu auch S. 28.

¹³⁶ Vgl. *Hoffmann/Kleinken*, Gebührenordnung für Ärzte, 147.

¹³⁷ a.A. *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 58.

vant ist, zählt man sie ohnehin bereits zum unvertretbaren Leistungskern. Dann ist die verantwortliche Delegation ausgeschlossen.

3. Kompetenz des Chefarztes

Unabhängig vom Mitwirkungsbeitrag des Chefarztes fehlt aber eine *fachliche* Weisung, wenn der Chefarzt selbst nicht über die erforderlichen Kompetenzen verfügt, den Eingriff eigenhändig durchzuführen.¹³⁸

Teilweise wird im Schrifttum vertreten, es genüge dazu bereits die tatsächliche Kompetenz des konkreten Mediziners; auf die formelle Ausbildung komme es hingegen nicht an.¹³⁹ Dafür spricht, dass sich das Interesse des Wahlleistungspatienten darauf bezieht, eine möglichst optimale ärztliche Behandlung zu erhalten. Es kommt ihm allein auf die faktischen Fertigkeiten des Chefarztes an.

Auf der anderen Seite setzt das Weiterbildungsrecht der ärztlichen Tätigkeit gewisse Grenzen. Diese Grenzen auch auf die „fachliche Weisung“ zu übertragen, erscheint konsequent. Fehlt dem Chefarzt die weiterbildungsrechtliche Qualifikation, darf er nämlich die Behandlung selbst nicht ausführen. Dann kann er entsprechend (*a maiore ad minus*) auch durch Weisungen keinen Beitrag zur Behandlung leisten, der ihm die Behandlung als eigene Leistung zurechnet.¹⁴⁰ Dafür spricht ferner, dass auch die amtliche Begründung auf das Fehlen „entsprechender Ausbildung“ abstellt und nicht etwa auf das Fehlen entsprechender *Fähigkeiten*.¹⁴¹

Weil aber ohnehin nur reine Nebenleistungen nach § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ als eigene, wenn auch delegierte Wahlleistung abgerechnet werden können, wird die Abrechnung kaum je einmal an der Qualifikation des Chefarztes scheitern. Wenn er die Maßnahmen des Kernbereichs weiterbildungsrechtlich erbringen kann, kann er normalerweise auch die dazugehörigen Nebenleistungen durchführen.

4. Zwischenergebnis

Die delegierte Nebenleistung stellt gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ (nur) dann eine wahlärztliche eigene Leistung des Chefarztes dar, soweit er an ihr durch fach-

¹³⁸ BGH, 25.1.2012, 1 StR 45/11, NJW 2012, 1377, 1381; Cramer/Henkel, MedR 2004, 593, 596; Uleer/Miebach/Patt, § 4 GOÄ Rn. 40; Bäume, MedR 2014, 76, 78; Brück/Hess/Klakow-Franck/Warlo, 3. Aufl., § 4 GOÄ Rn. 9.1.; Bundesregierung, Amtliche Begründung zum Entwurf zur dritten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) vom 10.3.1988, BR-Drs. 118/88, 47.

¹³⁹ Wallhäuser/Schäfer-Gölz/Witt, 2011, 117.

¹⁴⁰ Uleer/Miebach/Patt, § 4 GOÄ Rn. 40; Bäume, MedR 2014, 76, 78; Brück/Hess/Klakow-Franck/Warlo, 3. Aufl., § 4 GOÄ Rn. 10; Cramer/Henkel, MedR 2004, 593, 596; Wenzel-FA/Hübner, 3. Aufl., Kap. 13 Rn. 34 die die Qualifikation jedoch als für die fachliche Verantwortung relevant ansehen, wobei die Unterscheidung zwischen tatsächlicher und fachlicher Verantwortung sich i.E. nicht auswirkt.

¹⁴¹ Bundesregierung, Amtliche Begründung zum Entwurf zur dritten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) vom 10.3.1988, BR-Drs. 118/88, 47.

liche Weisungen mitgewirkt hat. Dazu muss der Chefarzt den Delegaten medizinisch instruieren, indem er ihn beispielsweise in den Krankheitsverlauf oder die Behandlungsmethode einweist. (Nur) dann ist die Nebenleistung gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen optimiert. Die bloße Anordnung der Nebenleistung genügt hierfür nicht, weil insoweit die *fachliche* Weisung des Chefarztes fehlt.

Die Intensität der Mitwirkung hängt vordergründig von den Qualifikationen des Delegaten ab. Ein Berufsanfänger muss beispielsweise intensiver eingewiesen werden als ein Oberarzt.

Zumindest erfordert die Mitwirkung aber, dass der Chefarzt weiterbildungsrechtlich zur eigenhändigen Leistung in der Lage wäre, weil er nur dann auch *fachliche* Weisungen überhaupt erteilen kann.

II. Leistungserbringung unter Aufsicht des Chefarztes

Gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ darf der Chefarzt delegierte ärztliche Nebenleistungen nur abrechnen, wenn deren Erbringung „unter seiner Aufsicht“ erfolgt.

1. Räumlich-zeitliche Distanz bei der Beaufsichtigung

Für eine eigenverantwortliche Mitwirkung an der delegierten Nebenleistung darf der Chefarzt sich nicht auf eine sorgfältige Auswahl der Hilfsperson beschränken.¹⁴² Die anschließende Leistungserbringung erfolgt dann nämlich nicht mehr „unter seiner Aufsicht“. Deshalb kann der Chefarzt auch nicht delegierte Nebenleistungen als eigene wahlärztliche Leistung abrechnen, wenn er selbst während der gesamten Behandlung urlaubsbedingt abwesend ist.¹⁴³

Gleichwohl erfordert die eigenverantwortliche Mitwirkung des Chefarztes nicht dessen persönliche Anwesenheit während der gesamten Behandlung.¹⁴⁴ Andernfalls würde die Delegation auch *ad absurdum* geführt, weil der Chefarzt niemals effektiv anderen Tätigkeiten nachgehen könnte.¹⁴⁵ Verlangt man von ihm, dem Delegaten bei jedem Behandlungsschritt „über die Schulter zu schauen“, könnte er die Behandlungsleistung auch gleich – unter Umständen sogar effektiver – eigenhändig vornehmen.

Auch die amtliche Begründung hält die permanente Anwesenheit des Chefarztes für verzichtbar, wenngleich sie dazu etwas missverständlich ausführt, der Arzt

¹⁴² Bundesregierung, Amtliche Begründung zum Entwurf zur dritten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) vom 10.3.1988, BR-Drs. 118/88, 46; VG Stuttgart, 7.7.2008, 12 K 4319/07, BeckRS 2008, 37975; Uleer/*Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 39; Spickhoff/*Starzger*, § 17 KHEntG Rn. 14; *Spickhoff/Seibl*, NZS 2008, 57, 59.

¹⁴³ *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3380.

¹⁴⁴ Spickhoff/*Spickhoff*, § 4 GOÄ Rn. 7; *Tanpitz/Jones*, MedR 2001, 499, 504 f.

¹⁴⁵ So auch *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 55 („Eine solche Interpretation führte die Regelung des § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ ad absurdum“); Zu weitgehend daher *Steinhilper*, MedR 2003, 339, 340, der annimmt, der delegierende Arzt dürfe nicht anderweitig beschäftigt sein; wobei der Chefarzt natürlich noch in der Lage sein muss, auf Zwischenfälle zu reagieren.

müsse „nicht zum jederzeitigen Eingreifen bereitstehen“.¹⁴⁶ Dadurch wird nicht etwa eine beliebige zeitlich-räumliche Distanz zur Behandlung zugelassen. Der Chefarzt muss zumindest jederzeit erreichbar und dadurch in der Lage sein, etwa bei Komplikationen persönlich einzugreifen.¹⁴⁷ Solange die delegierte Maßnahme andauert (zeitliche Komponente) muss der Chefarzt also dem Behandlungsgeschehen so nahe sein, dass er Komplikationen persönlich begegnen kann (räumliche Komponente). Zur Beaufsichtigung genügt demzufolge die (passive) Erreichbarkeit des Chefarztes. Ist die Erreichbarkeit nicht permanent gewährleistet, ist auch die Superrevision in täglichen Teamsitzungen zur Beaufsichtigung nicht ausreichend.¹⁴⁸

2. Intensität der Erreichbarkeit

Wie groß die räumlich-zeitliche Distanz des Chefarztes zum Behandlungsgeschehen sein darf, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Es lassen sich gleichwohl folgende Grundsätze aufstellen:

Auch die Intensität der Erreichbarkeit des Chefarztes hängt von der Qualifikation des Delegaten ab. Bei einem Assistenzarzt ist das Komplikationsrisiko deutlich größer, als bei einem entsprechend spezialisierten Oberarzt.¹⁴⁹ An einen besonders qualifizierten Arzt können hingegen auch komplizierte Behandlungsleistungen zur selbständigen Durchführung übertragen werden.¹⁵⁰ Je geringer der Kenntnisstand und die Erfahrung des Delegaten in Bezug auf die delegierte Leistung sind, desto mehr muss die Erreichbarkeit des Chefarztes sichergestellt sein. Muss der Chefarzt mit Komplikationen rechnen, muss er zum persönlichen Eingreifen bereitstehen, sodass ausnahmsweise sogar die persönliche Anwesenheit des Chefarztes erforderlich sein kann. Zumindest aber wird die verantwortliche Delegation nach § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ kaum je eine weite räumliche Distanz zulassen, die über die Grenzen des Krankenhausgeländes hinausreicht.¹⁵¹

Von geringerer Bedeutung sind demgegenüber das Gefährdungspotenzial der delegierten Nebenleistung und die Schwere der Krankheit.¹⁵² Ist die delegierte

¹⁴⁶ Bundesregierung, Amtliche Begründung zum Entwurf zur dritten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) vom 10.3.1988, BR-Drs. 118/88, 47.

¹⁴⁷ Bundesregierung, Amtliche Begründung zum Entwurf zur dritten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) vom 10.3.1988, BR-Drs. 118/88, 47; OLG Oldenburg, 14.12.2011, 5 U 183/11, NJW 2012, 1597, 1598 („unverzüglich“); OLG Frankfurt a.M., 4.8.2011, 8 U 226/10, MedR 2012, 396, 398; Uleer/Miebach/Patt, § 4 GOÄ Rn. 43; Bäume, MedR 2014, 76, 78.

¹⁴⁸ Vgl. OLG Oldenburg, 14.12.2011, 5 U 183/11, NJW 2012, 1597, 1598.

¹⁴⁹ Zu dieser Differenzierung vgl. Spickhoff/Spickhoff, § 4 GOÄ Rn. 10; So wohl auch Bundesärztekammer/Kassenärztliche Bundesvereinigung, Bekanntmachung vom 29.8.2008, DÄBl. 2008, A2173, A2174.

¹⁵⁰ Spickhoff/Spickhoff, § 4 GOÄ Rn. 10.

¹⁵¹ Bäume, MedR 2014, 76, 78.

¹⁵² Vgl. dazu Bundesärztekammer/Kassenärztliche Bundesvereinigung, Bekanntmachung vom 29.8.2008, DÄBl. 2008, A2173, A2175; Genzel/Degener-Hencke in: Laufs/Kern, § 87 Rn. 12.

Leistung nämlich besonders risikoreich und gefährlich, wird sie regelmäßig zum Kernbereich der ärztlichen Leistung zählen und damit unvertretbar sein.

3. Zwischenergebnis

Die delegierte Nebenleistung stellt gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ (nur) dann eine wahlärztliche eigene Leistung des Chefarztes dar, soweit sie unter seiner Aufsicht erbracht wurde. Dazu muss der Chefarzt während der gesamten Dauer der delegierten Maßnahme (zeitliche Komponente) dem Behandlungsgeschehen so nahe sein, dass er bei Komplikationen persönlich einschreiten kann (räumliche Komponente). (Nur) dann ist die Nebenleistung gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen optimiert. Die bloße sorgfältige Auswahl des Delegaten und die tägliche Superrevision genügen dafür nicht.

Die Intensität der Erreichbarkeit hängt vordergründig von den Qualifikationen des Delegaten ab. Ein Berufsanfänger muss beispielsweise intensiver überwacht werden als ein Oberarzt.

III. Besonderheit: Delegation an den ständigen ärztlichen Vertreter

Bereits vor Abschluss des Wahlarztvertrages erwählt der Chefarzt einen nachgeordneten Facharzt seines eigenen Fachgebietes zum sogenannten ständigen ärztlichen Vertreter, vgl. § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ. Diesem kommt bei der Chefarztbehandlung eine exponierte Stellung zu. Das Gebührenrecht enthält nämlich in § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ a.E. einen Katalog sogenannter Grundleistungen, die nur dann wahlärztlich berechnet werden dürfen, wenn sie der Chefarzt oder sein ständiger ärztlicher Vertreter erbringt. Eine Delegation an einen beliebigen Arzt kommt demnach für diese Grundleistungen nicht in Betracht.

Außerdem wird die Leistung des ständigen ärztlichen Vertreters genauso abgerechnet, wie die persönliche Leistung des Chefarztes selbst. Eine Gebührenminderung ordnet § 5 Abs. 5 GOÄ nämlich ausschließlich für solche delegierte Leistungen an, die *nicht* vom ständigen ärztlichen Vertreter erbracht werden. Die Visite durch den ständigen ärztlichen Vertreter ist demzufolge genauso kostspielig, wie die persönliche Visite durch den Chefarzt. Man spricht insoweit auch von „gebührenrechtlicher Gleichrangigkeit“ zwischen Chefarzt und ständigem ärztlichen Vertreter.¹⁵³

Klärungsbedürftig ist im Hinblick auf den ständigen ärztlichen Vertreter allerdings, ob aus seiner besonderen Stellung auch besondere Anforderungen an die Delegation folgen.

1. Delegation der Grundleistungen

Für die in § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ aufgezählten Grundleistungen soll der Chefarzt nur dann eine wahlärztliche Vergütung erhalten, wenn entweder er selbst oder sein

¹⁵³ Lang/Schäfer/Stiel/Vogt, 1996, § 4 GOÄ Rn. 23.

ständiger ärztlicher Vertreter sie erbracht haben. Diese Einschränkung resultiert aus der Überlegung, dass es sich um Leistungen handelt, „durch deren persönliche Erbringung die ärztliche Behandlung erst ihre wahlärztliche Prägung erhält“.¹⁵⁴ Die Verordnungsbegründung spricht insoweit von einem „unverzichtbaren Kernbestand“.¹⁵⁵

Gleichwohl ist auch im Hinblick auf diese Grundleistungen die ausnahmslos eigenhändige Erbringung durch den Chefarzt nicht erforderlich. Vielmehr darf auch der sogenannte ständige ärztliche Vertreter – aber eben nur dieser – jene Grundleistungen erbringen.

Zu den Grundleistungen des § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ zählen die allgemeinen Aufnahme- und Entlassungsuntersuchungen (Nr. 1) sowie die Visiten während der gesamten Behandlungsdauer (Nr. 2). Im Grundsatz soll durch ihre persönliche Erbringung sichergestellt werden, dass sich der Chefarzt „zu Beginn, während und bei Abschluss der Behandlung mit dem Patienten befassen muss“.¹⁵⁶ Die Aufnahmeuntersuchung am ersten Behandlungstag und die Visiten während des gesamten Krankenhausaufenthalts gewährleisten also einen intensiven Kontakt zwischen Chefarzt und Patient.¹⁵⁷ Lässt man die Delegation der Visite zu, gefährdet das demzufolge unmittelbar die Chefarzt-Patient-Beziehung.

Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch die Einschränkung der Delegation (bzw. genauer der Abrechnung delegierter Leistungen). Es muss gemäß § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ a.E. vor der Behandlung ein ständiger ärztlicher Vertreter benannt werden, der Facharzt desselben Fachgebietes wie der Chefarzt ist. Der BGH geht deswegen davon aus, dass der ständige ärztliche Vertreter „nach Dienststellung und medizinischer Kompetenz kontinuierlich in engem fachlichen Kontakt mit dem liquidationsberechtigten Krankenhausarzt steht“.¹⁵⁸ Für die Dauer der gesamten Behandlung ist ein fachlicher Informationsaustausch zwischen dem Chefarzt und seinem ständigen ärztlichen Vertreter gewährleistet.¹⁵⁹ Der ständige ärztliche Vertreter wird gewissermaßen zum Bindeglied zwischen Patient und Chefarzt.

Damit die Chefarzt-Patient-Beziehung jedoch nicht über Gebühr belastet wird und um die kontinuierliche Befassung des Chefarztes mit dem Patienten sicherzustellen, darf der ständige ärztliche Vertreter die Grundleistungen nur ausnahms-

¹⁵⁴ Bundesregierung, Amtliche Begründung zur vierten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), 17.3.1994, BR-Drs. 211/94, 95.

¹⁵⁵ Bundesregierung, Amtliche Begründung zur vierten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), 17.3.1994, BR-Drs. 211/94, 95.

¹⁵⁶ Bundesregierung, Amtliche Begründung zur vierten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), 17.3.1994, BR-Drs. 211/94, 94 f.; LG Hamburg, NJW 2001, 3415, 3416; Uleer/Miebach/Patt, § 4 GOÄ Rn. 58 m.w.N.; Miebach/Patt, NJW 2000, 3377, 3379; a.A. Spickhoff/Spickhoff, § 4 GOÄ Rn. 8; Zumindest kritisch Biermann/Ulsenheimer/Weißauer, MedR 2000, 107, 111.

¹⁵⁷ Uleer/Miebach/Patt, § 4 GOÄ Rn. 58.

¹⁵⁸ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 988.

¹⁵⁹ Vgl. Bundesregierung, Amtliche Begründung zur vierten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), 17.3.1994, BR-Drs. 211/94, 95.

weise, bei „gelegentlicher Verhinderung“ des Chefarztes, übernehmen.¹⁶⁰ Angesprochen sei etwa der Urlaub, die Dienstunfähigkeit oder eine Fortbildung des Chefarztes.¹⁶¹

Werden die Grundleistungen über dieses Maß hinaus auf den ständigen ärztlichen Vertreter (oder gar einen anderen Arzt) übertragen, fehlen dem Chefarzt die notwendigen Kenntnisse über die Notwendigkeit und den Verlauf der Behandlung, sodass er seiner Verantwortung nicht gerecht werden kann.¹⁶²

Neben der Aufnahmeuntersuchung und den Visiten gehören zu den eingeschränkt delegierbaren Grundleistungen gemäß § 4 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 GOÄ auch das krankheitsbedingte Verweilen beim Patienten (Nr. 56 des Gebührenverzeichnisses), das Anlegen eines Verbands (Nr. 200 des Gebührenverzeichnisses), die Blutentnahme (Nr. 250, 250a des Gebührenverzeichnisses), die Injektion (Nr. 252 des Gebührenverzeichnisses) sowie die Infusion (Nr. 271, 272 des Gebührenverzeichnisses). Diese Leistungen werden im Rahmen der stationären Behandlung typischerweise auch bei Wahlleistungspatienten vom Pflegepersonal erbracht und sollen deshalb nur dann als eigene (Wahl-) Leistung abgerechnet werden, wenn sie ausnahmsweise vom Chefarzt selbst oder seinem ständigen ärztlichen Vertreter durchgeführt werden.¹⁶³ Erbringt sie – wie üblich – das Krankenhauspflegepersonal, handelt es sich um eine allgemeine Krankenhausleistung, die nicht gesondert in Rechnung gestellt werden kann.

Dadurch verdeutlicht sich aber auch, dass § 4 Abs. 2 GOÄ nicht bereits die Delegationsbefugnis des Chefarztes einschränkt: Die Wahlleistungsvereinbarung zwingt beispielsweise nicht dazu, dass der Chefarzt oder sein ständiger ärztlicher Vertreter die Blutentnahme persönlich durchführen. Bloß darf dann auch keine gesonderte Berechnung als wahlärztliche Leistung erfolgen.

2. Delegation sonstiger Nebenleistungen

Die gebührenrechtliche Gleichrangigkeit beschränkt sich nicht auf die in § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ beschriebenen Grundleistungen (Visite, Erstaufnahmeuntersuchung etc.). Wird der ständige ärztliche Vertreter eingesetzt, muss der Patient unabhängig von der Art der delegierten Maßnahme stets dasselbe wahlärztliche Honorar entrichten, wie bei eigenhändigem Tätigwerden des Chefarztes.

Dafür spricht vor allem der Wortlaut von § 5 Abs. 5 GOÄ, der für die gebührenrechtliche Gleichrangigkeit unterschiedslos auf wahlärztliche Leistungen verweist, die „von dessen [...] ständigen ärztlichen Vertreter persönlich erbracht wer-

¹⁶⁰ Bundesregierung, Amtliche Begründung zur vierten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), 17.3.1994, BR-Drs. 211/94, 95.

¹⁶¹ Zustimmung Bäume, MedR 2014, 76, 80; Uleer/Miebach/Patt, § 4 GOÄ Rn. 58.

¹⁶² Bundesregierung, Amtliche Begründung zur vierten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), 17.3.1994, BR-Drs. 211/94, 95.

¹⁶³ Bundesregierung, Amtliche Begründung zur vierten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), 17.3.1994, BR-Drs. 211/94, 95.

den“. Eine Begrenzung auf die Grundleistungen des § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ enthält die Vorschrift nicht.

Außerdem muss das, was sogar für den unverzichtbaren Kernbestand der Leistungen gilt, erst recht (*a maiore ad minus*) für vergleichsweise unbedeutende (Routine-) Leistungen gelten. Der ständige ärztliche Vertreter kann demnach mit der gebührenrechtlichen Wirkung von § 5 Abs. 5 GOÄ im Bereich sämtlicher delegierbarer Leistungen eingesetzt werden.¹⁶⁴

Im (eigentlich unververtretbaren) Bereich der Kernleistungen kann aber auch der ständige ärztliche Vertreter nur dann eingesetzt werden, wenn die Wahlleistungsvereinbarung eine wirksame Stellvertretungsabrede enthält.¹⁶⁵ In diesem Fall wird der ständige ärztliche Vertreter seinem Namen auch gerecht und als Stellvertreter und nicht lediglich als Delegat tätig.

3. Auswahlentscheidung

Ob eine konkrete Maßnahme an einen nachgeordneten Arzt delegiert wird oder nicht, stellt eine einseitige Entscheidung des Chefarztes dar. In seiner Auswahlentscheidung (an wen er die Maßnahme delegiert) wird der Chefarzt jedoch durch § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ eingeschränkt:

Zum einen muss der ständige ärztliche Vertreter bereits vor Abschluss des Wahlarztvertrages dem Patienten mitgeteilt werden. Nur so lässt sich Missbrauch verhuten, weil andernfalls der Chefarzt im Nachhinein beliebig den eingesetzten Mitarbeiter zum ständigen ärztlichen Vertreter erklären könnte.

Zum anderen muss der ständige ärztliche Vertreter Facharzt desselben Fachgebiets wie der Chefarzt sein. Nur so ist ein kontinuierlicher *fachlicher* Austausch zwischen Chefarzt und stndigem ärztlichen Vertreter überhaupt möglich. Gerade dieser permanente fachliche Austausch rechtfertigt den Einsatz des ständigen ärztlichen Vertreters etwa bei der Visite, weil dieser zum Bindeglied zwischen Patient und Chefarzt wird.¹⁶⁶ § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ wahrt insoweit vor dem Hintergrund der gebührenrechtlichen Gleichrangigkeit das Austauschverhältnis von wahlärztlicher Leistung und gesondertem Entgelt.

4. Geringere Anforderungen an die verantwortliche Delegation

Im Hinblick auf die exponierte Stellung des ständigen ärztlichen Vertreters hält der Verordnungsgeber eine verantwortliche Delegation auch bei längerer persönlicher Abwesenheit für zulässig.¹⁶⁷ Dabei nimmt er ausdrücklich Verhinderungsflle

¹⁶⁴ Biermann/Ulsenheimer/Weißauer, MedR 2000, 107, 111.

¹⁶⁵ Siehe dazu S. 47 ff.

¹⁶⁶ Siehe dazu S. 39 f.

¹⁶⁷ Bundesregierung, Amtliche Begründung zur vierten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), 17.3.1994, BR-Drs. 211/94, 95.

in den Blick („Urlaub, Dienstunfähigkeit, Fortbildung“)¹⁶⁸, bei denen der Chefarzt unter Umständen bei Komplikationen gar nicht persönlich einschreiten kann. Die delegierte Leistung wird dann nicht mehr unter seiner Aufsicht erbracht. Das führt zu der Frage, ob die Delegationsvoraussetzungen des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ beim Einsatz des ständigen ärztlichen Vertreters überhaupt gelten.

Schwierigkeiten bereitet diesbezüglich die begriffliche Annäherung der Delegation an die Stellvertretung („ständiger ärztlicher *Vertreter*“). Auch der Bundesrat spricht (wenigstens missverständlich) im Zusammenhang mit § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ von „Vertretungsmöglichkeiten“.¹⁶⁹ Ein Stellvertreter muss vom Chefarzt aber weder besonders instruiert noch anschließend überwacht werden.¹⁷⁰ Trotzdem muss der Chefarzt auch über die Maßnahmen des ständigen ärztlichen Vertreters die Aufsicht führen.¹⁷¹ Es handelt sich nämlich nur um eine sprachliche Ungenauigkeit, wenn das Gebührenrecht von einem ständigen ärztlichen *Vertreter* spricht: Gemeint ist damit lediglich die verantwortliche Delegation von Nebenleistungen.¹⁷²

Das Missverständnis wird letztlich auch dadurch vertieft, dass der BGH sich für die Wirksamkeit der sogenannten Stellvertretungsabreden terminologisch (aber auch bezogen auf die inhaltlichen Anforderungen) am Gebührenrecht und dessen „ständigen ärztlichen Vertreter“ orientiert.¹⁷³

Dafür, dass das Gebührenrecht trotz der Bezeichnung als „Vertreter“ lediglich eine spezielle Form der Delegation regelt, spricht ferner der systematische Zusammenhang: In Satz 1 zählt § 4 Abs. 2 GOÄ die verantwortlich delegierte Leistung zu den eigenen wahlärztlichen Leistungen des Chefarztes; in Satz 3 nimmt er diese Anordnung anschließend (teilweise) zurück, indem er die Zurechnung als eigene Leistung auf die *verantwortlich* an den ständigen ärztlichen Vertreter delegierten Leistungen beschränkt. Der Chefarzt muss für die wahlärztliche Vergütung also auch derjenigen Leistung sein persönliches Gepräge geben, die er an den ständigen ärztlichen Vertreter delegiert.

Angesichts der Qualifikationen des ständigen ärztlichen Vertreters können an die medizinische Instruktion und die Erreichbarkeit des Chefarztes vergleichsweise geringe Anforderungen gestellt werden. Auch wenn sich der Chefarzt weitestgehend auf die bloße Anordnung der delegierten Maßnahme und eine sorgfältige Auswahl des ständigen ärztlichen Vertreters beschränkt, erhält der Patient im Ergebnis eine optimierte ärztliche Behandlung, sodass auch dann noch das ange-

¹⁶⁸ Bundesregierung, Amtliche Begründung zur vierten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), 17.3.1994, BR-Drs. 211/94, 95.

¹⁶⁹ Bundesrat, Beschluss vom 3.11.1995, BR-Drs. 688/95, 6.

¹⁷⁰ Siehe dazu S. 49.

¹⁷¹ Dayal, Der wahlärztliche Honoraranspruch, 57.

¹⁷² Vgl. Dayal, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 77, der zufolge der Bundesrat sprachlich ungenau über die verantwortliche Delegation spricht.

¹⁷³ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 988; Siehe zur Bedeutung bei den Stellvertretungsabreden S. 56 ff.

messene Verhältnis von wahlärztlicher Leistung und gesonderter Vergütung gewahrt bleibt.

IV. *Einschränkende Vereinbarungen*

Sowohl die persönliche Chefarztbehandlung als auch ihre Grenze ergeben sich grundsätzlich aus der Wahlleistungsvereinbarung selbst. Sie gibt deshalb auch den „vertraglichen Abrechnungsrahmen“ vor.¹⁷⁴ Soweit das besondere persönliche Vertrauen des Patienten reicht, ist nur die persönliche Behandlung durch den Chefarzt vertragsgemäß und damit gesondert zu vergüten.

Unterschreiten die Parteien im Übrigen - also bei der Frage, ob auch die vertretbare und deswegen delegierte Maßnahme gesondert zu vergüten ist - die Vorgaben des § 4 Abs. 2 GOÄ (indem sie strengere Vorgaben für die Mitwirkung des Chefarztes vereinbaren), fungiert die Wahlleistungsvereinbarung als Gestaltungsmittel. Das Gebührenrecht entfaltet dann keinen Einfluss.¹⁷⁵ Andernfalls würde das Gebührenrecht einen Vergütungsanspruch begründen, der nach Vertragsrecht gar nicht besteht, wozu jedoch die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage fehlt.¹⁷⁶

Auch der Ordnungsgeber weist in seiner Begründung auf „gegebenenfalls engere Grenzen aufgrund vertraglicher Vereinbarungen über wahlärztliche Leistungen“ hin, die „unberührt“ bleiben sollen.¹⁷⁷ Im Hinblick auf die Delegation an den ständigen ärztlichen Vertreter hält der Ordnungsgeber beispielsweise ausdrücklich § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ für dispositiv.¹⁷⁸

Ob darüber hinaus in der Wahlleistungsvereinbarung die restriktiven Vorgaben des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ auch aufgeweicht werden können, wird im Rahmen der Stellvertretungsabreden untersucht.¹⁷⁹

D. Zusammenfassung

Die Delegation von Behandlungsteilen ist bei der Chefarztbehandlung unabhängig von jeglicher Mitwirkung des Chefarztes zulässig. Das Gebührenrecht normiert in § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ nämlich keine *gesetzliche* Delegationsbefugnis, die im

¹⁷⁴ HK-AKM/.A. W. Bender, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 141; a.A. Uleer/*Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 59 die von einer „Wechselbeziehung von Vertrags- und Gebührenrecht“ ausgehen; Ebenso *Genzel/Degener-Hencke* in: Laufs/Kern, § 87 Rn. 12 die „drei miteinander in Verbindung stehende Rechtskreise, aus denen sich Art und Umfang der Leistungspflicht ableite[n]“ erkennen, insbesondere auch das ärztliche Gebührenrecht.

¹⁷⁵ Uleer/*Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 59; *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3379.

¹⁷⁶ *Kuhla*, NJW 2000, 841, 842; Uleer/*Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 59.

¹⁷⁷ *Bundesregierung*, Amtliche Begründung zur vierten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), 17.3.1994, BR-Drs. 211/94, 95.

¹⁷⁸ *Bundesregierung*, Amtliche Begründung zur vierten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), 17.3.1994, BR-Drs. 211/94, 95 die im Nebensatz darauf hinweist, dass „dies nach der vertraglichen Vereinbarung über die gesonderte Berechnung wahlärztlicher Leistungen nicht ausgeschlossen“ sein darf.

¹⁷⁹ Siehe dazu umfassend S. 47 ff.

Hinblick auf die fachliche Weisung oder die Beaufsichtigung einschränkende Voraussetzungen aufstellt.

Stattdessen besteht bereits eine *vertragliche* Delegationsbefugnis. Das besondere persönliche Vertrauen des Patienten begründet nämlich die persönliche Chefarztbehandlung nicht nur, es begrenzt sie auch. Versteht man die Chefarztbehandlung als Maßnahmenbündel, erkennt man, dass ein besonderes Vertrauen nicht uneingeschränkt besteht. Nicht bei jeder Einzelmaßnahme setzt sich der Patient gleichermaßen Gesundheitsrisiken aus, sodass nicht in jedem Fall die Qualifikationen und Erfahrungen des Chefarztes erforderlich sind.

Richtet sich die Chefarztbehandlung auf eine Einzelmaßnahme, die „jeder kann“, bei der von einer besseren oder schlechteren Ausführung nicht gesprochen werden kann, bei der es also egal ist, wer sie erbringt, kann die Behandlung frei delegiert werden. Dementsprechend lässt sich die Chefarztbehandlung nicht nach einem starren Schema entweder als persönlich oder als vertretbar qualifizieren. Stattdessen kann zwischen einem unvertretbaren, persönlichen Leistungskern und einem vertretbaren, delegierbaren Leistungsteil unterschieden werden. Zum Beispiel wird eine gefährliche Operation durch die vergleichsweise harmlose postoperative Versorgung der ausheilenden Wunde begleitet.

Das Gebührenrecht enthält demgegenüber bloße Abrechnungsvoraussetzungen. Nach § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ kann die delegierte Leistung nur dann gesondert abgerechnet werden, wenn der Chefarzt an ihr durch fachliche Weisungen und Beaufsichtigung eigenverantwortlich mitgewirkt hat. Auf diese Weise wird das angemessene Verhältnis von wahlärztlicher Vergütung und delegierter Leistung hinreichend sichergestellt.

Eine „fachliche Weisung“ i.S.d. § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ erfordert mehr als das bloße Anordnen der delegierten Maßnahme. Vielmehr muss der Chefarzt den Delegaten medizinisch instruieren, indem er ihn beispielsweise in den Krankheitsverlauf oder die Behandlungsmethode einweist. § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ verlangt im Hinblick auf die Weisung also einen aktiven fachlichen Beitrag zur delegierten Nebenleistung.

Die Beaufsichtigung des Delegaten verlangt vom Chefarzt anschließend, während der gesamten Dauer der delegierten Maßnahme (zeitliche Komponente) dem Behandlungsgeschehen so nahe zu sein, dass er bei Komplikationen persönlich einschreiten kann (räumliche Komponente). § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ erfordert insoweit die ständige (passive) Erreichbarkeit des Chefarztes in zeitlich-räumlicher Hinsicht.

Wie intensiv der Chefarzt bei der Einweisung des Delegaten vorgehen und wie nah er dem Behandlungsgeschehen im Einzelfall sein muss, hängt vor allem von den Qualifikationen des Delegaten ab. Je kompetenter der Delegat, desto geringer sind die Anforderungen an die verantwortliche Delegation nach § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ. Vor allem auf den spezialisierten Oberarzt können Behandlungsleistungen demnach vergleichsweise weitgehend übertragen werden.

Wegen seiner herausgehobenen Kompetenzen und besonderen Dienststellung kann eine Delegation an den ständigen ärztlichen Vertreter im Ausnahmefall sogar dann erfolgen, wenn der Chefarzt urlaubs- oder krankheitsbedingt abwesend ist. Trotzdem wird die delegierte Leistung des ständigen ärztlichen Vertreters gemäß § 5 Abs. 5 GOÄ dann in derselben Höhe abgerechnet, wie die persönliche Leistung des Chefarztes. Man spricht diesbezüglich von „gebührenrechtlicher Gleichrangigkeit“.

§ 5 Die Substitution durch einen Stellvertreter

Der Chefarzt kann die Behandlung vollständig einem Stellvertreter überlassen und gleichwohl gesondert berechnen, wenn mit dem Patienten eine entsprechende *Stellvertretungsabrede* getroffen wurde.

Anders als die Delegation ist die Stellvertretung im Gebührenrecht nicht ausdrücklich vorgesehen. Nicht ganz unberechtigt spricht *Staufer* daher von einer „Grauzone“.¹⁸⁰ Trotzdem werden die Stellvertretungsabreden von der Rechtsprechung nach wie vor gebilligt – wenn auch nur unter ausgesprochen engen Wirksamkeitsvoraussetzungen.¹⁸¹

Für die Wirksamkeit von Stellvertretungsabreden haben sich sowohl personelle (wer darf Stellvertreter sein?) als auch anlassbezogene Anforderungen (wann darf der Stellvertreter eingesetzt werden?) etabliert: Insoweit sind derzeit Stellvertretungsabreden üblich, die personell auf den „ständigen ärztlichen Vertreter“ und anlassbezogen auf „die unvorhergesehene Verhinderung des Chefarztes“ beschränkt sind. Als Beispiel hierfür taugt eine Klausel aus der Muster-Wahlleistungsvereinbarung des Universitätsklinikums Regensburg:

*„Der Patient ist für den Fall der unvorhergesehenen Verhinderung des Wahlarztes der jeweiligen Fachabteilung mit der Übernahme seiner Aufgaben durch den ständigen ärztlichen Vertreter einverstanden.“*¹⁸²

Weil schon in der Wahlleistungsvereinbarung selbst gewissermaßen prophylaktisch für den Fall der Verhinderung des Chefarztes die Stellvertretungsmöglichkeit geschaffen wird, werden derartigen Vereinbarungen auch als *abstrakte Stellvertretungsabrede* bezeichnet.¹⁸³

¹⁸⁰ *Staufer*, DÄBl. 2018, 2, 4.

¹⁸¹ Vgl. nur BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.

¹⁸² Muster-Wahlleistungsvertrag des Universitätsklinikums Regensburg, 1.

¹⁸³ *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 71; HK-AKM/A. *W. Bender*, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 171; *Bergmann*, MedR 2014, 894, 895.

Teilweise werden jedoch erst nach Feststellung der Verhinderung des Chefarztes sogenannte *konkrete Stellvertretungsabreden* getroffen.¹⁸⁴ Die Rechtsprechung unterwirft derartige Vereinbarungen besonders strengen Wirksamkeitsanforderungen.¹⁸⁵ Insbesondere muss hierfür dem Patienten die freie Wahl gelassen werden zwischen der Behandlung durch den Stellvertreter, dem Zuwarten auf den Chefarzt oder den allgemeinen Krankenhausleistungen.¹⁸⁶ Dementsprechend ist derzeit folgende konkrete Stellvertretungsabrede vorstellbar:

„[Name des Chefarztes] ist vom ... bis zum ... wegen [Verhinderungsgrund] an der wahlärztlichen Behandlung von [Name des Patienten] gebindert. Die am [Behandlungsdatum] vorgesehene Behandlung kann [Name des Chefarztes] daher nicht selbst durchführen. Für seine Behandlung im Zeitraum vom ... bis zum ... kann der Patient unter den nachfolgenden Optionen frei wählen:

- 1. Die Behandlung wird unter Beibehaltung des wahlärztlichen Liquidationsrechts des [Name des Chefarztes] durch dessen Stellvertreter [Name des Stellvertreters] erbracht.*
- 2. Im Bereich des Fachgebiets von [Name des Chefarztes] wird auf die wahlärztlichen Leistungen verzichtet; insoweit wird die Behandlung stattdessen ohne gesonderte Abrechnung und ohne Arztwahl im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistungen erbracht.*
- 3. Es wird auf die Behandlung durch [Name des Chefarztes] gewartet.“¹⁸⁷*

Die nachfolgende Untersuchung soll die Wirksamkeitsanforderungen für abstrakte und konkrete Stellvertretungsabreden, die durch die Rechtsprechung nach und nach aufgestellt wurden, nachzeichnen und vertiefen.

Mitunter werden Stellvertretungsabreden jedoch per se für unzulässig gehalten.¹⁸⁸ Augenscheinlich steht der gesonderten Abrechnung der ärztlichen Leistungen des Stellvertreters nämlich das Gebührenrecht entgegen: Nach § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ darf der Chefarzt Gebühren schließlich „nur für selbständige ärztliche Leistungen berechnen, die er selbst erbracht hat oder die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden“. Die Stellvertreterleistung erbringt der Chefarzt jedoch weder selbst, noch werden sie unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht. Dementsprechend soll kritisch überprüft werden, ob Stellvertretungsabreden überhaupt mit dem Gebührenrecht vereinbar sind.

¹⁸⁴ Siehe dazu HK-AKM/A. W. Bender, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 161; Dayal, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 72; Bergmann, MedR 2014, 894, 895.

¹⁸⁵ Vgl. nur BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.

¹⁸⁶ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.

¹⁸⁷ Vgl. BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (der Entscheidung des BGH lag eine entsprechende Stellvertretungsabrede zugrunde; mit der Besonderheit, dass ein Zuwarten auf den Chefarzt medizinisch nicht vertretbar war und deswegen keine Option darstellte); vgl. auch Clausen, CB 04/2017, 14.

¹⁸⁸ Miebach/Patt, NJW 2000, 3377, 3381.

A. Vereinbarkeit von Stellvertretung und Gebührenrecht

I. Unzulässige Abweichung vom Gebührenrecht

Zum Teil werden die Stellvertretungsabreden als unzulässige Abweichung vom zwingenden (Gebühren-) Recht qualifiziert.¹⁸⁹ Die Stellvertretungsabrede sichert nämlich dem Chefarzt eine wahlärztliche Vergütung für die Leistungen seines Stellvertreters – und das frei von jeder Mitwirkung und sogar im Kernbereich der Chefarztbehandlung.

Enthält die Stellvertretungsabrede – wie in der Praxis üblich – kein Mitwirkungserfordernis, treffen den Chefarzt nicht die strengen Beaufsichtigungs- und Überwachungspflichten des § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ.¹⁹⁰ Er muss den Stellvertreter weder instruieren noch jederzeit erreichbar sein, um bei Komplikationen persönlich einzuschreiten. Er kann vielmehr einen Urlaub wahrnehmen und gleichzeitig die Leistungen seines Stellvertreters persönlich liquidieren.¹⁹¹

Außerdem kann der Stellvertreter sogar im Kernbereich der Behandlung tätig werden, während die Delegation von vornherein auf den vertretbaren Teil begrenzt ist.¹⁹² Der Chefarzt wird durch seinen Stellvertreter vollständig ersetzt.¹⁹³ Und das, obwohl die Kernleistung eigentlich unvertretbar ist und damit durch den Chefarzt persönlich erbracht werden muss.

Die Stellvertretungsabrede tritt demzufolge in offenen Widerspruch zum ausgewogenen Schutzkonzept des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ, wonach die Leistungen nachgeordneter Mitarbeiter ohne eigenverantwortliche Mitwirkung des Chefarztes sowie im Kernbereich der Behandlung nicht gesondert abgerechnet werden dürfen.

Außerdem unterliegt augenscheinlich die Delegation von vertretbaren (Neben-) Leistungen wenig nachvollziehbar strengeren Anforderungen an die Mitwirkung des Chefarztes als die Stellvertretung im Kernbereich.

Letztlich wird das angemessene Verhältnis von gesonderter Vergütung und wahlärztlicher Leistung zumindest erheblich gemindert. Wenn beispielsweise der ohnehin diensthabende Arzt die Wahlbehandlung als Stellvertreter übernimmt, muss der Patient eine Leistung gesondert vergüten, die sich überhaupt nicht von den allgemeinen Krankenhausleistungen unterscheidet.¹⁹⁴ Deswegen werden Stell-

¹⁸⁹ *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3381, denen zufolge sich aus der Möglichkeit, nach § 2 Abs. 1 S. 1 GOÄ eine abweichende Gebührenhöhe zu vereinbaren, ergebe, dass die Vorgaben der GOÄ im Übrigen zwingend seien.

¹⁹⁰ *Bundesärztekammer/Kassenärztliche Bundesvereinigung*, Bekanntmachung vom 29.8.2008, DÄBl. 2008, A2173, A2174.

¹⁹¹ Vgl. zur Delegation *Bäume*, MedR 2014, 76, 80; *Uleer/Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 58.

¹⁹² BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987; *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 70.

¹⁹³ *Spickhoff/Starzger*, § 17 KHEntgG Rn. 15 („Wahlarzt [...] gänzlich ausgetauscht“); *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 70 („Der Vertreter tritt [...] an die Stelle des Wahlarztes“).

¹⁹⁴ Vgl. *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3381.

vertretungsabreden in der Literatur als „Entwertung der wahlärztlichen Leistung“ oder als „Aufweichung der Wahlleistungsvereinbarung“ kritisiert.¹⁹⁵

II. Gebührenrechtliche Zulässigkeit der Stellvertretung

Trotz ihrer erheblichen Reichweite hält die überwiegende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung Stellvertretungsabreden nicht per se für unzulässig.¹⁹⁶ Die Stellvertretung sei vielmehr in den gebührenrechtlichen Bestimmungen selbst verankert.¹⁹⁷ Nachfolgend soll nunmehr überprüft werden, ob die vertragsrechtliche Stellvertretung dem Gebührenrecht nicht stattdessen völlig fremd ist.

1. Wortlaut der §§ 2 III 2, 4 II 3 und 5 V GOÄ

In erster Linie stützt man die Zulässigkeit der Stellvertretungsabreden auf einen – eher fragwürdigen – Umkehrschluss aus diversen gebührenrechtlichen Vorschriften.

Für den BGH „ergibt der Umkehrschluss aus §§ 2 III 2, 4 II 3 und 5 V GOÄ, dass der Wahlarzt unter Berücksichtigung der darin bestimmten Beschränkungen des Gebührenanspruchs Honorar auch für Leistungen verlangen kann, deren Erbringung er nach Maßgabe des allgemeinen Vertragsrechts wirksam einem Vertreter übertragen hat“.¹⁹⁸ Weitere Ausführungen des BGH zu diesem Umkehrschluss fehlen.

Augenscheinlich geht es darum, dass bestimmte Vorschriften nahelegen, dass Gebühren für die Leistungen nachgeordneter Mitarbeiter abgerechnet werden können: Zum Beispiel lässt § 2 Abs. 3 S. 2 GOÄ eine Vereinbarung über die Gebührenhöhe „nur für vom Wahlarzt höchstpersönlich erbrachte Leistungen“ zu. Daraus folgt *e contrario*, dass im Übrigen eine Abrechnung auch für die Leistungen nachgeordneter Mitarbeiter grundsätzlich möglich ist. Gleiches gilt für § 5 Abs. 5 GOÄ, der eine Gebührenminderung ausschließlich für solche Leistungen anordnet, die „weder von dem Wahlarzt noch von dessen [...] ständigen ärztlichen Vertreter persönlich erbracht werden“.

Allerdings könnten damit auch schlicht die *delegierten* Leistungen angesprochen sein, die unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ – wohlge- merkt nur ausnahmsweise – als wahlärztliche Leistung abgerechnet werden dürfen.¹⁹⁹ Nicht zwangsläufig muss damit auch die vertragsrechtliche Stellvertretung zulässig sein.

Daran ändert auch die begriffliche Annäherung an die Stellvertretung nichts: Zwar führt das Gebührenrecht selbst in § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ und § 5 Abs. 5

¹⁹⁵ Miebach/Patt, NJW 2000, 3377, 3381; Stauffer, DÄBl. 2018, 2, 4.

¹⁹⁶ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987; zustimmend LG Heidelberg, 21.12.2012, 3 S 16/12, NJOZ 2013, 686, 687.

¹⁹⁷ Vgl. BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.

¹⁹⁸ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.

¹⁹⁹ Mit Recht kritisch Daya, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 77.

GOÄ den Begriff des ständigen ärztlichen *Vertreters* ein.²⁰⁰ Damit könnte sich das Gebührenrecht jedoch auch schlicht auf die Delegation beziehen und weniger auf die vertragsrechtliche Stellvertretung. Das legt schon der systematische Zusammenhang zwischen § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ und § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ nahe.²⁰¹ Der Begriff des ständigen ärztlichen *Vertreters* könnte demzufolge auch bloß eine sprachliche Ungenauigkeit darstellen.²⁰²

Der Wortlaut der §§ 2 III 2, 4 II 3 und 5 V GOÄ zwingt jedenfalls nicht zu der Annahme, die vertragsrechtliche Stellvertretung sei gebührenrechtlich zulässig. Umgekehrt steht er der Stellvertretung aber auch nicht entgegen.

2. Systematik

Auch das systematische Zusammenspiel von Vertrags- und Gebührenrecht vermag die Zulässigkeit der Stellvertretung nicht (vollständig) zu stützen.

Selbst wenn man die Substitution auch im unvertretbaren Kernbereich der Chefarztbehandlung zulässt, könnte man gleichwohl die strengen Mitwirkungserfordernisse des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ auch insoweit zur Abrechnungsvoraussetzung erklären. Wie schon bei der Delegation müsste man dann differenzieren zwischen der Leistungspflicht des Chefarztes (die nunmehr eine freie Substitution auch im Kernbereich der Behandlung zuließe) und der Gegenleistungspflicht des Patienten (die angesichts des Verstoßes gegen § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ nicht bestünde). Dafür spricht neben dem Wortlaut, der nicht zwischen Delegation und Stellvertretung unterscheidet, zunächst auch die Aussage des Ordnungsgebers, wonach gegenüber § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ nur „*engere* Grenzen aufgrund vertraglicher Vereinbarung [...] unberührt“ bleiben sollen.²⁰³

Abgesehen von den Mitwirkungserfordernissen weicht die Stellvertretungsabrede jedoch bei genauerer systematischer Betrachtung gar nicht von gebührenrechtlichen Vorgaben ab: Dass der Chefarzt die Kernleistung grundsätzlich persönlich erbringen muss, ergibt sich nämlich nicht erst aus dem Gebührenrecht. Vielmehr folgt der Grundsatz persönlicher Leistung bereits aus der vertraglichen Vereinbarung bzw. dem zugrundeliegenden besonderen persönlichen Vertrauen. Hiervon, und nicht von § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ weicht die Stellvertretungsabrede ab, soweit sie die Behandlung im Kernbereich ermöglicht. Dieses systematische Verständnis teilt augenscheinlich auch der BGH, demzufolge der Chefarzt sich durch die Stellvertretungsabrede „von seiner Pflicht zur persönlichen Leistung befreien und deren Ausführung einem Stellvertreter übertragen“ kann.²⁰⁴

²⁰⁰ In diese Richtung etwa *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer*, MedR 2000, 107, 110; *Bender*, MedR 2008, 336, 338.

²⁰¹ Siehe hierzu schon S. 43.

²⁰² Vgl. insoweit auch *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 77.

²⁰³ Vgl. *Bundesregierung*, Amtliche Begründung zur vierten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), 17.3.1994, BR-Drs. 211/94, 95.

²⁰⁴ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 988.

3. Genesis

Dass die Stellvertretung von den strengen Mitwirkungserfordernissen des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ gänzlich unabhängig ist, beweist erst die genetische Auslegung.

Die Zulässigkeit der Stellvertretung ohne jede Mitwirkung des Chefarztes entspricht nämlich dem Willen des Verordnungsgebers. In der Verordnungsbegründung heißt es hierzu sehr deutlich: „[D]ie Vertretung des Chefarztes durch einen bestellten ärztlichen Vertreter bleibt“ von § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ „unberührt“.²⁰⁵

Im Übrigen scheint dieses Verständnis auch der Bundesrat zu teilen, soweit er in seinem Beschluss ausführt, dass „eine weitergehende Vertretung [...] in den Grenzen des Vertragsrechts zulässig“ ist.²⁰⁶ Damit wird außerdem bereits deutlich, dass die Stellvertretung keineswegs in jedem Fall zulässig ist („in den Grenzen des Vertragsrechts“). Auf die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Stellvertretungsabreden wird die Untersuchung indes an anderer Stelle näher eingehen.²⁰⁷

Dass die Mitwirkungserfordernisse des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ für die Stellvertretungsabreden nach dem Willen des Verordnungsgebers keine Geltung haben, führt auch dazu, dass insoweit nicht zwischen der Leistungspflicht des Chefarztes und der Gegenleistungspflicht des Patienten unterschieden werden muss. Der Chefarzt muss die Behandlung grundsätzlich persönlich erbringen, es sei denn, die Voraussetzungen einer wirksamen Stellvertretungsabrede liegen vor. Und umgekehrt ist der Patient nur zur wahlärztlichen Vergütung verpflichtet, wenn der Chefarzt die Behandlung persönlich erbracht hat oder die Voraussetzungen einer wirksamen Stellvertretungsabrede vorliegen. Leistung und Gegenleistung sind im Hinblick auf die Stellvertretung also deckungsgleich. Besondere Abrechnungsvoraussetzungen bestehen an dieser Stelle nicht.

4. Sinn und Zweck

Auch Sinn und Zweck des Mitwirkungserfordernisses des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ erfordern nicht die generelle Unzulässigkeit der Stellvertretung.

Die eigenverantwortliche Mitwirkung des Chefarztes soll nämlich das angemessene Verhältnis von wahlärztlicher Leistung und gesonderter Vergütung wahren.²⁰⁸ Es sind aber bei der Chefarztbehandlung Konstellationen vorstellbar, in denen allein durch die Stellvertretung überhaupt noch eine Optimierung der Be-

²⁰⁵ Bundesregierung, Amtliche Begründung zum Entwurf zur dritten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) vom 10.3.1988, BR-Drs. 118/88, 49.

²⁰⁶ Bundesrat, Beschluss vom 3.11.1995, BR-Drs. 688/95, 6; Mit Recht kritisch *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 77, der zufolge der Bundesrat sprachlich ungenau über die verantwortliche Delegation spricht.

²⁰⁷ Siehe ausführlich S. 54 ff.

²⁰⁸ Vgl. Bundesregierung, Amtliche Begründung zur vierten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), 17.3.1994, BR-Drs. 211/94, 94.

handlung gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen erreicht werden kann.²⁰⁹ Denn ist der Chefarzt im Laufe der Behandlung krankheitsbedingt außer Stande den Behandlungserfolg zu bewirken, müsste sich der Patient andernfalls mit dem diensthabenden Arzt begnügen. Eine optimierte Behandlung würde der Patient dann in keinem Fall erreichen.

Die Behandlung durch den ohnehin diensthabenden Arzt lässt sich demgegenüber nicht mehr von den allgemeinen Krankenhausleistungen unterscheiden. Der Aufweichung der persönlichen Chefarztbehandlung lässt sich dann allerdings auch mit strengen vertrags- und insbesondere AGB-rechtlichen Wirksamkeitsanforderungen an den Anlass der Stellvertretung und an die Person des Stellvertreters begegnen. Dabei können auch die krankheits- und situationsbedingt unterlegene Stellung des Patienten und die daraus resultierende Schutzbedürftigkeit berücksichtigt werden.²¹⁰ Auf die Einzelheiten wird die nachfolgende Untersuchung der Wirksamkeitsvoraussetzungen eingehen.²¹¹

5. Zwischenergebnis

Obwohl die Stellvertretungsabreden zur Folge haben, dass auch ohne jede Mitwirkung und sogar im Kernbereich der Behandlung ein Stellvertreter eingesetzt werden darf, sind sie nicht per se unzulässig. Zwar weichen sie damit augenscheinlich von § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ ab, wonach der Chefarzt an der Behandlung wenigstens eigenverantwortlich mitwirken muss. Allerdings steht das Gebührenrecht unter teleologischen Aspekten den Stellvertretungsabreden nicht entgegen: Ohne die Stellvertretung ist eine Verbesserung der Behandlung ausgeschlossen, wenn der Chefarzt verhindert ist. Vor allem aber entspricht die Stellvertretung dem Willen des Verordnungsgebers.

B. Vertretungsunfähigkeit von Behandlungsteilen

Analog zur Debatte um die Delegationsunfähigkeit der Kernleistungen der Wahlbehandlung stellt sich auch bei der Substitution durch Stellvertretung die Frage, ob einzelne Behandlungsteile der Stellvertretung entzogen sind.

Allerdings bringt der Patient mit der Stellvertretungsabrede zum Ausdruck, dass für ihn auch die Behandlung durch den Stellvertreter genügt. Daher kann auch der eigentlich unvertretbare Leistungskern vom Stellvertreter übernommen

²⁰⁹ Das Patienteninteresse an der Stellvertretung betont etwa auch *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 79.

²¹⁰ Vgl. *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3381, die auch hierauf die Unzulässigkeit der Stellvertretungsabreden stützen.

²¹¹ Siehe ausführlich S. 54 ff.

und gleichwohl als wahlärztliche Leistung gesondert in Rechnung gestellt werden.²¹²

Darüber hinaus kann auf der Grundlage der Stellvertretungsabrede auch jede Nebenleistung vom Stellvertreter durchgeführt und gesondert berechnet werden. Wenn der Stellvertreter ohne Mitwirkung des Chefarztes sogar die Kernleistung erbringen darf, müssen sich seine Befugnisse erst recht (*a maiore ad minus*) auch auf die bloße Nebenleistung beziehen.

C. Wirksamkeitsvoraussetzungen

Die Rechtsprechung hat wiederholt besonders weitreichende Stellvertretungsabreden für unwirksam gehalten und restriktive anlassbezogene oder personelle Anforderungen an die Stellvertretung postuliert.²¹³ Diese sollen im Folgenden nachgezeichnet werden.

I. Abstrakte Stellvertretungsabrede

Die abstrakten Stellvertretungsabreden, bei denen schon in der Wahlleistungsvereinbarung die Stellvertretung (gegebenenfalls unter gewissen Vertretungsvoraussetzungen) zugelassen wird, unterliegen vor allem den Wirksamkeitsanforderungen der §§ 305 ff. BGB. Denkbar ist zwar auch eine individuelle Vereinbarung von Substitutionsbefugnissen, sie ist jedoch praxisfremd, weil im Krankenhaus in aller Regel vorformulierte Muster-Wahlleistungsvereinbarungen verwendet werden.²¹⁴ Bei abstrakten Stellvertretungsabreden handelt es sich daher praktisch ausschließlich um Allgemeine Geschäftsbedingungen.²¹⁵

1. Unzumutbarer Vorbehalt der Leistungsänderung (§ 308 Nr. 4 BGB)

Gemäß § 308 Nr. 4 BGB sind formularvertragliche Vereinbarungen unwirksam, die dem Verwender das Recht einräumen, „die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist“. Dahinter steht die Überlegung, den Vertragspartner davor zu bewahren, die volle Gegenleistung auch dann erbringen zu müssen, wenn der Verwender lediglich eine qualitativ oder quantitativ verminderte Leis-

²¹² LG Heidelberg, 21.12.2012, 3 S 16/12, NJOZ 2013, 686, 687; HK-AKM/A. W. Bender, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 156 („Aus Sicht des Gebührenrechts nimmt der im Vertrag mit dem Privatpatienten vereinbarte Vertreter die Stelle des Wahlarztes ein“).

²¹³ Vgl. BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 988; OLG Karlsruhe, 20.2.1987, 15 U 150/86, NJW 1987, 1489; OLG Düsseldorf, 16.2.1995, 8 U 33/94, NJW 1995, 2421; OLG Hamm, 4.5.1995, 3 U 198/93, NJW 1995, 794; LG Fulda, 11.6.1987, 2 O 131/86, NJW 1988, 1519.

²¹⁴ Kubla, NJW 2000, 841, 844.

²¹⁵ HK-AKM/A. W. Bender, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 171; Kubla, NJW 2000, 841, 844.

tung erbringt.²¹⁶ Von diesem Normzweck wird auch die abstrakte Stellvertretungsabrede erfasst. Schließlich verschafft sie dem Chefarzt das Recht, nachträglich die Behandlung nicht persönlich durchzuführen, sondern seinem Stellvertreter zu überlassen (wohlgemerkt bei wahlärztlicher Vergütung). Wird die Stellvertretung dann nicht an besondere Voraussetzungen (wie den Verhinderungsfall) geknüpft, sondern in das Belieben des Chefarztes gestellt, wird die Wahlleistungsvereinbarung konterkariert. Zumindest aber wird das angemessene Verhältnis von gesonderter Vergütung und wahlärztlicher Leistung erheblich gemindert.²¹⁷

a. Stellvertretungsabrede als Änderungsvorbehalt

Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob die Stellvertretungsabrede überhaupt einen Änderungsvorbehalt i.S.d. § 308 Nr. 4 BGB begründet. Einen solchen Änderungsvorbehalt stellen Bestimmungen dar, mit denen sich der Klauselverwender das Recht einräumt, etwas zu verändern, was zum Inhalt des Vertrages geworden ist.²¹⁸ Einerseits ermöglicht die Stellvertretungsabrede dem Chefarzt gegebenenfalls eine Entscheidung über die Person des Stellvertreters, zumindest aber über dessen Einsatz an sich.²¹⁹ Der Chefarzt kann also nach Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung über die Person des Leistenden bestimmen. Schon deshalb hält die überwiegende Meinung § 308 Nr. 4 BGB für anwendbar.²²⁰

Andererseits wirkt die Entscheidung des Chefarztes selbst nicht (zumindest nicht unmittelbar) leistungsmodifizierend. Stattdessen verändert die Stellvertretungsabrede schon durch ihre bloße Vereinbarung die persönliche Hauptleistungspflicht.²²¹ Durch die Stellvertretungsabrede wird die Behandlung des Stellvertreters auch im Kernbereich und frei von jeder Mitwirkung des Chefarztes von Anfang an als wahlärztliche Leistung definiert. Die leistungsmodifizierende Wirkung der Stellvertretungsabrede (Ausnahme vom Grundsatz persönlicher Leistungserbringung) tritt folglich unabhängig von einer Entscheidung des Chefarztes ein.²²² Allerdings ist ein voluntatives Element auch gar nicht Voraussetzung des Änderungsvorbehalts.²²³ Es wäre eine bloße Förmelerei, wenn man den Anwen-

²¹⁶ *Kubis*, NJW 1989, 1512, 1515.

²¹⁷ Zur Aufweichung der persönlichen Leistungserbringung siehe S. 49 f.

²¹⁸ Staudinger/*Coester-Waltjen*, § 308 Nr. 4 BGB Rn. 5.

²¹⁹ Dayal, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 149, der zufolge „die Vorschrift nur auf solche Vertreterregelungen anwendbar [wäre], welche dem Wahlarzt die Auswahl des Vertreters überlassen“.

²²⁰ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 988; *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3382; *Bender*, MedR 2008, 336, 340; *Spickhoff/Seibl*, NZS 2008, 57, 62; Staudinger/*Coester-Waltjen*, § 308 Nr. 4 BGB Rn. 5; *Kubis*, NJW 1989, 1512, 1515; *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 130.

²²¹ *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 131.

²²² Vgl. *Kubla*, NJW 2000, 841, 845 („das voluntative Element fehlt“); LG Hamburg, 2.11.2004, 332 O 305/04, Arztl 2005, 268, 269.

²²³ *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3383; Graf v. Westphalen/*Thüsing*, Änderungsvorbehalt Rn. 8; *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 131.

dungsbereich von § 308 Nr. 4 BGB auf Gestaltungsrechte des Klauselverwenders beschränken würde. Im Übrigen kommt es ohnehin nur wegen der Substitutionsentscheidung des Chefarztes zu einer Äquivalenzstörung, weil allein dadurch der Patient für die Leistung eines Stellvertreters ein gesondertes Wahlleistungsentgelt bezahlen muss.

b. Unzumutbarkeit der Stellvertretungsabrede

Als Änderungsvorbehalt ist die Stellvertretungsabrede gemäß § 308 Nr. 4 BGB nur dann unwirksam, „wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist“. Für die überwiegende Auffassung sind Stellvertretungsabreden nicht per se unzumutbar.²²⁴ Aus der Zumutbarkeitsgrenze folgen lediglich gewisse Anforderungen an den Anlass der Stellvertretung und die Person des Stellvertreters.

aa. Personelle Beschränkung auf ständigen ärztlichen Vertreter

Über die (Un-) Zumutbarkeit von Stellvertretungsabreden entscheiden die widerstreitenden Interessen des Patienten und des Chefarztes. Änderungsvorbehalte werden gemeinhin für zumutbar gehalten, wenn sie zum Schutz der Interessen des Verwenders oder zur Besserstellung des Vertragspartners unvermeidlich sind.²²⁵ Kann der Chefarzt die Behandlung nicht persönlich erbringen, ist er dennoch daran interessiert, sich die wahlärztliche Vergütung dadurch zu verdienen, dass er die Behandlung einem geeigneten Stellvertreter überträgt (positives Vergütungsinteresse). Zumal gerade die kurzfristige Verhinderung des Chefarztes einer Verschiebung der Behandlung in aller Regel entgegensteht.

In der Literatur wird mitunter angenommen, die Interessen des Chefarztes seien überhaupt nicht zu berücksichtigen, schließlich beruhe die Verhinderung vielfach auf einer bewussten Entscheidung des Chefarztes (zum Beispiel bei Terminkollision) und sei damit nicht unvermeidbar.²²⁶ Allerdings kann die Verhinderung auch auf anderen Umständen beruhen (zum Beispiel auf der Erkrankung des Chefarztes).²²⁷

Dem Vergütungsinteresse des Chefarztes steht scheinbar unversöhnlich die Vorstellung des Patienten gegenüber, allein für die persönliche Chefarztbehandlung eine gesonderte Vergütung leisten zu müssen (negatives Vergütungsinteresse). Einer vergleichsweise restriktiven Auffassung im Schrifttum zufolge sollen

²²⁴ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 988.

²²⁵ Vgl. zum „Grundsatz der Erforderlichkeit“ BeckOGK/Weiler, § 308 Nr. 4 BGB Rn. 91; MünchKommBGB/Wurmnest, § 308 Nr. 4 BGB Rn. 8.

²²⁶ Dayal, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 154; Allgemein hierzu Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGB-Recht, § 308 Nr. 4 BGB Rn. 9.

²²⁷ Halbe, DÄBl. 2017, A1332, A1333.

Stellvertretungen deshalb per se unzumutbar i.S.d. § 308 Nr. 4 BGB sein.²²⁸ Die Stellvertretungsabrede erhalte die volle Gegenleistung trotz Nichtleistung des Chefarztes aufrecht, sodass der Vertragszweck ausgehöhlt werde.²²⁹ Das ist jedoch – zumindest in dieser Absolutheit²³⁰ – unzutreffend: Ist der Chefarzt nämlich verhindert, kann der Patient durchaus an der Behandlung durch den Stellvertreter interessiert sein. Schließlich verfolgt er mit der Wahlleistungsvereinbarung eine gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen optimierte ärztliche Behandlung.²³¹ Ohne die Stellvertretungsabrede müsste der Patient jedoch durch den diensthabenden Arzt behandelt werden. Eine Optimierung der Behandlung ist dann ausgeschlossen (Optimierungsinteresse).

Unter Berücksichtigung des Optimierungsinteresses des Patienten ist eine Stellvertretungsabrede nach der überwiegenden Auffassung in Schrifttum und Rechtsprechung dann zumutbar, wenn sie auf den Einsatz des ständigen ärztlichen Vertreters beschränkt ist.²³² Der BGH betont, dass der ständige ärztliche Vertreter „in gebührenrechtlicher Hinsicht dem Wahlarzt angenähert ist, weil er nach Dienststellung und medizinischer Kompetenz kontinuierlich in engem fachlichen Kontakt mit dem liquidationsberechtigten Krankenhausarzt steht und deshalb davon ausgegangen werden kann, dass er jederzeit voll in die Behandlungsgestaltung des Wahlarztes eingebunden ist“.²³³ Die enge Zusammenarbeit zwischen Chefarzt und ständigem ärztlichen Vertreter garantiert für einen permanenten Informationsaustausch über alle wesentlichen Aspekte der Behandlung.²³⁴ Der Einsatz des ständigen ärztlichen Vertreters optimiert die wahlärztliche Behandlung gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen und liegt deshalb im Interesse des Patienten. Allerdings muss der ständige ärztliche Vertreter in der Wahlleistungsvereinbarung namentlich benannt werden: Für den BGH stellt es eine allgemeine Wertung dar, dass in § 5 Abs. 5 GOÄ der ständige ärztliche Vertreter dem Chefarzt nur dann gleichgestellt wird, wenn er in der Wahlleistungsvereinbarung benannt wird; diese Wertung sei auch für § 308 Nr. 4 BGB bedeutsam.²³⁵

²²⁸ *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3383 („gleich für welchen Vertretungsfall und unabhängig von ihrer Gestalt bzw. konkreten Fassung [...] für den Patienten [...] unzumutbar“); *Kubis*, NJW 1989, 1512, 1515 („In jedem Fall überschreitet [...] [der Änderungsvorbehalt] die Zumutbarkeitsgrenze“); *Kalis*, VersR 2002, 23, 26.

²²⁹ *Kubis*, NJW 1989, 1512, 1515; *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3383 („Abrechnung von Leistungen trotz Nichtleistung“).

²³⁰ Siehe auch *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 131 („zu pauschal“).

²³¹ OLG Düsseldorf, 16.2.1995, 8 U 33/94, NJW 1995, 2421; *Uleer/Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 54 und 59; *Schulte/Eberg*, MedR 2003, 388, 389.

²³² BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 988; HK-AKM/A. W. *Bender*, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 177 ff.; *Bender*, MedR 2008, 336, 340; *Staudinger/Coester-Waltjen*, § 308 Nr. 4 BGB Rn. 5; *Spickhoff/Seibl*, NZS 2008, 57, 62.

²³³ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 988.

²³⁴ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 988; *Lang/Schäfer/Stiel/Vogt*, 1996, § 4 GOÄ Rn. 23.

²³⁵ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 988.

In keinem Fall darf eine Stellvertretungsabrede dazu führen, dass der Patient eine gesonderte Wahlleistungsvergütung für den Einsatz des ohnehin diensthabenden Arztes leisten muss. Verspricht die Wahlleistungsvereinbarung dem Patienten die Behandlung „durch den Chefarzt oder seinen Stellvertreter“, könnte der ohnehin diensthabende Arzt frei von jeder Mitwirkung des Chefarztes den Patienten behandeln. Die Behandlung unterscheidet sich dann nicht mehr von den allgemeinen Krankenhausleistungen, sodass die Stellvertretungsabrede die Zumutbarkeitsgrenze des § 308 Nr. 4 BGB überschreitet. In der Literatur wird dieser Fall als „wahlleistungsunverträgliche Regelleistung“ bezeichnet.²³⁶

In der Praxis wird vielen abstrakten Stellvertretungsabreden eine Liste mit mehreren ständigen ärztlichen Vertretern beigelegt. Das birgt die Gefahr, dass der Chefarzt frei entscheiden kann, welchen der aufgelisteten Ärzte er dem Patienten zuweist.²³⁷ Die wahlärztliche Leistung nähert sich dann den allgemeinen Krankenhausleistungen an. Im Übrigen stellt eine Vielzahl ständiger ärztlicher Vertreter auch die Hypothese der herausgehobenen Dienststellung und des kontinuierlichen fachlichen Austausches mit dem Chefarzt in Frage. Je mehr ständige ärztliche Vertreter zur Wahl stehen, desto weniger ist die Kontinuität der Behandlung sichergestellt.²³⁸ Deshalb wird überwiegend angenommen, dass die Stellvertretungsabrede nur *einen* einzigen ständigen ärztlichen Vertreter benennen darf.²³⁹ Gleichwohl können Chefarzte der unterschiedlichen Fachgebiete jeweils einen eigenen ständigen ärztlichen Vertreter haben.²⁴⁰

bb. Anlassbezogene Beschränkung auf unvorhersehbare Verhinderung

Zwar kann davon ausgegangen werden, dass die Behandlung durch den ständigen ärztlichen Vertreter gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen eine optimierte ärztliche Versorgung darstellt.²⁴¹ Dieses Optimierungsinteresse des Patienten besteht indes nur sekundär. Vordergründig geht es dem Patienten um die besondere Erfahrung und Sachkunde des Chefarztes selbst. Nur, wenn der Chefarzt die Behandlung nicht persönlich durchführen kann, ist der Patient an der

²³⁶ So zumindest noch HK-AKM/A. W. Bender, 71. Update 2017, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 135, der in der aktuellen Auflage von „einer Wahlleistungsvereinbarung unzugängliche[n] Regelleistung[en]“ spricht.

²³⁷ LG Heidelberg, 21.12.2012, 3 S 16/12, NJOZ 2013, 686, 688.

²³⁸ Bach/Moser/Göbel, 5. Aufl. 2015, Anhang zu § 1 MB/KK Rn. 288.

²³⁹ LG Heidelberg, 21.12.2012, 3 S 16/12, NJOZ 2013, 686, 688; Clausen in: Terbille/Clausen/Schröder-Printzen, 2. Aufl. 2013, § 7 Rn. 111; Bach/Moser/Göbel, 5. Aufl. 2015, Anhang zu § 1 MB/KK Rn. 288; Miebach/Patt, NJW 2000, 3377, 3380; in dieser Richtung auch BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 988, der stets im Singular über den ständigen ärztlichen Vertreter spricht; a.A. Biermann/Ulsenheimer/Weißauer, MedR 2000, 107, 111, denen zufolge dies „der rasch fortschreitenden Spezialisierung und Subspezialisierung, der auch innerhalb der Fachabteilungen Rechnung zu tragen ist, strikt zuwiderläuft“.

²⁴⁰ LG Heidelberg, 21.12.2012, 3 S 16/12, NJOZ 2013, 686, 688; Clausen in: Terbille/Clausen/Schröder-Printzen, 2. Aufl. 2013, § 7 Rn. 111.

²⁴¹ Vgl. dazu S. 39 ff.

Behandlung durch dessen Stellvertreter interessiert. Die Stellvertretungsabrede muss deshalb zwingend an die Verhinderung des Chefarztes geknüpft werden.

Aber auch bei Verhinderung des Chefarztes kann die Stellvertretung für den Patienten unzumutbar sein. Reicht jeder Verhinderungsfall für die Stellvertretungsabrede aus, erfasst sie auch Konstellationen, in denen der Chefarzt von vornherein verhindert ist.²⁴² Wenn aber bereits bei Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung feststeht, dass der Chefarzt die Behandlung nicht persönlich durchführen kann, wird die Stellvertretung von der Ausnahme zur Regel.²⁴³ Der primäre Zweck der Wahlleistungsvereinbarung wird zwangsläufig verfehlt, wenn die Stellvertretungsabrede auch den vorhersehbaren Verhinderungsfall einschließt. In seiner Grundsatzentscheidung zu den Stellvertretungsabreden aus dem Jahr 2007 führt der BGH aus: „Die von dem Patienten mit dem Abschluss einer solchen Vereinbarung bezweckte Sicherung der besonderen Erfahrung und der herausgehobenen Sachkunde des Wahlarztes für die Heilbehandlung ist bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv unmöglich.“²⁴⁴ Die abstrakte Stellvertretungsabrede ist also nur dann zumutbar, wenn sie auf den unvorhersehbaren Verhinderungsfall beschränkt ist. Nur der kurzfristige Ausfall des Chefarztes lässt ausnahmsweise die Fortführung der Behandlung durch den ständigen ärztlichen Vertreter zu.²⁴⁵

cc. Zwischenergebnis

Eine abstrakte Stellvertretungsabrede, deren Anwendungsbereich sich nicht auf den Einsatz des ständigen ärztlichen Vertreters und die unvorhersehbare Verhinderung des Chefarztes beschränkt, ist gemäß § 308 Nr. 4 BGB als unzumutbarer Vorbehalt der Leistungsänderung unwirksam.

2. Unangemessene Benachteiligung (§ 307 BGB)

Stellvertretungsabreden sind auch im Hinblick auf § 307 BGB nicht unproblematisch. Danach sind formularvertragliche Bestimmungen unwirksam, die den Vertragspartner unangemessen benachteiligen. Das gilt im Zweifel für eine Bestimmung, die „mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist“ (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder die „wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben,

²⁴² BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 987 f.; OLG Stuttgart, 17.1.2002, 2 U 147/01, NJOZ 2002, 2781, 2782; OLG Braunschweig, 25.9.2013, 1 U 24/12, BeckRS 2014, 01104; OLG Hamm, 4.5.1994, 3 U 198/93, NJW 1995, 794; LG Bonn, 4.2.2004, 5 S 207/03, BeckRS 2015, 07275; Bergmann/Pauge/Steinmeyer/Alberts/Ihle, § 17 KHEntgG Rn. 15.

²⁴³ OLG Hamm, 4.5.1994, 3 U 198/93, NJW 1995, 794.

²⁴⁴ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 988.

²⁴⁵ Vgl. Bender, MedR 2008, 336, 341.

so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist“ (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

a. Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung

Vereinzelt wird im Schrifttum vorgebracht, die Stellvertretungsabrede weiche von dem Grundprinzip der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung ab und sei deshalb gemäß § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unwirksam.²⁴⁶ Es stelle einen wesentlichen Grundgedanken der §§ 326, 275 BGB dar, dass ohne Leistung auch keine Gegenleistung zu erfolgen braucht. Hiervon weiche die Stellvertretungsabrede ab, weil sie die wahlärztlichen Vergütungsansprüche des Chefarztes aufrechterhalte, obwohl eine wahlärztliche Leistung nicht erbracht wird.

Allerdings erfolgt Argumentation insoweit zirkulär, als sie voraussetzt, dass die Behandlung durch den Stellvertreter keine wahlärztliche Leistung darstellt. Nur dann weicht die Stellvertretungsabrede von der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung ab. Jedoch hat die wirksame Stellvertretungsabrede gerade zur Folge, dass es sich auch jenseits der Mitwirkung des Chefarztes um eine wahlärztliche Leistung handelt.²⁴⁷ Die gesonderte Vergütung erfolgt also gerade nicht zwangsläufig frei von jeder Leistung.

b. Grundsatz persönlicher Leistungserbringung (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB)

Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur wird mitunter angenommen, die Einschränkung der persönlichen Leistungspflicht durch die Stellvertretungsabrede gefährde die Erreichung des Vertragszwecks.²⁴⁸ Das ist insoweit zutreffend, wie der Patient mit der Wahlleistungsvereinbarung die besondere Erfahrung und Sachkunde des Chefarztes hinzuzukaufen versucht. Dieser Zweck wird durch die Stellvertretung verfehlt.

Vordergründig geht es dem Patienten bei der Wahlleistungsvereinbarung indes um eine gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen optimierte ärztliche Behandlung. Dieser Zweck kann unter Umständen auch – im Falle der Verhinderung des Chefarztes sogar ausschließlich – durch eine Stellvertreterbehandlung gewahrt werden. Insoweit lassen sich dieselben Maßstäbe wie bei § 308 Nr. 4 BGB anlegen.²⁴⁹ Beschränkt sich die Stellvertretungsabrede auf den Einsatz des ständigen ärztlichen Vertreters und den unvorhersehbaren Verhinderungsfall, unterscheidet sich die Behandlung deutlich von den allgemeinen Krankenhausleis-

²⁴⁶ *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3384.

²⁴⁷ Siehe dazu S. 49.

²⁴⁸ LG Heidelberg, 21.12.2012, 3 S 16/12, NJOZ 2013, 686, 688; *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3384; Zum Teil wird auch auf den gesetzlichen Grundgedanken des § 613 S. 1 BGB hingewiesen, vgl. *Kubla*, NJW 2000, 841, 845.

²⁴⁹ Vgl. *Kubla*, NJW 2000, 841, 845; vgl. auch BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, der an mehreren Stellen im Rahmen von § 308 Nr. 4 BGB auf die „Berücksichtigung von § 307 II BGB“ hinweist.

tungen und weicht damit nicht vom gesetzlichen Leitbild ab, sondern orientiert sich im Gegenteil an diesem.²⁵⁰ Umgekehrt ist eine Stellvertretungsabrede nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB unwirksam, wenn sie anlasslos den Einsatz eines beliebigen Stellvertreters ermöglicht. Auf § 308 Nr. 4 BGB kommt es demzufolge nicht an.

c. Zwischenergebnis

Stellvertretungsabreden schränken mit der persönlichen Leistungspflicht wesentliche Rechte des Patienten ein, die sich aus der Natur der Wahlleistungsvereinbarung ergeben. Der Zweck der Wahlleistungsvereinbarung, die stationäre Behandlung gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen zu optimieren, gefährdet die Stellvertretungsabrede aber nur, soweit sie nicht auf den unvorhersehbaren Verhinderungsfall und den Einsatz des ständigen ärztlichen Vertreters beschränkt wird. In dem Fall setzt der Chefarzt einseitig sein Vergütungsinteresse auf Kosten des Patienten durch, ohne dessen Interessen hinreichend zu berücksichtigen, so dass die Stellvertretungsabrede gemäß § 307 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB unwirksam ist.

3. Überraschende Klausel (§ 305c Abs. 1 BGB)

Grundsätzlich erlaubt die Privatautonomie dem Patienten, auch die Leistung des Stellvertreters als wahlärztliche Leistung anzuerkennen.²⁵¹ Enthält die Wahlleistungsvereinbarung jedoch lediglich eine bereits vorformulierte Stellvertretungsabrede, ist das Einverständnis des Patienten vielfach eine bloße Fiktion. Weil allgemeine Geschäftsbedingungen häufig ungeprüft hingenommen werden, schränkt § 305c Abs. 1 BGB das globale Einverständnis zumindest im Hinblick auf objektiv ungewöhnliche und subjektiv überraschende Klauseln ein.²⁵² Gemäß § 305c BGB werden Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil, „die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht“. Trotz der großen Vielfalt an (inhaltlichen wie äußerlichen) Gestaltungen von Stellvertretungsabreden sollen im Folgenden einige Grundsätze aufgestellt werden.

a. Verwendungsüblichkeit von Stellvertretungsabreden

Häufig enthalten die Muster-Wahlleistungsvereinbarungen bereits vorformulierte abstrakte Stellvertretungsabreden.²⁵³ Mitunter wird in Rechtsprechung und Literatur angenommen, die jahrelange Übung nehme der formularvertraglichen Stellver-

²⁵⁰ Vgl. *Kubla*, NJW 2000, 841, 845.

²⁵¹ Siehe zur generellen Zulässigkeit von Stellvertretungsabreden S. 49 ff.

²⁵² BeckOK/*Schmidt*, § 305c BGB Rn. 13.

²⁵³ Vgl. Muster-Wahlleistungsvertrag des Universitätsklinikums Regensburg, 1 („Der Patient ist für den Fall der unvorhergesehenen Verhinderung des Wahlarztes der jeweiligen Fachabteilung mit der Übernahme seiner Aufgaben durch den ständigen ärztlichen Vertreter einverstanden“).

treungsabrede die überraschende Wirkung.²⁵⁴ Dass der durchschnittliche Wahlleistungspatient mit einer Stellvertretungsabrede (unabhängig von ihrer inhaltlichen oder äußeren Ausgestaltung) rechnet, ist allerdings illusorisch. Und gerade auf die Erwartung des typischerweise bei Verträgen dieser Art anzutreffenden Kunden kommt es für § 305c Abs. 1 BGB an.²⁵⁵ Der durchschnittliche Wahlleistungspatient geht davon aus, für eine Leistung, die (warum auch immer) nicht vom Chefarzt erbracht werden kann, auch kein Wahlleistungsentgelt zahlen zu müssen.²⁵⁶ Das zeigt schon die öffentliche Empörung, die Chefarzt abrechnungen mitunter auslösen.²⁵⁷ Gleichwohl sind die Stellvertretungsabreden aufgrund ihrer weiten Verbreitung nicht per se überraschend.²⁵⁸

b. Inhaltliche Reichweite der Stellvertretungsabrede

Den Patienten können schon die inhaltlichen Wirkungen der Stellvertretungsabrede überrumpeln. Mit der Wahlleistungsvereinbarung sichert sich der Patient die besondere Erfahrung und Sachkunde des Chefarztes, indem dieser persönlich zur wahlärztlichen Leistung verpflichtet wird. Der Zweck der Wahlleistungsvereinbarung liegt darin, die ärztliche Behandlung gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen zu optimieren.

Je nach inhaltlicher Ausgestaltung nähert die Stellvertretungsabrede die wahlärztliche Leistung den allgemeinen Krankenhausleistungen an. Das läuft der Wahlleistungsvereinbarung „diametral zuwider“.²⁵⁹ Erfasst die Stellvertretungsabrede den Einsatz des ohnehin diensthabenden Arztes, besteht zu den allgemeinen Krankenhausleistungen kein Unterschied mehr. Eine Stellvertretungsabrede, die sogar die wahlleistungsunverträgliche Regelleistung zulässt, ist schon wegen der

²⁵⁴ OLG Hamm, 4.5.1994, 3 U 198/93, NJW 1995, 794; *Kubis*, NJW 1989, 1512, 1515; *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 129; HK-AKM/*A. W. Bender*, „Wahlleistungen“, 71. Update 2017, „Wahlleistungen“ Nr. 5485, Rn. 146, der jedoch von dieser Einschätzung in aktueller Auflage – wenn auch ohne ausdrücklichen Hinweis – Abstand genommen hat (vgl. dort Rn. 172); a.A. *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3382, die insoweit von einer „noch immer weit verbreiteten unguten Sitte“ sprechen.

²⁵⁵ Vgl. allgemein BGH, 30.6.1995, V ZR 184/94, BGHZ 130, 150, 154 = NJW 1995, 2637; *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer*, § 305c BGB Rn. 13 f.

²⁵⁶ *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3383; a.A. *Kubis*, NJW 1989, 1512, 1515; *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 129, die jedoch unzutreffend davon ausgeht, die realitätsferne Annahme, in einer Großklinik sei der Chefarzt niemals verhindert, spiele hierfür eine Rolle.

²⁵⁷ Vgl. *Walter*, Das Geschäft mit dem Mythos Chefarztbehandlung, www.rbb-online.de, abgerufen am 20.7.2020; *Goertz*, Schwarze Schafe im weißen Kittel, www.rp-online.de, abgerufen am 20.7.2020.

²⁵⁸ HK-AKM/*A. W. Bender*, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 172; *Kubla*, NJW 2000, 841, 844.

²⁵⁹ *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3382; OLG Karlsruhe, 20.2.1987, 15 U 160/86, NJW 1987, 1489 („Umkehrung der in § 613 S. 1 BGB getroffenen gesetzlichen Regelung“); *Kubla*, NJW 2000, 841, 844.

undurchsichtigen Annäherung an die allgemeinen Krankenhausleistungen gemäß § 305c Abs. 1 BGB unwirksam.²⁶⁰

In Schrifttum und Rechtsprechung werden vielfältige Anhaltspunkte vorgeschlagen, die für eine i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB überraschende Annäherung an die allgemeinen Krankenhausleistungen sprechen: Die nähere Betrachtung verstärkt jedoch den Eindruck, dass auch insoweit überwiegend dieselben Maßstäbe erneut Berücksichtigung finden, die auch bei § 308 Nr. 4 BGB angelegt werden.²⁶¹ So soll ein Überrumpelungseffekt beispielsweise dann eintreten, wenn die Abwesenheit des Chefarztes bereits bei Aufnahme des Patienten absehbar ist oder die Stellvertretungsabrede sich auf eine Vielzahl von Stellvertretern erstreckt.²⁶²

c. Äußere Gestaltung der Wahlleistungsvereinbarung

Auch die ungewöhnliche äußere Gestaltung oder ihre unerwartete Platzierung im Vertragstext können eine vorformulierte Bestimmung ungewöhnlich und überraschend i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB machen.²⁶³ Die abstrakte Stellvertretungsabrede darf deshalb nicht in der Wahlleistungsvereinbarung „versteckt“ werden. Das gilt umso mehr, als die Stellvertretungsabrede „eine Umkehrung der in § 613 S. 1 BGB getroffenen gesetzlichen Regelung“ enthält.²⁶⁴ Trotzdem folgt die Überrumpelung nicht allein aus der Stellung der Regelung im Vertragstext.²⁶⁵ Deshalb ist es auch zunächst unerheblich, wenn die Stellvertretungsabrede erst auf der Rückseite am unteren Ende der Wahlleistungsvereinbarung aufgenommen wird.²⁶⁶ Die Stellvertretungsabrede darf jedoch nicht aus dem Zusammenhang gerissen werden, indem sie etwa unter einer irreführenden Überschrift eingefügt wird.²⁶⁷ Angesichts ihrer Bedeutung kann der Patient ferner die drucktechnische Hervorhebung der Stellvertretungsabrede erwarten.²⁶⁸

²⁶⁰ OLG Düsseldorf, 16.2.1995, 8 U 33/94, NJW 1995, 2421, 2422; *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3383; HK-AKM/A. W. Bender, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 172.

²⁶¹ Siehe dort S. 55 ff.

²⁶² OLG Karlsruhe, 20.2.1987, 15 U 160/86, NJW 1987, 1489; OLG Düsseldorf, 16.2.1995, 8 U 33/94, NJW 1995, 2421; *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 128; demgegenüber strikter *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3382 (nur bzgl. Nebenleistungen); Großzügiger HK-AKM/A. W. Bender, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 172 (zumindest keine Erstreckung auf alle Krankenhausärzte).

²⁶³ BGH, 26.7.2012, VII ZR 262/11, NJW-RR 2012, 1261; BGH, 21.7.2010, XII ZR 189/08, NJW 2010, 3152, 3153; BGH 9.12.2009, XII ZR 109/08, NJW 2010, 671, 672.

²⁶⁴ OLG Karlsruhe, 20.2.1987, 15 U 160/86, NJW 1987, 1489.

²⁶⁵ BeckOGK/*Bonin*, § 305c BGB Rn. 38.

²⁶⁶ a.A. OLG Karlsruhe, 20.2.1987, 15 U 160/86, NJW 1987, 1489.

²⁶⁷ Vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Hau*, § 305c BGB Rn. 22.

²⁶⁸ Siehe dazu OLG Hamm, 4.5.1994, 3 U 198/93, NJW 1995, 794, dem zufolge die Hervorhebung der entsprechenden Passage in einem lediglich einseitigen Vertragswerk den Vorwurf der Überraschung ausräumt; vgl. allgemein BeckOGK/*Bonin*, § 305c BGB Rn. 38.

4. Zwischenergebnis

Die abstrakte Stellvertretungsabrede ermöglicht dem Chefarzt auch bei kurzfristig verändertem Terminplan oder krankheitsbedingtem Ausfall, durch den Einsatz eines Stellvertreters das wahlärztliche Honorar zu verdienen. Als Änderungsvorbehalt sind abstrakte Stellvertretungsabreden gemäß § 308 Nr. 4 BGB nur dann wirksam, wenn sie auf den Einsatz des ständigen ärztlichen Vertreters und den unvorhersehbaren Verhinderungsfall beschränkt werden. Andernfalls sind sie für den Patienten unzumutbar (§ 308 Nr. 4) und gefährden die Erreichung des Vertragszwecks der Wahlleistungsvereinbarung (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

II. Konkrete Stellvertretungsabrede

Eine zusätzliche Dimension erhalten die Stellvertretungsabreden dadurch, dass sie nicht nur prophylaktisch für einen potenziellen, zukünftigen Verhinderungsfall getroffen werden können. Stattdessen können sie sich als *konkrete* Stellvertretungsabrede auch auf einen ganz bestimmten, bereits eingetretenen Verhinderungsfall beziehen. Mitunter wird auch zusätzlich zur abstrakten Stellvertretungsabrede im Zeitpunkt der Verhinderung noch eine konkrete getroffen, um das Unwirksamkeitsrisiko zu minimieren.²⁶⁹

1. Echte Wahlfreiheit des Patienten

Konkrete Stellvertretungsabreden beschränken sich notwendigerweise nicht auf den unvorhersehbaren Verhinderungsfall. Steht die Verhinderung des Chefarztes fest, muss die Substitution individualvertraglich vereinbart werden, um nicht gemäß §§ 308 Nr. 4 BGB, 307 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB unwirksam zu sein.²⁷⁰

Die Abgrenzung zur formularvertraglichen Stellvertretungsabrede bereitet insoweit Schwierigkeiten, als auch für die konkrete Stellvertretungsabrede in aller Regel vorformulierte Muster verwendet werden. Diese werden lediglich um allgemeine Informationen (persönliche Daten des Patienten, Behandlungsdatum etc.) ergänzt.²⁷¹

Um individualvertraglichen Charakter zu haben, muss die Stellvertretungsabrede gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 BGB „zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt“ sein. Über die individuelle Formulierung der Stellvertretungsabrede wird mit dem Patienten indes nicht verhandelt.²⁷² Daran ändert zunächst auch die

²⁶⁹ Erfolgreich etwa bei BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.

²⁷⁰ Siehe dazu ausführlich S. 55 ff. und S. 60 ff.; vgl. auch HK-AKM/A. W. Bender, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 163, dem zufolge eine konkrete Stellvertretungsabrede „nicht wirksam über allgemeine Geschäftsbedingungen abgeschlossen werden“ kann.

²⁷¹ Vgl. BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, der über einen „mit einzelnen handschriftlichen Einträgen versehenen Vordruck“ zu entscheiden hatte.

²⁷² LG Hamburg, 20.4.2007, 309 S 272/05 (nicht veröffentlicht) stufte eine konkrete Stellvertretungsabrede deswegen als (unwirksame) allgemeine Geschäftsbedingung ein.

bloße Bezeichnung als „Individuelle Vereinbarung“ nichts.²⁷³ Wird dem Patienten also eine ganz bestimmte Formulierung vorgegeben, ist die konkrete Stellvertretungsabrede womöglich gemäß den §§ 308 Nr. 4, 307 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB unwirksam.

Ausnahmsweise kann nach der Rechtsprechung des BGH auch bei vorformulierten Vertragsbedingungen eine individualvertragliche Vereinbarung vorliegen: Dazu muss dem Vertragspartner jedoch die Wahl zwischen mehreren vorformulierten Alternativvorschlägen eingeräumt werden.²⁷⁴ Überlässt die konkrete Stellvertretungsabrede dem Patienten die Entscheidung darüber, vom Stellvertreter zu wahlärztlichen Konditionen oder vom diensthabenden Arzt ohne gesonderte Vergütung behandelt zu werden, ist die Stellvertretungsabrede im einzelnen ausgehandelt i.S.v. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB.²⁷⁵ Allerdings muss der Vertragspartner mit seiner Wahl unmittelbar den Bedeutungsgehalt der Regelung mitbestimmen können.²⁷⁶ Es kann also nicht ausreichen, dass der Patient ausschließlich über die Person des Stellvertreters bestimmen kann. Dann wird dem Patienten einseitig vorgegeben, dass der Chefarzt von seiner Pflicht zur persönlichen Leistung befreit wird. Vielmehr muss der Patient auch auf die Behandlung durch den Chefarzt warten oder gänzlich auf die wahlärztliche Leistung verzichten dürfen.²⁷⁷

Selbst wenn dem Patienten die Wahl zwischen Stellvertretung, allgemeiner Krankenhausleistung und Zuwarten auf den Chefarzt theoretisch offensteht, kann eine missbräuchliche Gestaltung die Stellvertretungsabrede zu einer formularvertraglichen Vereinbarung machen. Wird beispielsweise die Stellvertretung vorgegeben und im Übrigen der Patient nur über seine Optionen informiert, ist die Stellvertretungsabrede nicht mehr ausgehandelt i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB.²⁷⁸ Der

²⁷³ Vgl. *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 95.

²⁷⁴ BGH, 6.12.2002, V ZR 220/02, BGHZ 153, 148, 151 = NJW 2003, 1313; BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 989.

²⁷⁵ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 989; LG Hamburg, 16.10.2015, 332 O 214/14, BeckRS 2015, 120996; a.A. Kalis, VersR 2002, 23 dem zufolge dem Patienten „keine echte Wahlmöglichkeit [verbleibe], da er den operativen Eingriff nunmehr schnell hinter sich bringen möchte“, wenn er sich bereits im Krankenhaus befindet und die Operation unmittelbar bevorsteht.

²⁷⁶ Vgl. BGH, 29.1.1982, V ZR 82/81, BGHZ 83, 56, 58 = NJW 1982, 1035.

²⁷⁷ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 989; LG Bonn, 4.2.2004, 5 S 207/03, BeckRS 2015, 07275 wonach die Wahlfreiheit auch nicht bereits dadurch entfällt, dass das fortgeschrittene Alter der Patienten eine zeitnahe Operation zwar erstrebenswert, nicht aber zwingend notwendig macht; noch weiter LG Hamburg, 16.10.2015, 332 O 214/14, BeckRS 2015, 120996 wonach unerheblich auch „der Hinweis [ist] [...], dass eine Verlegung des Operationstermins [...] medizinisch nicht vertretbar“ ist; kritisch *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3385 denen zufolge der Chefarzt zumindest theoretisch bereit sein muss die Behandlung persönlich durchzuführen und andererseits auch die Alternativen keine Nachteile „wie zum Beispiel ein[en] verlängerte[n] Krankenhausaufenthalt wegen einer Verschiebung des Operationstermins“ begründen dürfen.

²⁷⁸ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 989 m.w.N.; *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 97.

BGH spricht in diesem Zusammenhang von einer „Einflussnahme des Verwenders“ und einer „Überlagerung“ der Wahlfreiheit des Vertragspartners.²⁷⁹

Lässt die konkrete Stellvertretungsabrede dem Patienten die Wahl zwischen dem Zuwarten auf den Chefarzt, der Behandlung durch den Stellvertreter als wahlärztliche Leistung und durch den diensthabenden Arzt als allgemeine Krankenhausleistung, unterliegt sie keinen anlassbezogenen Beschränkungen. Auch im vorhersehbaren bzw. bereits feststehenden Verhinderungsfall kann sich der Chefarzt dann durch einen Stellvertreter ersetzen lassen, ohne sein wahlärztliches Honorar einzubüßen.

2. Wahlleistungsunverträgliche Regelleistung

Weil die Beschränkungen der §§ 305 ff. BGB für die individualvertragliche Stellvertretungsabrede keine Geltung haben, muss sich die konkrete Stellvertretungsabrede nicht auf den Einsatz des ständigen ärztlichen Vertreters beschränken, sondern kann grundsätzlich jeden beliebigen Stellvertreter erfassen.²⁸⁰ Wünscht der Patient ausdrücklich die Behandlung durch einen bestimmten, spezialisierten Oberarzt, kann er durch eine konkrete Stellvertretungsabrede auch dessen persönliche Behandlung als wahlärztliche Leistung hinzukaufen. *Bender* spricht in diesem Zusammenhang von „gewünschter Stellvertretung“.²⁸¹

Gleichwohl unterliegt die konkrete Stellvertretungsabrede auch personellen Beschränkungen: Es ist nämlich auch individualvertraglich unwirksam, die Behandlung durch den ohnehin diensthabenden Arzt zur wahlärztlichen Leistung zu erheben. Erfasst die konkrete Stellvertretungsabrede auch die wahlleistungsunverträgliche Regelleistung verstößt sie gegen § 7 Abs. 1 KHEntgG und ist daher gemäß § 134 BGB unwirksam.²⁸² Andernfalls müsste der Patient eine gesonderte Vergütung für eine allgemeine Krankenhausleistung entrichten, obwohl eine solche von § 7 Abs. 1 KHEntgG gerade nicht vorgesehen ist.

3. Aufklärungspflicht

Bei konkreten Stellvertretungsabreden muss stets auch die belastende Situation des Patienten berücksichtigt werden:²⁸³ Dieser kann angesichts der ungewohnten Aufnahme in das Krankenhaus und seines Gesundheitszustandes die angebotenen Alternativen nicht sorgfältig und ruhig abwägen. Im Gegenteil besteht sogar die Gefahr, dass der Patient von den Konsequenzen der Stellvertretungsabrede über-

²⁷⁹ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 989 m.w.N.

²⁸⁰ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 987 ff.

²⁸¹ HK-AKM/A. W. Bender, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 159.

²⁸² LG Konstanz, 09.10.2002, 2 O 58/02, VersR 2003, 867; HK-AKM/A. W. Bender, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 157.

²⁸³ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 989; die „besondere[...] Situation des Patienten“ berücksichtigend auch *Kalis*, VersR 2002, 23.

haupt keine Notiz nimmt.²⁸⁴ Der BGH leitet deswegen aus § 242 BGB die Pflicht ab, den Patienten so früh wie möglich über die Verhinderung des Chefarztes und über die verschiedenen Optionen (Zuwarten, Stellvertretung oder allgemeine Krankenhausleistung) aufzuklären.²⁸⁵ Außerdem muss etwa auf die Konsequenzen der Stellvertretungsabrede besonders hingewiesen werden, wenn die Abweichung von Grundgedanken der Wahlleistungsvereinbarung in unmittelbarem Zusammenhang mit der Wahlleistungsvereinbarung selbst steht.²⁸⁶ Wird die Aufklärung des Patienten versäumt, steht der chefarztlichen Honorarforderung der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen.²⁸⁷

4. Schriftliche Fixierung

Weil mit ihr der Kernbestandteil der Wahlleistungsvereinbarung, die persönliche Behandlungspflicht des Chefarztes, modifiziert wird, ist die Stellvertretungsabrede keine ggf. formfreie Nebenabrede, sondern eine inhaltliche Abänderung wesentlicher Vertragsbestandteile.²⁸⁸ Deshalb ist die Stellvertretungsabrede gemäß § 125 S. 1 BGB formunwirksam, wenn sie entgegen § 17 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 KHEntgG nicht schriftlich abgeschlossen wurde.²⁸⁹ Aus diesem Grund ist auch das bloß widerspruchslöse Hinnehmen der Behandlung durch einen Stellvertreter keine wirksame konkludente Einverständniserklärung.²⁹⁰

D. Zusammenfassung

Wird mit dem Patienten eine Stellvertretungsabrede getroffen, kann der Chefarzt die Behandlung vollständig einem Stellvertreter überlassen und gleichwohl gesondert berechnen.

Derartige Vereinbarungen sind jedenfalls nicht per se unzulässig: Zwar treten die Stellvertretungsabreden augenscheinlich in offenen Widerspruch zu § 4 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 GOÄ, weil der Stellvertreter auch die Kernleistungen übernehmen darf und der Chefarzt von jeder eigenverantwortlichen Mitwirkung entbunden wird.

²⁸⁴ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 989.

²⁸⁵ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 989 f.; LG Bonn, 4.2.2004, 5 S 207/03, BeckRS 2015, 07275; LG Aachen, 9.5.2001, 11 O 132/00, VersR 2002, 195, 196; *Kalis*, VersR 2002, 23.

²⁸⁶ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 989.

²⁸⁷ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 989 m.w.N.; *Kalis*, VersR 2002, 23; für die Pflicht zur frühestmöglichen Aufklärung siehe auch LG Bonn, 4.2.2004, 5 S 207/03, BeckRS 2015, 07275; LG Aachen, 9.5.2001, 11 O 132/00, VersR 2002, 195, 196.

²⁸⁸ *Kubis*, NJW 1989, 1512, 1514.

²⁸⁹ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 989 m.w.N.; LG Bonn, 4.2.2004, 5 S 207/03, BeckRS 2015, 07275; vgl. zur Vorgängerregelung in § 7 Abs. 2 S. 1 BPflV *Kubis*, NJW 1989, 1512, 1514; a.A. noch Dayal, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 182 („Diese kann schriftlich, mündlich oder durch konkludentes Verhalten erfolgen“).

²⁹⁰ *Kubis*, NJW 1989, 1512, 1514; HK-AKM/A. W. Bender, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 160 m.w.N.

Allerdings weichen die Stellvertretungsabreden bei genauerer systematischer Betrachtung gar nicht vom Gebührenrecht ab: Dass der Chefarzt die Kernleistung grundsätzlich persönlich erbringen muss, ergibt sich nämlich nicht erst aus dem Gebührenrecht. Stattdessen folgt bereits aus der vertraglichen Wahlleistungsvereinbarung bzw. aus dem zugrundeliegenden besonderen persönlichen Vertrauen der Grundsatz persönlicher Leistung. Hiervon, und nicht von § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ, weichen die Stellvertretungsabreden ab.

Vor allem aber spricht die genetische Auslegung für die Zulässigkeit von privatautONOMEN Vereinbarungen zur Stellvertretung: Die Stellvertretung ohne jede chefarztliche Mitwirkung entspricht nämlich dem Willen des Verordnungsgebers. In der Verordnungsbegründung spricht dieser schließlich davon, die Stellvertretung bleibe von § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ unberührt.²⁹¹

Auch wenn die Stellvertretungsabreden nicht per se unzulässig sind, hat die Rechtsprechung wiederholt besonders weitreichende Vereinbarungen für unwirksam gehalten und restriktive anlassbezogene oder personelle Anforderungen an die Stellvertretung postuliert.²⁹² Insoweit muss zwischen den *abstrakten* und den *konkreten* Stellvertretungsabreden unterschieden werden:

Eine *abstrakte* Stellvertretungsabrede liegt vor, wenn unmittelbar in der Wahlleistungsvereinbarung für die potenzielle, zukünftige Verhinderung des Chefarztes eine Stellvertretungsabrede aufgenommen wird. Derartige Vereinbarungen sind nur dann wirksam, wenn sie die Stellvertretung an den Einsatz des ständigen ärztlichen Vertreters (personelle Beschränkung) und den Eintritt eines unvorhersehbaren Verhinderungsfalls (anlassbezogene Beschränkung) knüpfen.

Andernfalls stellt die abstrakte Stellvertretungsabrede einen unzumutbaren Änderungsvorbehalt dar (§ 308 Nr. 4 BGB) und gefährdet überdies die Erreichung des Zwecks der Wahlleistungsvereinbarung (§ 307 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB). Stellvertretungsabreden sind zwar nicht per se unzumutbar, weil sich die Behandlung gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen nur durch die Stellvertretung optimieren lässt, wenn der Chefarzt verhindert ist. Allerdings ist die abstrakte Stellvertretungsabrede unzumutbar und benachteiligt den Patienten unangemessen, wenn sie auch Konstellationen erfasst, in denen die Verhinderung des Chefarztes von Anfang an feststeht: Weil der Chefarzt die Behandlung dann unter keinen Umständen durchführt, wird der primäre Zweck der Wahlleistungsvereinbarung zwangsläufig verfehlt, die Erfahrung und Sachkunde des Chefarztes hinzuzukaufen. Außerdem ist die abstrakte Stellvertretungsabrede unzumutbar und benachteiligt den Patienten unangemessen, wenn sie die Behandlung durch einen beliebigen

²⁹¹ Bundesregierung, Amtliche Begründung zum Entwurf zur dritten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) vom 10.3.1988, BR-Drs. 118/88, 49.

²⁹² Vgl. BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 988; OLG Karlsruhe, 20.2.1987, 15 U 150/86, NJW 1987, 1489; OLG Düsseldorf, 16.2.1995, 8 U 33/94, NJW 1995, 2421; OLG Hamm, 4.5.1995, 3 U 198/93, NJW 1995, 794; LG Fulda, 11.6.1987, 2 O 131/86, NJW 1988, 1519.

Stellvertreter erfasst: Dann muss der Patient auch die Behandlung durch den ohnehin diensthabenden Arzt als wahlärztliche Leistung vergüten, obwohl sich diese Leistung nicht mehr von den allgemeinen Krankenhausleistungen unterscheiden lässt (wahlleistungsunverträgliche Regelleistung). Allein der Einsatz des ständigen ärztlichen Vertreters optimiert die Behandlung gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen, weil aufgrund seiner fachlichen Kompetenz und der herausgehobenen Dienststellung von einem kontinuierlichen Informationsaustausch mit dem Chefarzt ausgegangen werden kann.

Eine zusätzliche Dimension erhalten die Stellvertretungsabreden dadurch, dass sie nicht nur für einen potenziellen, zukünftigen Verhinderungsfall, sondern auch für einen bestimmten, bereits eingetretenen Verhinderungsfall getroffen werden können. Man spricht insoweit von *konkreten* Stellvertretungsabreden. Diese sind nur dann wirksam, wenn dem Patienten die freie Wahl zwischen dem Zuwarten auf die Behandlung durch den Chefarzt, der Behandlung durch den Stellvertreter als wahlärztliche Leistung und der Behandlung durch den diensthabenden Arzt als allgemeine Krankenhausleistung eingeräumt wird; nur wenn der Patient in seiner Entscheidung frei von Einflussnahme ist, ist die konkrete Stellvertretungsabrede gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 BGB im Einzelnen ausgehandelt.

Weil sie notwendigerweise den vorhersehbaren Verhinderungsfall erfasst, ist die konkrete Stellvertretungsabrede andernfalls gemäß den §§ 308 Nr. 4, 307 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB unwirksam.

Auch als individualvertragliche Vereinbarung darf die Stellvertretungsabrede nicht den Einsatz des ohnehin diensthabenden Arztes zur wahlärztlichen Leistung erheben (personelle Beschränkung). Ansonsten ist die konkrete Stellvertretungsabrede wegen eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 1 KHEntgG gemäß § 134 BGB unwirksam, weil dort eine gesonderte Vergütung für allgemeine Krankenhausleistungen gerade nicht vorgesehen ist. An den ständigen ärztlichen Vertreter ist die konkrete Stellvertretungsabrede indes nicht gebunden.

Kapitel 2: Die honorarbezogenen Auswirkungen

§ 6 Rückabwicklung bei unzulässiger Substitution

Zahlt der Patient trotz unzulässiger Substitution das wahlärztliche Honorar, liegt das in aller Regel daran, dass er damit den „Weg des geringsten Widerstands“ beschreitet. Erstattet nämlich der private Krankenversicherer oder Beihilfeträger die Kosten für die Chefarztbehandlung, trägt den Schaden ohnehin ein anderer. Mitunter verweigert der Kostenerstatter jedoch den Aufwendungsersatz unter Verweis auf die unzulässige Substitution. Dann muss sich der Patient an den Chefarzt halten und das wahlärztliche Honorar zurückverlangen.

Schwierigkeiten bereitet bei der Rückabwicklung der Honorarzahlung die Identifizierung der einschlägigen Anspruchsgrundlage:

Die ganz herrschende Meinung stützt die Rückabwicklung der Honorarzahlung auf die §§ 326 Abs. 4, 346 BGB.²⁹³ Dahinter steht die Überlegung, dass mit der erfolgreichen Substitutsbehandlung Zweckerreichung eintritt und damit die Gegenleistungspflicht des Patienten gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB *ipso iure*

²⁹³ Siehe etwa OLG Karlsruhe, 20.2.1987, 15 U 160/86, NJW 1987, 1489; OLG Koblenz, 21.2.2008, 5 U 1309/07, NJW 2008, 1679, 1680; OLG Frankfurt a.M., 4.8.2011, 8 U 226/10, MedR 2012, 396, 398; LG Konstanz, 09.10.2002, 2 O 58/02, VersR 2003, 867; AG Berlin-Charlottenburg, 26.2.1998, 13 C 497/97, r+s 1999, 35, 36; Bender, MedR 2008, 336, 339; Uleer/Miebach/Patt, § 4 GOÄ Rn. 65; Dayal, Der Wahlärztliche Vergütungsanspruch, 39.

untergeht. Der Patient bewirkt also durch die Honorarzahlung augenscheinlich eine „nach dieser Vorschrift nicht geschuldete Gegenleistung“ i.S.d. § 326 Abs. 4 BGB.

Diese Argumentation begegnet indes Bedenken, weil der (chef-) ärztliche Gebührenanspruch prinzipiell erst mit der Leistungserbringung überhaupt auch der Höhe nach entsteht. Für die unzulässige Substitutsbehandlung sieht das Gebührenrecht aber ausdrücklich keinen Gebührenanspruch des Chefarztes vor. Gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ kann der Chefarzt Gebühren nämlich nur für solche Leistungen berechnen, die er selbst erbracht hat oder die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden.

Wenn der chefärztliche Gebührenanspruch bei der unzulässigen Substitutsbehandlung (zumindest der Höhe nach) gar nicht entsteht, zahlt der Patient das Honorar schon von vornherein auf eine Nichtschuld und erbringt gerade nicht, wie von § 326 Abs. 4 BGB vorausgesetzt, eine „nach dieser Vorschrift nicht geschuldete Gegenleistung“. Augenscheinlich handelt es sich stattdessen um eine rechtsgrundlose Leistung des Patienten, für deren Rückabwicklung die §§ 812 ff. BGB vorgesehen sind.

Nachfolgend soll untersucht werden, ob die Rückabwicklung der Honorarzahlung bei unzulässiger Substitution eine originär bereicherungsrechtliche Aufgabe darstellt oder mit der herrschenden Meinung auf § 346 BGB gestützt werden kann.

Diese Untersuchung erlangt vor dem Hintergrund besondere Bedeutung, dass die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung spezifische Schwächen kennt. So existiert unter anderem ein Rückforderungsausschluss nach § 814 Alt. 1 BGB für den Fall, dass der Patient gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Das setzt zwar prinzipiell positive Rechtsfolgenkenntnis voraus.²⁹⁴ Allerdings liegt es für einen Laien vergleichsweise nahe, für eine bloße *Substitutsbehandlung* kein *Chefarzthonorar* zahlen zu müssen. Womöglich ist also zumindest die bereicherungsrechtliche Rückforderung des Honorars in vielen Fällen ausgeschlossen. Auch mit diesen Besonderheiten wird sich die folgende Untersuchung auseinandersetzen.

Problematisch ist ferner, dass der Patient bei der unzulässigen Substitution nicht unbehandelt bleibt; die Behandlung erfolgt lediglich nicht wie versprochen durch den Chefarzt. Wird beispielsweise ein spezialisierter Oberarzt auf der Grundlage einer unwirksamen Stellvertretungsabrede tätig, erlangt der Patient gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen einen Vorteil. Anders als die Honorarzahlung lässt sich die Substitutsbehandlung jedoch nicht ohne weiteres herausgeben. Gewährt man dem Chefarzt stattdessen einen Anspruch auf Wertersatz, muss der Patient womöglich *de facto* doch eine Vergütung zahlen; deswegen

²⁹⁴ Schlegel, Musterverträge im Gesundheitswesen, Nr. 2301 A. Einführung V. Rechtsfolgen einer unwirksamen Wahlleistungsvereinbarung; vgl. allgemein dazu BGH, 7.5.1997, IV ZR 35/96, NJW 1997, 2381, 2382; Staudinger/Lorenz, § 814 BGB Rn. 4.

handelt es sich auch insoweit um eine „honorarbezogene Auswirkung“ der unzulässigen Substitution.

A. Rückabwicklung der Honorarzahlung

Für die unzulässige Substitutsbehandlung schuldet der Patient kein wahlärztliches Honorar – darüber herrscht im Ergebnis Einigkeit. Daher ist der Wunsch des Patienten nachvollziehbar, das überzahlte Honorar vom Chefarzt zurückzuverlangen.

Unter welchen Voraussetzungen die Rückabwicklung erfolgt, hängt im Hinblick auf mögliche Ausschlussstatbestände oder Entreicherungsseinwände maßgeblich vom einschlägigen Rückabwicklungsregime ab. Bevor die bereicherungspezifischen Schwächen untersucht werden, soll deswegen die Wahl der Anspruchsgrundlage in den Fokus gerückt werden.

I. *Einschlägiges Rückabwicklungsregime*

Neben der zentralen Frage, ob eine Vergütungspflicht des Patienten von vornherein nicht besteht oder *ipso iure* nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB erlischt, begegnet die Anwendung des § 326 Abs. 4 BGB für die Rückabwicklung der Honorarzahlung aus weiteren Gründen Schwierigkeiten:

Schon die Ausgangsthese der herrschenden Meinung ist nämlich nicht unproblematisch, wonach die Substitutsbehandlung zur Zweckerreichung führe und damit die Gegenleistungspflicht *ipso iure* nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB untergehe:

Ausgeschlossen ist Zweckerreichung jedenfalls bei der erfolglosen Substitutsbehandlung. Weil dann die Gegenleistungspflicht prinzipiell unberührt bleibt, müsste der Patient augenscheinlich die erfolglose Behandlung vergüten, die erfolgreiche Behandlung demgegenüber nicht. Diesen Widerspruch soll die nachfolgende Untersuchung ausräumen.

Aber auch bei der erfolgreichen Substitutsbehandlung kommt es unter Umständen nicht zwangsläufig zur Zweckerreichung. Weil der Chefarzt den Behandlungserfolg selbst – wenn auch nicht eigenhändig – herbeiführt, könnte die erfolgreiche Substitutsbehandlung vorrangig zur Erfüllung der Leistungspflicht des Chefarztes führen; Unmöglichkeit kann anschließend dann nicht mehr eintreten.

Außerdem erlischt die Gegenleistungspflicht des Patienten womöglich auch bei Unmöglichkeit der Chefarztbehandlung nicht *ipso iure*. Gemäß § 326 Abs. 1 S. 2 BGB bleibt die Gegenleistung im Falle der unbehebaren Schlechtleistung nämlich unberührt. Deswegen muss geklärt werden, ob die unzulässige Substitutsbehandlung im Hinblick auf die versprochene Chefarztbehandlung noch als Schlecht- oder bereits als Nichtleistung zu qualifizieren ist.

1. Nichtentstehen des Gebührenanspruchs

Eine Rückabwicklung nach § 326 Abs. 4 BGB ist ausgeschlossen, wenn der Chefarzt von vornherein keinen Anspruch auf die wahlärztlichen Gebühren hat. Dann erbringt der Patient nämlich keine „nach dieser Vorschrift nicht geschuldete Gegenleistung“.

a. Keine Entstehung „der Höhe nach“

Der Chefarzt erwirbt mit Abschluss des Arztzusatzvertrages grundsätzlich gemäß § 630a Abs. 1 Alt. 2 BGB auch einen Anspruch auf „Gewährung der vereinbarten Vergütung“.

Die Höhe der Vergütung bemisst sich indes nicht nach einer speziellen Vereinbarung, sondern stattdessen gemäß §§ 612 Abs. 2, 630b BGB nach der zwingend anzuwendenden GOÄ als „Taxe“.²⁹⁵ Je nach erbrachter Leistung ergeben sich aus ihr bestimmte Gebührensätze. Dem wahlärztlichen Gebührenanspruch ist also mit dem Abschluss des Behandlungsvertrags lediglich die Grundlage bereitet, die erst mit Erbringung einer eigenen wahlärztlichen Leistung zum vollständigen Gebührenanspruch erstarkt.

Eine vergleichbare Struktur liegt auch der Vergütung nach Zeit zugrunde. Auch dort ist dem Honoraranspruch zunächst nur die Grundlage bereitet, die mit der Leistungserbringung ausgefüllt und konturiert wird.

Wenn der Gebührenanspruch mit Leistungserbringung (vollständig) zur Entstehung gelangt, entsteht er bei der unzulässigen Substitution aber von vornherein nicht. Denn auch wenn unzweifelhaft ärztliche Leistungen erbracht werden: Für die unzulässige Substitutsbehandlung sieht das Gebührenrecht gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ ausdrücklich keine Vergütung vor. Das bedeutet, ein Gebührenanspruch entsteht bei der unzulässigen Substitutsbehandlung trotz Leistungserbringung überhaupt nicht. Das steht strenggenommen auch von vornherein fest.

Dass der Gebührenanspruch bei unzulässiger Substitutsbehandlung wegen § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ trotz Leistungserbringung nicht entsteht, gilt nicht nur für die unzulässige Delegation, sondern auch für die unzulässige Stellvertretung. Ist die Stellvertretungsabrede nämlich unwirksam, bleibt die Wahlleistungsvereinbarung im Übrigen gemäß § 306 Abs. 1 BGB wirksam und der Chefarzt grundsätzlich zur persönlichen Leistung verpflichtet.²⁹⁶ In dem Fall muss die Behandlung gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ durch den Chefarzt selbst oder unter seiner Aufsicht nach fachlichen Weisungen erbracht werden. Diesen Voraussetzungen genügt die Stellvertretung im Kernbereich der wahlärztlichen Behandlung ohne wirksame Stellvertre-

²⁹⁵ Spickhoff/*Spickhoff*, § 630a BGB Rn. 47; *Haberstroß*, VersR 2000, 538; Zur Pauschalität kritisch BeckOGK/*Mundt*, § 632 BGB Rn. 580, der die Einordnung als Taxe vom jeweiligen Gebührentatbestand abhängig macht.

²⁹⁶ LG München I, 28.6.2011, 13 S 6738/10, MedR 2012, 49, 50; Zustimmend: *Greiner*, Anmerkung zu LG München I, 28.6.2011, 13 S 6738/10, MedR 2012, 50, 51.

tungsabrede unter keinen Umständen.²⁹⁷ § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ kann deswegen unmittelbar auch auf die Fälle unwirksamer Stellvertretungsabreden angewendet werden.

Weil für die Substitutsbehandlung sowohl bei unzulässiger Delegation als auch bei unzulässiger Stellvertretung ein Gebührenanspruch nicht entsteht, verfehlt die Honorarzahlung des Patienten ihren Tilgungszweck. Die Rückabwicklung hat dann prinzipiell auf bereicherungsrechtlicher Grundlage zu erfolgen.

b. Vergütungsanspruch „dem Grunde nach“

Weil bei der unzulässigen Substitutsbehandlung ein vollständiger Gebührenanspruch gar nicht erst entsteht, erbringt der Patient mit der Honorarzahlung augenscheinlich keine „nach dieser Vorschrift nicht geschuldete Gegenleistung“ i.S.d. § 326 Abs. 4 BGB.

Eine – wenn auch eher wacklige – dogmatische Stütze für die Rückabwicklung nach § 326 Abs. 4 BGB lässt sich gleichwohl konstruieren: Denn auch wenn der Gebührenanspruch bei der unzulässigen Substitution wegen § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ nicht vollständig entsteht: Dem Grunde nach erwirbt der Chefarzt mit Abschluss des Arztzusatzvertrages einen Gebührenanspruch. Zumindest dieser Teil der Gegenleistungspflicht kann nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB mit Zweckerreichung noch erlöschen.

Allerdings ist strenggenommen auch vor diesem Hintergrund die Gegenleistung von vornherein wegen § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ nicht geschuldet und gerade nicht erst wegen § 326 BGB.

Außerdem beweist der Vergleich mit anderen Überzahlungen, dass ihre Rückabwicklung originär bereicherungsrechtliche Aufgabe ist. Wenn beispielsweise auf eine 100€-Verpflichtung 200€ gezahlt werden, wird der überschießende Teil nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB rückabgewickelt. Dies muss erst recht (*a maiore ad minus*) gelten, soweit der überzahlte Anspruch nicht einmal teilweise, sondern bloß dem Grunde nach besteht.

Der überschießende Teil kann auch dann nicht nach § 326 Abs. 4 BGB zurückgefordert werden, wenn später die zugrundeliegende Leistungspflicht unmöglich wird. Denn dann erlischt die Gegenleistungspflicht über § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB in der Höhe, in der sie tatsächlich besteht – im Beispielsfall sind nur die ursprünglichen 100€ nunmehr eine „nach dieser Vorschrift nicht geschuldete Gegenleistung“. Der überschießende Teil der Zahlung war von vornherein nicht geschuldet.

Für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des überschießenden Teils spricht auch, dass andernfalls die bereicherungsspezifischen Wertungen unterlaufen würden: Werden beispielsweise die 200€ im vollen Bewusstsein gezahlt, dass die Verpflichtung lediglich in Höhe von 100€ besteht, ist die Rückforderung nach

²⁹⁷ Siehe dazu S. 29.

§ 814 Alt. 1 BGB ausgeschlossen. Diese Konditionssperre würde umgangen, ließe man über § 326 Abs. 4 BGB auch die Rückforderung des überschießenden Teils zu.

2. Rückabwicklung bei erfolgloser Substitutsbehandlung

Die Honorarzahlung kann unter keinen Umständen nach § 326 Abs. 4 BGB rückabgewickelt werden, wenn die unzulässige Substitutsbehandlung den Behandlungserfolg nicht herbeiführt. Dann tritt nämlich keine Zweckerreichung ein, sodass auch die Gegenleistungspflicht nicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB untergeht.

Diese Erkenntnis lässt das auf § 326 Abs. 4 BGB gestützte Rückabwicklungsmodell der herrschenden Auffassung gleich aus zwei Gründen widersprüchlich erscheinen:

Erstens bestünde dann bei der *erfolglosen* Substitutsbehandlung der Vergütungsanspruch des Chefarztes fort, während er bei *erfolgreicher* Substitutsbehandlung *ipso iure* nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB erlischt.

Zweites würde die Honorarzahlung bei einer *erfolglosen* Substitutsbehandlung womöglich nicht rückabgewickelt, bei einer *erfolgreichen* Substitutsbehandlung demgegenüber nach §§ 326 Abs. 4, 346 BGB schon.

Deswegen soll nachfolgend überprüft werden, ob das Rückabwicklungsmodell der herrschenden Auffassung im Hinblick auf die Honorarzahlung wenigstens konsistent ist und auch die erfolglose Substitutsbehandlung sachgerecht erfasst.

a. Fortbestehen des Vergütungsanspruchs „dem Grunde nach“

Bleibt bei der Substitutsbehandlung der Behandlungserfolg aus, besteht der Vergütungsanspruch aus § 630a Abs. 1 Alt. 2 BGB unverändert fort. Das ist jedoch überhaupt nicht so problematisch, wie es zunächst den Anschein hat:

Auf den ersten Blick muss der Patient entgegen der Wahlleistungsvereinbarung eine – obendrein erfolglose – Substitutsbehandlung bezahlen. Mehr noch, kommt es damit offenkundig zum Bruch mit § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ, der gerade verhindern soll, dass der Patient unzulässige Substitutsbehandlungen vergüten muss.

Allerdings darf man nicht übersehen, dass der Vergütungsanspruch bloß dem Grunde nach fortbesteht; die Anspruchshöhe liegt so lange bei „Null“, bis der Patient die versprochene Chefarztbehandlung erhält. Auch die erfolglose Substitutsbehandlung muss der Patient demzufolge nicht vergüten. Das liegt freilich nicht an § 326 BGB, sondern unmittelbar am Gebührenrecht.

Der fortbestehende Vergütungsanspruch bezieht sich dementsprechend überhaupt nicht auf die unzulässige Substitutsbehandlung; für diese erhält der Chefarzt *keine* wahlärztlichen Gebühren.

Der Vergütungsanspruch bezieht sich vielmehr auf die mangels Zweckerreichung fortwährend geschuldete und noch immer nicht erbrachte Chefarztbehandlung. Der Chefarzt kann sich sein Honorar deswegen weiterhin dadurch verdienen, dass er tatsächlich wahlärztliche Leistungen erbringt.

Das Fortbestehen des Vergütungsanspruchs widerspricht folglich dem Rückabwicklungsmodell der herrschenden Auffassung nicht.

b. Anderweitige Rückabwicklung der Honorarzahlung

Die Rückforderung der Honorarzahlung kann bei der erfolglosen Substitutsbehandlung nicht auf §§ 326 Abs. 4, 346 BGB gestützt werden. Auch das ist allerdings nicht so problematisch, wie es zunächst den Anschein hat:

Der Patient kann sich nämlich durch Rücktritt bzw. Kündigung von der Chefarztbehandlung lösen und bereits gezahltes Honorar nach § 346 Abs. 1 BGB zurückverlangen.

Der Patient hat bei der erfolglosen Substitutsbehandlung die Wahl: Entweder lässt er sich durch den Chefarzt persönlich (freilich ohne erneute Vergütung) behandeln oder er löst sich von der Chefarztbehandlung. Der Patient ist also auch bei der erfolglosen Substitutsbehandlung nicht an die fortwährend geschuldete Chefarztbehandlung gebunden.

In der Praxis dürfte der Chefarzt häufig nach der erfolglosen Substitutsbehandlung einen zweiten Behandlungsversuch ohne erneute Vergütung verweigern, schließlich habe er mit der Substitutsbehandlung doch seine Behandlungspflichten erfüllt. Dann kann der Patient nach Maßgabe des § 323 BGB vom Arztzusatzvertrag zurücktreten und das Honorar nach § 346 Abs. 1 BGB herausverlangen.

Der Patient ist also auch bei erfolgloser Substitutsbehandlung nicht auf das Bereicherungsrecht angewiesen, um das geleistete Honorar zurückzuverlangen. Ein Widerspruch zum Rückabwicklungsmodell der herrschenden Auffassung besteht folglich auch insoweit nicht.

Im Ausnahmefall kann sogar ein Rücktrittsrecht nach § 324 BGB bestehen. Nicht jede unzulässige Substitution führt aber dazu, dass dem Patienten das Festhalten an der Chefarztbehandlung unzumutbar wird. Zwar liegt der Chefarztbehandlung ein besonderes Vertrauensverhältnis zugrunde, allerdings führt nur eine grobe Treuwidrigkeit zur Unzumutbarkeit des weiteren vertraglichen Zusammenwirkens.²⁹⁸ Über die unzulässige Substitution hinaus muss dem Chefarzt eine grobe Nebenpflichtverletzung (zum Beispiel betrügerische Abrechnung) vorgeworfen werden können. Der Regelfall ist das jedenfalls nicht.

Gerade weil der Chefarztbehandlung eine besondere Vertrauensbeziehung zugrunde liegt, kann der Patient den Arztzusatzvertrag jederzeit nach § 627 Abs. 1 BGB auch ohne wichtigen Grund aufkündigen.²⁹⁹ Die Kündigung birgt für den Patienten aber gegenüber dem Rücktritt den Nachteil, dass er zum einen gemäß § 628 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich zur Teilvergütung verpflichtet bleibt und zum anderen bei der Rückabwicklung gemäß § 628 Abs. 1 S. 3 BGB zumindest

²⁹⁸ Vgl. MünchKommBGB/*Ernst*, § 324 BGB Rn. 8.

²⁹⁹ Vgl. BeckOGK/*U. Walter*, § 630b BGB Rn. 42.

dann auf das Bereicherungsrecht angewiesen ist, wenn der Chefarzt die unzulässige Substitution nicht zu vertreten hat.

3. Erfüllung statt Unmöglichkeit

Selbst bei erfolgreicher Substitutsbehandlung muss nicht notwendigerweise Zweckerreichung eintreten. In dem Fall würde die Gegenleistungspflicht des Patienten nicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB erlöschen. Eine Rückabwicklung der Honorarzahlung kann dann in keinem Fall auf § 326 Abs. 4 BGB gestützt werden.

Statt Zweckerreichung könnte nämlich vorrangig Erfüllung eintreten, weil der Chefarzt den Behandlungserfolg selbst – wenn auch nicht eigenhändig – herbeiführt; Unmöglichkeit kann anschließend dann nicht mehr eintreten.

a. Zweckerreichung bei der ärztlichen Behandlungspflicht

Die medizinische Behandlung ist zwar nicht im Sinne einer schuldrechtlichen Verpflichtung auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges gerichtet.³⁰⁰ Gleichwohl ist primärer Zweck der Behandlung die Gesundung des Patienten. Sobald dieses Ziel erreicht wird, verliert die geschuldete ärztliche Tätigkeit ihren Sinn und ist demzufolge rechtlich unmöglich.³⁰¹ Die erfolgreiche Substitutsbehandlung führt deshalb prinzipiell wegen Zweckerreichung zur Unmöglichkeit der anschließenden Chefarztbehandlung.³⁰²

b. Erfüllung bei unzulässiger Stellvertretung

Weil die Zweckerreichung ohnehin bereits im Grenzbereich zur Erfüllung liegt,³⁰³ ist kritisch zu hinterfragen, ob die erfolgreiche Substitutsbehandlung tatsächlich zur Unmöglichkeit der Chefarztbehandlung oder stattdessen zur Erfüllung der Behandlungspflicht führt. Das gilt umso mehr, als der Chefarzt die Zweckerreichung zumindest durch die Anordnung der Substitutsbehandlung letztlich selbst herbeiführt.

Gemäß § 362 Abs. 1 BGB erlischt das Schuldverhältnis, „wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird“. Auf die Vornahme einer Leistungsband-

³⁰⁰ Katzenmeier, NJW 2013, 817, 818 m.w.N.; Bundesregierung, Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.8.2012, BT-Drs. 17/10488, 17; Prütting/J. Prütting/Merrem, § 630a BGB Rn. 2; vgl. schon BGH, 9.12.1974, VII ZR 182/73, BGHZ 63, 306 = NJW 1975, 305, 306; etwas missverständlich insoweit Broglie in: Ehlers/Broglie, Arzthaftungsrecht, 226, dem zufolge der Mediziner „den Erfolg seiner Tätigkeit nicht vertraglich garantieren“ kann; Steffen/Paue, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl. 2013, 57; Becker, RW 2013, 123, 131.

³⁰¹ Lorenz in: Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, Aufl. 21, Rn. 405; Becker, RW 2013, 123, 132.

³⁰² OLG Koblenz, 21.2.2008, 5 U 1309/07, NJW 2008, 1679, 1680; So aber auch OLG Frankfurt a.M., 4.8.2011, 8 U 226/10, MedR 2012, 396, 398; AG Berlin-Charlottenburg, 26.2.1998, 13 C 497/97, r+s 1999, 35, 36; Bender, MedR 2008, 336, 338 f.; Uleer/Miebach/Patt, § 4 GOÄ Rn. 65.

³⁰³ Vgl. zu diesem Aspekt der Zweckstörung Bach, Leistungshindernisse, S. 739 f.; BeckOGK/Looschelders, § 362 BGB Rn. 9.

lung kommt es nach dem Wortlaut von § 362 Abs. 1 BGB nicht an; entscheidend ist, dass der Leistungserfolg bewirkt wird.³⁰⁴ Deshalb kann grundsätzlich jeder die geschuldete Leistung bewirken.

Zumindest die Substitutsbehandlung auf der Grundlage einer unwirksamen Stellvertretungsabrede (unzulässige Stellvertretung) entfaltet gleichwohl *keine* Erfüllungswirkung. Im Hinblick auf die Person des Leistenden macht nämlich § 267 Abs. 1 S. 1 BGB Einschränkungen, demzufolge ein Dritter die Leistung nur dann bewirken kann, wenn „der Schuldner nicht in Person zu leisten“ hat. Die Chefarztbehandlung begründet aber gerade eine persönliche Leistungspflicht.³⁰⁵

Die Behandlung durch einen Stellvertreter im Kernbereich der Leistung kann auch nicht mehr als bloße *Mitwirkung* an der fremden Leistung (nämlich der persönlichen Leistung des Chefarztes) betrachtet werden.

Zwar ist anerkannt, dass auch der persönlich verpflichtete Schuldner sich bei der Leistungsbewirkung der Mitwirkung eines Gehilfen bedienen darf; über deren Reichweite entscheidet die Parteivereinbarung.³⁰⁶ Allerdings erbringt der Stellvertreter den Kernbereich der Behandlung; der Stellvertreter *bewirkt* daher die Leistung.

Ist der Chefarzt also nicht durch eine wirksame Stellvertretungsabrede von seiner persönlichen Leistungsverpflichtung befreit, kann die Substitutsleistung gemäß § 267 Abs. 1 S. 1 BGB die Behandlungspflicht des Chefarztes nicht erfüllen.

c. Erfüllung bei unzulässiger Delegation

Gegenüber der unzulässigen Stellvertretung problematischer ist die Erfüllungswirkung bei der unzulässigen Delegation. Anders als die Stellvertretung beschränkt sich die Delegation nämlich auf den delegierbaren Behandlungsteil. Die delegierte Maßnahme stellt deswegen regelmäßig eine *Mitwirkung* an der Leistung des Chefarztes dar, die nicht von § 267 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen ist.

Überdies betrifft die delegierte Maßnahme den ohnehin vertretbaren Teil der Chefarztbehandlung.³⁰⁷ Der Chefarzt kann sich prinzipiell aussuchen, ob er die Nebenleistungen als wahlärztliche Leistungen nach Maßgabe des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ erbringen und gesondert abrechnen oder stattdessen bloß allgemeine Krankenhausleistungen ohne gesonderte Vergütung erbringen möchte. Das bedeutet, dass auch die unzulässige Delegation zur Erfüllung der Behandlungspflicht des Chefarztes führt.

³⁰⁴ Vgl. MünchKommBGB/Fetzer, § 362 BGB Rn. 2.

³⁰⁵ Siehe dazu ausführlich S. 7 ff.

³⁰⁶ BeckOGK/Krafka, § 267 BGB Rn. 10; BeckOGK/Looschelders, § 362 BGB Rn. 85.2; MünchKommBGB/Krüger, § 267 BGB Rn. 4.

³⁰⁷ Siehe dazu ausführlich S. 23 ff.

Weil dann jedoch die Gegenleistungspflicht des Patienten nicht mehr *ipso iure* nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB erlöschen kann, ist eine Rückforderung der Honorarzahlung im Hinblick auf die unzulässige Delegation ausgeschlossen.

Auch ein Rücktritt vom Arztzusatzvertrag nach § 323 Abs. 1 BGB scheidet dann jedoch aus, weil der Chefarzt seine Behandlungspflicht im Hinblick auf die delegierte Leistung erfüllt hat.

Der Patient kann also das Honorar für die entgegen § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ delegierten Maßnahmen nur auf der Grundlage des Bereicherungsrechts zurückverlangen. Insoweit ist das Rückabwicklungsmodell der herrschenden Auffassung inkonsistent. Es werden von ihm schlicht nicht alle Konstellationen der unzulässigen Substitution erfasst.

4. Aufrechterhaltung der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs. 1 S. 2 BGB

Wenn es sich bei der unzulässigen Substitutsbehandlung um einen Fall der Schlechtleistung handelt, erlischt die Gegenleistungspflicht des Patienten auch bei erfolgreicher Substitutsbehandlung nicht *ipso iure*. Gemäß § 326 Abs. 1 S. 2 BGB bleibt die Gegenleistung im Falle der unbehebaren Schlechtleistung nämlich unberührt.

Bei der erfolgreichen aber unzulässigen Substitutsbehandlung führt § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB zunächst zum Erlöschen der Gegenleistungspflicht. Weil der Chefarzt die Behandlung kein zweites Mal herbeiführen kann, tritt Zweckerreichung ein und die Vergütungspflicht erlischt. Damit kommt es augenscheinlich kraft Gesetzes zu einer (vollständigen) Minderung des wahlärztlichen Vergütungsanspruches. Das Problem ist, dass die Vorschriften über den Behandlungsvertrag kein Recht zur Minderung bei Schlechtleistung kennen. § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB ist insoweit systemwidrig.³⁰⁸ Abhilfe schafft diesbezüglich § 326 Abs. 1 S. 2 BGB, der in Fällen unbehebbarer Schlechtleistung die Vergütungspflicht aufrechterhält. Das gilt auch und gerade für den Behandlungsvertrag.³⁰⁹

Entscheidend ist nun, ob bei der unzulässigen Substitution schon von einer Schlecht- oder noch von einer Nichtleistung des Chefarztes gesprochen werden muss; denn auf letztere fände § 326 Abs. 1 S. 2 BGB angesichts des klaren Wortlautes („im Falle der nicht vertragsgemäßen Leistung“) keine Anwendung.

a. Unzulässige Substitutsbehandlung als Schlechtleistung

Auf den ersten Blick kann die Herbeiführung des Behandlungserfolgs durch den Chefarzt keine *Nichtleistung* darstellen, schließlich ist sogar der bezweckte Erfolg eingetreten. Auf ein Tätigwerden des Chefarztes kommt es insoweit nicht an,

³⁰⁸ *Medicus*, JuS 2003, 521, 526; *Peukert*, AcP (205) 2005, 430, 433; *Fritz*, Schlechtleistung, 102; BGH, 7.3.2002, III ZR 12/01, NJW 2002, 1571, 1572.

³⁰⁹ MünchKommBGB/*Wagner*, § 630a BGB Rn. 93; *Canaris* in: FS Schmidt, 178 ff.; *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages, 393; *Wendeborst*, AcP (206) 2006, 207, 207 ff.; BeckOGK/*Herresthal*, § 326 BGB Rn. 151.

zumal sich bei genauerer Betrachtung ohnehin stets irgendein aktiver Beitrag ausmachen ließe (etwa in Form der Anordnung der Substitutsbehandlung).³¹⁰

Trotz der Gesundung des Patienten lässt sich konstatieren, dass die unzulässige Substitutsleistung eine qualitative Abweichung gegenüber der Wahlleistungsvereinbarung darstellt. Die unzulässige Substitutsleistung weicht von der vertraglich festgelegten Person des Leistungserbringers ab.³¹¹ Deshalb wird die unzulässige Substitutsleistung in der Literatur mitunter als Fall der Schlechtleistung eingestuft.³¹² Die unzulässige Behandlung durch ein Substitut ist danach eine schlechte Chefarztbehandlung.

b. Unzulässige Substitutsbehandlung als Nichtleistung

Auch bei Dienstleistungen kann es jedoch zu einer derart erheblichen Abweichung von der vertraglichen Leistungsvereinbarung kommen, dass nicht mehr die geschuldete Leistung lediglich schlecht, sondern bereits ein aliud erbracht wird: führt die fehlende Eigenschaft dazu, dass die Leistung ihre Funktion überhaupt nicht mehr erfüllen kann, spricht man von einer Nichtleistung.³¹³

Maßgebend ist für die Abgrenzung zwischen Schlecht- und Nichtleistung, welche Funktion der wahlärztlichen Leistung von den Parteien beigemessen wird. Auch wenn durch die unzulässige Substitutsbehandlung der Behandlungserfolg eintritt, vermag sie den mit der wahlärztlichen Leistung verfolgten Zweck nicht zu erreichen. Mit der Wahlbehandlung erkaufte sich der Patient nämlich gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen eine optimierte ärztliche Behandlung.³¹⁴ Das erfordert zwar nicht immer das eigenhändige Tätigwerden des Chefarztes, gleichwohl genügt die Substitutsleistung gemäß der Wahlleistungsvereinbarung grundsätzlich nur, wenn sie auf der Grundlage einer wirksamen Stellvertretungsabrede oder nach den Vorgaben des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ erfolgt. Eine unzulässige Substitutsbehandlung optimiert die Behandlung gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen nach den Vorstellungen der Parteien nicht (deswegen

³¹⁰ *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages, 216.

³¹¹ *Weller*, Persönliche Leistungen, 510, der in diesem Zusammenhang von einer „Leistungsmodalität“ spricht.

³¹² *Weller*, Persönliche Leistungen, 514, dem zufolge der Chefarzt leiste, allerdings schlecht, „weil in Ansehung der Leistungsmodalität der Leistungsperson nicht vertragsgemäß“.

³¹³ *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages, 217; diese Differenzierung vornehmend auch *Hwang*, Minderung beim Dienstvertrag, 124, der eine Schlechtleistung annimmt, „wenn die erbrachten Dienste nicht die zugesagte Eigenschaft haben, aber mindestens zum Vertragszweck noch tauglich sind“.

³¹⁴ OLG Düsseldorf, 16.2.1995, 8 U 33/94, NJW 1995, 2421; Uleer/*Miebach/Patt*, § 4 GOÄ Rn. 54 und 59; *Schulte/Eberz*, MedR 2003, 388, 389, a.A. HK-AKM/*A. W. Bender*, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 113 („Die weit verbreitete Vorstellung der Privatpatienten, sie kämen in den Genuss einer besonders sachkundigen und sorgfältigen ärztlichen Behandlung, die auch der BGH rechtlich aufgegriffen hat, findet im KHEntg und im BGB daher keine Entsprechung“).

ist hierfür auch kein wahlärztliches Honorar geschuldet) und begründet demzufolge eine Nichtleistung.³¹⁵

Es ist auch nicht erforderlich, bei der Chefarztbehandlung die aliud- einer Schlechtleistung gleichzustellen, wie es im Kaufrecht § 434 Abs. 3 Alt. 1 BGB anordnet. Dort soll die Gleichstellung nämlich Abgrenzungsprobleme ausräumen.³¹⁶ Derartige Abgrenzungsprobleme bestehen bei der Substitutsbehandlung jedoch nicht: Erfolgt die Substitutsbehandlung in Übereinstimmung mit einer wirksamen Stellvertretungsabrede und § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ, erhält der Patient eine vertragsgemäße Chefarztbehandlung. Werden die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ hingegen nicht gewahrt, so handelt es sich bei der Substitutsbehandlung um eine Nichtleistung.

5. Sonderfälle der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung

a. Erlöschen des Vergütungsanspruchs durch Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1 BGB

Ausnahmsweise kann der Patient die Wahlleistungsvereinbarung gemäß § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung anfechten, wenn der Krankenhausträger dem Patienten in der Wahlleistungsvereinbarung wider besseren Wissens das Tätigwerden eines ganz bestimmten Chefarztes zusichert, obwohl dessen Verhinderung bereits feststeht.³¹⁷

Dass die Verhinderung des Chefarztes bereits bei Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung feststeht und der Krankenhausträger dies gleichzeitig arglistig verschweigt, dürfte allerdings den absoluten Ausnahmefall darstellen. Von der Beweisbarkeit einmal abgesehen.

Außerdem wäre die Rechtsfolge des § 142 Abs. 1 BGB für den Patienten gar nicht erstrebenswert, weil die Rückabwicklung der Honorarzahlung dann in jedem Fall nach Bereicherungsrecht erfolgt – mit all seinen Schwächen.³¹⁸ Vor allem aber beseitigt die Anfechtung die Haftungsgrundlage für mögliche vertragliche Sekundäransprüche.³¹⁹

b. Honorarzahlung trotz bestehenden Einwands unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB)

Ausnahmsweise ist der Patient bei der Rückabwicklung aber auf § 813 Abs. 1 S. 1 BGB angewiesen: Angesprochen sind Konstellationen, in denen mit dem Patien-

³¹⁵ *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377, 3383 sprechen auch von einer „Abrechnung von Leistungen trotz Nichtleistung“; ähnlich auch *Kubis*, NJW 1989, 1512, 1515.

³¹⁶ BeckOK/*Faust*, § 434 BGB Rn. 109.

³¹⁷ Siehe auch LG Koblenz, 5.9.2007, 10 O 398/06.

³¹⁸ Vgl. *Staudinger/Lorenz*, § 812 BGB Rn. 88; Siehe zu den Schwächen des Bereicherungsrechts S. 83 ff.

³¹⁹ Siehe diesbezüglich auch S. 119 ff.

ten angesichts einer Verhinderung des Chefarztes eine *wirksame* konkrete Stellvertretungsabrede getroffen wird (Dem Patienten wurde also eine freie Entscheidung über sämtliche Alternativen ermöglicht).³²⁰ In dem Fall erfüllt der Chefarzt mit der (zulässigen) Substitutsbehandlung grundsätzlich seine wahlärztliche Behandlungspflicht, sodass die Vergütungspflicht weder durch Rücktritt noch durch § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB erlischt.

Wenn der Patient vor Abschluss der Stellvertretungsabrede aber nicht so früh wie möglich über den Verhinderungsfall und die verschiedenen Optionen (Zuwarten auf den Chefarzt, Stellvertretung oder allgemeine Krankenhausleistung) aufgeklärt wird, steht der chefarztlichen Honorarforderung nach der Rechtsprechung des BGH der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegen.³²¹ Stellt sich die Aufklärungspflichtverletzung erst nach der Honorarzahlung heraus, kann der Patient die Vergütung gemäß § 813 Abs. 1 S. 1 BGB zurückverlangen, weil die Einrede aus § 242 BGB peremptorische Wirkung hat.³²²

II. Schwächen des Bereicherungsrechts bei der Rückabwicklung der Honorarzahlung

Bei der bereicherungsrechtlichen Rückforderung seiner Honorarzahlung sieht sich der Patient mit den spezifischen Schwächen des Bereicherungsrechts konfrontiert. Gegenüber der bereicherungsrechtlichen Rückforderung kann der Empfänger der rechtsgrundlosen Leistung gemäß § 818 Abs. 3 BGB einwenden, die empfangene Leistung in gutem Glauben verbraucht zu haben. Besonders bedeutsam ist bei der unzulässigen Substitution die Kondiktionssperre des § 814 Alt. 1 BGB: Danach ist die Rückforderung ausgeschlossen, „wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war“.

1. Kondiktionssperre bei Honorarzahlung in Kenntnis der Substitution

Es kann Fälle geben, bei denen der Patient nicht einmal bemerkt, dass er überhaupt nicht durch den Chefarzt persönlich behandelt wird, etwa weil er zum Zeitpunkt der Behandlung gar nicht bei Bewusstsein ist. Dann ist die Rückforderung des wahlärztlichen Honorars nicht nach § 814 Alt. 1 BGB ausgeschlossen, wenn sich im Nachhinein die unzulässige Substitution offenbart.

Demgegenüber sind aber Konstellationen vorstellbar, in denen der Patient bemerkt, dass entscheidende Behandlungsschritte nicht durch den Chefarzt persönlich vorgenommen werden. Auch in dem Fall greift noch nicht automatisch die Kondiktionssperre des § 814 Alt. 1 BGB ein, weil der Patient nicht nur um die Substitution an sich wissen, sondern auch die darauf aufbauende Rechtsfolge zu-

³²⁰ Siehe zu den Voraussetzungen der konkreten Stellvertretungsabrede ausführlich S. 65 ff.

³²¹ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 989; Siehe zur Aufklärungspflicht bei konkreten Stellvertretungsabreden ausführlich S. 68.

³²² Vgl. BeckOK/Wendeborst, § 813 BGB Rn. 5.

treffend schlussfolgern muss.³²³ Mit anderen Worten: Der Patient müsste bei der Honorarzahlung wissen, dass er für die unzulässige Substitutsleistung eigentlich kein Chefarzthonorar bezahlen muss. Ein bloßes „Kennenmüssen“ reicht ebenso wenig aus wie Zweifel am Bestehen der Verbindlichkeit.³²⁴ Der Patient muss also über eine positive Rechtsfolgenkenntnis verfügen.

Um von einer positiven Rechtsfolgenkenntnis sprechen zu können, muss der Patient gleichwohl nicht über präzise juristische Kenntnisse verfügen.³²⁵ Angesichts der komplizierten Rechtslage im Hinblick auf § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ wären sonst wohl selbst bei einem juristisch vorgebildeten Patienten Zweifel über das Nichtbestehen des Vergütungsanspruchs kaum einmal ausgeschlossen. Deswegen wird auf eine bloße „Parallelwertung in der Laiensphäre“ abgestellt.³²⁶ Entscheidend ist, dass für einen Laien die Behandlung durch ein Substitut kein wahlärztliches Honorar rechtfertigt. Zum Verhängnis wird dem Patienten an dieser Stelle womöglich, dass ein solcher Schluss bei der Chefarztbehandlung sogar besonders naheliegt, schließlich erkaufte sich der Patient bei der Chefarztbehandlung doch gerade die persönliche Zuwendung des Chefarztes.³²⁷ Die unzulässige Substitutsbehandlung hätte der Patient demgegenüber auch ohne gesonderte Vergütung als allgemeine Krankenhausleistung erhalten. Ein juristisch nicht bewanderter Patient geht deswegen grundsätzlich nicht davon aus, eine wahlärztliche Vergütung auch für diejenigen ärztlichen Leistungen entrichten zu müssen, die gerade nicht der Chefarzt persönlich erbracht hat. Schließlich bezahlt niemand für eine Leistung, die er auch unentgeltlich erhalten könnte.³²⁸ Zwischen zulässiger und unzulässiger Substitution differenziert der Laie jedoch nicht. Das praktische Problem ist am Ende weniger, dass der Patient niemals in der Lage ist, seine Nichtschuld zu erkennen; sie ist ihm nur wegen der Erwartung der Kostenerstattung durch seinen privaten Krankenversicherer oder den Beihilfeträger regelmäßig völlig egal. Insofern besteht eine realistische Gefahr, dass der Patient am Ende weder Kostenerstattung vom Versicherer noch eine Rückerstattung vom Chefarzt erhält, weil die Konditionssperre des § 814 Alt. 1 BGB greift.

Dass der Patient sich insgeheim vorbehält, das Honorar zurückzuverlangen, wenn ihm die Kostenerstattung verweigert wird, genügt für eine teleologische Reduktion von § 814 Alt. 1 BGB nicht. Weil § 814 Alt. 1 BGB als besondere Ausprägung des Grundsatzes des *venire contra factum proprium* gilt, ist die Rückforderung

³²³ Schlegel, Musterverträge im Gesundheitswesen, Nr. 2301 A. Einführung V. Rechtsfolgen einer unwirksamen Wahlleistungsvereinbarung; vgl. allgemein dazu BGH, 7.5.1997, IV ZR 35/96, NJW 1997, 2381, 2382; Staudinger/Lorenz, § 814 BGB Rn. 4.

³²⁴ LG Berlin, 21.5.2001, 6 S 47/00, VersR 2001, 1546; Staudinger/Lorenz, § 814 BGB Rn. 4.

³²⁵ MünchKommBGB/Schwab, § 814 BGB Rn. 16; Staudinger/Lorenz, § 814 BGB Rn. 4.

³²⁶ Vgl. BGH, 13.5.2014, XI ZR 170/13, NJW-RR 2014, 1133, 1135.

³²⁷ Vgl. BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, NJW 1998, 1778, 1779.

³²⁸ Vgl. Kalis, VersR 2002, 23; So auch OLG Oldenburg, 14.12.2011, 5 U 183/11, NJW 2012, 1597, 1598; LG Konstanz, 09.10.2002, 2 O 58/02, VersR 2003, 867; LG Hanau 16.8.1988, 2 S 91/88, NJW 1989, 2335.

entgegen dem Wortlaut zwar *nicht* ausgeschlossen, wenn sich der Leistende durch die Rückforderung mit seiner vorherigen Leistung nicht in Widerspruch setzt.³²⁹ Hierfür muss der Patient aber seine Honorarzahlung *ausdrücklich* unter den Vorbehalt der Rückforderung stellen.³³⁰

Ob darüber hinaus der Patient die unzulässige Substitution durch seine Zahlung in irgendeiner Form rechtsgeschäftlich legitimiert, klärt die Untersuchung an anderer Stelle.³³¹

2. Zurechnung der Kenntnis des Kostenerstatters

Weiß der Patient schon nicht um die Substitution an sich oder kennt er jedenfalls die daran anknüpfende Rechtsfolge nicht, muss er sich gleichwohl entsprechendes Wissen seines Kostenerstatters unter Umständen zurechnen lassen.³³² Das gilt indes nur in dem seltenen Ausnahmefall, dass der Kostenerstatter den Patienten durch direkte Auszahlung an den Chefarzt freistellt, denn nur dann fallen Leistung des Patienten und Kenntnis des Kostenerstatters zeitlich zusammen.³³³ In dem Fall ist eine Wissenszurechnung möglich.³³⁴

Trotzdem trägt der Patient im Hinblick auf die wahlärztliche Vergütung *de facto* kein besonderes Risiko. Denn selbst wenn man seinen eigenen Rückforderungsanspruch gegen den Chefarzt in diesem Falle gemäß § 814 Alt. 1 BGB ausschließt, kann er gleichwohl selbst vom Kostenerstatter nicht in Regress genommen werden: Die Kenntnis des Kostenerstatters schließt nämlich auch in diesem Verhältnis die Rückforderung seinerseits gemäß § 814 Alt. 1 BGB aus. Der Kostenerstatter weiß dann nämlich auch, dass er selbst nicht gemäß § 192 Abs. 1 VVG zum Aufwendungsersatz verpflichtet ist. Der Aufwendungsersatzanspruch hängt schließlich davon ab, dass der Patient gegenüber dem Leistungserbringer tatsächlich zur Vergütung verpflichtet ist.³³⁵ Das ist bei unzulässiger Substitution jedoch gerade nicht der Fall.

³²⁹ Vgl. zu diesen Aspekten *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, 424 („Erfolg [der] Tilgung nicht gewollt, sondern etwas anderes, sei es, daß er schenkungshalber, vergleichshalber, zur Erfüllung einer Anstandspflicht oder um einer verdeckten Gegenleistung willen gezahlt hat. Wenn ihm jetzt dieser Erfolg nicht mehr ausreichend erscheint, so hat die Rechtsordnung kein Interesse daran, die Aenderung seines Willens zu schützen“).

³³⁰ Vgl. MünchKommBGB/*Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 814 BGB Rn. 9.

³³¹ Es handelt sich insoweit nicht um spezifische Schwächen des Bereicherungsrecht; Siehe zur rechtsgeschäftlichen Legitimation der unzulässigen Substitution S. 87 f.

³³² Diese Frage offenlassend BGH, 17.10.2002, III ZR 58/02, NJW 2002, 3772, 3773.

³³³ Vgl. allgemein zum relevanten Zeitpunkt *Schrader*, Wissen im Recht, 193.

³³⁴ Für die Drittleistung allgemein MünchKommBGB/*Schwab*, § 814 BGB Rn. 21; *JurisPK-BGB/Martinek*, 8. Aufl. 2017, § 814 BGB Rn. 24; Für die Stellvertretung allgemein BGH, 5.3.2015, IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = NJW 2015, 1672, 1677 m.w.N.

³³⁵ LG Heidelberg, 21.12.2012, 3 S 16/12, NJOZ 2013, 686, 687; i.E. genauso OLG Köln, 25.8.2008, 5 U 243/07, NJW-RR 2009, 102; Unter Herleitung über die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) und § 49 VVG a.F. LG Köln, 14.10.2009, 23 O 424/08, NJW-RR 2010, 172; *Bach/Moser/Kalix*, § 1 MB/KK Rn. 17 m.w.N.

3. Treuwidrigkeit des Chefarztes

Rechnet der Chefarzt bewusst Behandlungsteile als wahlärztliche Leistung ab, obwohl diese unzulässigerweise von einem Substitut durchgeführt wurden, kann seine Kenntnis gleichwohl nicht eine teleologische Reduktion von § 814 Alt. 1 BGB begründen. Der Telos der Norm wird zwar teilweise zum Anlass genommen, das schutzwürdige Vertrauen des Leistungsempfängers zur Voraussetzung zu erheben.³³⁶ Eine teleologische Reduktion der Vorschrift muss jedoch ausscheiden.³³⁷ Nicht nur findet die gemachte Einschränkung keinerlei Stütze im Wortlaut, sie überschreitet auch die *ratio legis*. Letztlich begibt sich der Leistende aus freien Stücken der einfachen Selbstschutzmöglichkeit der Leistungsverweigerung.³³⁸ Wenn der Leistende anschließend doch den Schutz der Gerichte sucht, setzt er sich zu seinem Vorverhalten in Widerspruch.³³⁹ Außerdem würde das „Vorliegen der Kenntnis durch [...] Wertungselemente angereichert“,³⁴⁰ was die an dieser Stelle ohnehin komplizierte Rechtsanwendung unnötig erschwert.

4. Zwischenergebnis

Zahlt der Patient das wahlärztliche Honorar, obwohl er weiß, dass er nicht durch den Chefarzt persönlich behandelt wurde, steht der Rückforderung regelmäßig § 814 Alt. 1 BGB entgegen. In dem Fall liegt nämlich für den juristisch nicht vorgebildeten Patienten nahe, dass er auch keine wahlärztliche Vergütung schuldet. Zwischen unzulässiger und zulässiger Substitution unterscheidet der Laie typischerweise nicht. Mit der Zahlung geht der Patient also ein erhebliches Risiko dahingehend ein, am Ende weder Kostenerstattung noch eine Rückzahlung zu erhalten.

III. Honorarzahlung in Kenntnis der Substitution

Abgesehen vom Ausschluss bereicherungsrechtlicher Ansprüche nach § 814 Alt. 1 BGB bewirkt die Honorarzahlung in Kenntnis der Substitution *keine* Legitimation der unzulässigen Substitutionsbehandlung. Dass der Patient mit der Zahlung regelmäßig sein fehlendes Interesse an der unzulässigen Substitution zum Ausdruck bringt, ist rechtsgeschäftlich unbeachtlich.

³³⁶ *Schrader*, Wissen im Recht, 194; in diese Richtung auch BGH, 7.5.1997, IV ZR 35/96, NJW 2381, 2382; Erman/*Buck-Heeb*, § 814 BGB Rn. 1; BGH, 18.1.1979, VII ZR 165/78, BGHZ 73, 202 = NJW 1979, 763, 764.

³³⁷ So auch *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 160 f., wonach die Norm „nicht auf den Gedanken des Vertrauensschutzes zurückzuführen“ sei; *Staudinger/Lorenz* 2007, § 814 BGB Rn. 2; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 187; *JurisPK-BGB/Martinek*, 8. Aufl. 2017, § 814 BGB.

³³⁸ *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 161.

³³⁹ *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 161.

³⁴⁰ Was sogar *Schrader* anerkennt, vgl. *Schrader*, Wissen im Recht, 194.

1. Konkludente Änderung der Wahlleistungsvereinbarung

Durch die Honorarzahlung wird nicht etwa die Wahlleistungsvereinbarung nachträglich konkludent geändert. Gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 KHEntgG sind Wahlleistungen nämlich „vor der Erbringung schriftlich zu vereinbaren“. Dies muss auch für eine wesentliche Inhaltsänderung gelten.³⁴¹

2. Schuldanerkenntnis

In Betracht kommt demgegenüber, dass der Patient mit der Zahlung die wahlärztliche Vergütungspflicht anerkennt. Zu unterscheiden sind insoweit das abstrakte und das kausale Schuldanerkenntnis:

Ob die Zahlung auf die Substitutsleistung den Willen des Patienten zum Ausdruck bringt, in Gestalt eines abstrakten Schuldanerkenntnisses einen neuen Rechtsgrund zu schaffen, kann dahinstehen, da jedenfalls das Schriftformerfordernis des § 781 S. 1 BGB entgegenstehen dürfte.³⁴²

Der Bezahlung einer Rechnung ohne Einwendungen kann prinzipiell der Wille zum Abschluss eines auf ein kausales Schuldanerkenntnis gerichteten Vertrages entnommen werden.³⁴³ Das Schriftformerfordernis des § 781 S. 1 BGB greift für derartige kausale Schuldanerkenntnisse zwar nicht.³⁴⁴ Es genügt grundsätzlich, dass der objektive Zahlungsempfänger gemäß den §§ 133, 157 BGB den Willen des Patienten erkennen darf, „das Schuldverhältnis dem Streit oder der Ungewißheit [zu] entziehen“. ³⁴⁵ Selbst wenn man der Zahlung aber diesen Erklärungswert beimisst, stehen der Einordnung als kausales Schuldanerkenntnis systematische Bedenken entgegen: In dem Fall wäre der Patient mit dem Einwand der unzulässigen Substitution präkludiert. § 4 Abs. 2 GOÄ hinge dementsprechend vom Willen der Parteien ab, sodass der zwingende Charakter dieser Norm ausgehöhlt würde. Im Hinblick auf zwingendes Recht ist ein kausales Schuldanerkenntnis deshalb ausgeschlossen.³⁴⁶

3. Annahme der unzulässigen Substitutsleistung an Erfüllung statt

Durch die Zahlung bringt der Patient auch nicht i.S.d. § 364 Abs. 1 BGB zum Ausdruck, die unzulässige Substitutsleistung an Erfüllung statt anzunehmen. Ein auf die Annahme an Erfüllung statt gerichteter Vertrag ist zwar grundsätzlich

³⁴¹ Vgl. zur Formbedürftigkeit der Inhaltsänderung *Kubis*, NJW 1989, 1512, 1514.

³⁴² Verneinend jedoch *Haberstroh*, VersR 1999, 8.

³⁴³ BGH, 11.7.1995, X ZR 42/93, NJW 1995, 3311, 3312 m.w.N.; für die Chefarztbehandlung gleichwohl kritisch OLG Braunschweig, 25.9.2013, 1 U 24/12, MedR 2014, 891, 893 („Ein solches Erklärungsbewusstsein wird ein Patient auch generell bei Vornahme der Zahlung nicht haben“); *Bergmann*, MedR 2014, 894, 895 („Wenn für den Patienten die Behandlung nur durch einen bestimmten Arzt so wesentlich war [...], begleicht er nicht ohne Vorbehalt die Rechnung“).

³⁴⁴ BeckOK/*Gehrlein*, § 781 BGB Rn. 2; MünchKommBGB/*Habersack*, § 781 BGB Rn. 4.

³⁴⁵ Vgl. *Haberstroh*, VersR 1999, 8.

³⁴⁶ Vgl. dazu Haas, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, 104, der zufolge „einer Feststellung insbesondere solche Rechtssätze entzogen [sein], welche zwingendes Recht enthalten“.

auch nach Bewirken der Leistung noch denkbar,³⁴⁷ jedoch entfällt zumindest nach dem herrschenden Rückabwicklungsmodell bereits mit Behandlungsdurchführung die Leistungspflicht des Chefarztes nach § 275 Abs. 1 BGB *ipso iure* und mit ihr nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB auch die Gegenleistungspflicht.³⁴⁸ Damit erhält die zeitlich nachfolgende Zahlung keine Legitimierungswirkung mehr.

Daneben sprechen auch schon systematische Gründe gegen eine legitimierende Wirkung der Zahlung: Die Drittleistung wirkt nur dann als Erfüllungssurrogat, wenn sich die Abweichung von der geschuldeten Leistung nicht darin erschöpft, dass „die Person des Leistenden geändert wird“.³⁴⁹ In diesen Fällen sind nämlich die §§ 267, 362 BGB *leges speciales*.³⁵⁰ Das gilt auch beim dieser Arbeit zugrundeliegenden Rückabwicklungsmodell.

B. Rückabwicklung der ärztlichen Behandlung

Der Patient schuldet für die unzulässige Substitutsbehandlung kein wahlärztliches Entgelt, weil er statt der versprochenen wahlärztlichen Leistung lediglich ein aliud erhält.³⁵¹ Dann ist der Patient womöglich im Ergebnis ungerechtfertigt bereichert, schließlich kann sich die nicht geschuldete Substitutsbehandlung für den Patienten als durchaus vorteilhaft erweisen; vor allem die erfolgreiche Substitutsbehandlung. Dann stellt sich die Frage, ob der Patient für die unzulässige Substitutsbehandlung bereicherungsrechtlich Wertersatz leisten muss.

I. Unzulässige Substitutsbehandlung als Bereicherungsgegenstand

Unabhängig davon, ob die Behandlung erfolgreich verläuft oder nicht, erlangt der Patient durch die ärztliche Zuwendung „etwas“ i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB. Obwohl der Behandlungserfolg ausbleibt, erlangt der Patient zumindest die Chance auf Heilung. Das deckt sich auch mit dem Umstand, dass die Pflicht zur medizinischen Behandlung prinzipiell bloß auf die ärztliche Tätigkeit und nicht auf den Behandlungserfolg gerichtet ist.³⁵² Weil es sich um einen nicht gegenständlichen Vorteil handelt, erfolgt die Herausgabe gemäß § 818 Abs. 2 BGB im Wege des Wertersatzes.³⁵³

Für die Qualifikation als Bereicherungsgegenstand ist weiterhin unerheblich, ob die unzulässige Substitutsbehandlung inhaltlich über die allgemeinen Krankenhausleistungen hinausgeht. Der Patient erlangt auch dann „etwas“ i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn er lediglich durch den diensthabenden Arzt behandelt wird. Diese Unterscheidung ist allenfalls für den Anspruchsumfang bedeutsam.

³⁴⁷ BeckOGK/Looschelders, § 364 BGB Rn. 19.

³⁴⁸ Siehe zum Rückabwicklungsmodell ausführlich S. 73 ff.

³⁴⁹ BeckOGK/Looschelders, § 364 BGB Rn. 17.

³⁵⁰ Staudinger/Olzen, § 364 BGB Rn. 30.

³⁵¹ Siehe zur Abgrenzung zur Schlechtleistung ausführlich S. 80 ff.

³⁵² Vgl. Becker, RW 2013, 123, 131.

³⁵³ Vgl. BeckOK/Wendehorst, § 818 BGB Rn. 20.

II. *Leistungskondition des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB*

Für die unzulässige Substitutsbehandlung schuldet der Patient aber gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB nur dann Wertersatz, wenn er sie „durch die Leistung eines anderen [...] ohne rechtlichen Grund erlangt“. Schwierigkeiten bereitet insoweit, dass an der unzulässigen Substitutsbehandlung gleich mehrere Personen beteiligt sind. Einerseits das Substitut, das die Behandlungsleistungen eigenhändig erbringt, auf der anderen Seite aber auch der Chefarzt und der Krankenhausträger, die beide Schuldner der Behandlungsleistungen sind.³⁵⁴

1. Eigene Leistung des Substituts

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist die bereicherungsrechtliche Leistung jede „bewußte und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens“.³⁵⁵ Das Substitut wendet dem Patienten die medizinische Behandlung zwar tatsächlich und bewusst zu. Zur bereicherungsrechtlichen Leistung wird eine Zuwendung jedoch erst durch Bezugnahme auf ein bestimmtes Schuldverhältnis.³⁵⁶ Erst die einseitige Tilgungsbestimmung stellt diesen Zusammenhang her.³⁵⁷ Das Substitut verfolgt jedoch gegenüber dem Patienten keinen eigenen Tilgungszweck, sondern will mit seinem Tätigwerden lediglich die Erfüllung eigener Verbindlichkeiten gegenüber seinem Arbeitgeber, dem Krankenhausträger, bewirken. Zwischen ihm und dem Patienten besteht kein Rechtsverhältnis, respektive Behandlungsvertrag, auf den das Substitut *solvendi causa* leisten würde. Es reicht grundsätzlich auch aus, dass der Anspruchsteller die Vorteilserlangung des Anspruchsgegners „zurechenbar veranlasst“, etwa weil er zur Erbringung einer Dienstleistung einen weisungsabhängigen Dritten bemüht.³⁵⁸ Das Substitut wird demnach als bloßer Leistungsmittler des Anweisenden tätig und erbringt gegenüber dem Patienten im Zuwendungsverhältnis die Behandlungsleistungen.

2. Rechtsgrundlose Leistung des Chefarztes

Der Chefarzt ist durch die Wahlleistungsvereinbarung und den Arztzusatzvertrag grundsätzlich zur persönlichen Behandlung verpflichtet. Ausnahmsweise genügt zur Erfüllung der wahlärztlichen Verbindlichkeit sogar der Einsatz eines Substituts, wenn die Wahlleistungsvereinbarung eine wirksame Stellvertretungsabrede enthält oder die Grenzen der verantwortlichen Delegation nach § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ gewahrt bleiben. Durch die unzulässige Substitutsbehandlung wird die wahlärztliche Behandlungspflicht indes nicht erfüllt.³⁵⁹ Die nicht geschuldete

³⁵⁴ BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778, 1779.

³⁵⁵ BGH, 24.2.1972, VII ZR 207/70, BGHZ 58, 184 = NJW 1972, 864, 865 m.w.N.

³⁵⁶ Lorenz, JuS 2003, 729, 732.

³⁵⁷ Lorenz, JuS 2003, 729, 730; BeckOK/Wendeborst, § 812 BGB Rn. 47.

³⁵⁸ BeckOK/Wendeborst, § 812 BGB Rn. 45.

³⁵⁹ Siehe dazu S. 77 ff.

Substitutsbehandlung erlangt der Patient deswegen im Verhältnis zum Chefarzt nur als rechtsgrundloses aliud.

Auf einen Rechtsgrund im Verhältnis zum Chefarzt kommt es jedoch nicht an, weil der Patient die unzulässige Substitutsbehandlung gar nicht durch eine Leistung des Chefarztes erlangt. Dass der Chefarzt die Substitutsbehandlung anordnet, um seine wahlärztlichen Pflichten zu erfüllen, ist nämlich unerheblich. Auf den inneren Willen des Leistenden kommt es schlicht nicht an.³⁶⁰ Maßgebend ist allein, welcher Erklärungswert der Zuwendung aus Sicht eines objektiven Leistungsempfängers zukommt.³⁶¹ Der Tilgungswille muss deswegen auch nach außen treten. Für einen objektiven Leistungsempfänger in der Position des Patienten stellt sich die Substitutsbehandlung hingegen nicht als Tilgungsversuch des Chefarztes im Hinblick auf seine wahlärztlichen Verpflichtungen dar, wenn sie entgegen der Vorgaben der Wahlleistungsvereinbarung erfolgt.

3. Allgemeine Krankenhausleistung durch den Krankenhausträger

Wird der Patient entgegen der Wahlleistungsvereinbarung durch ein Substitut behandelt, lassen sich die ärztlichen Leistungen für den objektiven Leistungsempfänger nicht mehr von den allgemeinen Krankenhausleistungen unterscheiden. Diese erwartet der Patient aber typischerweise als Leistung des Krankenhausträgers. Das gilt umso mehr, als der Krankenhausträger bei Abschluss einer Wahlleistungsvereinbarung durch den totalen Krankenhausaufnahmevertrag zur stationären Behandlung des Patienten verpflichtet bleibt. Der Patient möchte die wahlärztlichen Leistungen des Chefarztes lediglich „hinzukaufen“.³⁶² Deswegen liegt auch in der unzulässigen Substitutsbehandlung regelmäßig eine bereicherungsrechtliche Leistung des Krankenhausträgers. Auf die Besonderheiten der Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrags wird die Untersuchung an anderer Stelle eingehen.³⁶³

Auch der BGH erfasst prinzipiell wahlärztliche Leistungen als bereicherungsrechtliche Leistung des Krankenhausträgers zumindest dann, wenn die Wahlleistungsvereinbarung aus formellen Gründen unwirksam ist: Die ärztliche Behandlung werde dann nicht „auf vertragsloser Grundlage“, sondern „im Rahmen des an sich wirksam [sic] (totalen) Krankenhausvertrags erbracht[...]“.³⁶⁴ Aus der eigentlich sogar wahlärztlichen Leistung kann demzufolge eine allgemeine Krankenhausleistung werden. Das muss erst recht (*a maiore ad minus*) für die unzulässige

³⁶⁰ Lorenz, JuS 2003, 729, 731.

³⁶¹ Lorenz, JuS 2003, 729, 731.

³⁶² BGH, 22.12.1992, VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 = NJW 1993, 779, 780;

Uleer/Miebach/Patt, § 17 KHEntG Rn. 68 („In der Regel dürfte daher ein totaler Krankenhausaufnahmevertrag zustande kommen, der sich sowohl auf die allgemeinen Krankenhausleistungen als auch auf die Wahlleistungen bezieht“).

³⁶³ Siehe zum gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag ausführlich S. 161 ff.

³⁶⁴ BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778, 1780; Zustimmung LG Berlin, 21.5.2001, 6 S 47/00, VersR 2001, 1546.

Substitutsleistung gelten. Davon werden auch etwaige Qualitätsüberschüsse durch die (wenn auch unzureichende) Mitwirkung durch spezialisierte Oberärzte oder den Chefarzt selbst erfasst.³⁶⁵ Wird die Behandlungsleistung entgegen der Wahlleistungsvereinbarung durch ein Substitut erbracht, verliert sie ihren Bezug zur wahlärztlichen Behandlungspflicht des Chefarztes. Die unzulässige Substitutsleistung wirkt also nicht nur für den objektiven Leistungsempfänger wie eine allgemeine Krankenhausleistung, sie ist eine allgemeine Krankenhausleistung.

Die unzulässige Substitutsleistung erlangt der Patient als allgemeine Krankenhausleistung des Krankenhausträgers im Rahmen des totalen Krankenhausaufnahmevertrags. In diesem Verhältnis erfolgt die Leistung daher nicht rechtsgrundlos. Als allgemeine Krankenhausleistung wird die unzulässige Substitutsbehandlung damit über die Fallpauschalen vergütet.³⁶⁶ Die gesonderte Vergütung an den Wahlarzt zahlt der Patient nämlich zusätzlich zu den Fallpauschalen, die er gegenüber dem Krankenhausträger entrichtet.³⁶⁷ Deswegen ist der Patient nicht ungerechtfertigt bereichert. Für die unzulässige Substitutsbehandlung muss der Patient keinen Wertersatz leisten.

C. Zusammenfassung

Zahlt der Patient trotz unzulässiger Substitution das wahlärztliche Honorar, dann in aller Regel nur deshalb, weil er von seinem privaten Krankenversicherer oder Beihilfeträger Kostenerstattung erwartet. Den Schaden trägt dann nämlich ein anderer. Verweigert der Kostenerstatter dann den Aufwendungsersatz unter Verweis auf die unzulässige Substitution, muss sich der Patient an den Chefarzt halten und von diesem das Honorar zurückfordern.

Die bislang ganz herrschende Meinung stützt die Rückabwicklung der Honorarzahlung auf die §§ 326 Abs. 4, 346 BGB.³⁶⁸ Mit der erfolgreichen Substitutsbehandlung trete Zweckerreichung ein und damit erlösche die Gegenleistungspflicht des Patienten gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB *ipso iure*. Der Patient bewirke folglich durch die Honorarzahlung eine „nach dieser Vorschrift nicht geschuldete Gegenleistung“ i.S.d. § 326 Abs. 4 BGB.

³⁶⁵ Vgl. zum Fall nichtiger Wahlleistungsvereinbarungen LG Berlin, 21.5.2001, 6 S 47/00, VersR 2001, 1546.

³⁶⁶ Vgl. HK-AKM/Bender, „Wahlleistungen“, Nr. 5485, Rn. 325; In diese Richtung auch Dayal, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 73 Fn. 228 („[...] ob sie nicht als allgemeine Krankenhausleistungen angesehen werden müssen, mit der Folge, dass sie bereits durch die Zahlung der Pflegesätze abgegolten sind“).

³⁶⁷ Vgl. zur Vergütung der stationären Leistungen Griebau in: Saalfrank, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 5 Rn. 145.

³⁶⁸ Siehe auch OLG Karlsruhe, 20.2.1987, 15 U 160/86, NJW 1987, 1489; OLG Koblenz, 21.2.2008, 5 U 1309/07, NJW 2008, 1679, 1680; OLG Frankfurt a.M., 4.8.2011, 8 U 226/10, MedR 2012, 396, 398; LG Konstanz, 09.10.2002, 2 O 58/02, VersR 2003, 867; AG Berlin-Charlottenburg, 26.2.1998, 13 C 497/97, r+s 1999, 35, 36; Bender, MedR 2008, 336, 339; Uleer/Miebach/Patt, § 4 GOÄ Rn. 65; Dayal, Der Wahlärztliche Vergütungsanspruch, 39.

Richtigerweise muss die Rückabwicklung stattdessen jedoch unmittelbar auf das Bereicherungsrecht gestützt werden – mit all seinen Schwächen.

Das liegt in erster Linie daran, dass bei unzulässiger Substitutsbehandlung der Chefarzt von vornherein keinen Anspruch auf die wahlärztliche Vergütung hat. Damit erbringt der Patient gerade keine Leistung, die „nach dieser Vorschrift“, also nach § 326 BGB, nicht geschuldet ist.

Ein wahlärztlicher Honoraranspruch gelangt nämlich überhaupt nicht zur Entstehung, weil der Höhe nach der Gebührenanspruch zunächst bei Null liegt. Erst durch die Leistungserbringung im Sinne des Gebührenrechts, wird der Gebührenanspruch ausgefüllt. Für unzulässige Substitutsbehandlungen sieht das Gebührenrecht jedoch gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ ausdrücklich *keine* Vergütung vor.

Im Hinblick auf die bereicherungsrechtlichen Schwächen droht dem Patienten bei der Rückforderung eine Konditionssperre nach § 814 Alt. 1 BGB. Für eine Leistung in Kenntnis der Nichtschuld muss der Patient zwar prinzipiell nicht nur von der Substitution an sich Kenntnis haben, sondern daraus auch das Nichtbestehen der Vergütungspflicht folgern. Allerdings liegt für einen juristisch nicht vorgebildeten Patienten nahe, dass eine Leistung, die nicht durch den Chefarzt persönlich erbracht wird, auch nicht gesondert vergütet werden muss. Der Laie differenziert nicht zwischen zulässiger und unzulässiger Substitution.

Bezogen auf die unzweifelhaft – wenn auch nicht durch den Chefarzt – erbrachten ärztlichen Leistungen ist der Patient unter keinen Umständen zum Wertersatz verpflichtet. Insoweit empfängt der Patient nämlich gar keine Leistung *des Chefarztes*. Für einen objektiven Leistungsempfänger in der Position des Patienten vermittelt die unzulässige Substitutsbehandlung nicht den Eindruck, als versuche der Chefarzt mit ihr seine wahlärztliche Behandlungspflicht zu erfüllen. Wird der Patient entgegen der Wahlleistungsvereinbarung durch ein Substitut behandelt, lässt sich die ärztliche Leistung nicht mehr von den allgemeinen Krankenhausleistungen unterscheiden. Für den objektiven Leistungsempfänger stellt sich die unzulässige Substitutsbehandlung deswegen als allgemeine Krankenhausleistung dar, die der Patient allein vom Krankenhausträger erwartet. Der Krankenhausträger bleibt schließlich trotz der Wahlleistungsvereinbarung zur Erbringung der Behandlungsleistungen verpflichtet. Die wahlärztlichen Leistungen werden demgegenüber lediglich „hinzugekauft“. Die unzulässige Substitutsbehandlung begründet demzufolge eine bereicherungsrechtliche Leistung des Krankenhausträgers. Die unzulässige Substitutsbehandlung wird insoweit jedoch im Rahmen des totalen Krankenhausaufnahmevertrags und damit nicht rechtsgrundlos erbracht. Als allgemeine Krankenhausleistung wird die unzulässige Substitutsbehandlung insofern über die Fallpauschalen abgegolten.

§ 7 Darlegung und Beweis der unzulässigen Substitution

Für die unzulässige Substitutsbehandlung muss der Patient in keinem Fall ein wahlärztliches Honorar entrichten. Verweigert der Patient die Zahlung oder umgekehrt der Chefarzt die Rückerstattung, hängt der Erfolg einer Klage mitunter davon ab, wer die unzulässige Substitution darlegen und beweisen muss: In Betracht kommt diesbezüglich einerseits der Chefarzt im Hinblick auf die Erbringung einer wahlärztlichen Leistung. Andererseits muss womöglich umgekehrt der Patient nachweisen, bloß eine aliud-Leistung erhalten zu haben. Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für den Umstand der unzulässigen Substitution ist daher Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

Für den Patienten ist der Nachweis der unzulässigen Substitution schon deswegen erschwert, weil nicht jede Substitutsbehandlung eine aliud-Leistung darstellt. Stattdessen kann die Wahlleistungsvereinbarung selbst die Delegation von Nebenleistungen oder die Stellvertretung zulassen. Der Patient müsste demzufolge nicht nur nachweisen, dass er lediglich durch ein Substitut behandelt wurde, sondern darüber hinaus auch, dass diese Substitutsbehandlung den Anforderungen der Wahlleistungsvereinbarung nicht genügt. Gerade letzteres erweist sich für den Patienten gewöhnlich als erhebliche Hürde.

Für eine verantwortliche Delegation ist beispielsweise die eigenverantwortliche Mitwirkung des Chefarztes erforderlich; der Chefarzt muss hierzu den Delegaten medizinisch instruieren und während der gesamten Behandlung jederzeit erreichbar sein, um dessen Leistung gesondert in Rechnung stellen zu dürfen.³⁶⁹ Für die Wirksamkeit einer abstrakten Stellvertretungsabrede kommt es zum Beispiel darauf an, dass die Verhinderung des Chefarztes nicht von vornherein feststand.³⁷⁰

Die unzulässige Substitution bezieht sich dementsprechend auf Umstände, die für den Patienten erheblich schwieriger aufzuklären sind, als für den Chefarzt. Es lässt sich insoweit ein Informationsgefälle konstatieren.³⁷¹

Treffend beschreibt das Dilemma des Patienten *Franzkei*, der ihn bei der Aufklärung des genauen Behandlungsverlaufs einer „Mauer des Schweigens“ gegenüberübersieht.³⁷² Die nachfolgende Untersuchung soll deswegen klären, ob die ungleichen Aufklärungsmöglichkeiten bei der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast berücksichtigt werden können und müssen.

³⁶⁹ Siehe zu den Delegationsvoraussetzungen ausführlich S. 31 ff.

³⁷⁰ Siehe zu den Vertretungsvoraussetzungen ausführlich S. 50 ff.

³⁷¹ Vgl. *Rosenberger* in: FS Jaeger, 97; BeckOF Medizinrecht/*Jorzig*, 2.1.14.1 Rn. 1.

³⁷² *Franzkei*, Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß, 32, der die Metapher zum Arzthaftungsprozess verwendet.

A. Vergütungsanspruch des Chefarztes

Verweigert der Patient die wahlärztliche Vergütung der Substitutsbehandlung, muss der Chefarzt das Honorar gerichtlich geltend machen. Dabei muss er die anspruchsbegründenden Voraussetzungen und der Patient umgekehrt einwendungsbegründende Voraussetzungen darlegen und beweisen.³⁷³

I. Vergütungsanspruch dem Grunde nach

Im Ergebnis unproblematisch besteht der wahlärztliche Vergütungsanspruch jedenfalls dem Grunde nach: Angesichts der schriftlichen Wahlleistungsvereinbarung (vgl. § 17 Abs. 2 S. 1 KHEntgG) ist in aller Regel nämlich unstreitig, dass mit dem Patienten eine wahlärztliche Vergütung der Behandlung vereinbart wurde.

Dieser Vergütungsanspruch erlischt mit der unzulässigen Substitution auch nicht schon unmittelbar nach § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ. Vielmehr bezieht sich der Vergütungsanspruch auf die dann fortwährend geschuldete und angesichts der aliud-Leistung immer noch nicht erbrachte Chefarztbehandlung.³⁷⁴

Der fortbestehende Vergütungsanspruch erlischt mit der herrschenden Auffassung indes nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB, wenn die Substitutsbehandlung erfolgreich verläuft und daher Zweckerreichung eintritt. Andernfalls könne der Patient den Vergütungsanspruch zumindest durch Rücktritt bzw. Kündigung vernichten. Für diese Einwendungen trägt jedoch der Patient die Darlegungs- und Beweislast.

II. Anspruchshöhe „Null“

Obwohl der Vergütungsanspruch dem Grunde nach auch bei unzulässiger Substitution fortbesteht, muss der Chefarzt das Erbringen einer wahlärztlichen Leistung darlegen und beweisen.³⁷⁵ Der Anspruchsumfang liegt nämlich bis zur Erbringung einer wahlärztlichen Leistung bei „Null“. Für die unzulässige Substitutsbehandlung darf der Chefarzt ausweislich § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ gerade keine Gebühren berechnen. Das gilt auch für die Behandlung durch einen Stellvertreter, soweit ihr keine wirksame Stellvertretungsabrede zugrunde liegt.³⁷⁶ Seine Bedeutung für die Beweislast verdeutlicht bereits die positive Formulierung von § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ, demzufolge der Chefarzt Gebühren *nur* für selbständige ärztliche Leistungen berechnen, die er selbst erbracht hat oder die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden (eigene Leistungen)“.

³⁷³ Vgl. bereits *Rosenberg*, Beweislast, 12.

³⁷⁴ Siehe hierzu schon S. 75 f.

³⁷⁵ Ohne nähere Begründung so auch *Dayal*, Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 181 f.; Ebenso *Kienzle* in: Spaetgens, Persönliche Leistungserbringung, 178; vgl. allgemein zum ärztlichen Vergütungsanspruch *Wendt*, Ärztliche Dokumentation, 217.

³⁷⁶ Siehe hierzu schon S. 73 f. und S. 47 ff.

Erst wenn der Chefarzt an den delegierten Leistungen eigenverantwortlich mitwirkt, indem er den Delegaten medizinisch instruiert und während der Behandlung jederzeit erreichbar bleibt, schuldet der Patient eine gesonderte Vergütung.³⁷⁷ Diesbezüglich trifft die Darlegungs- und Beweislast den Chefarzt. Daneben ist auch die Behandlung durch einen Stellvertreter (nur dann) gesondert zu vergüten, wenn mit dem Patienten eine wirksame Stellvertretungsabrede getroffen wurde.³⁷⁸ Der Chefarzt muss daher gegebenenfalls darlegen bzw. beweisen, dass seine Verhinderung bei Abschluss der Stellvertretungsabrede nicht bereits feststand.

B. Rückabwicklung der Honorarzahlung

Vielfach zahlt der Patient das wahlärztliche Honorar trotz unzulässiger Substitution, weil er ohnehin Kostenerstattung durch einen privaten Krankenversicherer oder Beihilfeträger erwartet. Verweigern dann sowohl der Kostenerstatter den Aufwendungsersatz als auch der Chefarzt die Rückerstattung des Honorars, muss der Patient klagen. Im Prozess um die Rückerstattung des Honorars muss grundsätzlich der Patient die anspruchsbegründenden Voraussetzungen und der Chefarzt umgekehrt einwendungsbegründende Voraussetzungen darlegen und beweisen.³⁷⁹

I. Beweisrechtliche Ausgangssituation

1. Herrschendes Rückabwicklungsmodell

In konsequenter Umsetzung des herrschenden Rückabwicklungsmodells ist für die Bewertung der Darlegungs- und Beweislast bei der unzulässigen Substitutionsbehandlung danach zu unterscheiden, ob der Behandlungserfolg eingetreten ist, weil davon auch die jeweiligen Anspruchsgrundlagen für die Rückforderung und die Einwendungen abhängen.

a. Rückabwicklung bei erfolgloser, unzulässiger Substitutionsbehandlung

Führt die unzulässige Substitutionsbehandlung nicht zur Gesundung des Patienten, bestehen sowohl die Vergütungspflicht des Patienten als auch die Behandlungspflicht des Chefarztes zunächst unverändert fort. Dem Vergütungsanspruch des Chefarztes kann der Patient zwar gemäß § 320 Abs. 1 BGB die Einrede des nicht-erfüllten Vertrages entgegenhalten. Mit dieser Begründung erhält der Patient das bereits geleistete Honorar indes nicht zurück, weil § 813 Abs. 1 S. 1 BGB das Bestehen einer dauernden Einrede voraussetzt und § 320 BGB seiner Natur nach lediglich vorübergehend ist.

³⁷⁷ Siehe zu den Delegationsvoraussetzungen ausführlich S. 33 ff.

³⁷⁸ Siehe zu den Vertretungsvoraussetzungen ausführlich S. 54 ff.

³⁷⁹ Vgl. bereits *Rosenberg*, Beweislast, 12.

Der Patient kann gleichwohl das Honorar gemäß § 346 Abs. 1 BGB herausverlangen, wenn der Chefarzt die fortwährend geschuldete und noch immer nicht erbrachte Chefarztbehandlung ohne erneute Vergütung ablehnt. Gemäß § 323 Abs. 1 BGB kann der Gläubiger nämlich bei Nichtleistung des Schuldners vom Vertrag zurücktreten. Mit der unzulässigen Substitutsbehandlung erlangt der Patient lediglich ein aliud.³⁸⁰ Weil die Nichtleistung den Rückzahlungsanspruch aus § 346 Abs. 1 BGB begründet, trägt nach allgemeinen Grundsätzen der Patient die Darlegungs- und Beweislast.³⁸¹

b. Rückabwicklung bei erfolgreicher, unzulässiger Substitutsbehandlung

Ist die unzulässige Substitutsbehandlung erfolgreich verlaufen, kann der Patient das gezahlte Honorar nach den §§ 326 Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB zurückverlangen. Gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB erlischt nämlich die Vergütungspflicht, wenn die Chefarztbehandlung nach § 275 BGB nicht mehr erbracht werden kann. Mit der erfolgreichen, unzulässigen Substitutsbehandlung tritt Zweckerreichung i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB ein, weil der Behandlungserfolg nicht durch die geschuldete wahlärztliche Leistung, sondern durch ein bloßes aliud herbeigeführt wird. Weil die Zweckerreichung den Rückzahlungsanspruch aus § 326 Abs. 4 BGB begründet, trägt nach allgemeinen Grundsätzen hierfür der Patient die Darlegungs- und Beweislast trägt.³⁸²

2. Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung

Legt man die hier vertretene Auffassung zum einschlägigen Rückabwicklungsregime zugrunde und stützt den Rückforderungsanspruch des Patienten auf das Bereicherungsrecht, ergibt sich keine Änderung der Beweislastverteilung. Für die Rechtsgrundlosigkeit seiner Honorarzahlung trägt der Patient zunächst die Darlegungs- und Beweislast.

II. *Aufklärung der unzulässigen Substitution durch den Patienten*

Nach den allgemeinen Grundsätzen muss der Patient darlegen und beweisen, dass er anstelle der wahlärztlichen Leistung mit der Substitutsbehandlung lediglich ein aliud erhalten hat. Welche Aufklärungsmöglichkeiten der Patient diesbezüglich hat, soll im Folgenden näher betrachtet werden.

³⁸⁰ Siehe dazu ausführlich S. 80 ff.

³⁸¹ Vgl. auch BeckOGK/*Looschelders*, § 323 BGB Rn. 332 BGB; MünchKommBGB/*Ernst*, § 323 BGB Rn. 293.

³⁸² Vgl. auch BeckOGK/*Riehm*, § 275 BGB Rn. 339.

1. Informationsbeschaffung über die Patientenakte

Im Hinblick auf den Behandlungsverlauf zählt die ärztliche Dokumentation als primäre Erkenntnisquelle für den Patienten.³⁸³ Der Arzt ist nämlich gemäß § 630f Abs. 1 S. 1 BGB dazu verpflichtet eine Patientenakte über die Behandlung zu führen. Darin hat er nach Abs. 2 S. 1 Hs. 2 „insbesondere die Anamnese, Diagnosen, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre Wirkungen, Eingriffe und ihre Wirkungen, Einwilligungen und Aufklärungen“ niederzulegen. Weil der Patient nach § 630g Abs. 1 S. 1 BGB die Einsicht in seine Patientenakte verlangen kann, werden auf diese Weise Informationsasymmetrien gezielt abgebaut.³⁸⁴ Davon kann der Patient allerdings nicht profitieren, wenn eine dokumentationsbedürftige Maßnahme nur verspätet, unzureichend oder überhaupt nicht dokumentiert wird oder die Patientenakte gar unauffindbar ist.³⁸⁵ Deswegen wird gemäß § 630h Abs. 3 BGB vermutet, dass die nicht dokumentierte Maßnahme auch nicht getroffen wurde. Für den Patienten entscheidend ist also zum einen, dass die unzulässige Substitution i.S.d. § 630f BGB dokumentationsbedürftig ist, und zum anderen, dass bei unzureichender Dokumentation die Beweislastumkehr des § 630h Abs. 3 BGB eintritt.

a. Dokumentationspflicht gemäß § 630f Abs. 2 S. 1 BGB

aa. Wortlaut

Der Wortlaut des § 630f BGB steht einer Dokumentationsbedürftigkeit der unzulässigen Substitution nicht entgegen. Danach ist der Chefarzt „verpflichtet, in der Patientenakte sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen“. Zu den dokumentationsbedürftigen Umständen zählen demnach „Maßnahmen und deren Ergebnisse“. Auf den ersten Blick geht es eher darum, *was* vorgenommen wird, und nicht, *durch wen*. Demgegenüber lässt sich die Person des Leistungserbringers auch unmittelbar an die Behandlungsmaßnahme selbst anknüpfen. Nicht nur der konkrete medizinische Eingriff und sein Ergebnis selbst sind nach § 630f

³⁸³ Rosenberger in: FS Jaeger, 97; Rebborn, GesR 2013, 257, 270 hält sie für „das zentrale Beweismittel im Arzthaftungsprozess“.

³⁸⁴ Vgl. Bundesregierung, Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.8.2012, BT-Drs. 17/10488, 29 wonach es darum geht, einen „Ausgleich zu dem Wissensvorsprung des Behandelnden gegenüber dem Patienten herzustellen“; Rebborn, GesR 2013, 257, 272 dem zufolge es um die Herstellung von „Waffengleichheit“ geht; vgl. ebenfalls zum Aspekt der „Waffengleichheit“ Francke/Hart, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, 7; Peter, Recht auf Einsicht in Krankenunterlagen, 79 f.

³⁸⁵ Spickhoff/Spickhoff, § 630h BGB Rn. 11.

Abs. 2 S. 1 BGB dokumentationsbedürftig, sondern auch seine charakterisierenden Merkmale. Dazu zählt auch die Person des Leistungserbringers.³⁸⁶

Einschränkungen können sich aber daraus ergeben, dass der Arzt gar nicht jede Behandlungsmaßnahme dokumentieren muss, sondern lediglich solche, die „aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlich[...]“ sind. Vor allem bezogen auf die ärztlichen Nebenleistungen ist eine lückenlose Dokumentation durch § 630f Abs. 2 S. 1 BGB deswegen nicht gewährleistet. Diese sind nämlich für die (weitere) Behandlung nicht zwangsläufig wesentlich. Wenn der Arzt schon die Nebenleistung an sich nicht dokumentieren muss, dann erst recht auch nicht ihre charakterisierenden Merkmale.

bb. Sinn und Zweck

Je nachdem, welchen Schutzzweck man § 630f Abs. 2 S. 1 BGB beimisst, unterscheiden sich auch die dokumentationsbedürftigen Umstände.³⁸⁷ Auch die charakterisierenden Merkmale einer dokumentationsbedürftigen Maßnahme müssen nur insoweit dokumentiert werden, wie es der Schutzzweck des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB erfordert.

(1). Therapiesicherung

Die Dokumentationspflicht des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB dient nach allgemeiner Auffassung der Therapiesicherung.³⁸⁸ Die ärztliche Dokumentation verhütet nämlich unmittelbar die Falschbehandlung des Patienten. Weil der behandelnde Arzt nicht bloß einen einzigen Patienten betreut, können gefährliche Gedächtnislücken entstehen, die zu überflüssigen Eingriffen oder unzutreffenden Diagnosen führen.³⁸⁹ Außerdem erfordert das ärztliche Zusammenwirken unterschiedlicher Fachbereiche einen stetigen Informationsfluss, um überflüssige oder gar wechselwirkende Medikation zu verhindern und Komplikationen frühzeitig zu erkennen.³⁹⁰ Die therapiesichernde Funktion des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB wird auch durch den Wortlaut gestützt, wonach dokumentationsbedürftig solche Maßnahmen sind, die „aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung we-

³⁸⁶ Vgl. etwa Bergmann/Pauge/Steinmeyer/*Glanzmann*, § 630f BGB Rn. 6, dem zufolge „die Namen der an einer Operation Beteiligten“ dokumentationspflichtig seien *Fiekas*, Dokumentation der Behandlung, 97; *Wendt*, Ärztliche Dokumentation, 54 f.; *Weimer*, DÄBL. 2006, 15; OLG Stuttgart, 4.4. 1996, 14 U 42/95, VersR 1997, 700, 701.

³⁸⁷ *Fiekas*, Dokumentation der Behandlung, 74 f.; *Martis/Winkelhart*, Arzthaftungsrecht, 725 Rn. D201; *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, IX. Passivlegitimation Rn. 50; *Schlund* in: Laufs/Uhlenbruck, § 55 Rn. 11; *Wendt*, Ärztliche Dokumentation, 211; *Schmid*, NJW 1987, 681, 683; *Nüßgens* in: Ebenroth/Hesselberger/Rinne, FS für Karlheinz Boujong, 837.

³⁸⁸ BGH, 27.6.1978, VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337, 2338; *Fiekas*, Dokumentation der Behandlung, 75; *Wendt*, Ärztliche Dokumentation, 211 („Gewährleistung der Sicherheit des Patienten bei der Weiterbehandlung“); *Rosenberger* in: FS Jaeger, 100.

³⁸⁹ Vgl. *Wendt*, Ärztliche Dokumentation, 212.

³⁹⁰ Vgl. *Wendt*, Ärztliche Dokumentation, 212.

sentlich[...]“ sind. Der BGH legt deswegen die Dokumentationspflicht eng aus: „Eine Dokumentation, die medizinisch nicht erforderlich ist, ist auch nicht aus Rechtsgründen geboten“. ³⁹¹ Die an der Behandlung beteiligten Ärzte müssen in der Patientenakte demzufolge nur insoweit festgehalten werden, wie dies medizinisch erforderlich ist.

Die unzulässige Substitution wird von der therapiesichernden Funktion § 630f Abs. 2 S. 1 BGB zumindest nicht vollständig erfasst. Vor allem bei der Stellvertretung gelingt dem Patienten der Nachweis einer bloßen aliud-Leistung nämlich nur, wenn er Umstände darlegt und beweist, deren Dokumentation medizinisch nicht erforderlich ist. Für den Nachweis einer aliud-Leistung kommt es bei der Stellvertretung darauf an, dass entweder schon keine wirksame Stellvertretungsabrede getroffen wurde oder jedenfalls die darin festgelegten Vertretungsvoraussetzungen nicht vorliegen. ³⁹² Eine abstrakte Stellvertretungsabrede ist beispielsweise dann gemäß den §§ 308 Nr. 4 BGB, 307 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB unwirksam, wenn bei ihrem Abschluss die Verhinderung des Chefarztes bereits feststeht. ³⁹³ Außerdem erfolgt die Stellvertretung entgegen der Wahlleistungsvereinbarung, wenn der Chefarzt tatsächlich gar nicht verhindert ist. ³⁹⁴ Diesbezüglich besteht jedoch ein erhebliches Informationsdefizit, weil der Patient die Verhinderung des Chefarztes selbst nicht ermitteln kann. Ob er insoweit auf den Terminplan des Chefarztes zurückgreifen kann, wird die Untersuchung an anderer Stelle zeigen. ³⁹⁵ Der ärztlichen Dokumentationspflicht unterfallen diese Informationen jedenfalls nicht.

Die Patientenakte kann gleichwohl zumindest einen ersten Anhaltspunkt für den Patienten darstellen, der die unzulässige Substitution aufklären möchte, weil die Person des Leistungserbringers in Bezug auf die wesentlichen Behandlungsmaßnahmen teilweise ohnehin aus therapeutischen Gründen nach § 630f Abs. 2 S. 1 BGB dokumentiert werden muss. ³⁹⁶ Die Kommunikationen zwischen Ärzten unterschiedlicher Fachbereiche wird nämlich verbessert, wenn aus der Patientenakte ersichtlich ist, welcher Arzt einen bestimmten Eingriff durchgeführt hat. ³⁹⁷ Deswegen kann der Patient aus der Patientenakte unter Umständen immerhin entnehmen, ob er durch den Chefarzt persönlich oder durch ein Substitut behandelt wurde. Dadurch wird dem Patienten bereits ein gewisser Teil des Informati-

³⁹¹ BGH, 23.3.1993, VI ZR 26/92, NJW 1993, 2375, 2376; *Gehrlein*, Arzthaftungsrecht, Aufl. 2, 70 („Aus dem Unterbleiben medizinisch nicht gebotener Aufzeichnungen können keine rechtlichen Folgerungen hergeleitet werden“) m.w.N.

³⁹² Siehe zu den Vertretungsvoraussetzungen ausführlich S. 54 ff.

³⁹³ Siehe dazu S. 59 f.

³⁹⁴ Siehe dazu S. 59.

³⁹⁵ Siehe dazu S. 114 f.

³⁹⁶ Vgl. etwa *Bergmann/Paue/Steinmeyer/Glanzmann*, § 630f BGB Rn. 6, dem zufolge „die Namen der an einer Operation Beteiligten“ dokumentationspflichtig seien; *Fiekas*, Dokumentation der Behandlung, 97, *Wendt*, Ärztliche Dokumentation, 54 f.; *Weimer*, DÄBl. 2006, 15; OLG Stuttgart, 4.4. 1996, 14 U 42/95, VersR 1997, 700, 701.

³⁹⁷ In diese Richtung auch *Schlund* in: *Laufs/Uhlenbruck*, § 55 Rn. 5.

onsdefizits abgenommen. Mitunter weiß der Patient nämlich nicht einmal um die Substitution an sich, zum Beispiel, weil er bei der Behandlung nicht bei Bewusstsein ist.³⁹⁸ Auch sonst kann er vielfach nicht unterscheiden, ob er die Behandlung lediglich durch ein Substitut oder durch einen anderen liquidationsberechtigten Arzt der Wahlarztkette erhalten hat; gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG erstreckt sich die Wahlleistungsvereinbarung nämlich „auf alle an der Behandlung des Patienten beteiligten angestellten oder beamteten Ärzte des Krankenhauses, soweit diese zur gesonderten Berechnung ihrer Leistungen [...] berechtigt sind“. Daneben ist dem Patienten im Zeitpunkt der Behandlung die Bedeutung des Umstandes, wer die Behandlung konkret durchführt, häufig auch noch gar nicht bewusst; seine Erinnerungslücken verschlechtern dann seine Aufklärungsmöglichkeiten, wenn der Kostenerstatter im Nachhinein den Aufwendungsersatz verweigert. Abhilfe verschafft die Patientenakte dann nur zufällig, soweit die Person des jeweiligen Leistungserbringers ohnehin aus therapeutischen Gründen dokumentiert worden ist.

(2.) *Beweissicherung*

Die Dokumentationspflicht des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB führt in jedem Fall auch zur Beweissicherung. Durch die Patientenakte sollen nämlich Informationsdefizite des Patienten abgebaut werden.³⁹⁹ Die umfassende ärztliche Dokumentation und die hieran anknüpfende Beweislastumkehr des § 630h Abs. 3 BGB stellen zwischen Chefarzt und Patient „Waffengleichheit“ her.⁴⁰⁰ Die Beweissicherungswirkung kann man der Dokumentationspflicht also nicht absprechen.⁴⁰¹ Nicht ohne Grund hat die Dokumentation nach § 630f Abs. 1 S. 2 BGB fälschungssicher zu erfolgen.⁴⁰²

Trotz der grundsätzlich anerkannten beweissichernden Wirkung erfasst § 630f Abs. 1 S. 2 BGB die unzulässige Substitution nicht. Die Beweissicherung kann nämlich die Auslegung der Dokumentationspflicht schon deswegen nicht beeinflussen, weil diese andernfalls uferlos ausgeweitet würde. Dann müsste schließlich der Arzt alldiejenigen Umstände in der Patientenakte aufführen, an denen der Patient

³⁹⁸ In diese Richtung auch *Schlund* in: Laufs/Uhlenbruck, § 55 Rn. 6; *Franzke*, Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß, 31 f.; Auch *Bundesregierung*, Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.8.2012, BT-Drs. 17/10488, 26 spricht von Behandlungsbereichen, welche „dem Patienten tatsächlich entzogen sind“, was etwa „bei einem operativen Eingriff der Fall [sei], bei dem der narkotisierte Patient den Geschehensablauf nicht mitbekommt“.

³⁹⁹ Vgl. *Bundesregierung*, Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.8.2012, BT-Drs. 17/10488, 29 wonach es darum geht, einen „Ausgleich zu dem Wissensvorsprung des Behandelnden gegenüber dem Patienten herzustellen“.

⁴⁰⁰ *Rehborn*, GesR 2013, 257, 272.

⁴⁰¹ *Schlund* in: Laufs/Uhlenbruck, § 55 Rn. 8, demzufolge dies schlicht „lebensfremd“ wäre.

⁴⁰² Vgl. *Erh*, Kodifikation des Behandlungsvertragsrechts, 291 Fn. 1163.

ein irgendwie geartetes Beweisinteresse haben könnte. Deswegen bestimmt nach herrschender Auffassung der Beweiszweck nicht über den Inhalt der Dokumentationspflicht.⁴⁰³

Die Beweisfunktion knüpft lediglich an die unmittelbar therapiesichernde Dokumentationspflicht an; in der Literatur wird diesbezüglich von einer bloßen „Reflexwirkung“ oder einem „Nebeneffekt“ gesprochen:⁴⁰⁴ Wird eine medizinische notwendige Dokumentation nicht vorgenommen, erlaubt § 630h Abs. 3 BGB zugunsten des Patienten die Vermutung, dass die nicht dokumentierte Maßnahme nicht getroffen ist. Umgekehrt kann auch der Arzt aus Beweisgründen auf die Dokumentation zurückgreifen, um die Vornahme der jeweiligen Leistung nachzuweisen.⁴⁰⁵ Der Chefarzt sollte deshalb in der Patientenakte schon aus Eigeninteresse lieber zu viel aufzeichnen als zu wenig.⁴⁰⁶

(3.) Rechenschaftslegung

Mit der Patientenakte legt der Arzt gegenüber dem Patienten Rechenschaft.⁴⁰⁷ Einmal mehr erlangt der Aspekt Bedeutung, dass die Dokumentation strukturelle Informationsasymmetrien zwischen Arzt und Patient ausgleichen und „Waffengleichheit“ herstellen soll. Im Hinblick auf die ärztliche Rechenschaftspflicht wird im Schrifttum diskutiert, ob die Dokumentation die ärztliche Gebührenabrechnung überprüfbar machen muss.⁴⁰⁸ Allerdings ist im Rahmen von § 630f Abs. 2 S. 1 BGB auch die Rechenschaftspflicht des Arztes auf das medizinisch Notwendige beschränkt und kann deshalb nicht den Inhalt der Dokumentationspflicht eigenständig bestimmen.⁴⁰⁹ Die wahlärztliche Gebührenabrechnung wird für den

⁴⁰³ BGH, 24.1.1989, VI ZR 170/88, NJW 1989, 2330, 2331, wonach der Inhalt der Dokumentationspflicht gerade nicht durch Beweiszwecke terminiert werden sollte; OLG Jena, 19.6.2012, 4 U 797/09, BeckRS 2012, 13697; Katzenmeier in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, IX. Berufsgeheimnis und Dokumentation, Rn. 49; Kritisch Schlund in: Laufs/Uhlenbruck, § 55 Rn. 8; Spickhoff/Bleckwenn, VersR 2013, 1350, 1351.

⁴⁰⁴ Wenzel/Weidinger/Wenzel, Patientenrechtegesetz, § 630f BGB Rn. 837 m.w.N. (die Nachweise führen allerdings nicht wirklich weiter) und Rn. 845; Fiekas, MedR 2016, 32, 34; Spickhoff/Bleckwenn, VersR 2013, 1350, 1351 („Reflexwirkung“); Groß in: FS Müller, 227 („Nebeneffekt der Dokumentationspflicht“); Zurückhaltend Jaeger, Patientenrechtegesetz, 132 („sie dient nicht – jedenfalls nicht in erster Linie – Beweiszwecken“); Ähnlich Erb, Kodifikation des Behandlungsvertragsrechts, 298 („jedenfalls nicht primär Beweissicherungszwecken“).

⁴⁰⁵ OLG Stuttgart, 22.3.2018, 7 U 62/16, ArztR 2019, 124, 125; Rebborn, GesR 2013, 257, 270.

⁴⁰⁶ Groß in: FS Müller, 228.

⁴⁰⁷ Vgl. BGH, 27.6.1978, VI ZR 183/76, BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337, 2339; Katzenmeier in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, IX. Berufsgeheimnis und Dokumentation, Rn. 48; Schlund in: Laufs/Uhlenbruck, § 55 Rn. 5; Bundesregierung, Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.8.2012, BT-Drs. 17/10488, 29; a.A. wohl Kern in: Ratzel/Lissel, § 6 Rn. 11 ff.; Wenzel in: Wenzel/Weidinger, Patientenrechtegesetz, § 630f BGB Rn. 838.

⁴⁰⁸ Wendt, Ärztliche Dokumentation, 215; Hohloch, NJW 1982, 2577, 2580.

⁴⁰⁹ Schlund in: Laufs/Uhlenbruck, § 55 Rn. 6; Wenzel in: Wenzel/Weidinger, Patientenrechtegesetz, § 630f BGB Rn. 838; Strohmaier, VersR 1998, 416; Nüßgens in: FS Boujong, 833.

Patienten durch die ärztliche Dokumentation deswegen nur insoweit überprüfbar, wie die relevanten Umstände (also vor allem die Person des jeweiligen Leistungserbringers) ohnehin aus therapeutischen Gründen dokumentiert werden müssen. Auch in Bezug auf die Rechenschaftspflicht wird in der Literatur von einer bloßen „Reflexwirkung“ gegenüber der Therapiesicherung gesprochen.⁴¹⁰ Dass der Patient mit der Patientenakte die unzulässige Substitution zumindest teilweise aufklären kann, hängt daher vom Zufall ab.

(4.) *Zwischenergebnis*

Die Dokumentationspflicht nach § 630f Abs. 2 S. 1 BGB verfolgt ausschließlich Zwecke der Therapiesicherung. Durch die Patientenakte stellt der Arzt sicher, dass er auftretende Komplikationen frühzeitig erkennt, zutreffende Diagnosen stellt und keine unnötigen Behandlungen durchführt. Beweis- und Rechenschaftszwecke verfolgt die Dokumentationspflicht demgegenüber lediglich reflexartig und ausschließlich bezogen auf die ohnehin dokumentationsbedürftigen Umstände. Den Inhalt der Dokumentationspflicht bestimmen sie nicht.

cc. Systematik

Die beispielhafte Aufzählung dokumentationsbedürftiger Maßnahmen in § 630f Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BGB, wonach „insbesondere die Anamnese, Diagnosen, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre Wirkungen, Eingriffe und ihre Wirkungen, Einwilligungen und Aufklärungen“ in die Patientenakte aufgenommen werden müssen, ist für die Auslegung ohne unmittelbare Bedeutung. Einen zwingenden Schluss auf den Schutzzweck der Dokumentationspflicht lässt die Aufzählung nämlich nicht zu. Zwar haben die Aufklärung und die Einwilligung jedenfalls nicht notwendig therapeutischen Anlass, allerdings ist ihre Erwähnung womöglich gerade deswegen erforderlich.⁴¹¹ Zumindest wird aus der Aufzählung der Vorrang medizinischer Zwecke der Dokumentation deutlich.⁴¹²

Der systematische Zusammenhang der Dokumentationspflicht mit § 630h Abs. 3 BGB offenbart, dass sich die reflexartige Beweiswirkung der Patientenakte weniger auf die Überprüfung der Gebührenabrechnung bezieht, als vielmehr auf Haftungsfälle. Die Überschrift des § 630h BGB bezieht sich nämlich auf die „Be-

⁴¹⁰ *Strohmaier*, VersR 1998, 416.

⁴¹¹ Vgl. zum nicht therapeutischen Anlass von Aufklärung und Einwilligung *Bergmann/Pauge/Steinmeyer/Glanzmann*, § 630f BGB Rn. 9; *Wenzel* in: *Wenzel/Weidinger*, Patientenrechtegesetz, § 630f BGB Rn. 835 m.w.N.; *Spickhoff/Bleckwenn*, VersR 2013, 1350, 1351; *Fiekas*, Dokumentation der Behandlung, 101.

⁴¹² *MünchKommBGB/Wagner*, § 630f BGB Rn. 6; vgl. auch *Bundesregierung*, Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.8.2012, BT-Drs. 17/10488, 25.

weislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler“. Der Anwendungsbereich der Vorschriften liegt demnach im Bereich der Arzthaftung.

dd. Genesis

Auch die genetische Auslegung von § 630f Abs. 2 S. 1 BGB führt nicht zu einer Dokumentationsbedürftigkeit der unzulässigen Substitution. Zwar soll die Dokumentationspflicht laut amtlicher Begründung als „eine letzte Funktion [...] die faktische Beweissicherung für den Fall eines etwaigen Behandlungsfehlers“ enthalten.⁴¹³ Das widerspricht aber der bloß „reflexartigen“ Beweiswirkung der Dokumentationspflicht über § 630h Abs. 3 BGB gar nicht. Im Gegenteil spricht doch die amtliche Begründung selbst bloß von „faktischer Beweissicherung“.

ee. Zwischenergebnis

Die maßgebenden Umstände einer unzulässigen Substitution muss der Chefarzt nicht nach § 630f Abs. 2 S. 1 BGB in der Patientenakte festhalten. Die Dokumentationspflicht dient nämlich ausschließlich der Therapiesicherung. Die Dokumentation muss demzufolge medizinisch erforderlich sein. Soweit die unzulässige Substitution aber daraus gefolgert wird, dass die Verhinderung des Chefarztes bereits bei Abschluss der abstrakten Stellvertretungsabrede feststand oder der Chefarzt überhaupt nicht verhindert ist, besteht keine medizinische Notwendigkeit zur Dokumentation.

Die Person des Leistungserbringers kann als charakterisierendes Merkmal einer wesentlichen Maßnahme ausnahmsweise dokumentationsbedürftig sein, beispielsweise um eine kunstgerechte Weiterbehandlung durch Ärzte anderer Fachgebiete durch umfassenden Informationsaustausch zu gewährleisten. Dann hat die Dokumentation nämlich medizinische Gründe. Das ist jedoch kein Automatismus.

Außerdem muss die Person des Leistungserbringers auch bloß dann dokumentiert werden, wenn auch die dazugehörige Behandlungsmaßnahme selbst dokumentationsbedürftig ist. Ist die medizinische Maßnahme selbst nicht „aus fachlicher Sicht“ für die (weitere) Behandlung wesentlich, muss auch die Person des Leistungserbringers nicht dokumentiert werden. Deswegen bildet die Patientenakte die unzulässige Substitution in keinem Fall vollständig ab.

b. Beweislastumkehr gemäß § 630h Abs. 3 BGB

Auch wenn die Person des Leistungserbringers (ausnahmsweise) aus medizinischen Gründen in der Patientenakte dokumentiert werden muss, ergibt sich dar-

⁴¹³ *Bundesregierung*, Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.8.2012, BT-Drs. 17/10488, 26; Daran anknüpfend *Erb*, Kodifikation des Behandlungsvertragsrechts, 292 („Telos der Dokumentationspflicht offenbar geweitet“).

aus im Honorarprozess *keine* Beweislastumkehr zugunsten des Patienten im Hinblick auf die (unzulässige) Substitution.

Zwar sieht § 630h Abs. 3 BGB grundsätzlich eine Beweislastumkehr vor, wenn eine dokumentationspflichtige Maßnahme nicht dokumentiert wurde:⁴¹⁴ „Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Absatz 1 oder Absatz 2 nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder hat er die Patientenakte entgegen § 630f Absatz 3 nicht aufbewahrt, wird vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat“. Das kann auch gelten, wenn lediglich die Person des Leistungserbringers zu einer bestimmten Maßnahme nicht dokumentiert wird, weil nicht zwangsläufig auf das Unterlassen der Maßnahme selbst geschlossen werden muss, sondern positiv auf den behaupteten Geschehensablauf (also im Falle der unzulässigen Substitution darauf, dass *nicht* der Chefarzt selbst die Behandlung durchgeführt hat).⁴¹⁵ Allerdings kann trotzdem nicht auf die (unzulässige) Substitution des Chefarztes geschlossen werden, wenn die Person des jeweiligen Leistungserbringers entgegen § 630f Abs. 2 S. 1 BGB nicht dokumentiert wird. § 630h Abs. 3 BGB verfolgt nämlich keine eigenen Beweissicherungszwecke, sondern setzt lediglich die Dokumentationspflicht fort, damit diese nicht zu einem stumpfen Schwert wird.⁴¹⁶ Sie verfolgt daher denselben therapiesichernden Schutzzweck.⁴¹⁷ Diese Auslegung von § 630h Abs. 3 BGB wird im Übrigen durch seinen Wortlaut gestützt, wonach sich die Vermutungswirkung auf nicht dokumentierte „*medizinisch gebotene* wesentliche Maßnahme[n]“ beschränkt. Auch die Überschrift spricht lediglich von der „Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler“.

Die Beschränkung des § 630h Abs. 3 BGB im Hinblick auf die medizinische Erforderlichkeit der Dokumentation schließt allerdings nicht aus, dass die Rechtsprechung auch darüber hinaus eine Beweislastumkehr im Hinblick auf die unzulässige Substitution etabliert.⁴¹⁸ Das ist jedoch – soweit ersichtlich – derzeit nicht der Fall.

⁴¹⁴ Vgl. Spickhoff/Spickhoff, § 630h BGB Rn. 11.

⁴¹⁵ Vgl. Rebborn, GesR 2013, 257, 270.

⁴¹⁶ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, § 630h BGB Rn. 58; BeckOGK/U. Walter, § 630h BGB Rn. 20 („nimmt formal auf die materiellen (inhaltlichen) Anforderungen an die *medizinische* Dokumentation Bezug“).

⁴¹⁷ Siehe zum Schutzzweck der Dokumentationspflicht ausführlich S. 99 ff.

⁴¹⁸ Fiekas, Dokumentation der Behandlung, 42 spricht im Hinblick auf § 630h Abs. 3 BGB von einer bloßen „Momentaufnahme der „Rechtsprechungsregeln“ zur Beweislastverteilung“; Schellhammer, Zivilprozess, 191, spricht insoweit von „[u]ngesetzliche[n] Vermutungen“; Beckhaus, Bewältigung von Informationsdefiziten, 146; Schuster, Beweislastumkehr extra legem, 3; Martis/Winkelhart, Behandlungsfehler B22a.

2. Informationsbeschaffung über die Rechnung

Bei der Überprüfung des wahlärztlichen Vergütungsanspruchs dient dem Patienten grundsätzlich die Rechnung als Informationsquelle.⁴¹⁹ § 12 GOÄ verpflichtet den Chefarzt nämlich aus Transparenz- und Verbraucherschutzgründen zu einer detaillierten Rechnungsstellung.⁴²⁰

a. Mindestinhalt der ärztlichen Rechnung

In § 12 Abs. 2 GOÄ werden Mindestanforderungen an die Erläuterung der Gebührenrechnung postuliert. Gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 2 GOÄ muss die Rechnung „die Nummer und die Bezeichnung der einzelnen berechneten Leistungen einschließlich einer in der Leistungsbeschreibung gegebenenfalls genannten Mindestdauer sowie den jeweiligen Betrag und den Steigerungssatz“ enthalten. Welche Person die jeweilige Leistung erbracht hat, wird von § 12 GOÄ hingegen nicht zum Mindestinhalt der ärztlichen Rechnung gezählt. Für wahlärztliche Leistungen gelten demgegenüber auch keine besonderen gesetzlichen Vorgaben, weil § 17 Abs. 3 S. 7 KHEntgG schlicht anordnet, dass „[f]ür die Berechnung wahlärztlicher Leistungen [...] die Vorschriften der Gebührenordnung für Ärzte [...] entsprechende Anwendung“ finden. Die Person des Leistungserbringers muss daher nicht schon von Gesetzes wegen in der Rechnung aufgeführt werden. Aus diesem Grund ermöglicht die Rechnung selbst eine Aufklärung der unzulässigen Substitution typischerweise nicht.

b. Anspruch auf weitergehende Erläuterung der wahlärztlichen Rechnung

Auch wenn sich aus der Rechnung selbst noch keine Anhaltspunkte für die unzulässige Substitution ergeben, muss der Chefarzt dem Patienten gemäß § 242 BGB die wahlärztliche Rechnung zumindest näher erläutern.⁴²¹ Treu und Glauben gebieten es nach ständiger Rechtsprechung des BGH, „dem Anspruchsberechtigten einen Auskunftsanspruch zuzubilligen, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Anspruchsberechtigte, der zur Durchsetzung seiner Rechte auf die Auskunft angewiesen ist, in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen und der Verpflichtete in der Lage ist, unschwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderlichen Auskünfte zu erteilen und ihm dies zumutbar ist“.⁴²²

⁴¹⁹ Vgl. Uleer/*Miebach*/Patt, § 12 GOÄ Rn. 13 („Es soll gewährleistet werden, dass der Zahlungspflichtige, vor allem aber auch Beihilfestellen und private Krankenversicherungen [...] die Richtigkeit der Liquidation – in formaler und materieller Hinsicht – kontrollieren können“).

⁴²⁰ Vgl. Uleer/*Miebach*/Patt, § 12 GOÄ Rn. 1; Clausen/*Makoski*, § 12 GOÄ Rn. 1; *Griebau* in: Saalfrank, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 5 Rn. 205 und 207.

⁴²¹ Vgl. Uleer/*Miebach*/Patt, § 12 GOÄ Rn. 14; Spickhoff/*Spickhoff*, § 12 GOÄ Rn. 5.

⁴²² BGH, 28.1.2015, XII ZR 201/13, BGHZ 204, 54 = NJW 2015, 1098, 1099 m.w.N.; vgl. schon RG, 4.5.1923, II 310/22, RGZ 108, 1, 7.

aa. Konkretes Informationsbedürfnis des Patienten

Im Hinblick auf die wahlärztliche Leistung besteht für den Patienten ein konkretes Informationsbedürfnis. Der Patient ist gleich in doppelter Hinsicht auf die Auskünfte des Chefarztes angewiesen. Zum einen hängt von der wahlärztlichen Leistung sein Anspruch auf Kostenerstattung gegenüber dem Versicherer ab, zum anderen seine eigene Vergütungspflicht gegenüber dem Chefarzt.

Der Patient erhält von seinem Kostenerstatter gemäß § 192 Abs. 1 VVG nämlich nur dann Aufwendungsersatz, wenn er selbst gegenüber dem Leistungserbringer auch tatsächlich zur Vergütung verpflichtet ist.⁴²³ Der Patient übernimmt also gewissermaßen die Darlegungs- und Beweislast für das Erbringen einer wahlärztlichen Leistung. Deswegen hat auch das *LG Düsseldorf* einem Patienten einen Anspruch „aus § 242 BGB i. V. m. Behandlungsvertrag auf Erläuterung der Gebührenabrechnung“ zugestanden.⁴²⁴ Bei der Chefarztbehandlung liege dem Behandlungsvertrag die Kostenerstattung durch den Versicherer wirtschaftlich als Bedingung zugrunde.⁴²⁵ Deswegen solle der Patient diejenigen Informationen erhalten, „welche dieser benötigt, um eine Kostenerstattung von seinem Versicherer zu erlangen“.⁴²⁶ Der Patient ist demzufolge im Hinblick auf seinen Kostenerstattungsanspruch auf die Auskünfte des Chefarztes angewiesen. Dass mit der Auskunft ein Anspruch gegenüber einem Dritten verfolgt werden soll, steht dem Auskunftsanspruch nicht entgegen.⁴²⁷

Außerdem ist der Patient selbst gegenüber dem Chefarzt nur im Hinblick auf wahlärztliche Leistungen zur gesonderten Vergütung verpflichtet. Für unzulässige Substitutsbehandlungen schuldet er gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ kein wahlärztliches Honorar. Schon im Hinblick auf seine eigene Vergütungspflicht ist der Patient folglich auf die Auskünfte über die wahlärztliche Leistung angewiesen.

Jedenfalls aber hätte eine vorprozessuale Auskunftspflicht den Vorteil, dass der Kläger das Prozessrisiko bereits im Vorfeld abzuschätzen vermag.⁴²⁸

⁴²³ LG Heidelberg, 21.12.2012, 3 S 16/12, NJOZ 2013, 686, 687; i.E. genauso OLG Köln, 25.8.2008, 5 U 243/07, NJW-RR 2009, 102; Unter Herleitung über die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) und § 49 VVG a.F. LG Köln, 14.10.2009, 23 O 424/08, NJW-RR 2010, 172; Bach/Moser/*Kalis*, § 1 MB/KK Rn. 17 m.w.N.

⁴²⁴ LG Düsseldorf, 29.7.2010, 3 O 431/02, BeckRS 2010, 18139; LG Düsseldorf, 22.3.2007, 3 O 431/02, BeckRS 2011, 00196.

⁴²⁵ Bach/Moser/*Göbel*, 5. Aufl. 2015, Anhang zu § 1 MB/KK Rn. 30; LG Köln, 8.4.2014, 25 O 139/13 wonach dieser Anspruch aus § 242 BGB folgt; LG Düsseldorf, 29.7.2010, 3 O 431/02, BeckRS 2010, 18139.

⁴²⁶ LG Düsseldorf, 29.7.2010, 3 O 431/02, BeckRS 2010, 18139; LG Düsseldorf, 22.3.2007, 3 O 431/02, BeckRS 2011, 00196.

⁴²⁷ Vgl. BGH, 9.11.2011, XII ZR 136/09, BGHZ 191, 259 = NJW 2012, 450, 451.

⁴²⁸ Vgl. *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 130.

bb. Unverschuldete Ungewissheit des Patienten

Angeichts des beschränkten Inhalts der Gebührenrechnung nach § 12 GOÄ ist eine Überprüfung des wahlärztlichen Vergütungsanspruches in materieller Hinsicht für den Patienten unmöglich. Wenn sich aus Rechnung nicht einmal ergibt, welche Leistungen der Chefarzt selbst, und welche lediglich ein Substitut erbracht hat, vermag nämlich erst recht nicht aufgeklärt zu werden, ob die Substitution entgegen der Wahlleistungsvereinbarung erfolgt ist. Hierfür sind verschiedene Umstände von Bedeutung, die sich typischerweise jenseits der Sphären des Patienten abspielen. Die Wahlbehandlung birgt insoweit regelmäßig eine unverschuldete Ungewissheit des Patienten über seine Rechte.

Für die delegierten Maßnahmen kann der Chefarzt gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ nur dann eine gesonderte Vergütung verlangen, wenn sie „unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht“ werden. Das setzt erstens einen eigenen Mitwirkungsbeitrag des Chefarztes voraus; er muss den Delegaten medizinisch instruieren.⁴²⁹ Zweitens muss der Chefarzt bei der Delegation dem Behandlungsgeschehen räumlich und zeitlich nahe bleiben; er muss während der gesamten Dauer der delegierten Maßnahme (zeitliche Komponente) dem Behandlungsgeschehen so nahe sein, dass er bei Komplikationen persönlich einschreiten kann (räumliche Komponente).⁴³⁰ Insoweit zeigt sich ein Informationsdefizit des Patienten: Denn ob der Chefarzt nah genug am Behandlungsort gewesen ist, um jederzeit korrigierend in die Behandlung eingreifen zu können, ist für den Patienten nicht ersichtlich. Dafür ist gewissermaßen ein „Blick hinter die Kulissen der Chefarztbehandlung“ erforderlich. Auch die medizinische Instruktion durch den Chefarzt erfolgt vielfach jenseits der Mauern des Behandlungszimmers und damit außerhalb des überwachenden Blickes des Patienten.

Für die Leistungen seines Stellvertreters kann der Chefarzt nur dann eine gesonderte Vergütung verlangen, wenn sie auf der Grundlage einer wirksamen Stellvertretungsabrede erbracht werden. Eine abstrakte Stellvertretungsabrede muss hierzu auf den unvorhersehbaren Verhinderungsfall und den Einsatz des ständigen ärztlichen Vertreters beschränkt bleiben.⁴³¹ Ob bereits bei Abschluss der Stellvertretungsabrede die Verhinderung des Chefarztes absehbar gewesen ist, vermag der Patient nicht aufzuklären. Hierzu ist gewissermaßen ein „Blick in den Terminkalender des Chefarztes“ erforderlich. Auch ist für den Patienten nicht aufzuklären, ob der Stellvertreter wirklich ständiger ärztlicher Vertreter oder lediglich diensthabender Arzt gewesen ist. Die Dienstpläne des Krankenhauses sind für den Patienten nicht einsehbar.

⁴²⁹ Siehe zu dieser Delegationsvoraussetzung ausführlich S. 34.

⁴³⁰ Siehe zu dieser Delegationsvoraussetzung ausführlich S. 37.

⁴³¹ Siehe zu dieser Vertretungsvoraussetzung ausführlich S. 56 ff.

cc. *Zumutbarkeit der Auskunftserteilung*

Die Auskunftserteilung ist dem Chefarzt unter Abwägung der durch sie berührten rechtlichen Belange zumutbar. Zum einen möchte der Patient mit der Information seinen Kostenerstattungsanspruch gegenüber der Versicherung durchsetzen, zum anderen wird andernfalls der Zweck der Rechnung verfehlt, den Anspruch materiell überprüfbar zu machen. Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Chefarztes, etwa im Hinblick auf Geschäftsgeheimnisse oder ähnliches, sind nicht zu erkennen.

Ein Auskunftsanspruch ist beispielsweise dann angemessen, wenn mit der begehrten Information eigene Ansprüche durchgesetzt werden sollen.⁴³² Deswegen steht im Mittelpunkt der Zumutbarkeitsabwägung die Tatsache, dass der Patient mit der Auskunft über die wahlärztliche Leistung seinen Kostenerstattungsanspruch gegenüber seinem Versicherer durchzusetzen versucht. Insoweit besteht für den Patienten ein nicht hinnehmbares Prozessrisiko. Weil andere vorprozessuale Aufklärungsmöglichkeiten für den Patienten vielfach nicht existieren, ist auch nicht von Bedeutung, dass der Auskunftsanspruch aus § 242 BGB lediglich „*ultima ratio*“ und aus diesem Grund „subsidiär gegenüber zumutbaren alternativen Informationsquellen“ ist.⁴³³

Außerdem soll durch die Rechnungslegung der Vergütungsanspruch materiell überprüfbar werden.⁴³⁴ Mit dem Mindestinhalt nach § 12 Abs. 2 GOÄ ist die wahlärztliche Rechnung allerdings nur sehr eingeschränkt inhaltlich überprüfbar. Voraussetzungen für die gesonderte Vergütung ist nämlich, dass die aufgeführten Leistungen entweder vom Chefarzt persönlich oder zumindest in Übereinstimmung mit der Wahlleistungsvereinbarung durch ein Substitut erbracht wurden. Die hinter der Rechnungslegung stehenden Verbraucherschutz- und Transparenzziele lassen sich mit einer den Vorgaben des § 12 GOÄ entsprechenden Rechnung nicht erreichen.⁴³⁵

Im Vergleich zum Patienten kann der Chefarzt die erforderlichen Informationen unschwer erteilen. Ihm stehen dabei als Gedächtnisstütze sein Terminkalender und der Dienstplan des Krankenhauses grundsätzlich zur Verfügung. Dabei ist in jedem Fall eine Mitteilung darüber erforderlich, inwieweit die jeweils berechneten Leistungen durch ihn persönlich oder durch ein Substitut erbracht wurden. Außerdem muss er den Patienten im Hinblick auf Substitutsbehandlungen darüber informieren, inwieweit die Voraussetzungen der einschlägigen Stellvertre-

⁴³² BGH, 20.2.2013, XII ZB 412/11, BGHZ 196, 207 = NJW 2013, 2108.

⁴³³ Beckhaus, Bewältigung von Informationsdefiziten, 47.

⁴³⁴ Vgl. Uleer/Miebach/Patt, § 12 GOÄ Rn. 13 („Es soll gewährleistet werden, dass der Zahlungspflichtige, vor allem aber auch Beihilfestellen und private Krankenversicherungen [...] die Richtigkeit der Liquidation – in formaler und materieller Hinsicht – kontrollieren können“).

⁴³⁵ Vgl. zu den Zielen der Rechnung Uleer/Miebach/Patt, § 12 GOÄ Rn. 1; Clausen/Makoski, § 12 GOÄ Rn. 1; Griebau in: Saalfrank, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 5 Rn. 205 und 207.

tungsabrede (zum Beispiel Verhinderung des Chefarztes) oder des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ (eigenverantwortliche Mitwirkung des Chefarztes) vorliegen. Bis der Chefarzt den Patienten diesen Anforderungen entsprechend informiert, steht seinem Honoraranspruch ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB entgegen.⁴³⁶

3. Innerprozessuale Mitwirkungsobliegenheit des Chefarztes

Vor allem im arzthaftungsrechtlichen Kontext werden die eingeschränkten Aufklärungsmöglichkeiten des Patienten im Hinblick auf den Behandlungsverlauf innerprozessual berücksichtigt: Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH trifft den Arzt eine sekundäre Darlegungslast, wenn „der Patient außerhalb des von ihm vorzutragenden Geschehensablaufs steht und ihm eine nähere Substanziierung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Prozessgegner alle wesentlichen Tatsachen kennt oder unschwer in Erfahrung bringen kann und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen“.⁴³⁷ Der primär darlegungsbelastete Patient muss dann seine Behauptungen (etwa eines Hygienefehlers) nur noch sehr eingeschränkt substantiieren; der BGH spricht insoweit von „nur maßvollen Anforderungen“.⁴³⁸ Stattdessen muss der bestreitende Arzt umgekehrt substantiiert Tatsachen vortragen, die sein Fehlverhalten ausschließen (etwa, dass er bestimmte Maßnahmen zum Hygiene- und Infektionsschutz getroffen hat). Andernfalls gelten die Behauptungen des Patienten (der Hygienefehler) gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.⁴³⁹ Die sekundäre Darlegungslast führt daher faktisch zu einer Aufklärungsobliegenheit der nicht darlegungsbelasteten Partei.⁴⁴⁰ Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung wird diesbezüglich sein, inwieweit sich die arzthaftungsrechtlichen Überlegungen zur sekundären Beweislast auf die unzulässige Substitution übertragen lassen. Einschlägige Rechtsprechung gibt es hierzu – soweit ersichtlich – noch nicht.

Einen Anwendungsschwerpunkt der sekundären Darlegungslast bildet der sogenannte Negativbeweis.⁴⁴¹ Der Beweis negativer Tatsachen ist nämlich erheblichen Schwierigkeiten unterworfen; *Schellhammer* spricht sogar davon, dass „man

⁴³⁶ Vgl. LG Düsseldorf, 29.7.2010, 3 O 431/02, BeckRS 2010, 18139; LG Düsseldorf, 22.3.2007, 3 O 431/02, BeckRS 2011, 00196; LG Köln, 6.11.2013, 3 S 18/13; LG Köln, 8.4.2014, 25 O 139/13.

⁴³⁷ BGH, 19.2.2019, VI ZR 505/17, NJW-RR 2019, 467, 468; BGH, 28.8.2018, VI ZR 509/17, NJW-RR 2019, 17, 20; BGH, 14.6.2005, VI ZR 179/04, BGHZ 163, 209 = NJW 2005, 2614, 2615.

⁴³⁸ BGH, 19.2.2019, VI ZR 505/17, NJW-RR 2019, 467, 468.

⁴³⁹ Vgl. BGH, 14.6.2005, VI ZR 179/04, BGHZ 163, 209 = NJW 2005, 2614, 2615; *Geipel*, Handbuch der Beweiswürdigung, Kap. 29 Rn. 309; *Ahrens*, Beweis im Zivilprozess, Kap. 11 Rn. 26.

⁴⁴⁰ BGH, 9.11.1995, III ZR 226/94, NJW 1996, 315, 317; *Laumen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Kap. 22 Rn. 3; *Saenger*, § 286 BGB Rn. 54 und 92 ff.; *Gottwald*, JURA 1980, 225, 226.

⁴⁴¹ *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 148.

ein Nichts nicht beweisen“ kann.⁴⁴² Stattdessen soll dann die Gegenseite eine „positive Gegenbehauptung“ vorbringen, die es dem Beweispflichtigen ermöglicht, nur diese konkrete Gegenbehauptung zu widerlegen, anstatt alle vorstellbaren Möglichkeiten auszuschließen.⁴⁴³ Bei der nachfolgenden Untersuchung wird deswegen auch zu berücksichtigen sein, inwieweit die Nichtleistung des Chefarztes im Hinblick auf die wahlärztliche Leistung eine Negativtatsache darstellt.

a. Sekundäre Darlegungslast des Chefarztes in Bezug auf die unzulässige Substitution

Eine sekundäre Darlegungslast kann den Chefarzt im Hinblick auf die unzulässige Substitution nur treffen, wenn und soweit „der Patient außerhalb des von ihm vorzutragenden Geschehensablaufs steht“.⁴⁴⁴ An dieser Stelle erlangt erneut Bedeutung, dass nicht jede Substitutsbehandlung bloß eine aliud-Leistung darstellt; davon hängt nämlich der „vortragende Geschehensablauf“ ab: Wirkt der Chefarzt an der delegierten Maßnahme eigenverantwortlich mit, kann er sie gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ gesondert in Rechnung stellen.⁴⁴⁵ Das gleiche gilt für die Behandlung durch einen Stellvertreter, soweit sie auf der Grundlage einer wirksamen Stellvertretungsabrede erfolgt.⁴⁴⁶ Der darlegungsbelastete Patient muss also prinzipiell nicht nur vortragen, bloß durch ein Substitut behandelt worden zu sein – dann wäre seine Klage schlicht unschlüssig –, sondern darüber hinaus auch, dass die Substitutsbehandlung entgegen der Vorgaben der Wahlleistungsvereinbarung erfolgt ist.

aa. *Substitution an sich*

Schon bezogen auf die Substitution an sich trifft den Chefarzt in der Regel eine sekundäre Darlegungslast. Insoweit muss aber zwischen dem bewusstlosen und dem „wachen“ Patienten unterschieden werden:

Für den bewusstlosen Patienten spielt sich die Substitution offensichtlich außerhalb der eigenen Wahrnehmungsmöglichkeiten ab. Die Anforderungen an den Vortrag zur Vermutung der Substitution sind dann denkbar gering. Behauptet der Patient in diesem Fall, nicht durch den Chefarzt persönlich behandelt worden zu sein, muss der sekundär darlegungsbelastete Chefarzt diese Behauptung substantiiert bestreiten, indem er seine Beteiligung an der Behandlung detailliert darlegt.

⁴⁴² Reinecke, Beweislastverteilung, 22 f.; a.A. vermeintlich Schellhammer, Zivilprozess, 177, dem zufolge „man ein Nichts nicht beweisen“ könne; wiederum anders jedoch auf 187, wo er erkennt, dass negative Tatsachen zwar schwer, aber nicht unbeweisbar sind.

⁴⁴³ Schellhammer, Zivilprozess, 188 m.w.N.; Meyke/Saueressig, Darlegen und Beweisen, § 5 Rn. 107.

⁴⁴⁴ Vgl. BGH, 19.2.2019, VI ZR 505/17, NJW-RR 2019, 467, 468; BGH, 28.8.2018, VI ZR 509/17, NJW-RR 2019, 17, 20; BGH, 14.6.2005, VI ZR 179/04, BGHZ 163, 209 = NJW 2005, 2614, 2615.

⁴⁴⁵ Siehe zu den Delegationsvoraussetzungen ausführlich S. 33 ff.

⁴⁴⁶ Siehe zu den Vertretungsvoraussetzungen ausführlich S. 54 ff.

Dazu kann er beispielsweise eine Dokumentation seiner Beteiligung (etwa den OP-Bericht) vorlegen. Insoweit wird die Dokumentation der Person des Leistungserbringers bei der Chefarztbehandlung unter Umständen zur Obliegenheit, weil ohne substantiiertes Bestreiten die Substitution gemäß § 138 ZPO als zugestanden gilt.

Der „wache“ Patient steht demgegenüber regelmäßig nicht außerhalb des Geschehensablaufs; im Gegenteil werden die ärztlichen Maßnahmen in der Regel unmittelbar an seinem Körper durchgeführt. Durch welche Person er behandelt wird, kann der Patient selbst erkennen; zumal die Ärzte im Krankenhaus über ihre Namensschilder identifizierbar sind. Trotzdem trifft den Chefarzt auch insoweit eine sekundäre Darlegungslast. Ein darlegungsbezogener Vorteil folgt aus der theoretischen Wahrnehmungsmöglichkeit des Patienten nämlich nicht. Welche Person genau welche Maßnahmen erbringt, steht in der Regel nicht im Fokus der Wahrnehmung des Patienten. Stattdessen sorgt sich der Patient während der Behandlung ausschließlich um seine Gesundheit. Außerdem verschleiert auch die Arbeitsteilung im Krankenhaus die Wahrnehmung des Patienten zusätzlich; zumal gemäß § 17 Abs. 3 KHEntgG auch nicht nur ein einziger Chefarzt zur gesonderten Berechnung seiner Leistungen berechtigt ist.⁴⁴⁷ Darüber hinaus handelt es sich bei der Substitution an sich auch um eine Negativtatsache: Der Patient muss darlegen, dass *nicht* der Chefarzt selbst die Behandlung durchgeführt hat. Deswegen trifft grundsätzlich auch beim „wachen“ Patienten den Chefarzt eine sekundäre Darlegungslast für die Substitution an sich. Allerdings stellt die Vermutung des Patienten einen unzulässigen Ausforschungsbeweis dar, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte willkürlich aufgestellt wird.⁴⁴⁸ Deswegen muss zunächst der primär darlegungsbelastete Patient seine Vermutung – wenn auch lediglich eingeschränkt – substantiieren:⁴⁴⁹ Hierzu kann und muss er beispielsweise eine abweichende Personenbeschreibung des tatsächlichen Leistungserbringers präsentieren. Namentlich benennen muss er diesen aber nicht. Fehlt ein derartiger Vortrag überhaupt, greift die sekundäre Darlegungslast nicht ein.⁴⁵⁰ Diese Anforderungen an den Vortrag des primär darlegungsbelasteten Patienten verdeutlichen die Bedeutung des vorbereitenden materiellen Auskunftsanspruchs aus § 242 BGB.

bb. Einhaltung der Substitutionsvoraussetzungen

Abgesehen von der Substitution an sich kann sich der Patient darauf beschränken, lediglich pauschal seine Vermutung vorzutragen, dass dabei die Vorgaben der Wahlleistungsvereinbarung nicht eingehalten wurden. Dann trifft den Chefarzt

⁴⁴⁷ Bezogen auf das Liquidationsrecht eines Arztes wird über eine sekundäre Darlegungslast diskutiert: Positiv steht hierzu *Clausen*, GuP 2018, 35, 37; demgegenüber ablehnend AG Karlsruhe, 28.2.2017, 5 C 193/14, BeckRS 2017, 112795.

⁴⁴⁸ Vgl. BGHReport 2003, 891.

⁴⁴⁹ Vgl. *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 150.

⁴⁵⁰ *Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 150.

eine sekundäre Darlegungslast dafür, dass er trotz Substitution eine wahlärztliche Leistung erbracht hat. Für die Einhaltung der hierfür maßgebenden Substitutionsvoraussetzungen sind nämlich Umstände von Bedeutung, die vollständig außerhalb der Wahrnehmungsmöglichkeiten des Patienten stattfinden:

(1.) *Delegation*

Eine delegierte Maßnahme darf der Chefarzt gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ nur insoweit gesondert berechnen, wie er an der Behandlung eigenverantwortlich mitwirkt:

Dafür ist zum einen die medizinische Instruktion des Delegaten erforderlich.⁴⁵¹ Der Chefarzt muss daher den Delegaten medizinisch instruieren, was – wenn überhaupt – im Vorfeld der eigentlichen Behandlung erfolgt; der Patient steht insoweit regelmäßig außerhalb des Geschehensablaufs.

Zum anderen muss der Chefarzt bei der Delegation dem Behandlungsgeschehen während der gesamten Dauer der delegierten Maßnahme (zeitliche Komponente) so nahe sein, dass er bei Komplikationen persönlich einschreiten kann (räumliche Komponente).⁴⁵² Diese zeitlich-räumliche Abwesenheit des Chefarztes lässt sich für den Patienten ebenfalls nicht überprüfen; er steht auch insoweit außerhalb des Geschehensablaufs.

Die fehlende oder unzureichende Mitwirkung des Chefarztes stellt überdies eine Negativtatsache dar: Dem Patienten fällt es ungleich schwerer, darzulegen, dass der Chefarzt der Behandlung *nicht* hinreichend nahe gewesen ist oder den Delegaten *nicht* medizinisch instruiert hat, als umgekehrt dem Chefarzt die positive Gendarstellung.

Im Hinblick auf die Delegation kann und muss der sekundär darlegungsbelastete Chefarzt vortragen, inwieweit er den Delegaten medizinisch instruiert hat, insbesondere welche Anweisungen er ihm wann erteilt hat. Außerdem muss er vortragen, wo er sich während der gesamten Behandlungsdauer aufgehalten hat. Dazu kann auch die Vorlage eines Auszugs aus seinem Terminkalender erforderlich sein.

(2.) *Stellvertretung*

Die Behandlung durch einen Stellvertreter kann der Chefarzt nur dann gesondert berechnen, wenn sie auf der Grundlage einer wirksamen Stellvertretungsabrede erfolgt: Eine abstrakte Stellvertretungsabrede muss hierzu auf den unvorhersehbaren Verhinderungsfall und den Einsatz des ständigen ärztlichen Vertreters beschränkt bleiben.⁴⁵³

⁴⁵¹ Siehe zu dieser Delegationsvoraussetzung ausführlich S. 34.

⁴⁵² Siehe zu dieser Delegationsvoraussetzung ausführlich S. 37.

⁴⁵³ Siehe zu dieser Vertretungsvoraussetzung ausführlich S. 56 ff.

Ob der Stellvertreter wirklich ständiger ärztlicher Vertreter oder lediglich diensthabender Arzt gewesen ist, kann der Patient typischerweise nicht erkennen, weil ihm die Dienstpläne des Krankenhauses unbekannt sind.

Auch der Umstand, dass die Verhinderung des Chefarztes schon bei Abschluss der Stellvertretungsabrede feststeht, ist für den Patienten selbst nicht wahrnehmbar, schließlich kann er den Terminkalender des Chefarztes nicht einsehen.

Im Hinblick auf die Stellvertretung kann und muss der sekundär darlegungsbelastete Chefarzt vortragen, ob der Stellvertreter die Behandlung auch im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistungen durchgeführt hätte. Dazu kann auch die Vorlage des maßgebenden Dienstplans erforderlich sein. Außerdem muss der Chefarzt darlegen, weshalb er die Behandlung nicht persönlich durchführen konnte und dass dieses Hindernis unvorhersehbar gewesen ist. Dazu kann auch die Vorlage eines Auszugs aus seinem Terminkalender nötig werden.

(3.) *Zwischenergebnis*

Im Hinblick auf die unzulässige Substitutsbehandlung trifft den Chefarzt eine sekundäre Darlegungslast. Er muss nicht nur die Substitution an sich, sondern darüber hinaus auch deren Unzulässigkeit (konkreter: das Nichtvorliegen der Substitutionsvoraussetzungen) substantiiert bestreiten. Andernfalls gilt die unzulässige Substitution gemäß § 139 Abs. 3 ZPO als zugestanden.

b. Risiko der Nicht-Aufklärbarkeit der unzulässigen Substitution

Ist das Bestreiten des Chefarztes hinreichend substantiiert, muss weiterhin der Patient die bloße aliud-Leistung nachweisen. Gelingt es dem Patienten nicht, die volle Überzeugung des Gerichts von der unzulässigen Substitution herbeizuführen, verliert er den Prozess. Die Beweislosigkeit geht nämlich zulasten des Patienten.⁴⁵⁴ Der Patient trägt deswegen das Risiko, dass sich die unzulässige Substitution auch trotz Mitwirkung des Chefarztes nicht aufklären lässt.

C. Zusammenfassung

Für die unzulässige Substitutsbehandlung muss der Patient in keinem Fall ein wahlärztliches Honorar entrichten. Verweigert der Patient die Zahlung oder umgekehrt der Chefarzt die Rückerstattung, hängt der Erfolg einer Klage mitunter davon ab, wer die unzulässige Substitution darlegen und beweisen muss:

Klagt der Chefarzt gegen den Patienten auf Honorarzahlung, muss er das Erbringen einer wahlärztlichen Leistung nachweisen. Der Anspruchsumfang liegt

⁴⁵⁴ Vgl. allgemein dazu *Musielak*, Grundlagen der Beweislast, 144 f. dem zufolge „zum Nachteil der feststellungsbelasteten Partei [...] zu entscheiden“ ist, wenn „trotz der substantiierten Sachdarstellung der Partei, die allein Kenntnis von den rechtserheblichen Vorgängen hat, tatsächliche Zweifel bestehen“; *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, 140.

nämlich bei „Null“, bis der Chefarzt eine wahlärztliche Leistung erbringt. Vorher steht der Gebührenabrechnung § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ entgegen, wonach der Chefarzt „Gebühren *nur* für selbständige ärztliche Leistungen berechnen [kann], die er selbst erbracht hat oder die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden“. Wirkt der Chefarzt jedoch an einer delegierten Nebenleistung eigenverantwortlich mit oder erbringt die Behandlung ein Stellvertreter auf der Grundlage einer wirksamen Stellvertretungsabrede, handelt es sich demgegenüber um eine wahlärztliche Leistung, für die dann auch der Höhe nach ein Vergütungsanspruch besteht. Darlegungs- und beweisbelastet ist diesbezüglich der Chefarzt, soweit er den Patienten auf Honorarzahlung in Anspruch nimmt.

Klagt umgekehrt der Patient gegen den Chefarzt auf Rückerstattung des Honorars, muss er nachweisen, bloß eine aliud-Leistung erhalten zu haben. Das ergibt sich bei der hier vorgezogenen bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung daraus, dass die Rechtsgrundlosigkeit der Honorarzahlung zur Anspruchsvoraussetzung wird.

Die Beweislastverteilung ändert sich im Übrigen auch dann nicht, wenn man das herrschende Rückabwicklungsmodell zugrunde legt. Entweder muss dann der erfolglos behandelte Patient für einen Rücktritt nach § 323 BGB eine Nichtleistung nachweisen oder der erfolgreich behandelte Patient muss beweisen, dass Zweckerreichung i.S.d. §§ 326, 275 BGB anstelle der Erfüllung eingetreten ist.

Die Darlegungs- und Beweislast kann für den Patienten bei der Honorarrückforderung zum Problem werden: Zum einen spielt sich schon die Substitution an sich nämlich außerhalb seiner Wahrnehmungsmöglichkeiten ab, wenn er bei der Behandlung bewusstlos ist. Zum anderen stellt nicht jede Substitutsbehandlung eine bloße aliud-Leistung dar; die Substitutsbehandlung muss zusätzlich entgegen der Vorgaben der Wahlleistungsvereinbarung erfolgen. Eine verantwortliche Delegation von Nebenleistungen ist jedoch nach § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ zulässig. Die hierfür erforderliche eigenverantwortliche Mitwirkung des Chefarztes, ob also der Chefarzt den Delegaten medizinisch instruiert und der Behandlung anschließend nahe geblieben ist, kann der Patient überhaupt nicht erkennen. Zulässig ist weiterhin die Behandlung durch einen Stellvertreter, soweit sie auf der Grundlage einer wirksamen Stellvertretungsabrede erfolgt. Die Wirksamkeit einer abstrakten Stellvertretungsabrede hängt davon ab, dass bei ihrem Abschluss die Verhinderung des Chefarztes noch nicht absehbar ist; auch insoweit offenbaren sich Informationsdefizite des Patienten.

Bei der Aufklärung der unzulässigen Substitution hat der Patient zunächst zwei Ansatzpunkte: Zum einen kann er nach § 630g Abs. 1 BGB Einsicht in seine Patientenakte verlangen, zum anderen ist der Chefarzt nach § 12 Abs. 1 GOÄ verpflichtet, dem Patienten eine detaillierte Rechnung zu erteilen.

Die Patientenakte hilft dem Patienten indes nur sehr eingeschränkt und eher zufällig: Das liegt erstens daran, dass die Dokumentationspflicht des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB ausschließlich therapiesichernde Funktionen verfolgt; nur eine medizi-

nisch erforderliche Dokumentation ist daher verpflichtend. Die genauen Gründe für die Verhinderung des Chefarztes oder seine Nähe zum Behandlungsgeschehen sind jedoch nicht aus therapeutischen Gründen dokumentationsbedürftig. Zweitens ist auch die bloße Person des Leistungserbringers als charakterisierendes Merkmal nur für die „wesentlichen Maßnahmen“ und dann auch nur zur Therapiesicherung zu dokumentieren. Insoweit *kann* die Patientenakte dem Patienten die Aufklärung zumindest der Substitution an sich ermöglichen, wenn auch nicht zwangsläufig. Unterbleibt insoweit die Dokumentation der Person des Leistungserbringers, kann gleichwohl bei der Honorarrückforderung nicht nach § 630h Abs. 3 BGB vermutet werden, dass eine bloße Substitutsbehandlung erbracht worden ist, weil die Beweislastumkehr lediglich an die therapiesichernden Funktionen der Dokumentationspflicht anknüpft und darüber hinaus keine eigenständigen Beweis Zwecke verfolgt. Schon die amtliche Überschrift („Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler“) verdeutlicht, dass die Vermutungswirkung auf das Arzthaftungsrecht beschränkt ist und die Gebührenabrechnung nicht erfasst.

Auch die Rechnung erleichtert dem Patienten die Aufklärung zunächst nicht unmittelbar. Ob die jeweils berechnete Leistung durch den Chefarzt selbst oder lediglich durch ein Substitut erbracht wurde, gehört nach § 12 Abs. 2 GOÄ nämlich nicht zum Mindestinhalt der Rechnung. Der Patient hat allerdings gemäß § 242 BGB einen Anspruch gegen den Chefarzt auf Erläuterung der Gebührenabrechnung. Er ist schließlich im Hinblick auf den Kostenerstattungsanspruch gegenüber seinem Versicherer auf Auskünfte des Chefarztes über das Erbringen einer wahlärztlichen Leistung angewiesen. Außerdem soll durch die Rechnung der Vergütungsanspruch inhaltlich überprüfbar werden. Dieser Zweck kann bei der wahlärztlichen Rechnung nur erreicht werden, wenn der Chefarzt mitteilt, durch welche Person die jeweils berechneten Leistungen erbracht wurden. Bei bloßen Substitutsbehandlungen muss er zusätzlich offenbaren, inwieweit er an delegierten Nebenleistungen eigenverantwortlich mitgewirkt hat und inwieweit Stellvertreterleistungen auf der Grundlage einer wirksamen Stellvertretungsabrede erfolgt sind. Durch diese Informationen vermag der Patient das Prozessrisiko besser einzuschätzen.

Zumindest muss der Chefarzt innerprozessual nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast an der Aufklärung der unzulässigen Substitution mitwirken. Das betrifft sowohl den Umstand, dass die Behandlung überhaupt durch ein Substitut durchgeführt wurde, als auch die Frage, ob der Substitutsbehandlung die Vorgaben der Wahlleistungsvereinbarung entgegenstehen:

Schon im Hinblick auf die Substitution an sich steht der Patient außerhalb des Geschehensablaufs: Was für den bewusstlosen Patienten offensichtlich ist, gilt letztlich auch für den „wachen“ Patienten. Auch der „wache“ Patient kann rückblickend schwerlich nachvollziehen, welche Leistung durch welche Person erbracht wurde. Die Identität des Leistungserbringers liegt schlicht nicht im Wahr-

nehmungsfokus des Patienten, der primär um seine Gesundheit besorgt ist. In dem Fall ist der Chefarzt zumindest dann sekundär darlegungsbelastet, wenn der Patient eine abweichende Personenbeschreibung des tatsächlichen Leistungserbringers präsentiert, ohne diesen namentlich zu benennen. Dann muss der Chefarzt seinerseits diesen Vortrag substantiiert widerlegen oder aktiv seine Beteiligung an der Behandlung darlegen, beispielsweise indem er entsprechende Dokumentationen wie den OP-Bericht vorlegt.

Noch deutlicher zeigen sich die fehlenden Wahrnehmungsmöglichkeiten des Patienten bei der Frage, ob trotz Substitution eine wahlärztliche Leistung erbracht wird. Der Patient kann nämlich weder den Mitwirkungsbeitrag des Chefarztes noch die Gründe für dessen Verhinderung erkennen. Im Hinblick auf die Delegation kann und muss der Chefarzt deswegen vortragen, inwieweit er den Delegaten medizinisch instruiert hat, insbesondere welche Anweisungen er ihm wann erteilt hat. Außerdem muss er vortragen, wo er sich während der gesamten Behandlungsdauer aufgehalten hat. Dazu kann auch die Vorlage eines Auszugs aus seinem Terminkalender erforderlich sein. Im Hinblick auf die Stellvertretung kann und muss der Chefarzt darüber hinaus vortragen, ob der Stellvertreter die Behandlung auch im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistungen durchgeführt hätte. Dazu kann auch die Vorlage des maßgebenden Dienstplans erforderlich sein. Des Weiteren muss der Chefarzt darlegen, weshalb er die Behandlung nicht persönlich durchführen konnte und dass dieses Hindernis unvorhersehbar gewesen ist. Dazu kann auch die Vorlage eines Auszugs aus seinem Terminkalender nötig werden.

Kapitel 3: Die haftungsbezogenen Auswirkungen

§ 8 Haftung für Medizinschäden

Die medizinische Behandlung gilt als „naturgemäß gefahrträchtig“:⁴⁵⁵ Teilweise führt die Behandlung zur Heilung des Patienten bzw. zumindest zur Linderung der Beschwerden, mitunter nimmt die Gesundheit des Patienten jedoch bei der Behandlung zusätzlichen Schaden. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von Medizinschäden.⁴⁵⁶

Ersatz derartiger Schäden steht dem Patienten im Grundsatz nur dann zu, wenn sie darauf beruhen, dass der Arzt die Regeln der ärztlichen Kunst nicht ausreichend beachtet hat.⁴⁵⁷ Resultiert der Schaden nicht aus einem Behandlungsfehler, trifft den Patienten lediglich sein allgemeines Lebens- bzw. konkreter das behandlungsspezifische Risiko.⁴⁵⁸ Ausnahmsweise muss dem Patienten aber auch

⁴⁵⁵ Müller in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, § 2 Rn. 2.

⁴⁵⁶ Gebrlein, Grundriss der Arzthaftpflicht, 37.

⁴⁵⁷ Spickhoff in: Deutsch/Spickhoff, Kap. VII. Rn. 321 (Haftgrund ist „nicht der schlechte Ausgang einer Behandlung [...], sondern erst das Abweichen vom Standard der medizinischen Wissenschaft“); Spickhoff/Greiner, § 823 BGB Rn. 5 (Schadensrisiko, „das auch fehlerfreie ärztliche Kunst nicht vermeiden kann“).

⁴⁵⁸ Janda, Medizinrecht, 315.

derjenige Medizinschaden ersetzt werden, den sogar die kunstgerechte Behandlung nicht verhindern kann, nämlich wenn es an einer (wirksamen) Einwilligung des Patienten fehlt.⁴⁵⁹ Der Arzt haftet demzufolge für Behandlungsfehler gleichermaßen wie für ärztliche Eigenmacht:⁴⁶⁰ *Salus et voluntas aegroti suprema lex*. Die nachfolgende Untersuchung soll klären, wie sich die unzulässige Substitution auf die Arzthaftung auswirkt.

An der unzulässigen Substitutsbehandlung sind neben dem Substitut auch der Chefarzt und der Krankenhausträger beteiligt: Bei der Aufnahme in das Krankenhaus schließt der Patient mit dem Krankenhausträger eine Wahlleistungsvereinbarung, vgl. § 17 Abs. 1 S. 1 KHEntgG. Anschließend überlässt der Krankenhausträger die Erbringung und die Liquidation der wahlärztlichen Leistungen üblicherweise dem Chefarzt, der seinerseits die Behandlung dem Substitut anvertraut. Das Substitut wiederum übernimmt schlussendlich faktisch die medizinische Behandlung des Patienten. Als Haftungsschuldner kommen deswegen verschiedene Personen in Frage; auch darauf wird die Untersuchung der Haftungsrisiken eingehen.

A. Haftung des Substituts bei unzulässiger Substitution

Als Haftungsschuldner kommt bei der unzulässigen Substitutsbehandlung zunächst das Substitut selbst in Betracht: In dem eingetretenen Medizinschaden realisieren sich nämlich die spezifischen Risiken einer medizinischen Behandlung, die unmittelbar durch das Substitut durchgeführt worden ist. Das Substitut steht dem Medizinschaden folglich am nächsten.

I. Vertragliche Haftung des Substituts nach § 280 Abs. 1 BGB

Für den Medizinschaden muss das Substitut in keinem Fall vertraglich eintreten. Ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB setzt nämlich eine bestehende schuldrechtliche Sonderverbindung zwischen dem Patienten und dem Substitut voraus. Bei der stationären Wahlbehandlung verpflichten sich im Regelfall indes allein der Krankenhausträger sowie der Chefarzt vertraglich zur Erbringung ärztlicher Leistungen.⁴⁶¹ Das Substitut übernimmt demgegenüber die Behandlung rein faktisch.

⁴⁵⁹ BGH, 10.7.1959, VI ZR 87/58, NJW 1959, 2299; MünchKommBGB/Wagner, § 630d BGB Rn. 55; *Nebendahl* in: Igl/Welti, § 48 Rn. 1 und § 49 Rn. 1; *Laufs/Kern*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 149; *Neufeld*, Arzthaftungsrecht, 125.

⁴⁶⁰ Vgl. *Frahm/Nixdorf*, Arzthaftung, 1996, 47; *Frahm/Walter*, Arzthaftungsrecht, 103; Dieselbe Zweiteilung vornehmend auch *Heyers*, BRJ 2012, 135 („Defizite von Einwilligung [...] sowie Behandlungsfehler“); *Schelling*, Ärztliche Aufklärung, 7.

⁴⁶¹ BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778, 1779; BGH, 14.1.2016, III ZR 107/15, NJW 2016, 3027, 3028 f.; *Broglie* in: Ehlers/Broglie, Arzthaftungsrecht, 227; *Gebrein*, Grundriss der Arzthaftung, 12.

II. Deliktische Haftung des Substituts nach § 823 Abs. 1 BGB

Auch ohne direkte Vertragsbeteiligung kann der jeweilige Behandler zumindest deliktisch für eintretende Medizinschäden einzustehen haben.⁴⁶² Entscheidend ist dafür, dass die unzulässige Substitutsbehandlung einen eigenen Behandlungsfehler des Substituts oder zumindest einen Fall ärztlicher Eigenmacht darstellt.

1. Unzulässige Substitutsbehandlung als eigener Behandlungsfehler des Substituts
Die Behandlung durch das Substitut kann für sich genommen bereits behandlungsfehlerhaft sein. Ein solcher Behandlungsfehler liegt vor, wenn der für die konkrete Maßnahme jeweils geltende fachliche Standard unterschritten wird.⁴⁶³ In der Missachtung der fachlichen Standards – etwa mangels hinreichender Qualifikationen für den konkreten Eingriff – liegt also ein eigener Behandlungsfehler des Substituts.

Beachtet das Substitut demgegenüber die Regeln der ärztlichen Kunst, begründet die unzulässige Substitutsbehandlung für sich genommen keinen eigenen Behandlungsfehler des Substituts. In der arzthaftungsrechtlichen Literatur findet sich im Hinblick auf die Behandlung durch die falsche Person zwar die Einordnung als „Fehlmaßnahme“: Die Therapie habe „von der richtigen Person [...] zu erfolgen“.⁴⁶⁴ Dazu wird auch ausdrücklich auf die persönliche Leistungserbringungspflicht Bezug genommen.⁴⁶⁵ Allerdings geht es dabei nicht um die *Vornahme* durch ein Substitut, sondern allein um die unzulässige *Übertragung* durch den Chefarzt. Die Einordnung als Fehlmaßnahme wird nämlich durch den Hinweis auf eine Entscheidung des OLG München⁴⁶⁶ begründet, wonach es „ein ärztlicher Fehler [sei], die Entfernung der Nachgeburt mittels Ziehens an der Nabelschnur der Krankenschwester zu überlassen“.⁴⁶⁷ Ob die Übertragung der wahlärztlichen Behandlung bei der unzulässigen Substitution einen Behandlungsfehler *des Chefarztes* begründet, soll an anderer Stelle geklärt werden;⁴⁶⁸ einen eigenen Behandlungsfehler *des Substituts* begründet die unzulässige Substitution für sich genommen jedenfalls nicht.

⁴⁶² *Nebendahl* in: Igl/Welti, § 47 Rn. 14; *Spickhoff*, VersR 2013, 267, 281; *Rehborn*, GesR 2013, 257, 258.

⁴⁶³ BGH, 22.12.2015, VI ZR 67/15, NJW 2016, 713, 714; BGH, 24.2.2015, VI ZR 106/13, NJW 2015, 1601; BeckOK/*Katzenmeier*, § 630a BGB Rn. 193; *Gehrlein*, Grundriss der Arzthaftpflicht, 38; *Martis/Winkhart-Martis*, Arzthaftungsrecht, B25.

⁴⁶⁴ *Spickhoff* in: Deutsch/Spickhoff, Kap. VII. Rn. 338 m.w.N.

⁴⁶⁵ *Spickhoff* in: Deutsch/Spickhoff, Kap. VII. Rn. 338 Fn. 110.

⁴⁶⁶ OLG München, 27.1.1994, 1 U 2040/93, VersR 1994, 1113.

⁴⁶⁷ *Spickhoff* in: Deutsch/Spickhoff, Kap. VII. Rn. 338.

⁴⁶⁸ Siehe dazu ausführlich S. 139 f.

2. Unzulässige Substitutsbehandlung als ärztliche Eigenmacht des Substituts

Sogar bei kunstgerechter Behandlung haftet das Substitut nach § 823 Abs. 1 BGB für eingetretene Medizinschäden, wenn der Eingriff schuldhaft ohne wirksame Einwilligung des Patienten durchgeführt wird.⁴⁶⁹ Derartige Konstellationen werden auch als „ärztliche Eigenmacht“ bezeichnet.⁴⁷⁰ Der zentrale Vorwurf ist dann nicht, die Behandlung schlecht, sondern sie überhaupt durchgeführt zu haben. Ohne Einwilligung darf der Patient auch dann nicht behandelt werden, wenn der Arzt überzeugt ist, zum Wohle des Patienten einzugreifen.⁴⁷¹ Nachfolgend soll untersucht werden, ob das Substitut nach § 823 Abs. 1 BGB wegen der unzulässigen Substitution unter dem Aspekt der ärztlichen Eigenmacht zum Ersatz von Medizinschäden verpflichtet ist.

a. Rechtsgutsverletzung durch eigenmächtigen Heileingriff

Voraussetzung einer deliktischen Haftung des Substituts nach § 823 Abs. 1 BGB ist zunächst die Verletzung eines geschützten Rechtsguts durch die Substitutsbehandlung. Danach haftet auf Schadensersatz nur, wer „das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt“.

Bisweilen wird von Vertretern des Schrifttums angenommen, der eigenmächtige Heileingriff verletze isoliert das Persönlichkeitsrecht des Patienten.⁴⁷² Es entstehe dem Patienten allein der durch billige Entschädigung in Geld auszugleichen-
de immaterielle Nachteil, nicht mitbestimmen zu können.⁴⁷³ Einen Nachteil an seiner körperlichen Integrität erleide der Patient hingegen nicht. Dieser Ansatz wird auch als „*Persönlichkeitsrechtstheorie*“ bezeichnet.⁴⁷⁴

⁴⁶⁹ BGH, 10.7.1959, VI ZR 87/58, NJW 1959, 2299.

⁴⁷⁰ *Frahm/Walter*, Arzthaftungsrecht, 103 und 241; *Laufs*, NJW 1969, 529.

⁴⁷¹ RG, 31.5.1894, 1406/94, RGSt 25, 375, 378 („Das jemand nach eigener Überzeugung [...] die Fähigkeit besitzt, das wahre Interesse seines Nächsten besser zu verstehen als dieser selbst, [...] gewährt jenem entfernt nicht irgend eine rechtliche Befugnis, nunmehr nach eigenem Ermessen in die Rechtssphäre des Anderen einzugreifen, diesem Gewalt anzuthun und dessen Körper willkürlich zum Gegenstande gutgemeinter Heilversuche zu benutzen“); *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, 5. Aufl. 2006, 199 („Anmaßung eines Bevormundungsrechts“).

⁴⁷² *Laufs*, NJW 1969, 529 ff.; *Ders.*, NJW 1974, 2025 ff.; *Wietölter*, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, 71, 101 ff.; 109; *Eberhardt*, Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 219.

⁴⁷³ *Wietölter*, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, 71, 101 ff.; 109; *Eberhardt*, Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 219 („Allein der in der Willensmißachtung liegende immaterielle Schaden muß ersetzt werden“); *Laufs*, NJW 1969, 529, 532; *Ders.*, NJW 1974, 2025 ff.; *Ders.* VersR 1972, 1 ff.; *Brüggeleier*, Haftungsrecht, 507; *Schiemann*, Fortbildung des Schadensrechts, 13 („Das Gut, für dessen Verletzung Genugtuung gewährt wird, ist vielmehr das Selbstbestimmungsrecht des Patienten“).

⁴⁷⁴ Vgl. hierzu *Obly*, Volenti non fit iniuria, 241, der allerdings auf 243 zu Recht darauf hinweist, dass diese Kritik vor allem bei der Haftung für reine Aufklärungsfehler und nicht für die ärztliche Eigenmacht vorgebracht wurde.

Demgegenüber wird überwiegend vertreten, der eigenmächtige Heileingriff verletze sowohl das Persönlichkeitsrecht als auch die körperliche Unversehrtheit des Patienten.⁴⁷⁵

Auf die Streitfrage, ob durch den eigenmächtigen Heileingriff bloß isoliert das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder (auch) die körperliche Unversehrtheit des Patienten verletzt wird, kommt es an dieser Stelle indes nicht an: Beide Rechtsverletzungen wirken nämlich in gleichem Maße haftungsbegründend.⁴⁷⁶ Unterschiede ergeben sich – wenn überhaupt – auf der Rechtsfolgenreise.⁴⁷⁷ Ob dann die unterschiedliche Akzentuierung des verletzten Rechtsguts auch den Schutzbereich und damit die Schadenszurechnung beeinflusst, wird an anderer Stelle untersucht.⁴⁷⁸

b. Rechtswidrigkeit der unzulässigen Substitutsbehandlung

Ohne (wirksame) Einwilligung ist die Behandlung des Patienten rechtswidrig.⁴⁷⁹ Schwierigkeiten bereitet bei der unzulässigen Substitutsbehandlung, dass die Einwilligung in die medizinische Behandlung gerade nicht vollständig fehlt; zumindest der Chefarzt persönlich soll die Behandlung schließlich durchführen. Diese Einwilligung kann zwar unwirksam sein, etwa wenn der Patient nicht über den Ablauf des Eingriffs, die Erfolgsaussichten, die Risiken und mögliche Alternativen aufgeklärt wird.⁴⁸⁰ Allein durch die unzulässige Substitution wird die Wirksamkeit der Einwilligung aber nicht berührt. Eine ärztliche Eigenmacht kann in der unzulässigen Substitutsbehandlung deswegen nur vorliegen, wenn bei der Wahlbehandlung die Einwilligung personell auf den Chefarzt beschränkt erteilt wird. Der Vorwurf gegenüber dem Substitut ist dann nicht, dass der Eingriff überhaupt nicht durchgeführt werden sollte, sondern bloß nicht durch diese Person. Nachfolgend soll überprüft werden, ob die Einwilligung in einen Heileingriff überhaupt personell limitiert werden kann und wie sich die Wahlleistungsvereinbarung insoweit auf die Einwilligung auswirkt.

⁴⁷⁵ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524; BGH, 14.2.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391 = NJW 1989, 1533, 1535; *Janda*, JZ 2012, 932, 937 („Vieles spricht dafür, beide Rechtsgüter als gleichermaßen verletzt zu sehen, wenn der Patient nicht hinreichend aufgeklärt wird“); v. *Pentz*, MedR 2017, 437, 441 „Das Erfordernis der Einwilligung [...] dient der Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts und seines Rechts auf körperliche Unversehrtheit“; vgl. auch *Schwab*, JuS 2016, 1030, 1031, der jedoch umgekehrt formuliert, es gehe nicht nur um die Gesundheit an sich, sondern auch um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten; *Gerda Müller* in: FS Geiss, 463; *Obhy*, Volenti non fit iniuria, 242.

⁴⁷⁶ *Laufs*, NJW 1969, 529, 531.

⁴⁷⁷ *Deutsch*, NJW 1965, 1985, 1988.

⁴⁷⁸ Siehe dazu S. 131 ff.; vgl. *Laufs*, NJW 1969, 529, 532 („Beeinflusst der Tatbestandswechsel die Schadenszurechnung, weil er zugleich den Schutzbereich ändert?“).

⁴⁷⁹ BGH, 14.2.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391 = NJW 1989, 1533, 1535; *Janda*, Medizinrecht, 321 ff.; *Nebendahl* in: Igl/Welti § 49 Rn. 3; *Gebrel*, Arzthaftungsrecht, 97.

⁴⁸⁰ BGH, 14.2.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391 = NJW 1989, 1533, 1535.

aa. *Einwilligung ad personam*

Die Einwilligung in einen Heileingriff kann grundsätzlich auf einen bestimmten Arzt beschränkt werden.⁴⁸¹ Die Patienteneinwilligung ist nämlich erforderlich, damit der Patient das selbstbestimmte Subjekt und nicht bloß ein dulndendes Objekt der Behandlung ist.⁴⁸² Daraus folgt, dass der Patient „in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts“ manchen Ärzten einen Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit verbieten und anderen wiederum erlauben kann.⁴⁸³ Der Patient erteilt demzufolge seine Einwilligung in den Heileingriff, stellt sie jedoch unter die Bedingung einer persönlichen Behandlung.⁴⁸⁴

Der Einwilligung *ad personam* steht nicht bereits das gesetzliche Leitbild der Einwilligung entgegen, das in § 630d Abs. 1 S. 1 BGB niedergelegt wurde: Dass danach die Einwilligung nur in die „Durchführung einer medizinischen Maßnahme“ erfolgt und nicht etwa in die Behandlung durch einen bestimmten Arzt, widerspricht einer limitierten Einwilligung nicht.⁴⁸⁵ Schließlich kann auch in die „Durchführung einer medizinischen Maßnahme“ unter der Bedingung eingewilligt werden, dass sie von einem bestimmten Arzt vorgenommen wird.

Ob die Einwilligung auf einen bestimmten Arzt limitiert erteilt wird, ist eine Auslegungsfrage: Eine personelle Beschränkung kann ausdrücklich erklärt werden, sich aber auch aus den Umständen ergeben.⁴⁸⁶ Jedenfalls können bei der Auslegung die Vorschriften über Willenserklärungen (entsprechend) angewendet werden.⁴⁸⁷

Die Auslegung der Einwilligung kann eine Beschränkung *ad personam* selbst dann ergeben, wenn der Patient keinen vertraglichen Anspruch auf die persönliche Behandlung durch einen bestimmten Arzt hat.⁴⁸⁸ In dem Fall ist jede Behandlung

⁴⁸¹ BGH, 11.5.2010, VI ZR 252/08, NJW 2010, 2580, 2581; OLG Köln, 25.8.2008, 5 U 28/08, BeckRS 2008, 19924; OLG Celle, 2.3.1981, 1 U 22/80, NJW 1982, 706; Zumindest andeutungsweise so auch OLG Koblenz, 21.2.2008, 5 U 1309/07, NJW 2008, 1679, 1681; *Bockelmann* in: Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 29.

⁴⁸² *Nebendahl* in: Igl/Welti, § 49 Rn. 2; *Janda*, Medizinrecht, 321; *Steffen/Pange*, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl. 2013, 145; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, 5. Aufl., 2006, 199.

⁴⁸³ BGH, 11.5.2010, VI ZR 252/08, NJW 2010, 2580, 2581; OLG Köln, 25.8.2008, 5 U 28/08, BeckRS 2008, 19924.

⁴⁸⁴ *Fries*, JR 2017, 287, 289 („In einer Wahlleistungsvereinbarung stellt der Patient seine [...] Einwilligung [...] unter die Bedingung einer Behandlung durch den Chefarzt“); *Korthus*, dKH 2017, 1117 („Eine unwirksame Vertretung des Wahlarztes führt zum Wegfall der Patienteneinwilligung“); OLG Hamm, 21.10.2013, 3 U 17/12, MedR 2014, 893, 894, spricht davon, dass die „erteilte Einwilligung betreffend den Eingriff ihre Wirksamkeit verliert“.

⁴⁸⁵ Kritisch jedoch *Bender* in: FS Dahm, 32.

⁴⁸⁶ OLG Köln, 25.8.2008, 5 U 28/08, BeckRS 2008, 19924.

⁴⁸⁷ BGH, 18.3.1980, VI ZR 155/78, NJW 1980, 1903, 1904; BGH, 7.2.1984, VI ZR 188/82, NJW 1984, 1395, 1396; OLG Köln, 25.8.2008, 5 U 28/08, BeckRS 2008, 19924; *Steffen/Pange*, Arzthaftungsrecht, 10. Aufl., Rn. 416 m.w.N.

⁴⁸⁸ OLG Köln, 25.8.2008, 5 U 28/08, BeckRS 2008, 19924; OLG Oldenburg, 11.5.2005, 5 U 163/04, MedR 2008, 295 (Wird dem Patienten jedoch vom Chefarzt die „konkrete Zusage ge-

durch einen anderen Arzt rechtswidrig. Allerdings muss der Patient sich gegebenenfalls damit abfinden, überhaupt nicht behandelt zu werden.⁴⁸⁹ *A fortiori* muss eine Limitierung der Einwilligung dann ebenfalls zulässig sein, wenn der Patient wegen der Wahlleistungsvereinbarung sogar einen vertraglichen Anspruch auf die Chefarztbehandlung hat.⁴⁹⁰

bb. Auswirkungen der Wahlleistungsvereinbarung auf die Einwilligung

Weil der Patient bei den allgemeinen Krankenhausleistungen keinen Anspruch auf die persönliche Chefarztbehandlung hat, ist auch die Einwilligung dort grundsätzlich stillschweigend all denjenigen Ärzten erteilt, die nach der internen Arbeitsteilung zuständig sind.⁴⁹¹ Möchte der Patient – wohlgerne ohne eine gesonderte Vergütung – durch einen bestimmten Arzt behandelt werden, muss er das „eindeutig zum Ausdruck bringen“.⁴⁹²

Besonderheiten ergeben sich für die Auslegung der Einwilligungserklärung durch den Abschluss einer Wahlleistungsvereinbarung. Damit bringt der Patient nämlich seinen Wunsch zum Ausdruck, durch den Chefarzt persönlich behandelt zu werden.⁴⁹³ Ob daraus auch eine generelle Limitierung der Einwilligung auf den Chefarzt folgt, soll im Folgenden untersucht werden.

(1.) Gleichlauf oder Abstraktion zwischen persönlicher Leistungspflicht und Einwilligung ad personam

Einerseits handelt es sich bei der Wahlleistungsvereinbarung und der Einwilligungserklärung um unterschiedliche Willensbekundungen: Mit der Wahlleistungsvereinbarung sichert sich der Patient die besondere Erfahrung und Sachkunde des Chefarztes, mit der Einwilligungserklärung geht der Patient selbstbestimmt die behandlungsspezifischen Risiken ein. Daher sind die Wahlleistungsvereinbarung

macht [...] ihn persönlich zu operieren“, kann die im Anschluss abgegebenen Einwilligungserklärung nur noch als auf den Chefarzt beschränkt verstanden werden).

⁴⁸⁹ BGH, 11.5.2010, VI ZR 252/08, NJW 2010, 2580, 2581; OLG Köln, 25.8.2008, 5 U 28/08, BeckRS 2008, 19924; OLG Celle, 2.3.1981, 1 U 22/80, NJW 1982, 706.

⁴⁹⁰ So i.E. auch BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 2523, 2524; OLG Braunschweig, 25.9.2013, 1 U 24/12, MedR 2014, 891, 892.

⁴⁹¹ BGH, 11.5.2010, VI ZR 252/08; NJW 2010, 2580, 2581; Kröger, Rechtfertigung des ärztlichen Heileingriffs, 169; Debon, ArztR 2015, 33, 34; Martis/Winkhart, 4. Aufl. 2014, Aufklärung A1784; Martis/Winkhart, Krankenhausverträge K123d.

⁴⁹² BGH, 11.5.2010, VI ZR 252/08; NJW 2010, 2580, 2581; OLG Celle, 2.3.1981, 1 U 22/80, NJW 1982, 706, 707; Martis/Winkhart, Aufklärung A1784; Martis/Winkhart, Krankenhausverträge K123d.

⁴⁹³ OLG Celle, 2.3.1981, 1 U 22/80, NJW 1982, 706 („Nur ausnahmsweise kann es [...] anders sein“); So wohl auch BGH, 11.5.2010, VI ZR 252/08; NJW 2010, 2580, 2581; OLG Braunschweig, 25.9.2013, 1 U 24/12, MedR 2014, 891, 892.

und die Einwilligungserklärung auch in ihrer Wirksamkeit voneinander unabhängig.⁴⁹⁴

Andererseits verbietet das Abstraktionsprinzip nicht, bei der Auslegung dieser teilweise strukturverwandten Fragen nach der vertraglichen persönlichen Bindung und der Einwilligung *ad personam* dieselben Umstände heranzuziehen: Was bei Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung für die persönliche Bindung des Chefarztes gesprochen hat, wirkt nämlich regelmäßig bei der – womöglich zeitgleich erfolgten – Einwilligungserklärung nach.⁴⁹⁵ Nicht die Wahlleistungsvereinbarung ist folglich das Auslegungskriterium für die Einwilligung *ad personam*, sondern die ihr gleichsam zugrundeliegenden Umstände. Deswegen kommt es bei der Auslegung der Einwilligung zum Gleichlauf zwischen persönlicher Leistungspflicht und personeller Limitierung der Einwilligung.⁴⁹⁶

(2.) *Strafrechtliche Relevanz der Einwilligungserklärung*

Der Gleichlauf zwischen persönlicher Leistungspflicht und Einwilligung *ad personam* führt zu Schwierigkeiten, weil die wahlärztliche Leistung nicht im Sinne eines starren Schemas entweder persönliche Pflicht des Chefarztes oder vertretbar ist; stattdessen kann sie in einen persönlichen Leistungskern und vertretbare Nebenleistungen aufgespalten werden. Die Trennlinie zwischen zulässiger und unzulässiger Substitution verläuft insoweit ausgesprochen unscharf, sodass es *prima facie* überzeugt, diese Rechtsunsicherheit nicht über den – sogar strafrechtlich relevanten – eigenmächtigen Heileingriff entscheiden zu lassen.⁴⁹⁷

Allerdings setzt die Strafbarkeit des Substituts wegen Körperverletzung nach §§ 223, 229 StGB wenigstens Fahrlässigkeit voraus. Ein Fahrlässigkeitsvorwurf gegenüber dem Substitut ist aber im Hinblick auf die Limitierung der Einwilligung zumindest in den Graubereichen der Substitution mehr als fraglich.⁴⁹⁸ Übergeht

⁴⁹⁴ Aus diesem Grund kritisch auch *Bender* in: FS Dahm, 38, der jedoch seinerseits etwas missverständlich auf 41 davon spricht, die vertragliche Regelung sei ein wichtiges Auslegungskriterium gegen eine Limitierung der nachfolgenden Einwilligungserklärung.

⁴⁹⁵ In diese Richtung auch BGH, 11.5.2010, VI ZR 252/08; NJW 2010, 2580, 2581, wo für eine haftungsrechtliche Fragestellung auf ein Urteil zu einer honorarrechtlichen Fragestellung Bezug genommen wird.

⁴⁹⁶ Vgl. auch OLG Braunschweig, 25.9.2013, 1 U 24/12, BeckRS 2014, 01104, (in MedR 2014, 891 insoweit nicht abgedruckt) (Es ist „keine Differenzierung zwischen honorarrechtlicher und haftungsrechtlicher Betrachtung vorzunehmen“); OLG Koblenz, 21.2.2008, 5 U 1309/07, NJW 2008, 1679, 1681, wonach „Vertrags- und Einwilligungserklärung [...] nur den Eingriff durch den Bekl. persönlich“ legitimierten; *Korthus*, dKH 2017, 1117, 1118, der die BGH-Rechtsprechung einer „Verknüpfung von haftungsrechtlicher und vergütungsrechtlicher Einwilligung“ kritisiert; LG Siegen, 28.4.2017, 2 O 329/14, BeckRS 2017, 141093 Rn. 27 („Entsprechend betrifft die Vereinbarung nicht nur die Abrechnung der geleisteten Behandlung, sondern auch die Einwilligung in den Eingriff in die körperliche Integrität“).

⁴⁹⁷ *Bender* in: FS Dahm, 39.

⁴⁹⁸ Vgl. zum arzthaftungsrechtlichen Fahrlässigkeitsvorwurf ausführlich S. 131 f.

das Substitut demgegenüber fahrlässig oder gar vorsätzlich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, trifft es das Strafbarkeitsrisiko nicht zu unrecht.

(3.) *Unvereinbarkeit mit Stellvertretungsabrede*

Auch die Kritik, wonach bei genereller Limitierung der Einwilligung die vom BGH akzeptierten Stellvertretungsabreden „hinfällig“ wären,⁴⁹⁹ greift nicht unmittelbar durch. Zustimmung verdient noch die Aussage, die nachträgliche Einholung der Einwilligung sei vielfach unmöglich, weil der unvorhersehbare Vertretungsfall sich häufig erst unmittelbar vor der Behandlung offenbare.⁵⁰⁰ Eine rechtzeitige Einholung einer wirksamen Einwilligung sei dann ausgeschlossen. Nur erfordert das noch nicht die Ablehnung der Einwilligung *ad personam*.

Erstens ist es keinesfalls zwingend, dass die nachträgliche Einholung der Einwilligung ausgeschlossen ist, weil die Unvorhersehbarkeit sich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezieht und die Behandlung auch noch deutlich später erfolgen kann. Außerdem ist auch für Stellvertretungsabreden anerkannt, dass es den Einwand unzulässiger Rechtsausübung begründet, wenn der Patient nicht „so früh wie möglich“ über den Verhinderungsfall aufgeklärt wird.⁵⁰¹ Der Patient soll „in der bedrängenden Situation einer schweren Sorge um seine Gesundheit oder gar sein Überleben“ nach Möglichkeit in die Lage versetzt werden, eine ruhige und sorgfältige Abwägung zu treffen.⁵⁰² Wenn hierfür nicht ausreichend Zeit verbleibt, muss die Substitutsbehandlung eben unterbleiben oder ohne gesonderte Vergütung als allgemeine Krankenhausleistung durchgeführt werden.

Zweitens sorgt schon der Gleichlauf zwischen Wahlleistungsvereinbarung und Einwilligungserklärung dafür, dass die Stellvertretungsabrede gerade nicht „hinfällig“ wird: Der Patient, der sich mit der Aufnahme einer Stellvertretungsabrede einverstanden erklärt, bringt dadurch nämlich auch zum Ausdruck mit der Durchführung der Behandlung durch den Stellvertreter einverstanden zu sein. Die Einwilligung erstreckt sich dann folglich auch auf den Vertreter, sofern der Verhinderungsfall eintritt.⁵⁰³ Trotzdem wird die Einwilligung im Übrigen *ad personam* limitiert erklärt.⁵⁰⁴

⁴⁹⁹ Bender in: FS Dahm, 40.

⁵⁰⁰ Bender in: FS Dahm, 40.

⁵⁰¹ BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 989; LG Bonn, 4.2.2004, 5 S 207/03, BeckRS 2015, 07275; LG Aachen, 9.5.2001, 11 O 132/00, VersR 2002, 195, 196; *Kalis*, VersR 2002, 23.

⁵⁰² BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, 989; die „besondere [...] Situation des Patienten“ berücksichtigend auch *Kalis*, VersR 2002, 23.

⁵⁰³ *Martis/Winkhart*, Allgemeine Geschäftsbedingungen A47a („sofern er mit dem Patienten nicht eine Ausführung dieser Kernleistung durch einen Stellvertreter wirksam vereinbart hat“); *Dehong*, ArztR 2015, 33.

⁵⁰⁴ So auch OLG Hamm, 21.10.2013, 3 U 17/12, MedR 2014, 893, 894; a.A. OLG Braunschweig, 25.9.2013, 1 U 24/12, MedR 2014, 891, 893, wonach eine zusätzliche (Einwilligungs-) Erklärung nach Mitteilung des Eintritts des Verhinderungsfalles erforderlich sein soll.

Auf den ersten Blick gegenteilig hat jedoch das OLG Braunschweig entschieden: Der Eintritt des Verhinderungsfalles mache eine Information des Patienten und anschließend eine zusätzliche Einwilligungserklärung erforderlich.⁵⁰⁵ Nur so werde dem Patienten ermöglicht, sich zwischen Substitutsbehandlung und Zuwarten zu entscheiden.⁵⁰⁶ Die Entscheidung betraf allerdings einen Fall, in dem es der Behandlerseite nicht gelungen ist, die Vertretungsvoraussetzungen – sprich: den unvorhersehbaren Verhinderungsfall – nachzuweisen. Dadurch werden die Grenzen der limitierten Einwilligung auch dann überschritten, wenn die Wahlleistungsvereinbarung eine Stellvertreterabrede enthält. Das bewertet auch die herrschende Auffassung nicht anders: Liegen die Vertretungsvoraussetzungen der einschlägigen Stellvertretungsabrede nicht vor, erfasst die Einwilligung den Stellvertreter gerade nicht, sondern ist ausschließlich auf den Chefarzt limitiert. Dann aber ist eine rechtzeitige Information und zusätzliche Einwilligungserklärung des Patienten erforderlich, um die Substitutsbehandlung zu rechtfertigen.⁵⁰⁷ Nur, soweit die Stellvertretungsabrede eingreift, ist auch die Behandlung durch den Stellvertreter von der limitierten Einwilligung des Patienten erfasst.

(4.) Uferlosigkeit wegen der Wahlarztkette

Auch die Existenz der Wahlarztkette nach § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntG ändert an der generellen Limitierung der Einwilligung nichts: Zwar erstreckt sich danach die wahlärztliche Behandlung zwingend auf „alle an der Behandlung des Patienten beteiligten [...] Ärzte des Krankenhauses, soweit diese zur gesonderten Berechnung ihrer Leistungen [...] berechtigt sind“. Dadurch kommt es unter Umständen zu einer gewissen Uferlosigkeit im Hinblick auf die Anzahl der persönlich verpflichteten (Chef-) Ärzte.⁵⁰⁸ Das steht aber einer generellen Limitierung auf alle beteiligten Ärzte der Wahlarztkette nicht entgegen, schließlich wird auch mit all diesen Ärzten ein eigener Arztzusatzvertrag abgeschlossen.⁵⁰⁹ Die Annahme, die Einwilligungserklärung sei auf alle beteiligten Ärzte der Wahlarztkette limitiert, stellt demgegenüber nicht in größerem Maße eine Fiktion dar und ist deswegen – unter diesem Gesichtspunkt – unbedenklich.

(5.) Erreichung des Zwecks der Wahlleistungsvereinbarung

Eine generelle Limitierung der Einwilligung ist von essentieller Bedeutung für die Erreichung des mit der Wahlleistungsvereinbarung verfolgten Zwecks. Denn der

⁵⁰⁵ OLG Braunschweig, 25.9.2013, 1 U 24/12, MedR 2014, 891, 893; a.A. OLG Hamm, 21.10.2013, 3 U 17/12, MedR 2014, 893, 894; *Bergmann*, MedR 2014, 894, 895.

⁵⁰⁶ OLG Braunschweig, 25.9.2013, 1 U 24/12, MedR 2014, 891, 893.

⁵⁰⁷ OLG Hamm, 15.12.2017, 26 U 74/17, RDG 2018, 140, 142.

⁵⁰⁸ Vgl. *Bender* in: FS Dahm, 41 f.

⁵⁰⁹ Vgl. zu den Vertragsbeziehungen bei der Wahlarztkette Uleer/Miebach/*Patt*, § 17 KHEntG Rn. 73; *Rebborn* in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 14 Krankenhausbehandlungsvertrag, Rn. 111; *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer*, MedR 2000, 107, 109.

Krankenhausträger wäre im Rahmen des totalen Krankenhausaufnahmevertrags prinzipiell dazu im Stande die Behandlung – freilich unter Verzicht auf das zusätzliche wahlärztliche Honorar – durch jeden beliebigen Arzt ausführen zu lassen.⁵¹⁰ *De facto* verhindert dies allein die auf den Chefarzt limitierte Einwilligung. Nur so kann dem Patienten die Letztentscheidungskompetenz über Zuwarten oder Substitutsbehandlung gesichert werden.

(6.) *Zwischenergebnis*

Bei der Auslegung der Einwilligungserklärung kommt der Wahlleistungsvereinbarung eine entscheidende Bedeutung zu: Soweit hiernach der Chefarzt persönlich zur wahlärztlichen Leistung verpflichtet wird, ist auch die Einwilligungserklärung auf seine Person limitiert. Enthält die Wahlleistungsvereinbarung eine Stellvertretungsabrede, ist die Einwilligungserklärung prinzipiell weiterhin auf den Chefarzt beschränkt, erfasst aber auch den Stellvertreter, sobald die Vertretungsvoraussetzungen (etwa die Verhinderung des Chefarztes) vorliegen.

Durch die unzulässige Substitution übergeht das Substitut die ad personam limitierte Einwilligung. Die unzulässige Substitutsbehandlung ist deswegen stets rechtswidrig.

c. Verschulden des Substituts

Die Ersatzpflicht aus § 823 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass das geschützte Rechtsgut „vorsätzlich oder fahrlässig [...] widerrechtlich verletzt“ wird. Im Hinblick auf Einwilligungsmängel beim ärztlichen Heileingriff ist allgemein anerkannt, dass sich das Verschulden des Arztes gerade auf die fehlende bzw. mangelbehaftete Einwilligung beziehen muss.⁵¹¹ Übertragen auf die unzulässige Substitutsbehandlung bedeutet das: Für Medizinschäden haftet das Substitut nach § 823 Abs. 1 BGB nur, wenn es schuldhaft die Grenzen der ad personam limitierten Einwilligung überschreitet.

aa. *Vorsatz im Hinblick auf die Überschreitung der Einwilligung*

Weiß das Substitut von der personellen Beschränkung der Einwilligung, handelt es auch mit Blick auf das Unrechtsbewusstsein vorsätzlich, wenn es die Substitutsbehandlung trotzdem durchführt. In diesem Fall macht das Substitut den Patienten nicht weniger zum Objekt seiner Behandlung, als der gänzlich ohne Einwilligung tätige Arzt.

Probleme bereitet bei der unzulässigen Substitutsbehandlung, dass das Substitut kaum einmal tatsächlich um die Limitierung der Einwilligung weiß; jedenfalls

⁵¹⁰ Siehe dazu S. 91 f.

⁵¹¹ BGH, 7.11.2006, VI ZR 206/05, BGHZ 169, 364 = NJW-RR 2007, 310, 311; *Hausch*, VersR 2009, 1178, 1182; *Spickhoff* in: Deutsch/Spickhoff, Kap. VIII. Rn. 540; BeckOK/*Förster*, § 823 BGB Rn. 890; *Deutsch* in: FS Medicus, 1999, 85.

gelingt dem Patienten ein entsprechender Nachweis nicht. Das Substitut nimmt stattdessen (irrig) an, die erteilte Einwilligung rechtfertige auch die Substitutsbehandlung. Damit fehlt dem Substitut prinzipiell das Unrechtsbewusstsein. Ein solcher Verbotsirrtum lässt im Zivilrecht zumindest den Vorsatz entfallen.⁵¹²

bb. Fahrlässigkeit im Hinblick auf die Überschreitung der Einwilligung

Trotz fehlenden Unrechtsbewusstseins haftet das Substitut nach § 823 Abs. 1 BGB, wenn es die Beschränkung der Einwilligung fahrlässig verkennt.⁵¹³ Der Irrtum des Substituts müsste dazu aus objektiver Sicht – das heißt für einen durchschnittlich besonnenen und umsichtigen Kollegen in der Lage des Substituts – vermeidbar sein.⁵¹⁴ Schuldhaft handelt das Substitut also nicht nur, wenn es weiß, dass die Einwilligung *ad personam* erteilt wurde, sondern bereits dann, wenn es dies bloß wissen muss.⁵¹⁵

Auf den ersten Blick fällt dieser Vorwurf vergleichsweise leicht: Das Substitut muss sich nämlich in jedem Fall vor dem Eingriff der Einwilligung des Patienten versichern.⁵¹⁶ Dazu genügt normalerweise ein Blick in die Patientenakte, weil die Einwilligung gemäß § 630f Abs. 2 S. 1 BGB dokumentationsbedürftig ist. Auch ohne ausdrückliche Beschränkung erfolgt jedoch bei Abschluss einer schriftlichen Wahlleistungsvereinbarung eine personelle Limitierung der Einwilligung auf den Chefarzt, sodass das Substitut prinzipiell nicht annehmen darf, der Patient sei mit jeder Substitutsbehandlung einverstanden.

Gerade der Gleichlauf zwischen persönlicher Leistungspflicht und Einwilligung *ad personam* beschränkt jedoch seinerseits den Fahrlässigkeitsvorwurf: Es ist schließlich gerade nicht so, dass die Chefarztbehandlung strikt eine persönliche Leistungspflicht des Chefarztes ist:

Zum einen kann die Chefarztbehandlung nämlich in einen persönlichen, unververtretbaren Leistungskern auf der einen und einen vertretbaren, delegierbaren Leistungsteil auf der anderen Seite aufgespalten werden.⁵¹⁷ Im Bereich der bloßen Nebenleistungen darf ein Delegat ausnahmslos darauf vertrauen, dass die Einwilligung auch die delegierten Nebenmaßnahmen rechtfertigt. Insoweit besteht gerade kein besonderes persönliches Vertrauen des Patienten. Eine eigenverantwortliche Mitwirkung des Chefarztes ist nur dafür erforderlich, die delegierte Nebenleistung als wahlärztliche Leistung gesondert zu berechnen. Im Übrigen liegt eine Delegation dieser Nebenleistungen im Interesse des Patienten, sodass seine Ein-

⁵¹² BGH, 10.7.1984, VI ZR 222/82, NJW 1985, 134, 135 m.w.N.

⁵¹³ Vgl. zum Aufklärungsmangel BGH, 7.11.2006, VI ZR 206/05, BGHZ 169, 364 = NJW-RR 2007, 310, 311; *Hausch*, VersR 2009, 1178, 1182.

⁵¹⁴ Vgl. *Hausch*, VersR 2009, 1178, 1182; BeckOK/*Förster*, § 823 BGB Rn. 890.

⁵¹⁵ *Schwab*, JuS 2016, 1030.

⁵¹⁶ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524; OLG Hamm, 15.12.2017, 26 U 74/17, RDG 2018, 140, 142; LG Siegen, 28.4.2017, 2 O 329/14, BeckRS 2017, 141093 Rn. 27; *Hausch*, VersR 2009, 1178.

⁵¹⁷ Siehe dazu S. 23 ff.

willigung insoweit schon gar nicht limitiert ist. Fahrlässig handelt ein Delegat deswegen nur dann, wenn er hätte erkennen müssen, dass seine Leistungen bereits den Kernbereich der Behandlung berühren.

Zum anderen kann die Wahlleistungsvereinbarung selbst eine Stellvertretungsabrede enthalten, wonach ausnahmsweise sogar im unvertretbaren Kernbereich der Behandlung ein Stellvertreter eingesetzt werden darf.⁵¹⁸ Deswegen darf ein Stellvertreter grundsätzlich darauf vertrauen, dass die limitierte Einwilligung auch die Stellvertretung erfasst. Fahrlässig handelt der Stellvertreter indes, wenn er nicht überprüft, ob erstens die Wahlleistungsvereinbarung überhaupt eine Stellvertretungsabrede enthält und zweitens die dort postulierten Vertretungsvoraussetzungen (etwa die Verhinderung des Chefarztes) tatsächlich vorliegen. Übernimmt der Stellvertreter die Behandlung, obwohl er weiß, dass der Chefarzt überhaupt nicht verhindert ist, überschreitet er wenigstens fahrlässig die Einwilligung *ad personam*. Ist der Stellvertreter zu dieser Aufklärung nicht in der Lage, muss er sich jedenfalls beim Patienten danach erkundigen, ob dieser auch mit der Behandlung durch einen Stellvertreter einverstanden ist.

d. Schadenszurechnung bei der unzulässigen Substitution

aa. Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses

Nach der Lehre vom Schutzzweck der Norm ist ein Schaden nur insoweit zu ersetzen, wie er durch die Verwirklichung einer Gefahr verursacht wurde, die durch die in Rede stehende Norm verhindern werden soll.⁵¹⁹ Es kommt also darauf an, ob das Einwilligungserfordernis den Patienten vor den behandlungsspezifischen Gefahren bewahren möchte oder lediglich isoliert die Selbstbestimmung des Patienten schützt.

(1.) Schutz der Selbstbestimmung

Von den Vertretern der Persönlichkeitsrechtstheorie wird hierzu vorgebracht, der eigenmächtig tätige Arzt handle im Hinblick auf das körperliche Wohl des Patienten sachgerecht.⁵²⁰ Er nehme dem Patienten lediglich die Möglichkeit, selbst darüber zu entscheiden, ob für ihn die Krankheit oder die (gegebenenfalls strapaziöse oder risikoreiche) Behandlung das geringere Übel darstellt.⁵²¹ Deswegen diene das Einwilligungserfordernis allein dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Pati-

⁵¹⁸ Siehe dazu S. 47 ff.

⁵¹⁹ *Laufs*, VersR 1972, 1, 5 m.w.N.

⁵²⁰ *Laufs*, NJW 1969, 529, 532 („Hat der Arzt aber im Hinblick auf das körperliche Wohl des Patienten sachgemäß gehandelt, so können ihm ein negativer Ausgang oder Begleitschäden nicht deshalb zugerechnet werden, weil er ein anderes Recht des Patienten, das Selbstbestimmungsrecht, mißachtet hat“); *Wietölter*, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, 71, 101 ff.; 109; *Eberhardt*, Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 219.

⁵²¹ *Laufs*, VersR 1972, 1, 5; *Laufs*, NJW 1969, 529, 532.

enten.⁵²² Konsequenterweise umfasst der Schaden dann bloß den immateriellen Nachteil, nicht mitbestimmen zu können.⁵²³ Den eingetretenen Medizinschaden trägt der Patient in dem Fall selbst. Zu diesem Schluss kommt ebenfalls der eher ergebnisorientierte Ansatz *Eberhardts*, dem zufolge man andernfalls Risiken auf den Arzt verlagert, die im Grunde genommen dem Krankheitszustand des Patienten entstammen.⁵²⁴ Aus demselben Grund möchte *Laufs* den Arzt nicht „zum Versicherer des Leidenden“ erklären.⁵²⁵

(2.) *Schutz vor behandlungsspezifischen Risiken*

Die heute herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur erstreckt den Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses demgegenüber auf die behandlungsspezifischen Risiken.⁵²⁶ Die Selbstbestimmung des Patienten im Hinblick auf den ärztlichen Eingriff verfolgt nämlich keinen Selbstzweck: Der Patient entscheidet nicht lediglich über die Durchführung einer medizinischen Behandlung an sich, sondern unmittelbar darüber, ob er die behandlungsspezifischen Gefahren für seine körperliche Unversehrtheit – also den drohenden Medizinschaden – in Kauf nehmen möchte.⁵²⁷ Dieses Risiko ist auch gar nicht im krankhaften Zustand des Patienten selbst angelegt, sondern entstammt in erster Linie der Sphäre des Arztes, der dem Patienten die behandlungsspezifischen Risiken auch dann eigenmächtig aufzwingt, wenn er zum Besten des Patienten handelt.⁵²⁸ Nur wenn der Patient

⁵²² *Laufs*, NJW 1969, 529 ff.; *Ders.*, NJW 1974, 2025 ff.; *Wietböller*, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, 71, 101 ff.; 109; *Eberhardt*, Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 219; *Brüggemeier*, Haftungsrecht, 507; *Schiemann*, Fortbildung des Schadensrechts, 13.

⁵²³ *Wietböller*, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, 71, 101 ff.; 109; *Eberhardt*, Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 219 („Allein der in der Willensmißachtung liegende immaterielle Schaden muß ersetzt werden“); *Laufs*, NJW 1969, 529, 532; *Ders.*, NJW 1974, 2025 ff.; *Ders.* VersR 1972, 1 ff.; *Schiemann*, Fortbildung des Schadensrechts, 13 („Das Gut, für dessen Verletzung Genugtung gewährt wird, ist vielmehr das Selbstbestimmungsrecht des Patienten“).

⁵²⁴ *Eberhardt*, Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 219.

⁵²⁵ So aber *Laufs*, VersR 1972, 1, 6.

⁵²⁶ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524; BGH, 14.2.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391 = NJW 1989, 1533, 1535; vgl. auch *v. Pentz*, MedR 2017, 437, 441 „Das Erfordernis der Einwilligung [...] dient der Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts und seines Rechts auf körperliche Unversehrtheit“; vgl. auch *Schwab*, JuS 2016, 1030, 1031, der jedoch umgekehrt formuliert, es gehe nicht nur um die Gesundheit an sich, sondern auch um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten; *Ohly*, Volenti non fit iniuria, 242; *Deutsch*, NJW 1965, 1985, 1989; *Brüggemeier*, Haftungsrecht, 506.

⁵²⁷ BGH, 29.9.2009, VI ZR 251/08, NJW-RR 2010, 833, 834 („Es ist jedoch regelmäßig nicht Sache des Arztes, sondern des Patienten, darüber zu entscheiden, ob das mit dem Eingriff verbundene Risiko eingegangen werden soll“); vgl. auch *v. Pentz*, MedR 2017, 437, 441 („Das Erfordernis der Einwilligung [...] dient der Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts und seines Rechts auf körperliche Unversehrtheit“); vgl. auch *Schwab*, JuS 2016, 1030, 1031, der jedoch umgekehrt formuliert, es gehe nicht nur um die Gesundheit an sich, sondern auch um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten.

⁵²⁸ *Ohly*, Volenti non fit iniuria, 242 („Schafft er dieses Risiko ohne die Einwilligung des Patienten, so gefährdet er dessen Gesundheit in unerlaubter Weise“).

in den konkreten Eingriff einwilligt, geht er diese Risiken selbstbestimmt ein und erleidet weder im Hinblick auf sein Selbstbestimmungsrecht, noch bezogenen auf seine körperliche Unversehrtheit einen Nachteil. Auch die gesetzliche Niederlegung des Einwilligungserfordernisses in § 630d BGB durch das Patientenrechtegesetz beruht auf der Überlegung, dass die gesundheitlichen Folgen der medizinischen Maßnahme ausschließlich „mit dem Willen des Patienten geschehen“ dürfen.⁵²⁹ Dementsprechend bezieht sich der Wille und damit die Selbstbestimmung des Patienten unmittelbar auf die mit der medizinischen Behandlung verbundenen gesundheitlichen Risiken.

In diesem Zusammenhang hält man das Persönlichkeitsrecht und das Recht auf körperliche Unversehrtheit für untrennbar: Der BGH spricht insoweit von der „Entscheidungsfreiheit des Patienten über seine körperliche Integrität“,⁵³⁰ *Deutsch* von einem „Persönlichkeitsrecht[...] am eigenen Körper“,⁵³¹ *Brüggemeier* von einem „körperbezogene[n] Persönlichkeitsrecht“⁵³² und *Ohly* von einem „subjektive[n] Recht auf körperliche Integrität“, das seinem Träger die Alleinzuständigkeit zur Entscheidung über die körperliche Integrität vermittelt.⁵³³ Die besondere Leistung des Selbstbestimmungsrechts besteht darin, die körperliche Integrität „zum Mittelpunkt von Autonomiebereichen zu machen“,⁵³⁴ Die Entscheidungsfreiheit mag man in diesem Kontext als transparent verstehen, wohingegen das Recht auf körperliche Unversehrtheit hinter ihr sichtbar wird.⁵³⁵ Deswegen schützt das Einwilligungserfordernis nicht bloß isoliert das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, sondern (auch) seine körperliche Unversehrtheit. Die behandlungsspezifischen Risiken liegen demzufolge im Schutzzweck des verletzten Einwilligungserfordernisses, sodass der eintretende Medizinschaden grundsätzlich dem Substitut zugerechnet werden kann.

Ob man in diesem Zusammenhang noch weitergehen muss und „[e]ntsprechend dem doppelten Schutzgut des körperbezogenen Persönlichkeitsrechts [...] die Entschädigungspflicht auf den immateriellen und den materiellen Schaden erstrecken“ sollte, kann an dieser Stelle noch dahinstehen.⁵³⁶

⁵²⁹ *Bundesregierung*, Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.8.2012, BT-Drs. 17/10488, 23; So bereits RG, 31.5.1894, 1406/94, RGSt 25, 375, 380, wonach die Befugnisse des Arztes, den Patienten Behandlungsrisiken auszusetzen, auf der privaten Willkür des Patienten beruhen.

⁵³⁰ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524; BGH, 14.2.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391 = NJW 1989, 1533, 1535.

⁵³¹ *Deutsch*, NJW 1965, 1985, 1989.

⁵³² *Brüggemeier*, Haftungsrecht, 506.

⁵³³ *Ohly*, Volenti non fit iniuria, 189.

⁵³⁴ *Ohly*, Volenti non fit iniuria, 242; Siehe auch MünchKommBGB/*Wagner*, Vor § 630a BGB Rn. 15.

⁵³⁵ *Deutsch*, NJW 1965, 1985, 1989.

⁵³⁶ So jedenfalls *Brüggemeier*, Haftungsrecht, 507; OLG Jena, 3.12.1997, 4 U 687/97, VersR 1998, 586, 588.

(3.) *Selbstbestimmte Entscheidung über behandlungsspezifische Risiken bei der unzulässigen Substitutsbehandlung*

Bei der fehlenden Einwilligung und der unzureichenden Aufklärung über die Risiken der Behandlung hat der Patient keine selbstbestimmte Entscheidung darüber getroffen, ob er die behandlungsspezifischen Risiken eingehen möchte. Demgegenüber nimmt der Patient das Risiko eines Medizinschadens bei der unzulässigen Substitutsbehandlung zunächst bewusst in Kauf. Dieser wertungsmäßige Unterschied wird im arzt haftungsrechtlichen Schrifttum mitunter zum Anlass genommen, den Zurechnungszusammenhang zwischen dem Medizinschaden und der Verletzung der körperlichen Integrität in Frage zu stellen: Wenn statt des geforderten Spezialisten ein ebenso kompetenter Oberarzt die Behandlung durchführt, sei die Verwirklichung der behandlungsspezifischen Risiken nicht zurechenbar.⁵³⁷ Es realisiere sich insoweit das bewusst eingegangene Risiko, nur eben auf anderem Wege.⁵³⁸

Trotzdem kann der Schutzzweckzusammenhang bei der unzulässigen Substitutsbehandlung nicht verneint werden: Der Patient kann nämlich unmöglich nachweisen, durch die Substitutsbehandlung in stärkerem Maße Risiken ausgesetzt zu werden, als durch die persönliche Chefarztbehandlung. Die Kompetenz von Ärzten ist im Einzelfall nämlich nur unzulänglich objektivierbar und damit auch quasi nicht vergleichbar. Dem Patienten den Beweis der fehlenden oder zumindest geringeren Kompetenz des Substituts aufzubürden, erscheint jedenfalls unter dem Aspekt der Schutzwürdigkeit unangebracht. Stattdessen darf der Patient kraft seiner Selbstbestimmung entscheiden, welchem Arzt er eine risikominimierte Behandlung zutraut. Insoweit wird in der Literatur auch von der „Freiheit zur Chefarztgläubigkeit ohne jede Vernunftkontrolle“ gesprochen.⁵³⁹

bb. *Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens*

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist eine Schadensfolge dem Verhalten des Schädigers nicht zuzurechnen, wenn der Schaden auch durch rechtmäßiges Alternativverhalten herbeigeführt werden könnte.⁵⁴⁰ Der Schaden beruht nicht auf dem *rechtswidrigen* Verhalten des Schädigers, wenn er auch bei *normgemäßem*

⁵³⁷ *Arzt* in: FS Baumann, 208 („Daß es unter dem Blickwinkel des Vermögens strafbar sein kann, wenn für eine B-Operation ein A-Honorar verlangt wird, steht auf einem anderen Blatt“).

⁵³⁸ So auch *Laufs*, NJW 1974, 2025, 2029.

⁵³⁹ *Fries*, JR 2017, 287, 290; in dieselbe Richtung auch *Biermann/Weißauer* in: Rossaint/Werner/Zwissler, Die Anästhesiologie, 1657 „Versagt der [...] Patient seine Einwilligung in den Heileingriff, sei es auch aus rational nicht nachvollziehbaren Gründen, so muss der Eingriff unterbleiben“.

⁵⁴⁰ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524; BGH, 9.3.2012, V ZR 156/11, NJW 2012, 2022; BGH, 19.9.1985, IX ZR 138/84, NJW 1986, 246, 247.

Verhalten eingetreten wäre.⁵⁴¹ Das gilt allerdings nur, wenn „derselbe Erfolg effektiv herbeigeführt worden wäre; die bloße Möglichkeit, ihn rechtmäßig herbeiführen zu können, reicht nicht aus“.⁵⁴²

Auf die unzulässige Substitutsbehandlung übertragen bedeutet das: Der Medizinschaden beruht nicht auf der eigenmächtigen Behandlung, wenn er auch bei normgemäßem Verhalten des Substituts eingetreten wäre. Als Anknüpfungspunkt für das rechtmäßige Alternativverhalten des Substituts kommt zweierlei in Betracht: Zum einen verhält sich das Substitut normgemäß, wenn es die limitierte Einwilligung des Patienten respektiert und die Behandlung unterlässt. Zum anderen wäre die reale Behandlung durch das Substitut hypothetisch normgemäß, wenn der Patient seine Einwilligung – hätte man ihn rechtzeitig gefragt – auch auf das Substitut erstreckt hätte.

(1.) Beachtung der Einwilligung ad personam

Unterlässt das Substitut die unzulässige Substitutsbehandlung entsprechend der limitierten Einwilligung, tritt unter keinen (maßgeblichen) Umständen ein Medizinschaden ein. Stattdessen unterbleibt die medizinische Behandlung des Patienten. Behandlungsspezifische Risiken können sich dann nicht verwirklichen.

Selbst wenn eine hypothetische Behandlung durch den Chefarzt persönlich ebenfalls zum Medizinschaden geführt hätte, kann dies als Reserveursache nicht zugunsten des Substituts berücksichtigt werden. Erstens handelt es sich insoweit um eine bloße Möglichkeit, den Medizinschaden rechtmäßig herbeizuführen, und zweitens nicht einmal um eine eigene Möglichkeit des Substituts selbst; das Substitut ist insoweit darauf angewiesen, dass der Chefarzt seine vertraglichen Pflichten gegenüber dem Patienten erfüllt. Stattdessen kann die Behandlung des Patienten hypothetisch ganz unterbleiben oder schlicht einem weiteren Substitut übertragen werden.

(2.) Hypothetische Einwilligung des Patienten

Die konkret durchgeführte Substitutsbehandlung stellt hypothetisch nur dann ein normgemäßes Verhalten dar, wenn der Patient seine Einwilligung – hätte man ihn rechtzeitig gefragt – auch auf die Substitutsbehandlung erstreckt hätte.⁵⁴³ Der BGH hält indes eine hypothetische Einwilligung in die Substitutsbehandlung bei

⁵⁴¹ BeckOK/Flume, § 249 BGB Rn. 327; Jauernig/Teichmann, Vor. §§ 249 ff. BGB Rn. 48; Larenz, Schuldrecht AT, 527; Gebauer, Hypothetische Kausalität, 6; Gotzler, Rechtmäßiges Alternativverhalten, S 187; Theißen, Rechtmäßiges Alternativverhalten, 96; v. Pentz, MedR 2017, 437, 441.

⁵⁴² BGH, 10.7.2018, II ZR 34/17, BGHZ 219, 193 = NJW 2018, 3574, 3578; BGH, 2.11.2016, XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104, 1107; BGH, 9.3.2012, V ZR 156/11, NJW 2012, 2022.

⁵⁴³ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524; BGH, 9.7.1996, VI ZR 101/95, NJW 1996, 3073, 3074.

Abschluss einer Wahlleistungsvereinbarung indes für ausgeschlossen:⁵⁴⁴ Damit bringt der Patient nämlich zum Ausdruck, dass er „nur unter der Voraussetzung einer Behandlung durch den Chefarzt zur Einwilligung bereit war“.⁵⁴⁵ Durch die Wahlleistungsvereinbarung erkaufte er sich gerade die persönliche Zuwendung des Chefarztes und dessen herausgehobene Erfahrung und Sachkunde, sodass er prinzipiell nicht an einer Behandlung durch ein Substitut interessiert ist.⁵⁴⁶

III. Zwischenergebnis

Das Substitut ist wegen der unzulässigen Substitution gemäß § 823 Abs. 1 BGB unter dem Aspekt der ärztlichen Eigenmacht zum Ersatz von Medizinschäden unabhängig davon verpflichtet, ob ihm ein Behandlungsfehler vorgeworfen werden kann: Mit der unzulässigen Substitutsbehandlung überschreitet das Substitut nämlich die Grenzen der Einwilligung. Diese ist bei der Wahlbehandlung regelmäßig personell auf den Chefarzt beschränkt. Bei der Auslegung der Einwilligung *ad personam* kommt es zum Gleichlauf mit der persönlichen Leistungspflicht des Chefarztes: Ist vertraglich die Substitution zugelassen, erstreckt sich die Einwilligung auch auf das Substitut; im Übrigen ist sie auf den Chefarzt limitiert.

Im Hinblick auf die Überschreitung der Einwilligung *ad personam* handelt das Substitut schuldhaft, wenn es nicht überprüft, ob erstens die Wahlleistungsvereinbarung überhaupt eine Stellvertretungsabrede enthält und zweitens die dort postulierten Vertretungsvoraussetzungen (etwa die Verhinderung des Chefarztes) tatsächlich vorliegen. Nötigenfalls muss das Substitut sich unmittelbar beim Patienten erkundigen, ob dieser mit der Substitutsbehandlung einverstanden ist.

Der eingetretene Medizinschaden liegt im Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses: Damit soll nämlich nicht lediglich die Selbstbestimmung des Patienten an sich, sondern vielmehr die Entscheidungsfreiheit über die körperliche Integrität geschützt werden. Der Patient soll selbst entscheiden, inwieweit er die Substitutsbehandlung für risikoreicher hält, als die persönliche Chefarztbehandlung. Das muss sogar dann gelten, wenn das Substitut im Einzelfall für die Durchführung des konkreten Eingriffs besser geeignet ist als der Chefarzt selbst.

Das Substitut kann sich auch nicht auf rechtmäßiges Alternativverhalten berufen. Zum einen wäre die Behandlung dann unterblieben. Dass auch der Chefarzt persönlich die Behandlung nicht anders durchgeführt hätte, stellt lediglich eine bloße Möglichkeit dar, den Medizinschaden auch rechtmäßig herbeizuführen; und überdies nicht einmal eine eigene Möglichkeit des Substituts. Zum anderen kann angesichts der Wahlleistungsvereinbarung keine hypothetische Einwilligung des Patienten in die Substitutsbehandlung angenommen werden. Der Patient macht

⁵⁴⁴ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524 f.; Zustimmend OLG Hamm, 15.12.2017, 26 U 74/17, RDG 2018, 140, 143; LG Siegen, 28.4.2017, 2 O 329/14, BeckRS 2017, 141093 Rn. 31.

⁵⁴⁵ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524 f.

⁵⁴⁶ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

mit der Wahlleistungsvereinbarung deutlich, dass er die besondere Sachkunde und Erfahrung des Chefarztes hinzukaufen möchte und an eine Substitutsbehandlung nicht interessiert ist.

B. Haftung des Chefarztes bei unzulässiger Substitution

Neben dem Substitut kommt als Haftungsschuldner auch der Chefarzt selbst in Betracht: Ihm wird die Erbringung und Liquidation der wahlärztlichen Leistungen üblicherweise vom Krankenhausträger anvertraut; entgegen der Wahlleistungsvereinbarung überträgt der Chefarzt die wahlärztliche Behandlung dann einem Substitut.

I. Vertragliche Haftung aus dem Arztzusatzvertrag nach § 280 Abs. 1 BGB

Anders als das Substitut kann der Chefarzt auch vertraglich zum Schadensersatz verpflichtet sein, weil er mit dem Patienten im Normalfall einen Arztzusatzvertrag schließt.⁵⁴⁷ Deswegen hat der Chefarzt gemäß § 280 Abs. 1 BGB für diejenigen Medizinschäden aufzukommen, die auf Pflichtverletzungen beruhen, für die er sich nicht nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB exkulpieren kann.

1. Verletzung behandlungsvertraglicher Pflichten

a. Verletzung der Pflicht zur persönlichen Leistung

Der Chefarzt verletzt mit der unzulässigen Substitution seine Pflichten aus dem Arztzusatzvertrag: Nach dem Arztzusatzvertrag ist der Chefarzt gemäß §§ 630a Abs. 1, 613 S. 1 BGB nämlich zur persönlichen Behandlung des Patienten verpflichtet.⁵⁴⁸ Der Chefarzt macht jedoch das genaue Gegenteil, wenn er die Behandlung entgegen der Wahlleistungsvereinbarung einem Substitut überlässt.

Durch die unzulässige Substitution verletzt der Chefarzt nicht etwa eine vertragliche Nebenpflicht, kein Substitut einzusetzen, sondern unmittelbar seine primäre Leistungspflicht.⁵⁴⁹ Statt der versprochenen wahlärztlichen Leistung erbringt der Chefarzt nämlich lediglich ein aliud.⁵⁵⁰ Bei der unzulässigen Substitutsleistung kann der mit der Wahlleistungsvereinbarung verfolgte Zweck, die Behandlung gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen zu optimieren, unter keinen Umständen erreicht werden. Die unzulässige Substitutsleistung stellt im Hinblick auf die wahlärztliche Leistung eine Nichtleistung des Chefarztes dar.

⁵⁴⁷ Vgl. BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778, 1779; BGH, 14.1.2016, III ZR 107/15, NJW 2016, 3027, 3028 f.

⁵⁴⁸ Siehe dazu ausführlich S. 7 ff.; BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.

⁵⁴⁹ Vgl. auch *Makoski*, jurisPR-MedizinR 8/2016 Anm. 4 („Verletzung der Zusage des Chefarztes, den Patienten persönlich zu operieren“).

⁵⁵⁰ Siehe dazu ausführlich S. 80 f.

b. Verletzung der Pflicht zur Einholung einer Einwilligung

Mit der Anordnung der unzulässigen Substitutsbehandlung verletzt der Chefarzt zugleich seine Pflicht aus § 630d Abs. 1 S. 1 BGB, „die Einwilligung des Patienten einzuholen“. Zwar hat der Patient prinzipiell in die wahlärztliche Behandlung eingewilligt. Allerdings ist diese Einwilligung auf die Person des Chefarztes beschränkt, soweit eine persönliche Leistungspflicht besteht.⁵⁵¹ Im Hinblick auf die unzulässige Substitutsbehandlung fehlt demzufolge die Einwilligung des Patienten. Dementsprechend verpflichtet der Behandlungsvertrag den Chefarzt dazu, vor der Substitution eine Einwilligung des Patienten einzuholen, die auch die Substitutsbehandlung abdeckt.⁵⁵²

c. Behandlungsfehler des Chefarztes

Neben der Verletzung der persönlichen Leistungspflicht und des Einwilligungserfordernisses kommt bei der unzulässigen Substitutsbehandlung auch ein Behandlungsfehler in Betracht. Bereits die Übertragung einer ärztlichen Maßnahme kann nämlich an und für sich eine Unterschreitung der fachlich anerkannten Standards bedeuten, zu deren Einhaltung der Chefarzt gemäß § 630a Abs. 2 BGB verpflichtet ist.⁵⁵³ Das setzt jedoch voraus, dass die Substitutsbehandlung von einem nicht hinreichend qualifizierten Mitarbeiter durchgeführt wird.⁵⁵⁴ Solange das Substitut hinreichend qualifiziert ist, unterschreitet der Chefarzt demzufolge mit der Substitution selbst nicht den fachlichen Standard, sondern verletzt ausschließlich seine

⁵⁵¹ Siehe zum Gleichlauf von Einwilligung ad personam und persönlicher Leistungspflicht ausführlich S. 125 ff.

⁵⁵² Vgl. *Neufeld*, Arzthaftungsrecht, 125 („Der nicht operierende Arzt [...] ist mitverantwortlich dafür, dass die Einwilligung des Patienten wirksam ist“); Implizit so auch BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524; OLG Hamm, 15.12.2017, 26 U 74/17, RDG 2018, 140, 142; LG Siegen, 28.4.2017, 2 O 329/14, BeckRS 2017, 141093 Rn. 27; *Hausch*, VersR 2009, 1178.

⁵⁵³ So etwa *Spickhoff* in: Deutsch/Spickhoff, Kap. VII. Rn. 338, dem zufolge die Behandlung „von der richtigen Person [...] zu erfolgen“ habe; *Spickhoff/Greiner*, Medizinrecht, § 823 BGB Rn. 76, bezeichnet Fälle unzulässiger Substitution ferner auch als „Koordinierungsfehler“; vgl. auch *Terbille* in: *Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen*, § 1 Rn. 542, dem zufolge gewisse Delegationen als Behandlungsfehler des Delegierenden einzuordnen seien; *Müller* in: *Wenzel*, Arzthaftungsprozess, Kap. 2 Rn. 1585, 1588 ff. nennen die „Übertragung ärztlicher Aufgaben auf nicht ärztliches Personal“ als „Organisations- und Qualitätsmängel“; Genauso *Mennemeyer* in: *Wenzel*, Arzthaftungsprozess Kap. 2 Rn. 1897 m.w.N. „Die Übertragung einer [...] nicht delegierbaren Aufgabe auf nichtärztliches Personal stellt einen Behandlungsfehler dar“; Genauso auch *Spickhoff* in: *Deutsch/Spickhoff*, Kap. XI. Rn. 622; Ebenso *Quaas* in: *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 14 Rn. 75, wonach ein „Übernahmeverschulden“ des Chefarztes vorliege.

⁵⁵⁴ Vgl. *Quaas* in: *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 14 Rn. 75, der nur die Übertragung an einen „nicht ausreichend qualifizierten Assistenzarzt“ anspricht; *Spickhoff* in: *Deutsch/Spickhoff*, Kap. XI. Rn. 622, der in der Fn. 73 unter anderem auf eine Entscheidung Bezug nimmt, bei der eine „Injektion an Unqualifizierten“ übertragen wurde; OLG München, 27.1.1994, 1 U 2040/93, VersR 1994, 1113, dem zufolge es ein „ärztlicher Fehler [ist], die Entfernung der Nachgeburt [...] der Krankenschwester zu überlassen“; *Mennemeyer* in: *Wenzel*, Arzthaftungsprozess Kap. 2 Rn. 1897, der die Delegation einer „nicht delegierbaren Aufgabe auf nichtärztliches Personal“ in den Blick nimmt; ebenso *Terbille* in: *Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen*, § 1 Rn. 542.

persönliche Leistungspflicht bzw. die Pflicht, sich der hinreichenden Einwilligung zu versichern.

Nur wenn ein an sich geeignetes Substitut die Behandlung anschließend seinerseits nicht kunstgerecht ausführt, ist dem Chefarzt nach Maßgabe des § 278 BGB ein Behandlungsfehler zuzurechnen. Zwar wird die Verschuldenszurechnung mitunter auf Konstellationen beschränkt, in denen der Schuldner Erfüllungsgehilfen auch einsetzen durfte, weil andernfalls „schon in der Zuziehung Dritter eine Pflichtverletzung“ liegt.⁵⁵⁵ Allerdings muss eine Zurechnung erst recht (*a maiore ad minus*) bei unbefugtem Einsatz eines Erfüllungsgehilfen erfolgen.⁵⁵⁶

d. Zwischenergebnis

Der Chefarzt verletzt mit der unzulässigen Substitution zum einen seine primäre persönliche Leistungspflicht und zum anderen seine Pflicht, sich der hinreichenden Einwilligung des Patienten zu versichern.

2. Exkulpation nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Im Hinblick auf die Exkulpation nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB muss nicht zwischen den verschiedenen Pflichtverletzungen des Chefarztes unterschieden werden, weil beide Pflichtverletzungen einander bedingen. Bei der Auslegung von persönlicher Leistungspflicht und Einwilligung *ad personam* findet nämlich ein Gleichlauf statt.⁵⁵⁷

Hat der Chefarzt die Verletzung der persönlichen Leistungspflicht nicht zu vertreten, ist gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB die vertragliche Haftung des Chefarztes ausgeschlossen. Die Exkulpation gelingt dem Chefarzt indes nicht, wenn er die persönliche Leistungspflicht vorsätzlich oder zumindest fahrlässig verletzt. Anknüpfungspunkt für den Verschuldensvorwurf ist bei der unzulässigen Substitution die Kenntnis des Chefarztes von seiner persönlichen Leistungspflicht. Seine Pflichtverletzung hat der Chefarzt gemäß § 276 Abs. 1 S. 1 BGB zu vertreten, wenn er bei der Substitution weiß oder zumindest wissen muss, dass er eigentlich zur persönlichen Chefarztbehandlung verpflichtet ist.

Anders als dem Substitut kann dem Chefarzt unter Umständen sogar eine vorsätzliche Verletzung der persönlichen Leistungspflicht vorgeworfen werden:⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ Vgl. schon Motive II, 30 = Mugdan II, 17 „Uebrigens ist bei der Vorschrift des Entw. vorausgesetzt, daß der Schuldner befugterweise sich dritter Personen zu der oder bei der Bewirkung der Leistung bedient hat“; vgl. *Schmidt*, Das Schuldverhältnis, 131, dem zufolge sich in Fällen erlaubter, wie unzulässiger Substitution „die Gehilfenfrage nicht stellt“; BeckOGK/*Schaub*, § 278 BGB Rn. 35, dem zufolge Anknüpfungspunkt der Haftung nicht § 278 BGB, sondern § 276 BGB ist; Staudinger/*Caspers*, § 278 BGB Rn. 32.

⁵⁵⁶ Vgl. BeckOK/*Lorenz*, § 278 BGB Rn. 19, dem zufolge es allein darauf ankommen soll, „dass sich der Schuldner überhaupt eines Gehilfen bedient hat“.

⁵⁵⁷ Siehe dazu ausführlich S. 125 ff.

⁵⁵⁸ Vgl. *Schwab*, JuS 2016, 1030 („C fällt auch ein Verschulden zur Last, da er den Vertragsinhalt kannte und folglich wusste, dass nur er selbst die Operation durchführen durfte“).

Während das Substitut darauf vertraut, die übertragene Behandlung auch durchführen zu dürfen, weiß der Chefarzt mitunter genau, dass er die Behandlung eigentlich persönlich durchzuführen hat: Beispielsweise weiß der Chefarzt, wenn mit dem Patienten schon keine Stellvertretungsabrede getroffen wurde, das Substitut muss dies lediglich wissen; der Chefarzt weiß außerdem, ob die Vertretungsvoraussetzungen einer einschlägigen Stellvertretungsabrede (vor allem die Verhinderung des Chefarztes) vorliegen; der Stellvertreter kann dies unter Umständen gar nicht wissen.

In jedem Fall muss sich der Chefarzt angesichts der Wahlleistungsvereinbarung erkundigen, ob die Voraussetzungen für eine Substitution vorliegen. Insoweit können die Anforderungen an seine Aufklärungsobliegenheit nicht geringer sein, als gegenüber dem Substitut.⁵⁵⁹ Demzufolge handelt der Chefarzt bei der Substitution im Kernbereich der Behandlung fahrlässig, wenn er nicht überprüft, ob erstens die Wahlleistungsvereinbarung überhaupt eine Stellvertretungsabrede enthält und zweitens die dort postulierten Vertretungsvoraussetzungen tatsächlich vorliegen. Außerdem erfolgt eine Substitution fahrlässig, wenn der Chefarzt erkennen muss, dass die delegierten Leistungen bereits zum Kernbereich der Behandlung gehören.

3. Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens

Ebenso wenig wie das Substitut, kann auch der Chefarzt eine hypothetische Einwilligung des Patienten in die Substitutsbehandlung geltend machen; durch den Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung bringt der Patient zum Ausdruck, dass er „nur unter der Voraussetzung einer Behandlung durch den Chefarzt zur Einwilligung bereit war“.⁵⁶⁰

Allerdings sind Konstellationen vorstellbar, in denen auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten des Chefarztes der Medizinschaden eingetreten wäre: Womöglich verwirklichen sich nämlich hypothetisch dieselben Behandlungsrisiken auch dann, wenn der Chefarzt die Behandlung persönlich durchführt, statt sie einem Substitut zu überlassen. Hierbei bestehen freilich erhebliche Nachweisschwierigkeiten; auch darauf soll die nachfolgende Untersuchung eingehen.

Im Vordergrund steht jedoch die Frage, ob durch den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens die Zurechnung des Medizinschadens zur Substitution durch den Chefarzt überhaupt ausgeschlossen ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH schließt zwar rechtmäßiges Alternativverhalten grundsätzlich die Schadenszurechnung aus.⁵⁶¹ Allerdings nimmt der BGH im Einzelfall wertungsmäßige

⁵⁵⁹ Zum Substitut siehe S. 130 f.; Deswegen ist eine Verschuldenszurechnung über § 278 BGB auch nicht erforderlich, wenn auch theoretisch möglich.

⁵⁶⁰ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524 f.; Siehe zur hypothetischen Einwilligung beim Substitut S. 136.

⁵⁶¹ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524; BGH, 9.3.2012, V ZR 156/11, NJW 2012, 2022; BGH, 19.9.1985, IX ZR 138/84, NJW 1986, 246, 247.

Korrekturen nach dem Schutzzweck der jeweils verletzten Norm vor:⁵⁶² Hiernach kann sich der Schädiger nicht auf rechtmäßiges Alternativverhalten berufen, wenn andernfalls die Verletzung der Verhaltensnorm sanktionslos bliebe.⁵⁶³

a. Sanktionslosigkeit der unzulässigen Substitution

Zumindest die Verletzung der persönlichen Leistungspflicht durch die unzulässige Substitution entfaltet (vergütungsrechtliche) Konsequenzen: Gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ kann der Chefarzt für die Substitutsbehandlung nämlich keine wahlärztliche Vergütung verlangen. Diese vergütungsrechtliche Sanktion wird in der Literatur mitunter für ausreichend gehalten.⁵⁶⁴

Für den BGH bliebe zwar nicht die Verletzung der persönlichen Leistungspflicht, wohl aber „der rechtswidrige Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten sanktionslos“.⁵⁶⁵ Dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens stehe deswegen der Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses entgegen.⁵⁶⁶ Das Einwilligungserfordernis sichere unmittelbar das Vertrauen des Patienten, der mit der Einwilligung „seine absolut geschützten Rechtsgüter im Verlaufe einer ärztlichen Behandlung zur Disposition“ stellt und insoweit auf die „ärztliche Zuverlässigkeit und Integrität“ vertraue.⁵⁶⁷ Der Patient vertraue darauf, dass sich der Arzt jederzeit seiner Einwilligung versichert, die personell limitierte Einwilligung achtet und ihn rechtzeitig darüber aufklärt, wenn ein anderer Arzt an die Stelle des Chefarztes treten soll.⁵⁶⁸ Dieses Vertrauen des Patienten werde ohne eine haftungsrechtliche Sanktion nicht wirksam geschützt.⁵⁶⁹

Damit differenziert der BGH zwischen dem Übergehen der persönlichen Leistungspflicht auf der einen und der Einwilligung ad personam auf der anderen Seite. Allerdings wurde bereits die enge Verbundenheit dieser beiden Fragestellungen festgestellt; was für die persönliche Leistungspflicht spricht, führt auch zur personellen Beschränkung der Einwilligung.⁵⁷⁰ Augenscheinlich nimmt der BGH dann mit der zivilrechtlichen Haftung für Medizinschäden eine Doppelsanktion für ein und dasselbe Fehlverhalten vor; nämlich für die unzulässige Substitution.

⁵⁶² BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524; BGH, 9.3.2012, V ZR 156/11, NJW 2012, 2022; BGH, 25.11.1992, VIII ZR 170/91, BGHZ 120, 281 = NJW 1993, 520; BGH, 24.10.1985, IX ZR 91/84, BGHZ 96, 157 = NJW 1986, 576.

⁵⁶³ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524; BGH, 9.3.2012, V ZR 156/11, NJW 2012, 2022.

⁵⁶⁴ *Bergmann*, MedR 2014, 894, 895; *Fries*, JR 2017, 287, 290 erwähnt darüber hinaus auch strafrechtliche Sanktionen bei Abrechnungsbetrug oder fahrlässiger Körperverletzung.

⁵⁶⁵ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

⁵⁶⁶ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

⁵⁶⁷ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

⁵⁶⁸ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

⁵⁶⁹ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

⁵⁷⁰ Siehe dazu S. 125 f.

Erst die genauere Betrachtung offenbart, dass nur die haftungsrechtliche Sanktion dem Zusammenspiel von persönlicher Leistungspflicht und Einwilligung ad personam gerecht wird: Der Schutz des besonderen persönlichen Vertrauens durch die persönliche Leistungspflicht liefe nämlich teilweise leer, wenn das Übergehen der Einwilligung nicht eigenständige Konsequenzen hätte. Andernfalls könnte schließlich die Behandlerseite unter Verzicht auf das wahlärztliche Honorar dem Patienten eigenmächtig die allgemeinen Krankenhausleistungen aufzwingen. Das rechtswidrige Übergehen der Selbstbestimmung des Patienten bliebe dann in der Tat sanktionslos.

b. Nachweisschwierigkeiten des Chefarztes

Ohnehin wäre der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens regelmäßig schon deswegen ausgeschlossen, weil kaum einmal der Nachweis gelingen wird, dass auch bei einer persönlichen Chefarztbehandlung dieselben Medizinschäden eingetreten wären.⁵⁷¹ Im BGH-Fall war dies beispielsweise (nur) deswegen gelungen, weil der Patient versäumt hatte, dies rechtzeitig zu bestreiten.⁵⁷² In keinem Fall genügt die bloße Möglichkeit, dass auch die Chefarztbehandlung denselben Schaden zur Folge gehabt hätte.⁵⁷³

c. Zwischenergebnis

Der Chefarzt kann bei der unzulässigen Substitution nicht einwenden, auch die persönliche Chefarztbehandlung hätte den Medizinschaden herbeigeführt. Selbst wenn ihm der entsprechende Nachweis ausnahmsweise gelingt, steht dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens der Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses entgegen.

II. *Deliktische Haftung des Chefarztes nach § 823 Abs. 1 BGB*

Letztlich haftet der Chefarzt für die infolge unzulässiger Substitutionsbehandlung eintretenden Schäden auch nach § 823 Abs. 1 BGB. Der Chefarzt begeht nämlich durch die Anordnung der unzulässigen Substitution seinerseits eine ärztliche Ei-

⁵⁷¹ v. Pentz, MedR 2017, 437, 441; Schwab, JuS 2016, 1030, 1031; Makoski, jurisPR-MedizinR 8/2016 Anm. 4; Beispielhaft OLG Braunschweig, 25.9.2013, 1 U 24/12, MedR 2014, 891, 893.

⁵⁷² BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3525 („Es kommt daher nicht darauf an, ob das BerGer. das Bestreiten des Kl. hinsichtlich des vom BerGer. angenommenen hypothetischen Kausalverlaufs hätte zurückweisen dürfen“); OLG Koblenz, 26.1.2015, 5 U 1131/14, BeckRS 2016, 14562 („Wenn der Kläger das jetzt erstmals in Abrede stellt, kann er damit nicht gehört werden (§ 531 Abs. 2 ZPO)“); v. Pentz, MedR 2017, 437, 441 („Im Streitfall kam es hierauf aber nicht an, weil es der Kläger versäumt hatte, die entsprechende Behauptung der Behandlungsseite in erster Instanz zu bestreiten“).

⁵⁷³ OLG Braunschweig, 25.9.2013, 1 U 24/12, MedR 2014, 891, 893; vgl. auch Schwab, JuS 2016, 1030, 1032.

genmacht.⁵⁷⁴ Schließlich muss sich auch der Chefarzt selbst jederzeit der Einwilligung des Patienten versichern.⁵⁷⁵ Die Einwilligung ad personam rechtfertigt jedoch die unzulässige Substitutsbehandlung nicht.⁵⁷⁶

Die Haftung ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass eine Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB nicht möglich ist: Den Chefarzt trifft nämlich ohnehin regelmäßig ein eigenes Verschulden, weil er die Limitierung der Einwilligung hätte erkennen müssen.⁵⁷⁷

Auch (und gerade) im Hinblick auf die deliktische Haftung steht dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens der Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses entgegen.⁵⁷⁸

III. Zwischenergebnis

Der Chefarzt ist wegen der unzulässigen Substitution gemäß der §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB zum Ersatz von Medizinschäden verpflichtet:

Mit der unzulässigen Substitution verletzt der Chefarzt nämlich seine behandlungsvertragliche Primärpflicht zur persönlichen Leistung, sowie seine Pflicht, sich jederzeit einer wirksamen Einwilligung zu versichern. Gewissermaßen begeht der Chefarzt dabei seinerseits neben dem Substitut eine ärztliche Eigenmacht.

Der Chefarzt verkennt regelmäßig fahrlässig die persönliche Leistungspflicht bzw. daran anknüpfend die personelle Beschränkung der Einwilligung. Er muss sich nämlich angesichts der grundsätzlich persönlichen Leistungspflicht erkundigen, ob die Voraussetzungen für eine Substitution vorliegen. Demzufolge handelt der Chefarzt fahrlässig, wenn er nicht überprüft, ob erstens die Wahlleistungsvereinbarung überhaupt eine Stellvertretungsabrede enthält und zweitens die dort postulierten Vertretungsvoraussetzungen tatsächlich vorliegen. Außerdem erfolgt eine Substitution fahrlässig, wenn der Chefarzt erkennen muss, dass die delegierten Leistungen bereits zum Kernbereich der Behandlung gehören.

Der Chefarzt kann in keinem Fall einwenden, die persönliche Chefarztbehandlung hätte ebenfalls den Medizinschaden herbeigeführt. Dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens steht nämlich der Schutzzweck des Einwilligungserfor-

⁵⁷⁴ Vgl. *Schwab*, JuS 2016, 1030 „Die mit der Operation verbundene tatbestandliche Körperverletzung ist [dem Chefarzt] zuzurechnen, da er die Behandlung durch [das Substitut] veranlasst hat“; vgl. auch *Neuefeind*, Arzthaftungsrecht, 125 „Der nicht operierende Arzt [...] ist mitverantwortlich dafür, dass die Einwilligung des Patienten wirksam ist; verletzt er insoweit schuldhaft seine ärztliche Pflicht, so begeht auch er – wenn andere Ärzte daraufhin ohne wirksame Einwilligung operieren – tatbestandsmäßig die rechtswidrige Körperverletzung“.

⁵⁷⁵ Vgl. *Neuefeind*, Arzthaftungsrecht, 125 („Der nicht operierende Arzt [...] ist mitverantwortlich dafür, dass die Einwilligung des Patienten wirksam ist“); Implizit so auch BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524; OLG Hamm, 15.12.2017, 26 U 74/17, RDG 2018, 140, 142; LG Siegen, 28.4.2017, 2 O 329/14, BeckRS 2017, 141093 Rn. 27; *Hausch*, VersR 2009, 1178.

⁵⁷⁶ Siehe dazu ausführlich S. 123 ff.

⁵⁷⁷ Insoweit gilt das zur Exkulpation bei § 280 BGB auf S. 140 f. Gesagte entsprechend.

⁵⁷⁸ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

dernisse entgegen. Mit der Einwilligung soll das Vertrauen des Patienten geschützt werden, der davon ausgeht, der Chefarzt versichere sich jederzeit seiner Einwilligung, achte die personell limitierte Einwilligung und kläre ihn rechtzeitig darüber auf, wenn ein anderer Arzt an die Stelle des Chefarztes treten soll. Ohne die haftungsrechtliche Konsequenz bliebe der rechtswidrige Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten im Hinblick auf dieses Vertrauen sanktionslos. Dem steht auch nicht die vergütungsrechtliche Sanktion entgegen, die § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ für die unzulässige Substitutsbehandlung bereithält. Andernfalls könnte nämlich die Behandlerseite dem Patienten ohne zusätzliche Vergütung die allgemeinen Krankenhausleistungen aufzwingen.

C. Haftung des Krankenhausträgers bei unzulässiger Substitution

Neben dem Chefarzt und dem Substitut kommt als Haftungsschuldner auch der Krankenhausträger in Betracht: Mit ihm schließt der Patient nämlich die Wahlleistungsvereinbarung; anschließend überlässt der Krankenhausträger die Erbringung und Liquidation der wahlärztlichen Leistung dem Chefarzt.

I. *Vertragliche Haftung aus dem totalen Krankenhausaufnahmevertrag nach § 280 Abs. 1 BGB*

Der Patient geht bei der stationären Wahlbehandlung nicht nur mit dem Chefarzt eine vertragliche Beziehung ein, sondern schließt auch mit dem Krankenhausträger zunächst einen totalen Krankenhausaufnahmevertrag.⁵⁷⁹ Deswegen hat auch der Krankenhausträger gemäß § 280 Abs. 1 BGB für diejenigen Medizinschäden aufzukommen, die auf Pflichtverletzungen beruhen, für die er sich nicht nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB exkulpieren kann.

1. Verletzung behandlungsvertraglicher Pflichten

a. Verletzung der primären Leistungspflicht

Mit der unzulässigen Substitutsbehandlung verletzt auch der Krankenhausträger seine primäre Leistungspflicht. Mit dem totalen Krankenhausaufnahmevertrag verpflichtet sich nämlich auch der Krankenhausträger nach § 630a Abs. 1 BGB zur Erbringung von Behandlungsleistungen; durch den Abschluss einer Wahlleistungsvereinbarung möchte der Patient den Krankenhausträger aus dieser Verpflichtung nicht entlassen.⁵⁸⁰ Stattdessen legt der BGH die Wahlleistungsvereinba-

⁵⁷⁹ Vgl. BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778, 1779; BGH, 14.1.2016, III ZR 107/15, NJW 2016, 3027, 3028 f.

⁵⁸⁰ BGH, 22.12.1992, VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 = NJW 1993, 779, 780; Uleer/Miebach/Patt, § 17 KHEntG Rn. 68 („In der Regel dürfte daher ein totaler Krankenhausaufnahmevertrag zustande kommen, der sich sowohl auf die allgemeinen Krankenhausleistungen als auch auf die Wahlleistungen bezieht).

rung regelmäßig dahingehend aus, dass auch vom Krankenhausträger „diese Leistungen“ – sprich die Wahlleistungen – geschuldet werden.⁵⁸¹ Demzufolge erbringt auch der Krankenhausträger statt der geschuldeten wahlärztlichen Leistung lediglich ein aliud. Insoweit kann auf die Ausführungen zur Nichtleistung des Chefarztes Bezug genommen werden.⁵⁸²

Wird mit dem Krankenhausträger lediglich ein sogenannter gespaltener Krankenhausaufnahmevertrag vereinbart, schuldet dieser keinerlei ärztliche Leistungen.⁵⁸³ Die Auswirkungen einer solchen Vertragsgestaltung auf das Haftungsrisiko werden an späterer Stelle untersucht.⁵⁸⁴

b. Verletzung von Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB

Neben der primären Leistungspflicht verletzt der Krankenhausträger auch seine Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB „zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen“ des Patienten. Die unzulässige Substitutsbehandlung bedeutet nämlich einen rechtswidrigen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten.⁵⁸⁵ Diesbezüglich kann auf die Ausführungen zur Einwilligung ad personam verwiesen werden.⁵⁸⁶

Bietet der Krankenhausträger dem Patienten gegen gesonderte Vergütung wahlärztliche Leistungen an, muss er anschließend sicherstellen, dass der Patient nicht durch die eigenmächtige Erbringung allgemeiner Krankenhausleistungen in seiner körperlichen Integrität beeinträchtigt wird. Dazu müssen beispielsweise die Dienstpläne so gestaltet werden, dass zumindest im Kernbereich der Behandlung der Chefarzt persönlich eingesetzt wird. Außerdem kann der Krankenhausträger der Wahlleistungsvereinbarung auch eine (wirksame) Stellvertretungsabrede beifügen (dann handelt es sich nämlich gar nicht mehr um eine unzulässige Substitution)⁵⁸⁷ oder sich jedenfalls beim Patienten rückversichern, dass sich die Einwilligung auch auf die Substitutsbehandlung erstreckt (dann ist der Eingriff in die körperliche Integrität gerechtfertigt).⁵⁸⁸ Der Krankenhausträger trägt für die Wahlbehandlung die organisatorische Verantwortung.

Ob eine derart weitreichende Schutzpflicht des Krankenhausträgers sogar dann besteht, wenn dieser sich durch eine Spaltung der vertraglichen Beziehungen überhaupt nicht zur Behandlung verpflichtet, soll an anderer Stelle untersucht werden.⁵⁸⁹

⁵⁸¹ BGH, 22.12.1992, VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 = NJW 1993, 779, 780; vgl. auch *Schwab*, JuS 2016, 1030, 1031.

⁵⁸² Siehe dazu ausführlich S. 80 f.

⁵⁸³ BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778, 1779.

⁵⁸⁴ Siehe dazu ausführlich S. 167 ff.

⁵⁸⁵ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

⁵⁸⁶ Siehe dazu auch S. 123 ff.

⁵⁸⁷ Vgl. BGH, 20.12.2007, III ZR 144/07, BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.

⁵⁸⁸ Vgl. BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

⁵⁸⁹ Siehe dazu S. 167.

2. Exkulpation nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Hat der Krankenhausträger die Leistungs- und die Nebenpflichtverletzung nicht zu vertreten, ist gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB die vertragliche Haftung des Krankenhausträgers ausgeschlossen. Die Exkulpation gelingt dem Krankenhausträger indes nicht, wenn den Chefarzt *oder* das Substitut im Hinblick auf die unzulässige Substitution ein Verschulden trifft. Deren Verschulden muss sich der Krankenhausträger nämlich nach § 278 Abs. 1 BGB zurechnen lassen, schließlich setzt er den Chefarzt und mittelbar auch das Substitut zur Erfüllung seiner Pflichten aus dem totalen Krankenhausaufnahmevertrag ein.⁵⁹⁰ Zumindest im Hinblick auf die Erfüllung der Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB erfolgt der Einsatz von Gehilfen auch nicht unbefugt, sodass eine Verschuldenszurechnung nach § 278 Abs. 1 BGB möglich ist.

3. Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens

Neben dem Substitut und dem Chefarzt kann sich auch der Krankenhausträger nicht auf den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zurückziehen: Die rechtswidrige Verletzung der körperlichen Integrität des Patienten bliebe andernfalls sanktionslos.⁵⁹¹ Insoweit kann auf die Ausführungen zur Schadenszurechnung gegenüber dem Substitut verwiesen werden.⁵⁹²

II. Deliktische Haftung des Krankenhausträgers

Letztlich haftet der Krankenhausträger für die eintretenden Medizinschäden auch deliktisch nach den §§ 823 Abs. 1, 31 BGB, soweit auch den Chefarzt eine Verantwortlichkeit trifft. Zumindest wenn auch der Krankenhausträger dem Patienten die (wahl-) ärztlichen Leistungen verspricht, ist der Chefarzt schließlich verfassungsmäßiger Vertreter des Krankenhausträgers, sodass dessen schuldhafte Substitution analog § 31 BGB zugerechnet werden kann.⁵⁹³ Hier kommt es nämlich darauf an, dass der Chefarzt „bedeutsame und wesensmäßige Funktionen zur selbständigen eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen“ bekommt und er gleichsam zum Repräsentanten des Krankenhausträgers wird.⁵⁹⁴ Dem Chefarzt werden vom Krankenhausträger die wahlärztlichen Leistungen zur eigenverantwortlichen Erfüllung überlassen. Jene stellen nach § 2 Abs. 1 Hs. 2 KHEntgG einen wesentlichen Teil der Krankenhausleistungen dar. Ob der Chefarzt auch

⁵⁹⁰ Katzenmeier in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, XI. Passivlegitimation und Beweisrecht Rn. 13; vgl. auch BGH, 18.6.1985, VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63 = NJW 1985, 2189, 2191.

⁵⁹¹ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

⁵⁹² Siehe dazu ausführlich S. 135 ff.

⁵⁹³ Vgl. BGH, 18.6.1985, VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63 = NJW 1985, 2189, 2190; BGH, 21.9.1971, VI ZR 122/70, NJW 1972, 334; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 42, Rn. 61.

⁵⁹⁴ Vgl. BGH, 21.9.1971, VI ZR 122/70, NJW 1972, 334; BGH, 30.10.1967, VII ZR 82/65, BGHZ 49, 19, 21 = NJW 1968, 391.

beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag das Krankenhaus repräsentiert, soll an späterer Stelle geprüft werden.⁵⁹⁵

Auch seiner deliktischen Haftung kann sich der Krankenhausträger nicht durch den Einwand entziehen, auch die persönliche Chefarztbehandlung hätte den Medizinschaden herbeigeführt; dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens steht auch insoweit der Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses entgegen.⁵⁹⁶

Im Hinblick auf die unzulässige Substitution kann auch eine Haftung des Krankenhausträgers nach § 831 Abs. 1 BGB in Betracht kommen. Das Substitut ist nämlich auch Verrichtungsgehilfe des Krankenhausträgers.⁵⁹⁷ Durch seinen eigenmächtigen Heileingriff verletzt das Substitut widerrechtlich die körperliche Integrität des Patienten.⁵⁹⁸ Diesbezüglich kann auf die Ausführungen zur Einwilligung ad personam verwiesen werden.⁵⁹⁹ Allerdings wird insoweit regelmäßig der Nachweis einer sorgfältigen Auswahl des Substituts als angestelltem Krankenhausarzt und damit die Exkulpation nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB gelingen.

D. Zusammenfassung

Kommt es infolge der unzulässigen Substitutsbehandlung statt zu Heilung oder Beschwerdelinderung zu einem Medizinschaden, haften hierfür der Krankenhausträger, der Chefarzt sowie das Substitut selbst, unabhängig davon, ob bei der Substitutsbehandlung die Regeln der ärztlichen Kunst beachtet wurden.

Das Substitut ist wegen der unzulässigen Substitution gemäß § 823 Abs. 1 BGB unter dem Aspekt der ärztlichen Eigenmacht zum Ersatz verpflichtet: Mit der unzulässigen Substitutsbehandlung überschreitet das Substitut nämlich die Grenzen der Einwilligung. Diese ist bei der Wahlbehandlung regelmäßig personell auf den Chefarzt beschränkt. Bei der Auslegung der Einwilligung ad personam kommt es zum Gleichlauf mit der persönlichen Leistungspflicht des Chefarztes: Ist vertraglich die Substitution zugelassen, erstreckt sich die Einwilligung auch auf das Substitut; im Übrigen ist sie auf den Chefarzt limitiert.

Im Hinblick auf die Überschreitung der Einwilligung ad personam handelt das Substitut schuldhaft, wenn es nicht überprüft, ob erstens die Wahlleistungsvereinbarung überhaupt eine Stellvertretungsabrede enthält und zweitens die dort postulierten Vertretungsvoraussetzungen (etwa die Verhinderung des Chefarztes) tatsächlich vorliegen. Nötigenfalls muss das Substitut sich unmittelbar beim Patienten erkundigen, ob dieser mit der Substitutsbehandlung einverstanden ist.

Neben dem Substitut ist auch der Chefarzt gemäß der §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB zum Ersatz von Medizinschäden verpflichtet: Mit der unzulässigen

⁵⁹⁵ Siehe dazu S. 167 ff.

⁵⁹⁶ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

⁵⁹⁷ Vgl. BGH, 18.6.1985, VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63 = NJW 1985, 2189, 2191.

⁵⁹⁸ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

⁵⁹⁹ Siehe dazu auch S. 123 ff.

Substitution verletzt der Chefarzt nämlich seine behandlungsvertragliche Primärpflicht zur persönlichen Leistung, sowie seine Pflicht, sich jederzeit einer wirksamen Einwilligung zu versichern. Gewissermaßen begeht der Chefarzt dabei seinerseits neben dem Substitut eine ärztliche Eigenmacht.

Der Chefarzt verkennt regelmäßig fahrlässig die persönliche Leistungspflicht bzw. daran anknüpfend die personelle Beschränkung der Einwilligung. Er muss sich nämlich angesichts der grundsätzlich persönlichen Leistungspflicht erkundigen, ob die Voraussetzungen für eine Substitution vorliegen. Demzufolge handelt der Chefarzt fahrlässig, wenn er nicht überprüft, ob erstens die Wahlleistungsvereinbarung überhaupt eine Stellvertretungsabrede enthält und zweitens die dort postulierten Vertretungsvoraussetzungen tatsächlich vorliegen. Außerdem erfolgt eine Substitution fahrlässig, wenn der Chefarzt erkennen muss, dass die delegierten Leistungen bereits zum Kernbereich der Behandlung gehören.

Zusätzlich zum Substitut und dem Chefarzt haftet auch der Krankenhausträger für eintretende Medizinschäden gemäß der §§ 280 Abs. 1, 278, 823 Abs. 1, 31 BGB. Mit der unzulässigen Substitutsbehandlung verletzt der Krankenhausträger genau wie der Chefarzt seine primäre Leistungspflicht. Er schuldet dem Patienten prinzipiell ebenfalls die wahlärztlichen Leistungen, sodass auch dem Krankenhausträger eine Nichtleistung vorgeworfen werden kann. Außerdem verletzt er auch seine Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB, auf die Rechtsgüter des Patienten Rücksicht zu nehmen. Die unzulässige Substitutsbehandlung verletzt schließlich widerrechtlich die körperliche Integrität des Patienten. Der Krankenhausträger ist insoweit organisatorisch dafür verantwortlich, dass eine eigenmächtige Erbringung allgemeiner Krankenhausleistungen ausgeschlossen ist. Dazu muss der Krankenhausträger etwa die Dienstpläne so gestalten, dass zumindest im Kernbereich der Behandlung der Chefarzt persönlich eingesetzt wird. Alternativ muss der Krankenhausträger der Wahlleistungsvereinbarung eine wirksame Stellvertretungsabrede beifügen (dann handelt es sich nämlich gar nicht mehr um eine unzulässige Substitution) oder sich jedenfalls beim Patienten rückversichern, dass sich die Einwilligung auch auf die Substitutsbehandlung erstreckt (dann ist der Eingriff in die körperliche Integrität gerechtfertigt).

Der Krankenhausträger muss sich sowohl das Verschulden des Chefarztes als auch das Verschulden des Substituts zurechnen lassen. Der Chefarzt ist nämlich verfassungsmäßig berufener Vertreter i.S.d. § 31 BGB und das Substitut wird bei der Erfüllung der behandlungsvertraglichen Pflichten als Gehilfe i.S.d. § 278 BGB eingesetzt.

Weder der Krankenhausträger noch der Chefarzt oder das Substitut können einwenden, der Schaden wäre auch bei persönlicher Chefarztbehandlung entstanden oder der Patient hätte hypothetisch auch in die Substitutsbehandlung eingewilligt. Dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens steht nämlich der Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses entgegen. Mit der Einwilligung soll das Vertrauen des Patienten geschützt werden, der davon ausgeht, der Chefarzt

versichere sich jederzeit seiner Einwilligung, achte die personell limitierte Einwilligung und kläre ihn rechtzeitig darüber auf, wenn ein anderer Arzt an die Stelle des Chefarztes treten soll. Ohne die haftungsrechtliche Konsequenz bliebe der rechtswidrige Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten im Hinblick auf dieses Vertrauen sanktionslos. Dem steht auch nicht die vergütungsrechtliche Sanktion entgegen, die § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ für die unzulässige Substitutsbehandlung bereithält. Andernfalls könnte nämlich die Behandlerseite dem Patienten ohne zusätzliche Vergütung die allgemeinen Krankenhausleistungen aufzwingen.

§ 9 Haftung trotz erfolgreicher Behandlung

Die medizinische Behandlung ist für sich genommen bereits strapazios. Zum Zwecke der Operation wird beispielsweise die Haut aufgeschnitten und beim Zunähen der zurückbleibenden Wunde weiter beeinträchtigt.⁶⁰⁰ Dieser Aspekt wird auch im ärztlichen Selbstverständnis deutlich: *vulnerando sanamus* - „durch das Verwunden heilen wir“.⁶⁰¹ Dass die bloße „Verwundung“ dem Ausgleich in keinem Fall dann zugänglich ist, wenn die Behandlung durch den Chefarzt persönlich vorgenommen wird, ist eine Selbstverständlichkeit: Die rechtfertigende Einwilligung erteilt der Patient schließlich nicht nur im Hinblick auf die behandlungsspezifischen Risiken, sondern erst recht bezogen auf die „Verwundung“ durch die Behandlung selbst.⁶⁰²

Bei der unzulässigen Substitution haftet sowohl der Krankenträger als auch der Chefarzt und das Substitut für eintretende Medizinschäden. Wegen der Überschreitung der personell beschränkten Einwilligung stellt die unzulässige Substitutsbehandlung nämlich einen rechtswidrigen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten dar.⁶⁰³ Das gilt sogar für die erfolgreiche Substitutsbehandlung.⁶⁰⁴ Die Haftungsbegründung bleibt demnach unverändert; diesbezüglich kann auf die Ausführungen zur Haftung für Medizinschäden verwiesen werden.⁶⁰⁵ Demgegenüber stellt es eine Frage der Haftungsausfüllung dar, ob infolge der unzulässigen Substitution schon für die bloße „Verwundung“ Schadensersatz sogar dann geschuldet ist, wenn die Behandlung eigentlich komplikationslos und erfolgreich verlaufen ist.

⁶⁰⁰ Vgl. *Gödicke*, Formularerklärungen in der Medizin, 99.

⁶⁰¹ Vgl. *Rosenkranz*, DMW 2014, 1645.

⁶⁰² Vgl. *Erman/Rebhorn/Gescher*, § 630d BGB Rn. 17; *Spickhoff* in: *Deutsch/Spickhoff*, Kap. VIII Rn. 415 f.

⁶⁰³ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

⁶⁰⁴ Vgl. BGH, 7.2.1984, VI ZR 188/82, NJW 1984, 1395, 1396 („Hat er nicht eingewilligt, dann auch nicht in den rechtswidrig gegen seinen Willen vorgenommenen Eingriff, der zum Erfolg geführt hat“).

⁶⁰⁵ Siehe dazu ausführlich S. 119 ff.

Außerdem wird mit der unzulässigen Substitutsbehandlung das Selbstbestimmungsrecht des Patienten übergangen.⁶⁰⁶ Dadurch entstehen dem Patienten womöglich „Unlustgefühle“, die durch eine billige Entschädigung in Geld ausgeglichen werden können.⁶⁰⁷ Die nachfolgende Untersuchung wird deswegen ebenfalls klären, ob bei der erfolgreichen Substitutsbehandlung schon wegen der Übergehung der Selbstbestimmung des Patienten allein ein Schmerzensgeld fällig wird.

A. Schadensersatz für die Übergehung des Selbstbestimmungsrechts

In Literatur und Rechtsprechung wird mitunter vertreten, dass der Patient sogar bei erfolgreicher wenn auch rechtswidriger ärztlicher Behandlung wegen der „Verletzung der Rechte auf Wahrung der körperlichen Integrität und der Persönlichkeit *als solche*“ einen Anspruch auf Schmerzensgeld hat.⁶⁰⁸ Völlig unabhängig vom Eintritt eines Medizinschadens soll hiernach dem Patienten eine billige Entschädigung in Geld zustehen.

Das gelte auch unter Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung⁶⁰⁹, die im eigenmächtigen Heileingriff eine Verletzung der „Entscheidungsfreiheit des Patienten über seine körperliche Integrität“ erkennt.⁶¹⁰ Das Schmerzensgeld sei nämlich stets auch eine Sanktion für die Verletzung der Entscheidungsfreiheit als solche, ohne dass es darauf ankäme, ob sich diese Verletzung im weiteren Verlauf der Behandlung in einem Medizinschaden niederschlägt.⁶¹¹ Für die Vertreter der Persönlichkeitstheorie gilt dies erst recht, gehen sie doch davon aus, der eigenmächtige Heileingriff verletze isoliert das Selbstbestimmungsrecht und im Hinblick auf das körperliche Wohl werde zum Besten des Patienten gehandelt.⁶¹²

Der BGH hält hingegen bei eigenmächtigen Heileingriffen den Eintritt eines „Gesundheitsschadens“ für erforderlich.⁶¹³ Er bleibt jedoch in seiner Begründung

⁶⁰⁶ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

⁶⁰⁷ OLG Jena, 3.12.1997, 4 U 687/97, VersR 1998, 586, 588; *Laufs*, NJW 1969, 529, 532; *Brüggemeier*, Haftungsrecht, 507; *Pletzer*, JBl. 2007, 409, 424.

⁶⁰⁸ OLG Jena, 3.12.1997, 4 U 687/97, VersR 1998, 586, 588; *Laufs*, NJW 1969, 529, 532; *Brüggemeier*, Haftungsrecht, 507; *Pletzer*, JBl. 2007, 409, 424.

⁶⁰⁹ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

⁶¹⁰ OLG Jena, 3.12.1997, 4 U 687/97, VersR 1998, 586, 588; *Brüggemeier*, Haftungsrecht, 507 möchte daher den „materiellen und den immateriellen Schaden“ erfassen; *Pletzer*, JBl. 2007, 409, 424 zufolge soll der Schmerzensgeldanspruch „sowohl die durch den Eingriff in die körperliche Unversehrtheit verursachten (körperlichen oder seelischen) Schmerzen als auch jene Unlustgefühle ausgleichen, die aus der Beeinträchtigung von dessen Selbstbestimmungsrecht resultieren“.

⁶¹¹ OLG Jena, 3.12.1997, 4 U 687/97, VersR 1998, 586, 588.

⁶¹² Vgl. *Laufs*, NJW 1969, 529, 532; *Wiethölter*, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, 71, 101 ff.; 109; *Eberhardt*, Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 219.

⁶¹³ BGH, 27.5.2008, VI ZR 69/07, BGHZ 176, 342 = NJW 2008, 2344, 2345 („Vielmehr ist eine ärztliche Heilbehandlung ohne wirksame Einwilligung des Patienten [...] zwar rechtswidrig [...], doch führt sie zur Haftung des Arztes nur, wenn sie einen Gesundheitsschaden des Patienten zur Folge hat“); Weil das OLG Jena darauf hingewiesen hatte, dass sich der BGH „bisher zu dieser Frage nicht explizit geäußert“ hat, kann jedenfalls bezweifelt werden, dass es die Spruchpraxis aufrechterhalten wird.

vergleichsweise vage: Einzig das rechtspolitische Argument der Vermeidung „einer uferlosen Haftung der Ärzte“ wird diesbezüglich vorgebracht.⁶¹⁴ Es lässt sich indes lediglich darüber spekulieren, ob durch einen Schmerzensgeldanspruch für die bloße Übergehung der Selbstbestimmung die Ärzteschaft wirklich einer Haftungswelle gegenüberstünde, schließlich offenbaren sich Aufklärungs- und Einwilligungsfehler typischerweise ohnehin erst, wenn sich unvorhergesehen Risiken realisieren. Im Schrifttum wird außerdem die Frage aufgeworfen, ob das Haftungsrisiko überhaupt eine Rolle spielen kann.⁶¹⁵ Dem lässt sich beipflichten, weil es in der Tat widersprüchlich ist, eine Haftung mit der Begründung abzulehnen, es bestünden andernfalls Haftungsrisiken.

Die ausstehende Begründung für das Erfordernis eines Gesundheitsschadens findet sich im Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses selbst. Die selbstbestimmte Entscheidung über die Durchführung eines Heileingriffs sichert nämlich das absolute Rechtsgut auf das sie sich bezieht: Mit der Einwilligung stellt schließlich der Patient seine körperliche Integrität zur Disposition.⁶¹⁶ Der Patient gestattet dem Arzt die Verletzung seines Körpers zu Heilungszwecken. Das soll nur auf der Grundlage einer selbstbestimmten Entscheidung geschehen. Eine selbstbestimmte Entscheidung fehlt zwar, wenn anstelle des gewählten Chefarztes ein Substitut die Behandlung durchführt. Einen ersatzfähigen Schaden erleidet der Patient jedoch nur, wenn sich der Mangel der Selbstbestimmung an dem Rechtsgut materialisiert, auf das sich die Einwilligung bezieht, nämlich der körperlichen Integrität.⁶¹⁷

Letztlich ist die Entscheidungsfreiheit über das absolute Rechtsgut transparent; hinter ihr wird die körperliche Integrität sichtbar.⁶¹⁸ Deshalb vereinigen sich bei der medizinischen Behandlung auch beide Rechtsgüter zur „Entscheidungsfreiheit des Patienten über seine körperliche Integrität“.⁶¹⁹ Wird in dieses Recht eingegriffen, so ist dieses Interesse, „nicht aber ein davon separiertes Selbstbestimmungsrecht des Rechtsgutsträgers“ verletzt.⁶²⁰ Das wird besonders deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass die widerrechtliche Verletzung jedes verfügbaren Rechtsgutes notwendigerweise mit einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfrei-

⁶¹⁴ BGH, 27.5.2008, VI ZR 69/07, BGHZ 176, 342 = NJW 2008, 2344, 2345; Angesichts der Begründung sehr kritisch *Borgmann*, NJW 2010, 3190, 3192.

⁶¹⁵ *Borgmann*, NJW 2010, 3190, 3192.

⁶¹⁶ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524; BGH, 14.2.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391 = NJW 1989, 1533, 1535.

⁶¹⁷ Vgl. *Janda*, JZ 2012, 932, 938; zum Aufklärungsfehler so auch *Gerda Müller* in: FS Geiss, 464.
⁶¹⁸ *Deutsch*, NJW 1965, 1985, 1989.

⁶¹⁹ Vgl. BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524; BGH, 14.2.1989, VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391 = NJW 1989, 1533, 1535; vgl. *Dunz* in: FS Narr, 146 „freie Selbstbestimmung der Patienten über die Duldung eines ärztlichen Eingriffs in ihre körperliche Integrität“.

⁶²⁰ MünchKommBGB/*Wagner*, Vor § 630a BGB Rn. 15 m.w.N. („Mit dem Recht auf körperliche Unversehrtheit ist zugleich das Selbstbestimmungsrecht gewährleistet, ohne dass es der Annahme zweier selbstständiger Rechtspositionen bedürfte“).

heit einhergeht.⁶²¹ Dem Opfer einer Sachbeschädigung würde man auch bloß den Ersatz für die Eigentumsbeeinträchtigung gewähren und nicht zusätzlich dafür eine billige Entschädigung in Geld zusprechen, dass er nicht hat selbst über die eigenmächtige Beschädigung entscheiden können.

B. Die Behandlung selbst als ersatzfähiger Gesundheitsschaden

In keinem Fall muss dem Patienten ein Schmerzensgeld allein für die Übergehung seines Selbstbestimmungsrechts gezahlt werden; erforderlich ist vielmehr, dass sich diese Verletzung im Verlauf der Behandlung in einem Gesundheitsschaden materialisiert.⁶²² Im Schrifttum werden nun zu Recht die Fragen aufgeworfen, „was der BGH [...] unter einem „Gesundheitsschaden“ versteht“⁶²³ und ob die bloße Behandlung bereits als hinreichender Gesundheitsschaden zu qualifizieren ist.⁶²⁴

I. *Natürlicher Schaden nach der Differenzhypothese*

Für die natürliche Schadensbetrachtung ist ein Vergleich zwischen der tatsächlichen Lage nach der Behandlung und der hypothetischen Lage ohne die Behandlung durchzuführen.⁶²⁵ Ein natürlicher Schaden liegt vor, sobald dieser Vergleich irgendeine nachteilige Beeinflussung rechtlich geschützter Interessen des Patienten offenbart.⁶²⁶

1. Erdulden einer medizinisch nicht konsentierten Behandlung als immaterieller Nachteil

Im Hinblick auf die unzulässige Substitutsbehandlung kommt zunächst das Erdulden der nicht konsentierten Heilbehandlung als immaterieller Nachteil in Betracht. Die unzulässige Substitutsbehandlung stellt nämlich einen rechtswidrigen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten dar.⁶²⁷ Das rechtfertigt prinzipiell gemäß § 253 Abs. 2 BGB die Gewährung eines Schmerzensgeldes. Bei dessen Bemessung hat der BGH bereits berücksichtigt, dass der Patient „überhaupt operiert wurde mit allen damit zusammenhängenden körperlichen [sic] Beeinträchtigungen“.⁶²⁸ Dabei differenzierte er ausdrücklich zwischen Schadensersatzansprü-

⁶²¹ *Deutsch*, NJW 1965, 1985, 1989.

⁶²² BGH, 27.5.2008, VI ZR 69/07, BGHZ 176, 342 = NJW 2008, 2344, 2345.

⁶²³ *Borgmann*, NJW 2010, 3190, 3192.

⁶²⁴ *Kullmann*, VersR 1999, 1190.

⁶²⁵ Vgl. *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 23 Rn. 8; Kritisch zur Anwendung der Differenzhypothese auf immaterielle Schäden *Witzleb*, Geldansprüche bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, 28 m.w.N.; Die Anwendung befürwortend *Erm*, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld, 29; Ebenso OLG Köln, 1.12.2008, 5 U 86/08, VersR 2009, 982.

⁶²⁶ *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Kap. 2 Rn. 532.

⁶²⁷ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

⁶²⁸ BGH, 13.1.1987, VI ZR 82/86, NJW 1987, 1481.

chen „wegen der durch eine wirksame Einwilligung nicht gedeckten Operation selbst sowie wegen einer dadurch etwa mitverursachten Verschlechterung ihres Gesundheitszustandes“. ⁶²⁹ Demzufolge kann die in der Behandlung selbst liegende „Verwundung“ des Patienten einen ersatzfähigen Gesundheitsschaden darstellen. Allerdings hatten in dem vom BGH zu entscheidenden Fall die Beschwerden des Patienten nach der Behandlung (zumindest subjektiv) sogar weiter zugenommen; die Behandlung verlief also erfolglos. ⁶³⁰ Trotzdem hat das OLG Köln in einem anderen Fall das Erdulden einer rechtswidrigen Behandlung für die Schmerzensgeldbemessung berücksichtigt, obwohl die Behandlung nach den Regeln der Kunst durchgeführt und der Behandlungserfolg erreicht wurde. ⁶³¹ Die bloße Behandlung selbst kann also nach der Rechtsprechung einen natürlichen Gesundheitsschaden darstellen. Welche Auswirkungen anschließend der Eintritt des Behandlungserfolgs auf die Schadensfeststellung hat, soll an anderer Stelle geklärt werden. ⁶³²

2. Gegenüberstellung mit den behandlungsspezifischen Risiken

Für die Berücksichtigung der Behandlung selbst spricht außerdem der Vergleich mit der Haftung für Medizinschäden. Verwirklichen sich nämlich bei der unzulässigen Substitutsbehandlung die behandlungsspezifischen Risiken, haften sowohl der Krankenhausträger als auch der Chefarzt und das Substitut auf Schadensersatz. ⁶³³ Der Unterschied zwischen der Körperverletzung durch die Behandlung und der Verwirklichung der behandlungsspezifischen Risiken besteht darin, dass letztere vom Zufall abhängt, während die Körperverletzung zwangsläufig mit der Behandlungsdurchführung eintritt. Es wäre wertungswidersprüchlich die Behandlungserseite für den Zufall entstehen zu lassen, nicht jedoch für die zwangsläufige und damit vorhersehbare Folge ihres Vorgehens. *A maiore ad minus* muss vielmehr erst recht für diesen Schaden gehaftet werden.

Außerdem bezieht sich der Haftgrund bei der unzulässigen Substitution auch und gerade auf die Körperverletzung durch die Behandlung an sich: Mit der Einwilligung wird nämlich nicht nur der Eintritt von Medizinschäden, sondern vor allem der Heileingriff selbst gerechtfertigt. ⁶³⁴ Daher soll sich die Haftung bei der unzulässigen Substitution ebenfalls auf die Medizinschäden *und* die Behandlung selbst beziehen, schließlich wird mit ihr die limitierte Einwilligung übergangen.

⁶²⁹ BGH, 13.1.1987, VI ZR 82/86, NJW 1987, 1481, 1482.

⁶³⁰ BGH, 13.1.1987, VI ZR 82/86, NJW 1987, 1481.

⁶³¹ OLG Köln, 9.12.1998, 5 U 147/97, NJW-RR 1999, 674.

⁶³² Siehe dazu S. 157 f.

⁶³³ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

⁶³⁴ Erman/*Rehborn/Gescher*, § 630d BGB Rn. 16; *Spickhoff* in: Deutsch/Spickhoff, Kap. VIII Rn. 415 f.

3. Unterschreiten der Bagatellgrenze

Nur wenn die zur Behandlung notwendigen Eingriffe in die körperliche Integrität des Patienten einmal so unerheblich sind, dass „sie schon nicht als Schaden empfunden“ werden, kann eine billige Entschädigung in Geld zu versagen sein.⁶³⁵ Für eine solche Geringfügigkeitsgrenze möchte der BGH die „Bedeutung der konkreten Gesundheitsverletzung für die Lebensführung des Verletzten“, den „geringen, nur vorübergehenden Einfluss[...] auf das Allgemeinbefinden“ und die „im Alltagsleben typische [...] Beeinträchtigung[...] des körperlichen und seelischen Wohlbefindens“ berücksichtigen.⁶³⁶ Beispielhaft seien die minimal invasive Verabreichung einer Spritze oder die Durchführung einer Endoskopie genannt.⁶³⁷ Wenn jedoch das Substitut eine derart geringfügige Maßnahme vornimmt, wird es in aller Regel an der haftungsbegründenden persönlichen Leistungspflicht des Chefarztes fehlen, sodass auch die Einwilligungserklärung des Patienten diesbezüglich nicht auf den Chefarzt limitiert ist. Wie bereits gezeigt, kann jedoch auch ohne vertragliche Verpflichtung des Chefarztes der Patient seine Einwilligung *ad personam* limitiert erklären.

4. Zwischenergebnis

Die in der Behandlung selbst liegende „Verwundung“ des Patienten stellt also bei natürlicher Betrachtung regelmäßig einen Gesundheitsschaden dar, der prinzipiell eine billige Entschädigung in Geld erfordern kann.

II. *Kompensation durch den Behandlungserfolg*

Obwohl sie für den Patienten regelmäßig einen natürlichen Gesundheitsschaden darstellt, wird die in der Behandlung selbst liegende Verwundung regelmäßig nicht für ausgleichsbedürftig gehalten.⁶³⁸ So stellt etwa *Gödicke* die Behauptung auf, die zur Operation „erforderlichen Einbußen am Rechtsgut selbst“ stellen dann keinen

⁶³⁵ *Müller* in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, § 2 Rn. 189.

⁶³⁶ BGH, 14.1.1992, VI ZR 120/91, NJW 1992, 1043.

⁶³⁷ *Müller* in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, § 2 Rn. 189.

⁶³⁸ OLG Köln, 1.12.2008, 5 U 86/08, VersR 2009, 982; OLG Karlsruhe, 26.3.1965, 10 U 19/65, VersR 1965, 794; OLG Karlsruhe, 26.4.1958, 7 U 119/57 (nicht veröffentlicht); Ähnlich die Vorinstanz LG Heidelberg, 23.5.1957, 1 O 54/56 (nicht veröffentlicht); *Erm*, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld, 208, 211 f.; *Pletzer*, JBl. 2007, 409, 426; *Janda*, JZ 2012, 932, 938 („Die Persönlichkeitsrechtsverletzung kann demnach durch den Erfolg des eigenmächtigen Eingriffs aufgewogen werden“); *Janda*, Medizinrecht, 323 m.w.N. („Die Beeinträchtigung der Selbstbestimmung über die körperliche Unversehrtheit kann demnach durch den Erfolg des eigenmächtigen Eingriffs aufgewogen werden“); *Kullmann*, VersR 1999, 1190; *Gödicke*, Formularerklärungen in der Medizin, 99.

relevanten Nachteil dar, wenn „die Operation selbst geglückt ist“.⁶³⁹ Gerade diese Formulierung lässt durchscheinen, um was es dogmatisch geht: Einen Vorteilsausgleich.⁶⁴⁰ Mit ihm soll prinzipiell derjenige „Vorteil, welcher dem Beschädigten durch den schadensbringenden Umstand zugefallen ist, von der Ersatzsumme in Anrechnung“ gebracht werden.⁶⁴¹ Als derartiger Vorteil des Patienten drängt sich der Behandlungserfolg auf.

1. Vergleich mit dem Krankheitsverlauf ohne Behandlung

Durch die unzulässige Substitutsbehandlung wird dem Patienten zwar einerseits eine (so) nicht konsentrierte Behandlung aufgezwungen; er muss einen rechtswidrigen Eingriff in seine körperliche Integrität erdulden. Andererseits tritt infolge der Substitutsbehandlung mitunter Beschwerdelinderung oder sogar Heilung ein. In dem Fall hat sich der Gesundheitszustand des Patienten im Vergleich zum Krankheitsverlauf ohne den Heileingriff nicht verschlechtert.⁶⁴² Ganz im Gegenteil nimmt die Substitutsbehandlung dem Patienten sogar bestehende Schmerzen ab oder erspart ihm in Zukunft entstehende Schmerzen.⁶⁴³

Je deutlicher die Beschwerden des Patienten infolge der unzulässigen Substitutsbehandlung gelindert werden, desto geringer fällt der ausgleichswürdige immaterielle Schaden aus.⁶⁴⁴ Der Patient empfindet nämlich „ob seiner nunmehr verbesserten Gesundheit Genugtuung“.⁶⁴⁵ Unter der Prämisse, dass die Behandlung nur dann durchgeführt wird, wenn ihr bestmöglicher Verlauf den Patienten medizinisch gesehen besser stellt, kann man die in der bloßen Verwundung liegenden Schmerzen des Patienten als aufgewogen betrachten, wenn die unzulässige Substi-

⁶³⁹ So etwa *Gödicke*, Formularerklärungen in der Medizin, 99; dem widerspricht auch nicht etwa *Ehlers* in: Ehlers/Brogie, Arzthaftungsrecht, 286, dem zufolge „sich allein aufgrund der Körperverletzung ein Schmerzensgeldanspruch“ ergibt, wenn „der Eingriff lege artis und erfolgreich“ verläuft, da von einer erfolgreichen Behandlung auch bei Verwirklichung von Behandlungsrisiken gesprochen wird.

⁶⁴⁰ Dieses Verständnis teilend *Janda*, JZ 2012, 932, 938; *Laufs*, VersR 1972, 1, 6; *Eberhardt*, Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 233 ff.; Mitunter wird der Vorteil auch bloß bei der Billigkeitsprüfung im Rahmen der Schmerzensgeldbemessung berücksichtigt, vgl. etwa OLG Karlsruhe, 26.3.1965, 10 U 19/65, VersR 1965, 794.

⁶⁴¹ Motive II, 18 f. = Mugdan II, 10; Ob man die Vorteilsausgleichung nun der Schadenszurechnung, der Schadensermittlung oder der Differenzhypothese unmittelbar zuordnet, kann dahinstehen, weil jedenfalls ihre Voraussetzungen anerkannt sind; vgl. zur dogmatischen Einordnung *Pletzer*, JBl. 2007, 409, 422 f. m.w.N.; *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 141 spricht von einem „Streit um Worte“.

⁶⁴² Vgl. OLG Köln, 1.12.2008, 5 U 86/08, VersR 2009, 982; *Janda*, JZ 2012, 932, 938; vgl. ferner *Steffen/Paue*, Arzthaftungsrecht, 10. Aufl., Rn. 449; *Jaeger/Luckey*, Schmerzensgeld, Rn. 820 ff..

⁶⁴³ Vgl. *Erm*, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld, 77; Im Zusammenhang mit der Vorteilsausgleichung spricht *Erm* auf S. 230 diesbezüglich von „biologischen Emotionsfaktoren“.

⁶⁴⁴ Vgl. *Erm*, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld, 77; *Laufs*, NJW 1969, 529, 531.

⁶⁴⁵ *Pletzer*, JBl. 2007, 409, 425; Zustimmend *Janda*, JZ 2012, 932, 938; *Kullmann*, VersR 1999, 1190.

tutsbehandlung komplikationslos und erfolgreich verläuft. Das ist aber streng genommen eine Frage des Einzelfalls.⁶⁴⁶

2. Sanktionslosigkeit der unzulässigen Substitution

Der rechtswidrige Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten bleibt mitunter sanktionslos, wenn man den immateriellen Vorteil berücksichtigt, sich durch die erfolgreiche Substitutsbehandlung Schmerzen erspart zu haben. Anders als beim reinen Vermögensschadensersatz besteht jedoch beim Schmerzensgeld ein über den bloßen Schadensausgleich hinausgehendes Sanktionsinteresse.⁶⁴⁷ Trotzdem besteht Einigkeit darüber, dass eine sanktionswürdige Einbuße erst festgestellt werden kann, nachdem sämtliche Vorteile ebenfalls erfasst wurden.⁶⁴⁸ Deswegen wird bei der unzulässigen Substitutsbehandlung der Gesundheitsschaden, der durch die bloße Behandlung entsteht, regelmäßig durch den Behandlungserfolg kompensiert.

C. Zusammenfassung

Mit der unzulässigen Substitutsbehandlung wird der Patient gegen seinen Willen einem ärztlichen Heileingriff ausgesetzt. Dabei wird nicht nur seine Selbstbestimmung übergangen, sondern auch seine körperliche Integrität unmittelbar beeinträchtigt. Jede Behandlung ist nämlich für sich genommen bereits strapazios, etwa weil bei der Operation die Haut aufgeschnitten und die zurückbleibende Wunde vernäht wird.

Für die Verletzung seines Persönlichkeitsrechts als solche erhält der Patient keine billige Entschädigung in Geld. Die Entscheidungsfreiheit des Patienten bezieht sich nämlich unmittelbar auf das absolute Rechtsgut der körperlichen Integrität. Hierüber disponiert der Patient mit seiner Einwilligung. Das Selbstbestimmungsrecht dient deswegen nur dazu, die körperliche Integrität zum Gegenstand von Autonomiebereichen zu machen und verfolgt darüber hinaus keine eigenständigen Funktionen. Die Selbstbestimmung des Patienten kann folglich als transparent verstanden werden; hinter ihr steht das absolute Rechtsgut der körperlichen Integrität. Daher muss sich die Verletzung der Entscheidungsfreiheit des Patienten stets in Gestalt eines Gesundheitsschadens materialisieren.

Auch für die in der Behandlung selbst liegende „Verwundung“ des Patienten muss regelmäßig jedenfalls dann kein Schmerzensgeld gezahlt werden, wenn die Substitutsbehandlung komplikationslos und erfolgreich verläuft. Die Behandlung als solche stellt zwar bei natürlicher Betrachtung einen Gesundheitsschaden dar,

⁶⁴⁶ Auf die praktischen Schwierigkeiten des Vergleichs immaterieller Vor- und Nachteile hinweisend *Köndgen*, Haftpflichtfunktionen, 57.

⁶⁴⁷ Vgl. *Erm*, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld, 234 f.; *Pletzer*, JBl. 2007, 409, 422; *Thüsing*, Schadensberechnung, 37, 459, spricht etwas missverständlich von der Gefahr der „Unterkompensation“.

⁶⁴⁸ *Erm*, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld, 238; *Pletzer*, JBl. 2007, 409, 422.

weil der Patient den medizinischen Heileingriff erdulden muss. Allerdings wird dieser immaterielle Nachteil in aller Regel durch den Behandlungserfolg kompensiert. Der Patient erspart sich dann nämlich weitere Beschwerden seiner Krankheit und erfährt insoweit Genugtuung. Das stellt aber streng genommen eine Frage des Einzelfalls dar.

Kapitel 4: Die Auswirkungen einer Spaltung der Vertragsbeziehungen

§ 10 Auswirkungen auf die Rückabwicklung der ärztlichen Behandlung

Im Regelfall versprechen sowohl der Krankenhausträger als auch der Chefarzt selbst dem Patienten vertraglich die Chefarztbehandlung.⁶⁴⁹ Neben den totalen Krankenhausaufnahmevertrag tritt hierzu ein Arztzusatzvertrag zwischen Patient und Chefarzt. Wird die Behandlung dann entgegen der Wahlleistungsvereinbarung nicht durch den Chefarzt persönlich erbracht, kann der Patient das gezahlte Honorar zurückfordern. Obwohl er mit der – womöglich sogar erfolgreichen – unzulässigen Substitutsbehandlung unmittelbar einen Vermögensvorteil erlangt, muss der Patient keinen Wertersatz leisten.⁶⁵⁰ Die unzulässige Substitutsleistung stellt nämlich bereicherungsrechtlich keine Leistung des Chefarztes dar, weil sie sich nicht mehr von den allgemeinen Krankenhausleistungen unterscheiden lässt. Diese erwartet der Patient jedoch einzig und allein durch den Krankenhausträger.

Problematischer gestalten sich demgegenüber Vertragskonstellationen, in denen der Krankenhausträger allein zur Erbringung der pflegerischen Leistungen

⁶⁴⁹ BGH, 22.12.1992, VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 = NJW 1993, 779, 780.

⁶⁵⁰ Siehe dazu ausführlich S. 89 ff.

und nur der Chefarzt zur ärztlichen Behandlung verpflichtet wird.⁶⁵¹ Dann spricht man von einem gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag. Wenn aber der Krankenhausträger überhaupt keine Behandlungsleistungen verspricht, kann womöglich der objektive Leistungsempfänger in der Position des Patienten nicht erwarten, von diesem mit der unzulässigen Substitutsbehandlung eine allgemeine Krankenhausleistung zu erhalten. Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung wird deswegen sein, ob durch die Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages die Rückabwicklung unzulässiger Substitutsbehandlung verändert wird.

A. Substitutsbehandlung als Leistung des Chefarztes

Erfolgt die stationäre Wahlbehandlung auf der Grundlage eines totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag, stellt sich die unzulässige Substitutsbehandlung nicht mehr als Leistung des Chefarztes i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB dar.⁶⁵² Die unzulässige Substitutsbehandlung lässt sich nämlich überhaupt nicht mehr von den allgemeinen Krankenhausleistungen unterscheiden. Diese erwartet der objektive Leistungsempfänger in der Position des Patienten jedoch allein durch den Krankenhausträger.

Liegt der stationären Wahlbehandlung aber ein gespalteener Krankenhausaufnahmevertrag zugrunde, so ist der Krankenhausträger nicht mehr zur Erbringung irgendwelcher ärztlichen Leistungen verpflichtet.⁶⁵³ Deshalb kann man anzweifeln, dass die unzulässige Substitutsbehandlung aus der maßgeblichen Sicht des objektiven Leistungsempfängers in der Position des Patienten den Eindruck einer allgemeinen Krankenhausleistung hinterlässt.

Damit der Patient die unzulässige Substitutsleistung als bewusste und zweckgerichtete Mehrung seines Vermögens gerade durch den Krankenhausträger auffassen darf, muss für ihn die Bezugnahme auf ein bestimmtes Schulverhältnis erkennbar sein. Da der gespalteene Krankenhausaufnahmevertrag den Krankenhausträger aber gerade nicht zur Erbringung irgendwelcher ärztlichen Leistungen verpflichtet, kann keine Behandlungsleistung den Eindruck erwecken, es handle sich um eine allgemeine Krankenhausleistung. Der Patient kann deshalb aus der Substitutsleistung nicht darauf schließen, der Krankenhausträger verfolge mit ihr irgendeinen Tilgungszweck. Aus der Sicht des Patienten stellt sich die unzulässige Substitutsbehandlung daher als Leistung des Chefarztes durch das Substitut als

⁶⁵¹ Vgl. die AVB des Klinikums der Universität München vom 1.9.2011, 2 („Vertragspartner für ärztliche Leistungen sind allein die liquidationsberechtigten Ärzte“); vgl. die AVB der Fachklinik Bad Pyrmont (Vertragspartner für ärztliche Leistungen sind die liquidationsberechtigten Ärzte“); vgl. Muster-Wahlleistungsvertrag des Universitätsklinikums Regensburg, 4 („Vertragspartner für wahlärztliche Leistungen sind nur die liquidationsberechtigten Ärzte“); vgl. ferner den zugrundeliegenden Sachverhalt bei BGH, 22.12.1992, VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 = NJW 193, 779.

⁶⁵² Siehe dazu ausführlich S. 91 ff.

⁶⁵³ BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, NJW 1998, 1778, 1779.

Leistungsmittler dar. Nur jener schuldet ihm nämlich die Erbringung (wenn auch wahl-) ärztlicher Leistungen.

Die bezweckte Tilgung der wahlärztlichen Verbindlichkeit konnte mit der unzulässigen Substitutsbehandlung gleichwohl nicht erreicht werden; Erfüllung tritt schließlich nur bei Erbringung einer (wahl-) ärztlichen Leistung ein, mit der die Vorgaben der Wahlleistungsvereinbarung gewahrt werden.⁶⁵⁴ Damit führt die Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages nicht nur dazu, dass die unzulässige Substitutsleistung ausnahmsweise zur bereicherungsrechtlichen Leistung des Chefarztes selbst wird, sondern sie entzieht dieser Vermögensmehrung auch ihren Rechtsgrund. Deshalb ist der Patient prinzipiell nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zur Herausgabe des durch die Substitutsbehandlung Erlangten verpflichtet. Für nichtgegenständliche Vorteile – wie die ärztliche Behandlung – schuldet der Bereicherungsschuldner von vornherein nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz in Geld.⁶⁵⁵

B. Schutzzweck des § 4 Abs. 2 GOÄ

In anderem Zusammenhang hatte der BGH bereits über den Wertersatzanspruch für eine unzulässige Substitutsbehandlung zu entscheiden:⁶⁵⁶ Dem lag ein Fall zugrunde, bei dem eine Wahlleistungsvereinbarung entgegen § 17 Abs. 2 S. 1 KHEntgG nicht schriftlich geschlossen wurde. Demzufolge war die Wahlleistungsvereinbarung unwirksam und mit ihr gemäß § 139 BGB auch der Arztzusatzvertrag, auf den der Chefarzt seinen Honoraranspruch zu stützen versuchte. Anstelle dieses Vergütungsanspruches gestand der BGH dem Chefarzt auch keinen Wertersatzanspruch zu, weil damit der Schutzzweck des Formerfordernisses konterkariert würde.⁶⁵⁷

Diesen Gedanken kann man auf den ersten Blick vollumfassend auf die entgegen § 4 Abs. 2 GOÄ erfolgte Substitution des chefarztlichen Behandlers übertragen: Schließlich sind Gebühren nur für eigene Leistungen des Chefarztes abrechenbar. Dem Chefarzt statt des Wahlleistungsentgelts einen Wertersatzanspruch zuzusprechen, führte zu einer faktischen Vergütung der Drittleistung. Der Normzweck wäre damit verfehlt.

Was *prima facie* überzeugt, entbehrt auf den zweiten Blick seiner Grundlage: Denn § 818 Abs. 2 BGB spricht dem Bereicherungsgläubiger lediglich den objektiven Wert des Bereicherungsgegenstandes zu; das heißt den „Preis, den ein durchschnittlicher Empfänger aus dem Verkehrskreis des Betroffenen auf dem für ihn maßgeblichen Ankaufsmarkt hätte zahlen müssen, um den Bereicherungsgegenstand zu erlangen“.⁶⁵⁸

⁶⁵⁴ Siehe dazu S. 77 ff.

⁶⁵⁵ Vgl. BeckOK/Wendeborst, § 818 BGB Rn. 20.

⁶⁵⁶ BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, NJW 1998, 1778, 1779.

⁶⁵⁷ BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, NJW 1998, 1778, 1779.

⁶⁵⁸ Vgl. BeckOK/Wendeborst, § 818 BGB Rn. 27.

Steht dem Vergütungsanspruch nur der Formverstoß entgegen, dann erfolgte gleichwohl die Behandlung durch den Chefarzt persönlich. Der Wert dieser persönlichen Chefarztbehandlung auf dem Ankaufsmarkt bemisst sich nach der Gebührenordnung und würde seiner Höhe nach dem weggefallenen Vergütungsanspruch entsprechen. Der Formverstoß würde in der Tat ad absurdum geführt.

Davon kann man bei der unzulässigen Substitution indes nicht sprechen: Erbringt der Chefarzt nämlich keine eigene Leistung i.S.d. § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ, entspricht der Wert der unzulässigen Substitutionsbehandlung eben nicht mehr dem in der Gebührenordnung vorgesehenen Entgelt. Auf dem maßgeblichen Ankaufsmarkt würde für die bloße Behandlung durch ein Substitut jenseits der von § 4 Abs. 2 GOÄ gezogenen Grenzen nämlich gerade kein Entgelt gezahlt werden, das über jenes hinausgeht, welches für allgemeine Krankenhausleistungen gezahlt zu werden pflegt. Das gilt auch für „[e]twaige „Qualitätsüberschüsse“ aufgrund der Ausführung durch den besonders qualifizierten Chefarzt“.⁶⁵⁹ Weil damit der Wertersatzanspruch auf diesen geringen Betrag beschränkt ist, ergibt sich kein nennenswerter Konflikt mit dem Schutzzweck von § 4 Abs. 2 GOÄ.

C. Konditionssperre des § 814 BGB

Diesem Ergebnis steht regelmäßig auch nicht die Konditionssperre des § 814 Alt. 1 BGB entgegen. Danach kann „[d]as zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war“. Dazu müsste der Chefarzt nämlich positiv nicht nur den Umstand der Substitution an sich gekannt, sondern auch die darauf aufbauende Rechtsfolge des § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ zutreffend geschlussfolgert haben. Mit anderen Worten: Der Chefarzt müsste gewusst haben, dass ihm seine persönliche Leistungspflicht die Substitution verbietet. Auch insoweit entscheidet eine „Parallelwertung der Laiensphäre“.⁶⁶⁰

In den Extremfällen liegt eine positive Rechtsfolgenkenntnis auch beim Chefarzt vor: Überlässt der Chefarzt beispielsweise weite Strecken oder gar die gesamte Behandlung seinem Stellvertreter, obwohl er weiß, dass die Wahlleistungsvereinbarung überhaupt keine (einschlägige) Stellvertretungsabrede enthält, weiß er regelmäßig auch um seine Nichtschuld. Trotzdem bleibt hierfür der Patient darlegungs- und beweisbelastet.⁶⁶¹

Anders als der Patient weiß der Chefarzt jedoch ganz generell um die Möglichkeit, auch bei der Chefarztbehandlung ein Substitut einzusetzen, etwa durch Delegation von Behandlungsteilen. Der Chefarzt schließt also – anders als der Patient – nicht notwendigerweise von der Substitution auf die Nichtschuld. Zu-

⁶⁵⁹ Vgl. zum Fall nichtiger Wahlleistungsvereinbarungen LG Berlin, 21.5.2001, 6 S 47/00, VersR 2001, 1546.

⁶⁶⁰ BGH, 13.5.2014, XI ZR 170/13, NJW-RR 2014, 1133, 1135.

⁶⁶¹ Vgl. allgemein dazu BGH, 17.10.2002, III ZR 58/02, NJW 2002, 3772, 3773.

mindest in den Graubereichen der Substitution wird dem Patienten deswegen der Nachweis positiver Rechtsfolgenkenntnis kaum einmal gelingen. Wenn selbst beruflich mit dem Medizinrecht befasste Juristen über die Reichweite der Delegationsmöglichkeiten uneinig sind, wird erst recht der Chefarzt Schwierigkeiten haben, die exakte Rechtsfolge treffsicher zu ermitteln.

D. Zusammenfassung

Die Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages wird bei der Rückabwicklung der unzulässigen Substitutsbehandlung gleich doppelt relevant: Einerseits bewirkt sie, dass der Patient nicht mehr erwarten darf, der Krankenhausträger leiste die unzulässige Substitutsleistung zur Erfüllung seiner Pflichten aus dem totalen Krankenhausaufnahmevertrag. Andererseits entzieht sie der unzulässigen Substitutsleistung den Rechtsgrund, weil sie nach dem gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag von niemandem geschuldet ist. Trotz der Nichtleistung des Chefarztes erlangt der Patient in Gestalt der unzulässigen Substitutsbehandlung einen Vermögensvorteil durch bereicherungsrechtliche Leistung des Chefarztes, weshalb er nach § 818 Abs. 2 BGB zum Wertersatz verpflichtet ist.

Dem steht nicht schon der Schutzzweck des § 4 Abs. 2 GOÄ entgegen, wonach für unzulässige Substitutsbehandlung keine Gebühren verlangt werden dürfen. Die unzulässige Substitutsbehandlung wird nämlich gerade nicht nach der Gebührenordnung wie eine persönliche Chefarztbehandlung vergütet. Stattdessen bemisst sich der Wertersatzanspruch nach dem Preis, der für die unzulässige Substitutsbehandlung auf dem allgemeinen Ankaufmarkt bezahlt würde. Weil die Substitutsbehandlung sich jedoch von den allgemeinen Krankenhausleistungen nicht unterscheiden lässt, würde auch kein hierüber hinausgehender Preis bezahlt werden, sodass ein nennenswerter Konflikt mit § 4 Abs. 2 GOÄ nicht eintritt.

Dem Wertersatzanspruch steht nur im Ausnahmefall die Konditionssperre des § 814 Alt. 1 BGB entgegen. Nur wenn der Chefarzt weite Teile oder gar die gesamte Behandlung seinem Stellvertreter überlässt, obwohl er weiß, dass keine Stellvertretungsabrede vorhanden oder einschlägig ist, weiß er regelmäßig auch um den Wegfall des Vergütungsanspruches. Weil er aber ganz generell um die Möglichkeit weiß, auch bei der Chefarztbehandlung ein Substitut einzusetzen, schließt er – anders als der Patient – nicht notwendigerweise von der Substitution auf seine Nichtschuld. Deswegen fehlt dem Chefarzt vielfach die positive Rechtsfolgenkenntnis.

Im Ergebnis wirkt sich die Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages bei der Rückabwicklung der unzulässigen Substitutsbehandlung rein dogmatisch aus. Während der Patient beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag die Vergütung als allgemeine Krankenhausleistung bereits nach dem totalen Krankenhausaufnahmevertrag selbst, also vertraglich, schuldet, ergibt sich der Höhe nach dieselbe Verpflichtung beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB. Der

Unterschied liegt allein darin, dass nicht der Krankenhausträger, sondern der Chefarzt selbst Gläubiger dieses Anspruches ist und dass der Patient – im seltenen Ausnahmefall – die Kenntnis des Chefarztes von der Nichtschuld einwenden kann.

§ 11 Auswirkungen auf die Haftung des Krankenhausträgers

Verwirklichen sich bei der unzulässigen Substitutsbehandlung behandlungsspezifische Risiken, hat der Patient gegenüber dem Krankenhausträger einen Anspruch auf Schadensersatz, ohne dass es auf das Vorliegen eines Behandlungsfehlers ankäme.⁶⁶² Der Krankenhausträger verletzt mit der Substitutsbehandlung nämlich sowohl seine primäre Leistungspflicht als auch seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter des Patienten. Die unzulässige Substitutsbehandlung bedeutet für den Patienten schließlich einen rechtswidrigen Eingriff in seine körperliche Integrität.⁶⁶³

Die Spaltung der vertraglichen Beziehungen bewirkt nicht nur eine Veränderung des Pflichtenprogramms; vielmehr führt sie mittelbar zu einer Reduzierung der Haftungsrisiken.⁶⁶⁴ Wer eine Behandlungspflicht nicht übernimmt – so die entsprechende Logik – der kann auch für etwaige Behandlungsfehler nicht zur Rechenschaft gezogen werden. Allerdings haftet der Krankenhausträger für die Schäden der unzulässigen Substitutsbehandlung nicht bloß wegen der Verletzung primärer Leistungspflichten, sondern auch wegen der Verletzung von Rücksichtnahmepflichten. Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung soll deswegen vor allem sein, inwieweit der Krankenhausträger bei der unzulässigen Substitutsbehandlung auch dann noch für Medizinschäden haftet, wenn er überhaupt nicht zur Erbringung ärztlicher Leistungen verpflichtet ist.

Im Hinblick auf ihre haftungsbefreiende Wirkung wird im Schrifttum mitunter gefordert, die zur Spaltung der Vertragsbeziehungen verwendeten Geschäftsbedingungen denselben Wirksamkeitsanforderungen zu unterstellen, wie klassische Haftungsausschlüsse.⁶⁶⁵ Deswegen soll in einem zweiten Schritt die Wirksamkeit formularvertraglicher Spaltungsklauseln untersucht werden.

⁶⁶² Siehe dazu S. 145 ff.

⁶⁶³ BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, NJW 2016, 3523, 3524.

⁶⁶⁴ Kramer, NJW 1996, 2398, 2401 („kann kein Zweifel daran bestehen, daß die [...] Bedingungen das Ziel haben, den Krankenhausträger [...] aus der Haftung [...] herauszunehmen“); Spickhoff/*Spickhoff*, § 630a BGB Rn. 32 („Die Spaltungsklauseln zielen überdies nur darauf ab und haben zur Folge, dass die gesetzliche Haftung des Krankenhausträgers ausgeschlossen oder eingeschränkt wird“); *Spickhoff*, VersR 1998, 1189 ff.

⁶⁶⁵ *Spickhoff*, VersR 1998, 1189, 1192; *Ders.*, NZS 2004, 57, 62; *Ders.*, Aktuelle Rechtsfragen der medizinischen Behandlungsverhältnisse, 53; *Ders.*, NJW 2012, 1773, 1776 („verdeckter Haf-

A. Haftungsbefreiung auch bei unzulässiger Substitutsbehandlung

I. *Vertragliche Haftung aus dem gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag*

Auch beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag sind Krankenhausträger und Patient miteinander vertraglich verbunden; für Pflichtverletzungen haftet der Krankenhausträger nach § 280 Abs. 1 BGB. Zumindest eine Verletzung der primären Leistungspflicht lässt sich dem Krankenhausträger indes trotz unzulässiger Substitutsbehandlung nicht vorwerfen. Beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag ist der Krankenhausträger schlicht nicht zur Erbringung von Behandlungsleistungen verpflichtet.⁶⁶⁶

Problematischer ist demgegenüber der Vorwurf einer Nebenpflichtverletzung i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB. Trotz Spaltung der vertraglichen Beziehungen ist der Krankenhausträger nämlich „zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen“ des Patienten verpflichtet. Entscheidend ist nun, ob diese Schutzpflicht auch derart weitreichend ist, dass der Krankenhausträger die unzulässige Substitution auch dann verhüten muss, wenn er zur Behandlung an sich nicht verpflichtet ist.

Dafür spricht, dass das Angebot der (wahl-) ärztlichen Leistungen schon nach dem gesetzlichen Leitbild des § 17 Abs. 1 S. 1 KHEntgG vom Krankenhausträger ausgeht. Danach muss die gesonderte Berechnung als wahlärztliche Leistung nämlich „mit dem Krankenhaus vereinbart“ werden; völlig unabhängig von der konkreten vertraglichen Ausgestaltung. Der Krankenhausträger initiiert die Chefarztbehandlung auch dann, wenn er sowohl ihre Erbringung als auch ihre Liquidation von vornherein dem Chefarzt überlässt.

Trotzdem wird man dem Krankenhausträger eine derart weitgehende Schutzpflicht nicht auferlegen können, ohne ihm gleichzeitig eine vertragliche Verantwortung für eine Behandlung aufzubürden, zu der er sich überhaupt nicht verpflichtet hat. Der gesplante Krankenhausaufnahmevertrag ist für den Krankenhausträger allein auf Unterbringung, Verpflegung und pflegerische Leistungen gerichtet;⁶⁶⁷ nur insoweit ist jener auch vertraglich verantwortlich.

II. *Deliktische Organhaftung nach § 31 BGB trotz Spaltung der vertraglichen Beziehungen*

Der Krankenhausträger überlässt dem Chefarzt mit der Wahlbehandlung einen wesentlichen Teil der Krankenhausleistungen zur eigenverantwortlichen Erfüllung und Liquidation. Deshalb ist der Chefarzt regelmäßig verfassungsmäßiger Vertreter des Krankenhauses i.S.d. § 31 BGB.⁶⁶⁸ Nachfolgend sollen die Auswirkungen

tungsausschluss“); Spickhoff/*Starzger*, § 307 Rn. 4; *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 72.

⁶⁶⁶ BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, NJW 1998, 1778, 1779.

⁶⁶⁷ BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, NJW 1998, 1778, 1779.

⁶⁶⁸ Vgl. BGH, 18.6.1985, VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63 = NJW 1985, 2189, 2190; BGH, 21.9.1971, VI ZR 122/70, NJW 1972, 334.

der Spaltung der vertraglichen Beziehungen auf diese Organstellung des Chefarztes untersucht werden.

1. Chefarztbehandlung als eigene (private) Verrichtung des Chefarztes

Liegt der Chefarztbehandlung ein gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag zugrunde, geht man überwiegend davon aus, der Chefarzt nehme eine rein private Verrichtung vor – wenn auch innerhalb der Sphären des Krankenhauses.⁶⁶⁹ In diesem Fall ist nämlich zur Behandlungsleistung allein der Chefarzt verpflichtet.⁶⁷⁰ Deswegen soll die Chefarztbehandlung hierbei keine Verrichtung gerade für den Krankenhausträger darstellen. In einem *obiter dictum* machte der BGH sehr deutlich, dass der Chefarzt beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag „nicht nur für eigene Rechnung, sondern grundsätzlich auch haftungsrechtlich allein „für sich“ tätig“ werde.⁶⁷¹ Er sei weder Organ noch Verrichtungsgehilfe des Krankenhausträgers.⁶⁷²

Augenscheinlich differenziert man also nach den vertraglichen Beziehungen: Ist zumindest auch der Krankenhausträger zur Wahlbehandlung des Patienten verpflichtet, stellt die Chefarztbehandlung (auch) eine Verrichtung des Krankenhausträgers selbst dar.⁶⁷³ Umgekehrt handelt es sich allein um eine private Verrichtung des Chefarztes, wenn nur er die wahlärztlichen Leistungen schuldet. Die Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrags beseitigt also faktisch die Organstellung des Chefarztes.

2. Repräsentation auch beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag

Die Qualifikation der Chefarztbehandlung als bloß private Verrichtung des Chefarztes wird im juristischen Schrifttum mitunter kritisiert: Die Unterscheidung nach der vertraglichen Grundlage werde dem einheitlichen äußeren Erscheinungsbild der Chefarztbehandlung nicht gerecht.⁶⁷⁴ Räumlich und personell erfolgt die Behandlung innerhalb der Sphären des Krankenhausträgers, ohne dass für den Patienten klar werde, ob der Chefarzt bei der Behandlung wesentliche Funktionen des Krankenhauses übernimmt.⁶⁷⁵ Es bestehe insoweit eine „unlösbare Verquickung

⁶⁶⁹ BGH, 30.11.1982, VI ZR 77/81, BGHZ 85, 393 = NJW 1983, 1374, 1377; *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 21 f.; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., 42, Rn. 62; *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. XI. Rn. 27; *HK-AKM/A. W. Bender*, „Krankenhausaufnahmevertrag“, Nr. 3080, Rn. 111; *Steffen/Pange*, Arzthaftungsrecht, 10. Aufl., 14.

⁶⁷⁰ BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, NJW 1998, 1778, 1779.

⁶⁷¹ BGH, 30.11.1982, VI ZR 77/81, BGHZ 85, 393 = NJW 1983, 1374, 1377.

⁶⁷² BGH, 30.11.1982, VI ZR 77/81, BGHZ 85, 393 = NJW 1983, 1374, 1377.

⁶⁷³ *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 21 f.; *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. XI. Rn. 27.

⁶⁷⁴ *Büskens*, Haftungssystem, 87; In diese Richtung auch *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 79, der zufolge der Chefarzt nicht „zu Genüge äußerlich „ausgegrenzt““ werde; *Büskens/Klüglich*, VersR 1994, 1141 ff. Fn. 42.

⁶⁷⁵ *Büskens*, Haftungssystem, 87.

aller Tätigkeiten des Organs mit der Institution des Krankenhauses“.⁶⁷⁶ Der Chefarzt repräsentiere deswegen auch dann noch den Krankenhausträger, wenn dieser sich überhaupt nicht zur Behandlung des Patienten verpflichtet hat.⁶⁷⁷

Außerdem wird die Einordnung der Chefarztbehandlung als Verrichtung des Krankenhausträgers auf den inneren Sachzusammenhang mit dem Aufgabenbereich des Krankenhauses gestützt:⁶⁷⁸ Die Wahlbehandlung zähle nämlich nach dem gesetzlichen Leitbild des § 2 Abs. 1 Hs. 2 KHEntG auch dann zu den Krankenhausleistungen, wenn der Krankenhausträger selbst nicht zur Chefarztbehandlung verpflichtet ist. Das Krankenhausrecht differenziere gerade nicht nach den vertraglichen Beziehungen, die der jeweiligen Chefarztbehandlung zugrunde liegen. Dass der Chefarzt keine schuldrechtliche Verpflichtung des Krankenhausträgers erfüllt, sei daher unerheblich.⁶⁷⁹ Die Chefarztbehandlung werde nicht allein deshalb zur reinen Privattätigkeit, weil der Krankenhausträger Behandlungspflicht und Liquidation dem Chefarzt überlässt.⁶⁸⁰ Der Krankenhausträger schulde ohnehin zumindest die „Sorge“ für die ärztliche Behandlung der Patienten.⁶⁸¹

Daneben ist der Chefarzt dem Krankenhausträger gegenüber dienstvertraglich zur Durchführung von Wahlbehandlungen verpflichtet.⁶⁸² Der Chefarzt könne aber – so die Kritik – „nicht Aufgaben seinem Dienstherrn gegenüber wahrnehmen und dennoch [...] „allein für sich“ tätig werden“.⁶⁸³ Allerdings verpflichtet sich der Chefarzt gegenüber dem Krankenhausträger dienstvertraglich lediglich dazu, dem Patienten die Wahlbehandlung vertraglich zu versprechen. Gewissermaßen bestünde dann nur eine Verpflichtung zur Vornahme einer eigenen Verrichtung und gerade nicht zu einer Verrichtung des Krankenhausträgers. Im Kern kann nämlich nicht die Frage ausschlaggebend sein, ob der Krankenhausträger dem Chefarzt die Behandlung der Wahlleistungspatienten überlässt. Entscheidend ist einzig und allein, ob die Behandlung eine Verrichtung des Krankenhauses ist, welche dem Chefarzt zugewiesen worden ist, oder eine eigene Verrichtung des Chefarztes selbst.

⁶⁷⁶ *Büsken*, Haftungssystem, 87; *Büsken/Klüglich*, VersR 1994, 1141 ff. Fn. 42.

⁶⁷⁷ *Büsken*, Haftungssystem, 87; *Kramer*, NJW 1996, 2398, 2402.

⁶⁷⁸ *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 80; a.A. *Luig* in: Gitter, Vertrags-schuldverhältnisse, 252 f. („Gegenüber seinen Privatpatienten wird der Chefarzt nicht auf Grund von Pflichten tätig, die auf seiner Anstellung im Krankenhaus beruhen, sondern allein auf Grund seines privaten Behandlungsvertrages“), der allerdings trotzdem eine Organstellung des Chefarztes für möglich hält.

⁶⁷⁹ *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 77; *Schmid*, Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozeß, 153 ff.

⁶⁸⁰ *Schmid*, Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozeß, 153.

⁶⁸¹ *Schmid*, Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozeß, 153; in diese Richtung auch *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 78, die insoweit eine „globale Aufgabenzuordnung“ auch in § 2 Abs. 1 1 Hs. 2 KHEntG erkennt.

⁶⁸² BGH, 30.11.1982, VI ZR 77/81, BGHZ 85, 393 = NJW 1983, 1374, 1377.

⁶⁸³ *Schmid*, Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozeß, 154.

Außerdem stützt sich diese Mindermeinung zum einen auf ein vermeintliches „Erscheinungsbild nach außen“ und zum anderen auf eine vermeintliche „Sorge für die ärztliche Behandlung“. Ersteres lässt sich allerdings bereits dadurch entkräften, dass schon die von der Rechtsprechung entwickelten sehr restriktiven Kriterien zur Einbeziehung von Spaltungsklauseln dafür sorgen, dass dem Patienten die vertragsrechtliche Aufspaltung deutlich wird. Der Patient muss bei Abschluss des Krankenhausaufnahmevertrages ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Krankenhausträger die Behandlungsleistungen nicht schuldet und auch nicht für ärztliche Fehler einstehen wird.⁶⁸⁴ Für den Patienten kann sich in solchen Konstellationen nicht mehr der Eindruck ergeben, die Behandlung liege im Verantwortungs- und Aufgabenbereich des Krankenhausträgers.

Die von der Mindermeinung schlicht behauptete „Sorge des Krankenhausträgers um die ärztliche Behandlung“ wird man ebenso begründungslos auch verneinen können. Wer die Behandlungspflicht nicht trägt, sorgt sich auch nicht um die Behandlung. Außerdem kommt diese „Sorge“ argumentativ ohnehin nahe an die Nebenpflicht des § 241 Abs. 2 BGB. Dann müsste der Krankenhausträger jedoch nicht nur kraft deliktischer Organhaftung, sondern schon wegen eigener Nebenpflichtverletzung für die Schäden einer Behandlung einstehen, zu der er sich gar nicht verpflichtet hat.

3. Zwischenergebnis

Die Chefarztbehandlung stellt beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag keine Verrichtung des Krankenhausträgers, sondern eine eigene private Tätigkeit des Chefarztes selbst dar. Deshalb haftet der Krankenhausträger grundsätzlich nicht nach §§ 823 Abs. 1, 31 BGB für die Schäden der unzulässigen Substitutsbehandlung, wenn die vertraglichen Beziehungen zum Patienten aufgespalten werden.

B. (Un-)Wirksamkeit der Spaltungsklauseln

Die Spaltung der vertraglichen Beziehungen wird in aller Regel formularvertraglich vereinbart. Diese Spaltungsklausel unterliegt damit im Grundsatz den Anforderungen der §§ 305 ff. BGB. Nachfolgend soll deswegen die (Un-) Wirksamkeit von Spaltungsklauseln untersucht werden. Mittelbar steht damit sogar auf dem Prüfstand, „ob im Falle der Vereinbarung wahlärztlicher Leistungen ein gespalte-
ner Krankenhausaufnahmevertrag heute noch abgeschlossen werden kann“.⁶⁸⁵

⁶⁸⁴ BGH, 22.12.1992, VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 = NJW 1993, 779, 780; vgl. auch *Kistner*, MedR 1990, 51, 57 (mit entsprechendem Formulierungsvorschlag); LG Nürnberg-Fürth, 7.4.2011, 4 O 11065/06, VersR 2011, 1017, 1018 f.

⁶⁸⁵ *Genzel/Degener-Hencke* in: Laufs/Kern, § 89 Rn. 12.

I. Überraschungseffekt der Spaltungsklauseln (§ 305c Abs. 1 BGB)

Die formularvertragliche Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages ist schon wegen § 305c Abs. 1 BGB besonderen Anforderungen unterworfen. Danach werden „Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, [...] nicht Vertragsbestandteil“. Mit der Spaltung der vertraglichen Beziehungen kann prinzipiell ein Überraschungseffekt eintreten, schließlich erwartet der Patient schwerlich, dass er den Krankenhausträger aus seiner vertraglichen Verantwortung entlässt, sobald er das Angebot wahlärztlicher Leistungen annimmt.⁶⁸⁶

Die Überraschung wird dem BGH zufolge indes abgeschwächt bzw. sogar beseitigt, wenn dem Patienten bereits bei Abschluss des Krankenhausaufnahmevertrags deutlich gemacht wird, dass der Krankenhausträger die Behandlungsleistungen nicht schuldet und auch nicht für ärztliche Fehler einstehen wird.⁶⁸⁷ Weil die Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages jedoch eine Abweichung vom Regelfall darstellt, müsse sie „klar zum Ausdruck kommen“.⁶⁸⁸ Dem Patienten müsse ermöglicht werden, „seine Aufmerksamkeit gezielt auf diesen Punkt zu richten“, weshalb „die Klarstellung innerhalb des noch durch die Unterschrift des Patienten gedeckten Vertragstextes vorgenommen werden“ soll.⁶⁸⁹ Ausreichend soll aber bereits die drucktechnische Hervorhebung der Spaltung sein, vor allem, wenn das verwendete Formular inklusive aller Über- und Unterschriften nicht länger als eine DIN-A4-Seite ist; ihre Hervorhebung nimmt der Klausel dann das Überraschungsmoment.⁶⁹⁰ § 305c Abs. 1 BGB steht der Verwendung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages demnach nicht per se entgegen, begründet jedoch zumindest gewisse Anforderungen an die Vertragsgestaltung.⁶⁹¹

⁶⁸⁶ BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778, 1779; vgl. auch BGH, 18.6.1985, VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63 = NJW 1985, 2189, 2190; BGH, 14.1.2016, III ZR 107/15, NJW 2016, 3027, 3029.

⁶⁸⁷ BGH, 22.12.1992, VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 = NJW 1993, 779, 780; vgl. auch *Kistner*, MedR 1990, 51, 57 (mit entsprechendem Formulierungsvorschlag); LG Nürnberg-Fürth, 7.4.2011, 4 O 11065/06, VersR 2011, 1017, 1018 f.

⁶⁸⁸ BGH, 18.6.1985, VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63 = NJW 1985, 2189, 2190; Zustimmend *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 15; BGH, 14.1.2016, III ZR 107/15, NJW 2016, 3027, 3029 („drucktechnisch deutlich hervorgehoben“).

⁶⁸⁹ BGH, 14.1.2016, III ZR 107/15, NJW 2016, 3027, 3029; BGH, 22.12.1992, VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 = NJW 1993, 779.

⁶⁹⁰ *Spickhoff*, VersR 1998, 1189.

⁶⁹¹ *Spickhoff* in: Deutsch/Spickhoff, Kap. IV Rn. 122 m.w.N.

II. Spaltungsklausel als „verhüllter Haftungsausschluss“

Auch wenn dem Patienten die Folgen der Spaltung hinreichend verdeutlicht wurden steht der Wirksamkeit von Spaltungsklauseln womöglich die Inhaltskontrolle entgegen. Weil sie den Krankenhausträger von seiner Haftung für die Schäden der Behandlung befreit, fordern Vertreter des Schrifttums, die Spaltungsklauseln denselben Wirksamkeitsanforderungen zu unterstellen, wie klassische Haftungsausschlüsse.⁶⁹²

Das Problem ist, dass im Falle von gespaltenen Krankenhausaufnahmeverträgen nicht lediglich die Haftung für Schäden ausgeschlossen wird, die aus einer bestimmten Pflichtverletzung resultieren; stattdessen übernimmt der Krankenhausträger die betreffende Pflicht erst gar nicht.⁶⁹³ Es erfolgt also bereits eine Veränderung des Haftgrundes, nicht des Haftungsmaßstabes.⁶⁹⁴ Mit anderen Worten: Es besteht ein Unterschied zu klassischen Haftungsausschlüssen, bei denen zwar die Pflicht übernommen, aber eine Haftung für ihre Verletzung ausgeschlossen wird. Die nachfolgende Untersuchung soll deswegen klären, ob die formularvertragliche Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages bei der Chefarztbehandlung gegen die §§ 307 ff. BGB verstößt.

1. Kontrollfreiheit der Spaltungsklauseln (§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB)

Das Schrifttum streitet bereits darüber, ob Spaltungsklauseln überhaupt der Inhaltskontrolle unterliegen. Teilweise hält man derartige Bestimmungen nämlich nach § 307 Abs. 3 BGB für kontrollfrei.⁶⁹⁵ Entscheidend für die Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle ist, dass durch die Spaltungsklausel „von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden“.

a. Rechtsdeklaratorischer Charakter von Spaltungsklauseln

Zunächst könnte man auf die Idee kommen, der leistungsbeschreibenden Spaltungsklausel lediglich rechtsdeklaratorischen Charakter zuzuschreiben. Einen besonderen (abweichenden oder ergänzenden) Regelungsgehalt hat die Spaltungsklausel nämlich dann nicht, wenn die Aufspaltung der vertraglichen Beziehungen

⁶⁹² *Spickhoff*, VersR 1998, 1189, 1192; *Ders.*, NZS 2004, 57, 62; *Ders.*, Aktuelle Rechtsfragen der medizinischen Behandlungsverhältnisse, 53; *Ders.*, NJW 2012, 1773, 1776 („verdeckter Haftungsausschluss“); *Spickhoff/Starzger*, § 307 Rn. 4; Zustimmend *Kuthu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 72.

⁶⁹³ So jedoch *Bender*, VersR 2011, 1022; HK-AKM/A. W. *Bender*, „Krankenhausaufnahmevertrag“, Nr. 3080, Rn. 106 (Unterschied, „ob eine bestehende Vertragspflicht nachträglich im Kleingedruckten wieder ausgeschlossen oder eine solche Vertragspflicht von Anfang an überhaupt nicht begründet wird“); *Reiling*, MedR 1995, 443, 452, Fn. 164 („die Einstandspflichten von Klinik und Arzt überhaupt erst fixierend[...]“).

⁶⁹⁴ *Haas*, Haftungsfreizeichnung, 180.

⁶⁹⁵ HK-AKM/A. W. *Bender*, „Krankenhausaufnahmevertrag“, Nr. 3080, Rn. 107; *Bender*, VersR 1021, 1022; a.A. *Kuthu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 72; *Spickhoff*, VersR 1998, 1189.

ein Leitbild der stationären Wahlbehandlung darstellt. Dann wird nämlich lediglich der Gesetzesinhalt wiedergegeben, die Klausel wäre der Inhaltskontrolle nicht zugänglich.⁶⁹⁶

Anhaltspunkte für ein derartiges Leitbild lassen sich etwa der Vorschrift zur sogenannten Wahlarztkette in § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG entnehmen: Über sie wird die Wahlleistungsvereinbarung auf die Behandlung durch sämtliche Ärzte erstreckt, die „zur gesonderten Berechnung ihrer Leistungen [...] berechtigt sind“. Das aber impliziert die Notwendigkeit vertraglicher Beziehungen zum liquidierenden Arzt, weil nur dann eine Abrechnungsgrundlage für die jeweilige Liquidation der wahlärztlichen Leistungen besteht.⁶⁹⁷

Allerdings schließt ein Behandlungsvertrag mit dem Chefarzt gleichzeitige vertragliche Beziehungen zum Krankenhausträger nicht aus. Solche Beziehungen sind jedoch krankenhausrechtlich in §§ 2 und 17 KHEntgG angedeutet, wonach Wahlleistungen „Krankenhausleistungen“ und „mit dem Krankenhaus“ zu vereinbaren sind.⁶⁹⁸ Die Vorschriften des Krankenhausrechts lassen deswegen keinen Schluss auf ein Leitbild des gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrags für die Chefarztbehandlung zu – ganz im Gegenteil: Weil im Krankenhausrecht vertragliche Beziehungen des Patienten sowohl zum Chefarzt als auch zum Krankenhausträger angedeutet werden, spricht vieles für den totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag als krankenhausrechtliches Leitbild der Chefarztbehandlung.⁶⁹⁹ Davon scheint auch der BGH auszugehen, der – abgesehen von ausdrücklichen vertraglichen Abweichungen – einen totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag als Grundlage der Chefarztbehandlung annimmt.⁷⁰⁰

Weil das Krankenhausrecht jedenfalls nicht den gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag als vertragliche Standardkonstruktion der Chefarztbehandlung vorsieht, ist die Spaltungsklausel in keinem Fall rein rechtsdeklaratorischer Natur. Entweder sie weicht rechtsgestaltend vom krankenhausrechtlichen Leitbild des

⁶⁹⁶ Staudinger/Wendland, § 307 BGB Rn. 290.

⁶⁹⁷ Diederichsen, Vergütung ärztlicher Leistungen im Krankenhaus, 76 f., der sich freilich nur auf die rechtliche Zulässigkeit des Arztzusatzvertrages bezieht.

⁶⁹⁸ Vgl. auch Halbe in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen, Medizinrecht, § 11 Rn. 213, der die Frage „ob § 2 Abs. 1 KHEntgG einer solchen Konstruktion nicht entgegensteht, da dort die Wahlleistungen ausdrücklich als Bestandteil der Krankenhausleistungen definiert werden“ aber ausdrücklich offenlässt.

⁶⁹⁹ Spickhoff/Starzger, 2018, § 307 Rn. 4 spricht insoweit von einer „Leitbildfunktion des „totalen Krankenhausaufnahmevertrags mit Arztzusatzvertrag“; Genzel/Degener-Hencke in: Laufs/Kern, 4. Aufl., § 89 Rn. 12 („der klare Regelfall ist angesichts der Interessenlage der Vertragspartner sicherlich der totale Krankenhausaufnahmevertrag“); Kramer, NJW 1996, 2398, 2399 („typenspezifisches Leitbild“); Noch zur Bundespflegesatzverordnung a.A. Reiling, MedR 1995, 443, 450 f. („Durch das Pflegesatzrecht werden sonach die bekannten Vertragsmodelle nicht hierarchisch geordnet“); Kistner, MedR 1990, 51, 57 („keine gesetzlich begründbare Ordnungs- und Leitbildfunktion“).

⁷⁰⁰ Vgl. BGH, 22.12.1992, VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 = NJW 1993, 779, 780; BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778, 1779; BGH, 14.1.2016, III ZR 107/15, NJW 2016, 3027, 3028 f.

totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag ab oder sie füllt rechtsergänzend einen Gestaltungsspielraum aus; durch ihre Vereinbarung wird dann die Spaltung erst konstitutiv etabliert.⁷⁰¹

b. Spaltung als kontrollierbare Leistungsverkürzung

Auch rechtsgestaltende bzw. -ergänzende Geschäftsbedingungen sind nicht zwangsläufig der Inhaltskontrolle unterworfen: Beschreibt die Bestimmung lediglich die Leistungspflicht näher, steht § 307 Abs. 3 BGB ihrer Überprüfung entgegen.⁷⁰² Allerdings zählen zu den kontrollfreien Leistungsbeschreibungen nach der restriktiven Rechtsprechung des BGH nur solche Bedingungen, „ohne die mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht zustande kommen könnte“.⁷⁰³ Letztlich handelt es sich bei § 307 Abs. 3 BGB nämlich um eine klare Ausnahmenvorschrift.⁷⁰⁴ Als solche ist die Vorschrift eng auszulegen; auch um den Schutzzweck der Inhaltskontrolle nicht zu unterlaufen.⁷⁰⁵

Ob der Behandlungsvertrag bei der Chefarztbehandlung auch ohne die Spaltungsklausel hinreichend bestimmt wäre, wird im Schrifttum unterschiedlich bewertet.⁷⁰⁶ Der BGH hat diese Frage bislang – soweit ersichtlich – nicht entschieden. Letztlich gewinnt an dieser Stelle die Leitbild-Diskussion Bedeutung.⁷⁰⁷ Hinreichend bestimmt wäre der Vertrag schließlich nur, wenn das Krankenhausrecht einen gesetzlichen Standard vorsieht. Ohne die Spaltungsklausel gilt dann der totale Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag als vereinbart. Andernfalls verbleibt demgegenüber ein unausgefüllter Gestaltungsspielraum.

aa. Leitbild des totalen Krankenhausaufnahmevertrags mit Arztzusatzvertrag

Die Befürworter der „Leitbildfunktion des „totalen Krankenhausaufnahmevertrags mit Arztzusatzvertrag“, stützen sich nicht nur auf das Krankenhausrecht:⁷⁰⁸ Bei der Überprüfung, ob ohne die Spaltungsklausel ein hinreichend bestimmter Behandlungsvertrag verbliebe (ob also auf ein vertragliches Leitbild zurückgegriffen werden kann), sei nämlich auch zu berücksichtigen, was sich aus Verkehrssitte,

⁷⁰¹ Staudinger/Wendland, § 307 BGB Rn. 301; BeckOGK/Eckelt, § 307 BGB Rn. 176 ff.

⁷⁰² Thüsing in: v. Westphalen/Thüsing, Leistungsbeschreibungen, Rn. 1.

⁷⁰³ BGH, 15.2.2006, IV ZR 192/04, NJW 2006, 1876, 1877.

⁷⁰⁴ BeckOK/H. Schmidt, § 307 BGB, Rn. 71 („im Zweifel pro Inhaltskontrolle“).

⁷⁰⁵ Vgl. BGH, 12.3.1987, VII ZR 37/86, NJW 1987, 1931, 1935; Zustimmend jurisPK-BGB/Lapp/Salomon, 8. Aufl., 2017, § 307 BGB Rn. 146; BeckOGK/Eckelt, § 307 BGB Rn. 172.

⁷⁰⁶ Für einen Gestaltungsspielraum HK-AKM/A. W. Bender, „Krankenhausaufnahmevertrag“, Nr. 3080, Rn. 107; Bender, VersR 1021, 1022; Gitter, Privatliquidationsrecht, 48; Für eine Leitbildfunktion Spickhoff, VersR 1998, 1189; Kutlu, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 72.

⁷⁰⁷ Anknüpfend sei auf die Darstellung auf S. 173 ff. verwiesen.

⁷⁰⁸ Spickhoff/Starzger, 2018, § 307 Rn. 4; Ders., VersR 1998, 1189; Kutlu, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 72; Zum krankenhaushrechtlichen Leitbild siehe zusätzlich S. 175 f.

Treu und Glauben, sowie der Natur des Schuldverhältnisses und ergänzender Vertragsauslegung ergäbe.⁷⁰⁹ Deswegen sollen auch solche Bedingungen kontrollfähig sein, die „den Inhalt der Leistungen, die der Gläubiger [...] zu erwarten berechtigt ist, in irgendeiner Weise ändern oder einschränken“.⁷¹⁰ Unter dieser Prämisse lässt sich der totale Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag tatsächlich als vertragliche Standardkonstruktion der Chefarztbehandlung qualifizieren: Es entspricht nämlich ständiger Rechtsprechung des BGH, dass der Patient in aller Regel nicht erwartet, durch die Inanspruchnahme der Wahlleistungen den Krankenhausträger aus seiner vertraglichen Verantwortung zu entlassen.⁷¹¹ Deswegen macht der BGH auch deutlich, dass „[b]ei der Inanspruchnahme ärztlicher Wahlleistungen [...] jedenfalls bislang der totale Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag der Regelfall [...], der gespaltene Arzt-Krankenhaus-Vertrag dagegen die Ausnahme“ ist.⁷¹²

bb. Gestaltungsspielraum ohne Standardkonstruktion

Überwiegend wird in Literatur und Rechtsprechung bei der vertraglichen Gestaltung der Chefarztbehandlung zwar ein Spielraum erkannt.⁷¹³ Der BGH spricht insoweit von „eine[r] Frage der Vertragsgestaltung im Einzelfalle“.⁷¹⁴ Soweit ersichtlich folgt allerdings allein *Bender* daraus, dass es für die Chefarztbehandlung angesichts des Gestaltungsspielraums kein Leitbild geben könne.⁷¹⁵ Allerdings ist dieser Schluss überhaupt nicht zwingend: Im Gegenteil kann doch vom Leitbild, dem Regelfall, ausnahmsweise abgewichen und der Gestaltungsspielraum ausgenutzt werden.⁷¹⁶ Für den BGH gilt schließlich ein Arztzusatzvertrag als vereinbart,

⁷⁰⁹ Allgemein dazu Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, § 307 BGB Rn. 26 m.w.N.; MünchKommBGB/*Wurmnest*, 7. Aufl., 2016, § 307 BGB Rn. 7 m.w.N.; in concreto *Spickhoff*, VersR 1998, 1189; Zustimmend *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 72.

⁷¹⁰ *Spickhoff*, VersR 1998, 1189; *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 72, spricht insoweit von einer kontrollierbaren „Leistungsverkürzung“.

⁷¹¹ BGH, 18.6.1985, VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63 = NJW 1985, 2189, 2190; BGH, 14.1.2016, III ZR 107/15, NJW 2016, 3027, 3029; BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778, 1779.

⁷¹² Freilich allein zur Frage der Vertragsauslegung BGH, 14.1.2016, III ZR 107/15, NJW 2016, 3027, 3029.

⁷¹³ Ausdrücklich HK-AKM/*A. W. Bender*, „Krankenhausaufnahmevertrag“, Nr. 3080, Rn. 107; in dieselbe Richtung auch *Steffen/Paue*, Arzthaftungsrecht, 10. Aufl., Rn. 28 („richtet sich nach der Vereinbarung“); *Lipp* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, 7. Aufl., III. Der Behandlungsvertrag Rn. 10 („richtet sich nach der Vereinbarung mit dem Patienten“); *Hart*, Jura 2000, 14, 18 („eine Frage des Inhalts der Vereinbarung“); *Gitter*, Privatliquidationsrecht, 48.

⁷¹⁴ BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778, 1779 („eine Frage der Vertragsgestaltung im Einzelfalle“).

⁷¹⁵ So jedenfalls noch HK-AKM/*A. W. Bender*, „Krankenhausaufnahmevertrag“, 71. Update 2017, Nr. 3080, Rn. 106; in der aktuellen Auflage spricht auch *Bender* nunmehr davon, dass der totale Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag „den Regelfall darstellt“ (vgl. Rn. 107).

⁷¹⁶ Vgl. auch BGH, 14.1.2016, III ZR 107/15, NJW 2016, 3027, 3029.

soweit eine „wirksame Abweichung vom Regelfall [...] nicht vereinbart worden“ ist.⁷¹⁷

Für ein Leitbild der vertraglichen Gestaltung sprechen auch teleologische Erwägungen: Andernfalls würde nämlich der Schutzzweck der Inhaltskontrolle weitgehend unterlaufen, weil der Verwender durch geschickte Formulierung einen faktischen Haftungsausschluss zur kontrollfreien Leistungsbeschreibung machen könnte.⁷¹⁸ Es darf insoweit keinen Unterschied machen, dass das Leistungsversprechen von vornherein so umfassend formuliert wird, dass sich eine nachträgliche Modifizierung erübrigt.⁷¹⁹ Die Spaltungsklausel stellt deswegen eine „kontrollierbare Leistungsverkürzung“ dar.⁷²⁰

c. Erschleichen des Ausnahmetatbestandes (§ 306a BGB)

Im Ergebnis könnte man die Frage nach der Kontrollfreiheit i.S.d. § 307 Abs. 3 BGB auch dahinstehen lassen, wenn man der Spaltungsklausel auch unabhängig davon, unter dem Aspekt der Umgehung die Wirksamkeit versagen könnte: Ist die fragliche Vereinbarung ihrem wirtschaftlichen Gehalt nach einer hypothetisch unwirksamen AGB-Klausel vergleichbar, so soll sie nämlich „abweichend von § 307 Abs. 3 der Inhaltskontrolle unterworfen“ sein.⁷²¹

Aus diesem Grunde möchte etwa *Spickhoff* die §§ 307 ff. BGB auch dann über das Umgehungsverbot des § 306a BGB zur Geltung kommen lassen, wenn man die Spaltungsklausel für eine Leistungsbeschreibung der Hauptabrede hält.⁷²² Es könne nicht sein, dass die geschickte Ausgestaltung einer unwirksamen Nebenab-

⁷¹⁷ BGH, 22.12.1992, VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 = NJW 1993, 779, 780; vgl. auch BGH, 14.1.2016, III ZR 107/15, NJW 2016, 3027, 3029.

⁷¹⁸ Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, § 307 BGB Rn. 38 („kann es keine Rolle spielen, ob ein zunächst umfassend formuliertes Leistungsversprechen vorliegt, das durch andere Klauseln wieder eingeschränkt wird, oder ob von vornherein eine so begrenzte Leistungszusage abgegeben wird, dass sich weitere modifizierende Regelungen [...] erübrigen“); Staudinger/*Wendland*, § 307 BGB Rn. 333 („läge es am Formulierungsgeschick des Verwenders, ob die AGB-Regelungen als Leistungsbestimmung inhaltlich kontrollfrei oder als Leistungsausgestaltung kontrollunterworfen sind“).

⁷¹⁹ Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, § 307 BGB Rn. 38; Staudinger/*Wendland*, § 307 BGB Rn. 333; *Spickhoff*, VersR 1998, 1189 („durchaus zweifelhaft, die Spaltungsklausel als eine die Vertragsgestaltung überhaupt erst fixierende Bestimmung zu begreifen“); in diese Richtung auch *Kramer*, NJW 1996, 2398, 2401.

⁷²⁰ *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 72; *Spickhoff*, VersR 1998, 1189.

⁷²¹ Ulmer/Brandner/Hensen/*Schmidt*, § 306a BGB Rn. 9; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Hau*, § 306a BGB Rn. 2.

⁷²² *Spickhoff*, VersR 1998, 1189; *Spickhoff/Spickhoff*, § 630a BGB Rn. 32; Wohl zustimmend Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Lindacher/Hau*, § 306a BGB Rn. 2 („Die Frage des Vorliegens [...] des Erschleichens des Ausnahmetatbestands [...] stellt sich beispielsweise beim sog. gespaltenen Krankenhausvertrag“); a.A. HK-AKM/*A. W. Bender*, „Krankenhausaufnahmevertrag“, Nr. 3080, Rn. 106 („leistungsbeschreibende Klausel, die weder unmittelbar noch über § 306a BGB der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterliegt“).

rede als Hauptabrede dieselben wirtschaftlichen Wirkungen herbeiführen kann.⁷²³ Er kritisiert die Spaltung deswegen als „verhüllten Haftungsausschluss“.⁷²⁴

Allerdings kann man über § 306a BGB die Leitbild-Diskussion nicht dahinstehen lassen. Macht der Krankenhausträger nämlich bei der Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages lediglich von einem gesetzlich eingeräumten Gestaltungsspielraum Gebrauch, ist dies abgesehen von etwaigen Überraschungseffekten (§ 305c Abs. 1 BGB) unbeachtlich.⁷²⁵ Erkennt man hingegen die Leitbildfunktion des Arztzusatzvertrages, ist die Spaltungsklausel der Inhaltskontrolle unmittelbar unterworfen, ohne dass es auf eine Anwendung des § 306a BGB ankäme. Auf die Erschleichung des Ausnahmetatbestandes kommt es also niemals an.

d. Zwischenergebnis

Die Spaltungsklausel weicht vom gesetzlichen Leitbild des totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag ab und ist deswegen gemäß § 307 Abs. 3 BGB der Inhaltskontrolle unterworfen. Die Parteien sind zwar prinzipiell frei, der Chefarztbehandlung einen anderen Vertragstyp zugrunde zu legen, weichen damit aber jedenfalls vom Standard ab, den das Krankenhausrecht, die Verkehrssitte und die Grundsätze von Treu und Glauben vorsehen.

Das Umgehungsverbot des § 306a BGB kommt unter keinen Umständen zur Anwendung: Entweder die Spaltungsklausel unterliegt als Abweichung vom Leitbild der Inhaltskontrolle oder sie füllt lediglich einen Gestaltungsspielraum ohne Standardkonstellation aus und ist dann abgesehen von etwaigen Überraschungseffekten unbeachtlich.

2. Inhaltskontrolle der Spaltungsklauseln

Obwohl der BGH in einem *obiter dictum* entschieden hat, dass Spaltungsklauseln, die nicht gegen § 305c Abs. 1 BGB verstoßen, auch im Hinblick auf § 307 BGB keinen Bedenken unterliegen,⁷²⁶ hält ein nicht unerheblicher Teil des Schrifttums formularvertragliche Spaltungsklauseln für unwirksam.⁷²⁷ Nachfolgend soll deswegen untersucht werden, ob der Spaltung der vertraglichen Beziehungen ein Klau-

⁷²³ *Spickhoff*, VersR 1998, 1189.

⁷²⁴ *Spickhoff*, VersR 1998, 1189, 1192; *Ders.*, NZS 2004, 57, 62; *Ders.*, Aktuelle Rechtsfragen der medizinischen Behandlungsverhältnisse, 53; *Ders.*, NJW 2012, 1773, 1776 („verdeckter Haftungsausschluss“); Zustimmung *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 72.

⁷²⁵ *Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt*, § 306a BGB Rn. 10; i.E. zustimmend *Stoffels*, AGB-Recht, 32 („Überzeugende Fälle des „Erschleichens des Ausnahmetatbestandes“ des § 307 Abs. 3 sind indes nicht dargetan worden“) m.w.N.; *BeckOGK/Bonin*, § 306a BGB Rn. 9.

⁷²⁶ BGH, 22.12.1992, VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 = NJW 1993, 779, 780; zustimmend OLG Koblenz, 26.6.1997, 5 U 1825/96, NJW 1998, 3425, 3426; *Kern* in: *Laufs/Kern*, 5. Aufl., § 89 Rn. 15; *Schloßer*, MedR 2009, 313, 314.

⁷²⁷ *Spickhoff*, NZS 2004, 57, 62; *Kramer*, NJW 1996, 2398, 2400 ff.; *Genzel/Degener-Hencke* in: *Laufs/Kern*, 4. Aufl., § 89 Rn. 12.

selverbot der §§ 309, 308 BGB entgegensteht und ob die Spaltungsklausel den Patienten nach § 307 BGB unangemessen benachteiligt.

a. Klauselverbot des § 309 Nr. 7a BGB

Auf den ersten Blick fällt es leicht, die Spaltungsklauseln unter das Klauselverbot des § 309 Nr. 7a BGB zu subsumieren. Schließlich haftet der Krankenhausträger gerade wegen der Spaltungsklausel nicht für Schäden aus der unzulässigen Substitutionsbehandlung, also für Schäden aus einem rechtswidrigen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten.⁷²⁸ Nach § 309 Nr. 7a BGB ist aber „ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines [...] Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen“ in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam. Deswegen wird in der Literatur die Unwirksamkeit der Spaltungsklauseln mitunter auf § 309 Nr. 7a BGB gestützt.⁷²⁹

Erst bei genauerer Betrachtung wird deutlich, dass es sich bei der Spaltungsklausel überhaupt nicht um einen Haftungsausschluss i.S.d. § 309 Nr. 7a BGB handelt. Denn die Spaltungsklausel hat nicht zur Folge, dass der Krankenhausträger für Schäden nicht mehr einzustehen hat, die auf einer Pflichtverletzung beruhen; stattdessen übernimmt der Krankenhausträger entsprechende Pflichten (zur Behandlung oder zur Rücksichtnahme) überhaupt nicht. Womöglich deswegen hat sich der BGH mit § 309 Nr. 7a BGB in seinem *obiter dictum* zur Inhaltskontrolle von Spaltungsklauseln auch gar nicht befasst.⁷³⁰

Nur, wenn man mit Teilen der Literatur den Chefarzt auch beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag als Repräsentanten des Krankenhauses qualifiziert verstößt die Spaltungsklausel gegen § 309 Nr. 7a BGB.⁷³¹ Sie erfasst dann nämlich die deliktische Organhaftung des Krankenhausträgers als echter Haftungsausschluss, weil mit der Spaltungsklausel in aller Regel zum Ausdruck gebracht wird, dass der Krankenhausträger für Schäden insgesamt nicht eintreten möchte.⁷³² Schließlich nimmt die Spaltungsklausel in der Regel schon wegen der strengen Einbeziehungsanforderungen der Rechtsprechung sehr deutlichen Bezug auf die haftungsbezogenen Auswirkungen; teilweise werden Spaltungsklauseln sogar unter Überschrift „Haftungsausschluss“ gesetzt.⁷³³

⁷²⁸ Siehe dazu ausführlich S. 167 ff.

⁷²⁹ *Spickhoff*, NZS 2004, 57, 62; *Spickhoff*, VersR 1998, 1189.

⁷³⁰ Vgl. BGH, 22.12.1992, VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 = NJW 1993, 779, 780.

⁷³¹ *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 76 ff.

⁷³² *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 80; vgl. auch *Schmid*, Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozeß, 155, wobei nicht ganz klar wird, ob sie insoweit schon den Haftungsausschluss selbst oder nur dessen Wirksamkeit in Zweifel zieht.

⁷³³ Vgl. LG Nürnberg-Fürth, 7.4.2011, 4 O 11065/06, VersR 2011, 1017, 1019 („[...] Vertrag enthält bereits auf der Vorderseite unter der groß und in Fettschrift gedruckten Überschrift „[...] Haftungsausschluss“ den ausdrücklichen [...] Hinweise, dass die Bekl. [...] Vertragspartner ledig-

b. Unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB

Überwiegend stützen die Kritiker der Spaltungsklauseln deren Unwirksamkeit auf eine unangemessene Benachteiligung des Patienten und damit auf § 307 BGB.⁷³⁴ Der Patient werde auch unterhalb der Schwelle der groben Fahrlässigkeit und damit über § 309 Nr. 7a BGB hinaus unangemessen benachteiligt.⁷³⁵

aa. *Fehlende Einstandspflicht des Krankenhausträgers*

Als Anknüpfungspunkt für die unangemessene Benachteiligung des Patienten drängt sich zuvorderst die fehlende Einstandspflicht des Krankenhausträgers für Medizinschäden auf: Mit dem Abschluss des gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages haftet der Krankenhausträger nicht mehr für Medizinschäden.⁷³⁶ Zumindest werden deswegen mit der Spaltungsklausel die Rechte des Patienten verkürzt.⁷³⁷ Trotzdem erkennt der BGH in Spaltungsklauseln nicht generell eine unangemessene Benachteiligung des Patienten i.S.d. § 307 BGB; schließlich sei der Haftungsausschluss bloß logische Konsequenz der nicht eingegangenen Behandlungspflicht.⁷³⁸

Außerdem behält der Patient jedenfalls für sämtliche Bereiche der Behandlung einen Haftungsschuldner, für den pflegerischen Bereich den Krankenhausträger, für den ärztlichen Bereich den Chefarzt.⁷³⁹ Auch im Hinblick auf die Solvenz des Chefarztes erleidet der Patient strenggenommen keinen Nachteil, weil hinter ihm aus gesetzlichen bzw. standesrechtlichen Gründen zwangsläufig ein Haftpflichtversicherer steht.⁷⁴⁰ Auf einen zusätzlichen Schuldner ist der Patient augenscheinlich schlicht nicht angewiesen.⁷⁴¹

Allerdings liegt die Benachteiligung des Patienten bei der Spaltungsklausel auch weniger darin, dass ihm kein zusätzlicher Schuldner verschafft wird; vielmehr wird der Patient umgekehrt dadurch benachteiligt, dass ihm ein Schuldner entzogen wird.⁷⁴² Die Spaltungsklausel weicht nämlich vom Leitbild des totalen Kran-

lich für die Unterbringung, Verpflegung und pflegerische Betreuung ist [...]. Ebenso deutlich ist auf die Haftungskonsequenz hingewiesen, dass das beklagte Klinikum nicht für Fehler des privat liquidierenden Arztes haftet und die Haftung allein den liquidationsberechtigten Arzt trifft“).

⁷³⁴ *Kramer*, NJW 1996, 2398, 2400 ff.; *Genzel/Degener-Hencke* in: *Laufs/Kern*, 4. Aufl., § 89 Rn. 12; *Spickhoff*, NZS 2004, 57, 62; *Spickhoff*, VersR 1998, 1189.

⁷³⁵ *Spickhoff*, NZS 2004, 57, 62; *Spickhoff*, VersR 1998, 1189.

⁷³⁶ Siehe dazu auch S. 167 ff.

⁷³⁷ BGH, 22.12.1992, VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 = NJW 1993, 779, 780.

⁷³⁸ BGH, 22.12.1992, VI ZR 341/91, BGHZ 121, 107 = NJW 1993, 779, 780; Zustimmend *Schloßer*, MedR 2009, 313, 314.

⁷³⁹ Zumindest skeptisch insoweit *Kramer*, NJW 1996, 2398, 2400 f.

⁷⁴⁰ LG Nürnberg-Fürth, 7.4.2011, 4 O 11065/06, VersR 2011, 1017, 1019; *Kramer*, NJW 1996, 2398, 2400 f.

⁷⁴¹ OLG Koblenz, 26.6.1997, 5 U 1825/96, NJW 1998, 3425, 3426; LG Nürnberg-Fürth, 7.4.2011, 4 O 11065/06, VersR 2011, 1017, 1019.

⁷⁴² Vgl. *Thüsing* in: v. Westphalen/Thüsing, Krankenhausaufnahmevertrag, Rn. 13.

kenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrages ab.⁷⁴³ Der Patient darf grundsätzlich die vertragliche Verantwortlichkeit (zumindest auch) des Krankenhausträgers erwarten.⁷⁴⁴ Die Spaltungsklausel entlässt den Krankenhausträgers indes vollständig aus seiner Verantwortlichkeit, unabhängig davon, ob in Gestalt des Chefarztes ein anderer Haftungsschuldner verbleibt.⁷⁴⁵ Im Prinzip wird dem Krankenhausträger damit nicht vorgeworfen, seine eigene Haftung ausgeschlossen zu haben, sondern vielmehr schon, sich nicht zur Behandlung verpflichtet zu haben. Damit unterliegt der Krankenhausträger auch nicht etwa faktisch einem Kontrahierungszwang, schließlich kann er auf das Angebot wahlärztlicher Leistungen prinzipiell verzichten.⁷⁴⁶ Wenn er dem Patienten Wahlleistungen anbietet, kann er sich allerdings nicht formularvertraglich von seiner Verantwortung entbinden lassen.

Außerdem werden in der Literatur auch Zweifel im Hinblick auf die gleichwertige Bonität des Chefarztes vorgetragen: Schließlich könne unklar sein, ob die Versicherung des Chefarztes überhaupt einspringt (unwirksamer Versicherungsvertrag) oder welche Versicherung in Anspruch genommen werden kann (häufiger Wechsel der Versicherung).⁷⁴⁷ In diesem Zusammenhang wird von einem „deutliche[n] Minus“ gegenüber der Haftung des Klinikträgers gesprochen, der womöglich sogar die öffentliche Hand ist.⁷⁴⁸

bb. Unübersichtliche Haftungsverhältnisse

Im Vergleich zur abbedungenen Einstandspflicht tritt die unangemessene Benachteiligung noch deutlicher im Hinblick auf die unübersichtlichen Haftungsverhältnisse zutage: Denn die vertraglichen Verantwortungsbereiche werden gar nicht binär aufgespalten in den pflegerischen Bereich auf der einen und den ärztlichen Bereich auf der anderen Seite. Stattdessen schließt der Patient kraft Gesetzes gemäß § 17 Abs. 3 KHEntgG automatisch mit allen beteiligten Wahlärzten Behandlungsverträge. Weil er beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag nicht einheitlich den Krankenhausträger auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann, steht der Patient vor der Herausforderung, den konkret verantwortlichen Arzt auszumachen.⁷⁴⁹ Der Operateur haftet beispielsweise nicht für die Fehler des An-

⁷⁴³ Siehe dazu auch S. 175 f.

⁷⁴⁴ BGH, 18.6.1985, VI ZR 234/83, BGHZ 95, 63 = NJW 1985, 2189, 2190; BGH, 14.1.2016, III ZR 107/15, NJW 2016, 3027, 3029; BGH, 19.2.1998, III ZR 169/97, BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778, 1779.

⁷⁴⁵ *Spickhoff*, VersR 1998, 1189.

⁷⁴⁶ a.A. *Schloßer*, MedR 2009, 313, 314.

⁷⁴⁷ *Spickhoff*, NZS 2004, 57, 60, 63; *Ders.*, Aktuelle Rechtsfragen der medizinischen Behandlungsverhältnisse, 48, 56; *Genzel/Degener-Hencke* in: Laufs/Kern, 4. Aufl., § 89 Rn. 12.

⁷⁴⁸ *Spickhoff*, NZS 2004, 57, 60, 63.

⁷⁴⁹ *Kramer*, NJW 1996, 2398, 2402 („Der Patient muß vielmehr klären, wo der Fehler gelegen hat und wer dafür vertraglich oder deliktisch verantwortlich ist“); *Spickhoff/Starzger*, § 307 Rn. 4; *Genzel/Degener-Hencke* in: Laufs/Kern, 4. Aufl., § 89 Rn. 12.

ästhesisten und umgekehrt. Der Patient trägt dann faktisch ein „Prozessrisiko, den Falschen zu verklagen“.⁷⁵⁰ Auch unter diesem Aspekt wird der Patient durch die Spaltungsklausel unangemessen benachteiligt.

C. Zusammenfassung

Mit der Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages wird der Krankenhausträger prinzipiell von seiner vertraglichen Verantwortlichkeit für die Chefarztbehandlung befreit. Er haftet dann nämlich nicht mehr für eintretende Medizinschäden.

Dem Krankenhausträger kann im Hinblick auf die unzulässige Substitution weder eine Verletzung der primären Leistungspflicht noch seiner Rücksichtnahmepflicht vorgeworfen werden: Weil er sich beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag nicht zur Chefarztbehandlung verpflichtet, verletzt die unzulässige Substitution jedenfalls keine Leistungspflicht. Zur Rücksichtnahme ist der Krankenhausträger zwar prinzipiell gemäß § 241 Abs. 2 BGB auch beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag verpflichtet. Allerdings ist der Krankenhausträger auch insoweit nicht zum Schutz des Patienten vor unzulässigen Substitutsbehandlungen verpflichtet. Sein vertraglicher Verantwortungsbereich ist allein auf die Unterbringung, die Verpflegung und die pflegerischen Leistungen beschränkt. Andernfalls wäre der Krankenhausträger vertraglich für eine Behandlung verantwortlich, zu der er sich überhaupt nicht verpflichtet hat.

Der Krankenhausträger haftet beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag auch nicht deliktisch für die Schäden der unzulässigen Substitutsbehandlung. Der Chefarzt erbringt die Behandlung nämlich als eigene (private) Verrichtung und repräsentiert insoweit nicht das Krankenhaus. Die unzulässige Substitution kann dem Krankenhausträger deswegen nicht nach § 31 BGB zugerechnet werden.

Allerdings wird die Spaltung der vertraglichen Beziehungen in aller Regel formularvertraglich bei der Aufnahme in das Krankenhaus vereinbart. Spaltungsklauseln müssen dann den Anforderungen der §§ 305 ff. BGB genügen. Sie stellen auch nicht bloß eine gemäß § 307 Abs. 3 BGB kontrollfreie Leistungsbeschreibung dar. Stattdessen weicht die Spaltungsklausel vom Leitbild des totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag ab, welches im Krankenhausrecht zumindest angedeutet (§§ 2, 17 KHEntgG) und im Hinblick auf die Grundsätze von Treu und Glauben vom Patienten erwartet werden darf. Der Patient rechnet schlicht nicht damit, den Krankenhausträger aus dessen vertraglicher Verantwortung zu entlassen, wenn er das Angebot wahlärztlicher Leistungen in Anspruch nimmt.

Einer Inhaltskontrolle halten Spaltungsklauseln bei der Chefarztbehandlung nicht stand. Zwar steht ihnen nicht bereits das Klauselverbot des § 309 Nr. 7a BGB entgegen, weil Spaltungsklauseln keinen echten Haftungsausschluss begrün-

⁷⁵⁰ Genzel/Degener-Hencke in: Laufs/Kern, 4. Aufl., § 89 Rn. 12.

den; es wird nämlich nicht die Haftung für die Verletzung einer übernommenen Pflicht ausgeschlossen, sondern stattdessen die Pflicht schon gar nicht übernommen. Allerdings begründen Spaltungsklauseln eine unangemessene Benachteiligung des Patienten i.S.d. § 307 BGB.

Zum einen benachteiligt die fehlende Einstandspflicht des Krankenhausträgers den Patienten bereits für sich genommen unangemessen, weil diesem ein Haftungsschuldner faktisch entzogen wird. Unerheblich ist, dass dem Patienten mit dem Chefarzt ein Haftungsschuldner auch im Hinblick auf die ärztlichen Behandlungsleistungen verbleibt. Erstens durfte der Patient nämlich gerade mit der Verantwortlichkeit (zumindest auch) des Krankenhausträgers rechnen, und zweitens ist der Chefarzt trotz Haftpflichtversicherung nicht zwangsweise gleichwertiger Haftungsschuldner, weil sein Versicherungsvertrag auch unwirksam sein kann oder ein häufiger Wechsel der Versicherung die Anspruchsdurchsetzung wenigstens erschwert.

Zum anderen benachteiligen die unübersichtlichen Haftungsverhältnisse bei der Chefarztbehandlung den Patienten unangemessen. Bei der Chefarztbehandlung schließt der Patient nämlich gemäß § 17 Abs. 3 KHEntgG Behandlungsverträge mit allen liquidationsberechtigten Ärzten des Krankenhauses. Ob im Einzelfall der eine oder der andere Wahlarzt einen bestimmten Fehler (vertraglich) zu verantworten hat, ist für den Patienten nicht ohne weiteres zu bestimmen. Der Operateur muss für die Fehler des Anästhesisten nicht eintreten und umgekehrt. Dann erweist es sich regelmäßig als erheblicher Vorteil, einheitlich den Krankenhausträger in Anspruch nehmen zu können. Die Spaltungsklausel beraubt den Patienten faktisch dieses Vorteils.

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Kapitel 1: Die unzulässige Substitution des cheförztliden Behandlers

A. Der Grundsatz pers6nlicher Leistung in der Chefarztbehandlung

1. Ob der Patient einen vertraglichen Anspruch auf die pers6nliche Chefarztbehandlung hat, ist vordergründig eine Frage der Vertragsauslegung.

Gesetzlich ist der Grundsatz pers6nlicher Leistung allenfalls angedeutet: Das Krankenhausrecht ordnet in § 17 Abs. 1 S. 1 KHEntgG lediglich an, dass sich die wahlärztlichen von den allgemeinen Krankenhausleistungen unterscheiden lassen müssen, ohne dass der genaue Schuldinhalt näher auskonturiert würde. Lediglich „im Zweifel“ kann auf die Auslegungsregel des § 613 S. 1 BGB zurückgegriffen werden.

2. Dass der Patient für die wahlärztliche Leistung eine gesonderte Vergütung entrichtet, ist für die Beurteilung als pers6nliche Chefarztbehandlung von untergeordneter Bedeutung.

Ein zwingender Zusammenhang zwischen dem erhöhten Entgelt und der pers6nlichen Behandlung durch den Chefarzt besteht nicht. Stattdessen ist vorstellbar, dass der Patient schlicht eine qualitativ verbesserte ärztliche Dienstleistung hinzukaft; etwa in Gestalt einer intensiveren Betreuung oder der Anwendung

kostenintensiverer Behandlungsmethoden. Die gesonderte Vergütung kann deswegen bestenfalls ein Indiz für die persönliche Chefarztbehandlung begründen.

3. Dass der Patient mit der Wahlleistungsvereinbarung eine optimale ärztliche Behandlung sicherstellen möchte, ist für die Qualifikation als persönliche Chefarztbehandlung ebenfalls von untergeordneter Bedeutung.

Aus dem Patienteninteresse an einer optimalen Behandlung lassen sich völlig unterschiedliche Schlussfolgerungen ziehen: Auf der einen Seite könnte der Patient selbst bestimmen, was für ihn eine optimale Behandlung darstellt, auf der anderen Seite könnte man erkennen, dass im Einzelfall ein spezialisierter Oberarzt über eine größere praktische Routine und Erfahrung verfügen kann, als der Chefarzt. Jedenfalls mag man aber das Optimierungsinteresse des Patienten bei der Auslegung als Indiz berücksichtigen.

4. Bei der Chefarztbehandlung gilt der Grundsatz persönlicher Leistung, weil der Patient prinzipiell ein besonderes persönliches Vertrauen entwickelt.

Bei der Chefarztbehandlung vertraut der Patient geradezu typischerweise auf die herausgehobenen Kompetenzen und Erfahrungen des Chefarztes. Ohne eine persönliche Leistungspflicht bliebe die Übertragung an einen weniger kompetenten Dritten weitgehend sanktionslos. Für die persönliche Chefarztbehandlung kommt es dementsprechend vordergründig auf das besondere persönliche Vertrauen des Patienten an.

5. Das besondere Vertrauen des Patienten erstreckt sich als rein abstraktes Vertrauen auf sämtliche Chefarzte des Krankenhauses.

Durch das Erfordernis einer konkreten Vertrauensbeziehung würde die Chefarztbehandlung weitgehend entwertet werden, weil der Patient bei Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung normalerweise zum Chefarzt noch keinen persönlichen Kontakt hatte. Im Übrigen ist krankenhaushausrechtlich gemäß § 17 Abs. 3 KHEntgG vorgegeben, dass sich die Wahlleistungsvereinbarung auf alle liquidationsberechtigten Ärzte erstreckt – in aller Regel die Chefarzte des Krankenhauses.

B. Die Delegation von Behandlungsteilen

6. Teile der Chefarztbehandlung dürfen an nachgeordnete Mitarbeiter delegiert werden.

Die Abläufe des klinischen Alltags und die Komplexität der Aufgaben lassen eine eigenhändige Vornahme aller Behandlungsschritte durch den Chefarzt nicht zu. Ein gewisses Maß an Arbeitsteilung ist auch bei der Chefarztbehandlung unabdingbar.

7. Die Chefarztbehandlung lässt sich in einen unvertretbaren, persönlichen Behandlungsteil und einen vertretbaren, delegierbaren Teil aufspalten.

Die Chefarztbehandlung stellt ein Maßnahmenbündel dar, das sich aus verschiedenen Behandlungsmaßnahmen zusammensetzt. Nicht bezogen auf jede Einzelmaßnahme besteht hierbei das besondere persönliche Vertrauen des Patienten. Dementsprechend begründet das Vertrauen des Patienten die persönliche

Leistungspflicht nicht nur, es begrenzt sie auch. Das besondere persönliche Vertrauen definiert insofern den delegationsunfähigen Kernbereich der Behandlung.

8. Ein besonderes persönliches Vertrauen besteht vor allem bei gefährlichen und komplexen Eingriffen.

Je gefährlicher und je komplexer der Eingriff ist, desto eher sind die Qualifikationen und Erfahrungen des Chefarztes leistungsbestimmend. Auch sonstige individuelle Eigenarten, wie etwa der Status als berühmte Koryphäe, ein besonderes Fingerspitzengefühl oder Einfühlungsvermögen können insoweit relevant sein. Entscheidend ist für die Vertragsauslegung eine umfassende Gesamtschau aller Eigenschaften des konkreten Mediziners und der jeweiligen Maßnahme.

9. Bei vergleichsweise harmlosen Routinebehandlungen darf der Chefarzt demgegenüber durch nachgeordnete Ärzte ersetzt werden.

Die Routinebehandlungen können unabhängig von besonderer Erfahrung oder Begabung von jedem Mediziner gleichermaßen sicher erbracht werden – etwa wegen ihres häufigen Auftretens und ihrer relativen Ungefährlichkeit. Auf die Person des Chefarztes kommt es bei solchen (Neben-) Leistungen nicht an. Der mit der Wahlleistungsvereinbarung hinzugekaufte Vorteil beschränkt sich in dem Fall auf die Überwachungs- und Lenkungsfunction des Chefarztes. Er muss für die Behandlung seinen geeignetsten Mitarbeiter auswählen.

10. Bereits das Vertragsrecht bemüht sich um den Ausgleich der widerstreitenden Interessen von Patient und Chefarzt.

Einerseits verkommt der Chefarzt nicht durch eine strikte persönliche Bindung zum Generalisten, weil er Routinemaßnahmen an nachgeordnete Ärzte übertragen darf; andererseits geht auch nicht das Verhältnis von zusätzlichem Wahlleistungsentgelt und optimierter ärztlicher Behandlung vollständig verloren, weil der Patient die gefährliche und komplexe Behandlung gerade durch den Chefarzt erwarten darf.

11. Der Chefarzt ist nicht verpflichtet, an der delegierten Behandlungsmaßnahme eigenverantwortlich mitzuwirken.

Im Hinblick auf den vertretbaren und damit delegierbaren Teil der Chefarztbehandlung besteht überhaupt kein besonderes persönliches Interesse des Patienten und damit auch nicht an der Mitwirkung des Chefarztes. Die vertragliche Delegationsbefugnis des Chefarztes besteht daher ohne jedes Mitwirkungserfordernis.

12. Eine gesonderte wahlärztliche Vergütung erhält der Chefarzt für die delegierte Leistung nur unter den zusätzlichen Abrechnungsvoraussetzungen des § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ – also für Leistungen, die „unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden“.

Das Gebührenrecht soll lediglich das ausgewogene Verhältnis von wahlärztlicher Leistung und gesonderter Vergütung sicherstellen. Es soll verhindern, dass der Patient ein Chefarzthonorar für eine Behandlung bezahlen muss, die er unverändert auch im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistungen erhalten hätte.

Solange der Chefarzt die wahlärztliche Vergütung aber nur dann erhält, wenn er tatsächlich wahlärztliche Leistungen (entweder persönlich oder unter eigenverantwortlicher Mitwirkung durch einen Delegaten) erbringt, ist dieses Ziel erreicht. In dem Fall erkaufte sich der Patient die eigenverantwortliche Mitwirkung des Chefarztes an der delegierten (Neben-) Leistung – und das obwohl der Chefarzt insofern gar nicht persönlich verpflichtet ist.

12. Eine fachliche Weisung i.S.d. § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ erfordert die medizinische Instruktion des Delegaten durch den Chefarzt.

Das bloße Anordnen der delegierten Maßnahme optimiert die Behandlung gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen nicht. Daher muss der Chefarzt den Delegaten medizinisch instruieren, indem er ihn beispielsweise in den Krankheitsverlauf oder die Behandlungsmethode einweist. § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ verlangt im Hinblick auf die Weisung also einen *aktiven* fachlichen Beitrag zur delegierten Nebenleistung.

13. § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ erfordert für die Erbringung „unter seiner Aufsicht“ die ständige (passive) Erreichbarkeit des Chefarztes in zeitlich-räumlicher Hinsicht.

(Nur) wenn der Chefarzt während der Behandlung jederzeit erreichbar bleibt, ist die Nebenleistung gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen optimiert. Die Beaufsichtigung des Delegaten verlangt vom Chefarzt deswegen, während der gesamten Dauer der delegierten Maßnahme (zeitliche Komponente) dem Behandlungsgeschehen so nahe zu sein, dass er bei Komplikationen persönlich einschreiten kann (räumliche Komponente).

14. Die erforderliche Intensität der medizinischen Instruktion und die erforderliche Nähe zum Behandlungsgeschehen bestimmen sich im Einzelfall nach den Qualifikationen des Delegaten.

Die Optimierung der Behandlung ist umso eher gewährleistet, je kompetenter der Delegat ist. Deswegen sinken die Anforderungen an die verantwortliche Delegation nach § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ mit der zunehmenden Qualifikation des Delegaten. Vor allem auf den spezialisierten Oberarzt können Behandlungsleistungen demnach vergleichsweise weitgehend übertragen werden.

15. An den ständigen ärztlichen Vertreter kann eine verantwortliche Delegation ausnahmsweise sogar dann erfolgen, wenn der Chefarzt urlaubs- oder krankheitsbedingt abwesend ist.

Der ständige ärztliche Vertreter hat im Krankenhausbetrieb eine herausgehobene dienstliche Stellung inne. Seine Leistungen können nämlich gemäß § 5 Abs. 5 GOÄ in derselben Höhe abgerechnet werden, wie die persönliche Leistung des Chefarztes. Man spricht diesbezüglich von „gebührenrechtlicher Gleichrangigkeit“. Außerdem verfügt der ständige ärztliche Vertreter im Fachgebiet des Chefarztes über besondere Kompetenzen. Deswegen ist die Wahlbehandlung gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen beim Einsatz des ständigen ärztli-

chen Vertreters auch dann noch optimiert, wenn der Chefarzt nicht jederzeit erreichbar ist.

C. Die Substitution durch einen Stellvertreter

16. Obwohl die Stellvertretungsabreden zur Folge haben, dass auch ohne jede Mitwirkung und auch im Kernbereich der Behandlung ein Stellvertreter eingesetzt werden darf, sind sie nicht per se unzulässig.

Zwar tritt die Stellvertretungsabrede in offenen Widerspruch zu § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ, wonach der Chefarzt zumindest eigenverantwortlich an der Behandlung mitzuwirken hat. Allerdings wollte der Ordnungsgeber die Möglichkeit zur Bestellung eines ärztlichen Vertreters mit § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ ausdrücklich „unberührt“ lassen.

17. Für die restriktiven anlassbezogenen und personellen Anforderungen der Rechtsprechung an die Stellvertretung muss zwischen *abstrakten* und *konkreten* Stellvertretungsabreden unterschieden werden.

Die *abstrakten* Stellvertretungsabreden werden für den Fall der potenziellen, zukünftigen Verhinderung des Chefarztes unmittelbar in die Wahlleistungsvereinbarung aufgenommen. Als vorformulierte Mustervereinbarung unterfallen sie in aller Regel den §§ 305 ff. BGB. Demgegenüber werden die *konkreten* Stellvertretungsabreden individuell für den bestimmten, bereits eingetretenen Verhinderungsfall getroffen.

18. Die *abstrakte* Stellvertretungsabrede ist nur wirksam, wenn sie an den Einsatz des ständigen ärztlichen Vertreters (personelle Beschränkung) und den Eintritt eines unvorhersehbaren Verhinderungsfalls (anlassbezogene Beschränkung) geknüpft wird.

Ohne die personelle und anlassbezogene Beschränkung stellt die abstrakte Stellvertretungsabrede einen unzumutbaren Änderungsvorbehalt dar (§ 308 Nr. 4 BGB) und gefährdet überdies die Erreichung des Zwecks der Wahlleistungsvereinbarung (§ 307 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB).

19. *Abstrakte* Stellvertretungsabreden sind unzumutbar und benachteiligen den Patienten unangemessen, wenn sie Konstellationen erfassen, in denen die Verhinderung des Chefarztes von Anfang an feststeht.

Steht die Verhinderung des Chefarztes fest, wird der Chefarzt die Behandlung unter keinen Umständen selbst durchführen. Dann wird jedoch der mit der Wahlleistungsvereinbarung verfolgte Zweck, die medizinische Behandlung mit der Sachkunde und Erfahrung des Chefarztes zu optimieren, zwangsläufig verfehlt.

20. *Abstrakte* Stellvertretungsabreden sind ferner dann unzumutbar und benachteiligen den Patienten unangemessen, wenn die Behandlung durch einen beliebigen Stellvertreter erfasst wird.

Ermöglicht die Stellvertretungsabrede die Substitution durch jeden beliebigen Stellvertreter, muss der Patient auch die Behandlung durch den ohnehin diensthabenden Arzt als wahlärztliche Leistung vergüten, obwohl sich diese Leistung nicht

mehr von den allgemeinen Krankenhausleistungen unterscheiden lässt (wahlleistungsunverträgliche Regelleistung). Allein der Einsatz des ständigen ärztlichen Vertreters optimiert die Behandlung gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen, weil aufgrund seiner fachlichen Kompetenz und der herausgehobenen Dienststellung von einem kontinuierlichen Informationsaustausch mit dem Chefarzt ausgegangen werden kann.

21. Die *konkrete* Stellvertretungsabrede ist nur wirksam, wenn dem Patienten eine echte Wahlfreiheit im Hinblick auf die Behandlung durch den Stellvertreter überlassen wird.

Nur wenn dem Patienten die freie Wahl zwischen dem Zuwarten auf die Behandlung durch den Chefarzt, der Behandlung durch den Stellvertreter als wahlärztliche Leistung und der Behandlung durch den diensthabenden Arzt als allgemeine Krankenhausleistung eingeräumt wird, ist die konkrete Stellvertretungsabrede gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 BGB im Einzelnen ausgehandelt. Weil sie notwendigerweise den vorhersehbaren Verhinderungsfall erfasst, ist die konkrete Stellvertretungsabrede andernfalls gemäß den §§ 308 Nr. 4, 307 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB unwirksam.

22. Auch die konkrete Stellvertretungsabrede darf nicht den Einsatz des ohnehin diensthabenden Arztes zur wahlärztlichen Leistung erheben (personelle Beschränkung).

Ermöglicht die konkrete Stellvertretungsabrede die gesonderte Berechnung der Behandlung durch den ohnehin diensthabenden Arzt, ist sie wegen eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 1 KHEntgG gemäß § 134 BGB unwirksam, weil dort eine gesonderte Vergütung für allgemeine Krankenhausleistungen gerade nicht vorgesehen ist. An den ständigen ärztlichen Vertreter ist die konkrete Stellvertretungsabrede indes nicht gebunden.

Kapitel 2: Die honorarbezogenen Auswirkungen

A. Rückabwicklung bei unzulässiger Substitution

23. Leistet der Patient nach einer unzulässigen Substitutsbehandlung ein Chefarzthonorar, wird eine Rückabwicklung erforderlich.

Für die unzulässige Substitutsbehandlung schuldet der Patient unter keinen Umständen eine wahlärztliche Vergütung: Der Chefarzt muss entweder auf eine wirksame Stellvertretungsabrede zurückgreifen oder an der Leistung des Substituts eigenverantwortlich mitwirken. Andernfalls steht der wahlärztlichen Abrechnung § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ entgegen.

24. Die Rückabwicklung der Honorarzahlung wird von der bislang ganz herrschenden Meinung auf § 346 BGB gestützt.

Verläuft die Substitutsbehandlung erfolgreich, wird die Chefarztbehandlung wegen Zweckerreichung unmöglich. Damit erlischt prinzipiell gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB auch die Vergütungspflicht. Der Patient bewirkt dementsprechend augenscheinlich durch die Honorarzahlung eine „nach dieser Vorschrift nicht geschuldete Gegenleistung“ i.S.d. § 326 Abs. 4 BGB.

24. Dem herrschenden Rückabwicklungsmodell steht nicht entgegen, dass bei erfolgloser Substitutsbehandlung der Vergütungsanspruch mangels Zweckerreichung zunächst unverändert fortbesteht.

Der Vergütungsanspruch besteht ohnehin nur „dem Grunde nach“ – die Anspruchshöhe liegt letztlich bei „Null“, weil das Gebührenrecht für die unzulässige Substitutsbehandlung ausdrücklich keine Vergütung vorsieht.

25. Dem herrschenden Rückabwicklungsmodell widerspricht auch nicht, dass bei erfolgloser Substitutsbehandlung das überzahlte Chefarzt Honorar mangels Zweckerreichung jedenfalls nicht nach § 326 Abs. 4 BGB zurückgefordert werden kann.

Ohne Zweckerreichung ist auch die persönliche Chefarztbehandlung fortwährend geschuldet und noch immer nicht erbracht. Der Patient könnte sich also zumindest dann nach § 323 BGB von der Chefarztbehandlung lösen, wenn der Chefarzt die persönliche Behandlung von einer weiteren Honorarzahlung abhängig macht. Damit ist auch bei erfolgloser Substitutsbehandlung eine Rückabwicklung der Honorarzahlung nach § 346 BGB möglich.

26. Dem herrschenden Rückabwicklungsmodell wird auch nicht durch § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB die Grundlage entzogen, weil die unzulässige Substitutsbehandlung keinen Fall der nicht behebbaren *Schlechtleistung* darstellt.

Weil die unzulässige Substitutsbehandlung die ärztliche Leistung nicht gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen optimiert, stellt sie eine derart erhebliche Abweichung von der Wahlleistungsvereinbarung dar, dass nicht mehr die Chefarztbehandlung lediglich schlecht, sondern bereits ein aliud erbracht wird. Die Funktion der Chefarztbehandlung wird durch die unzulässige Substitutsbehandlung nicht mehr erreicht. Gegenüber der geschuldeten Chefarztbehandlung stellt die unzulässige Substitutsbehandlung daher eine Nichtleistung dar.

27. Die Rückabwicklung der Honorarzahlung hat entgegen dem herrschenden Rückabwicklungsmodell nach § 812 BGB zu erfolgen.

Die Honorarzahlung ist gerade keine nach § 326 BGB nicht mehr geschuldete Gegenleistung, weil der Honoraranspruch mit der Erbringung einer wahlärztlichen Leistung überhaupt erst entsteht. Für eine unzulässige Substitutsbehandlung kann der Chefarzt hingegen keine Gebühren abrechnen. In dem Fall verhindert § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ die Entstehung des Honoraranspruchs.

28. Ohnehin erfasst das herrschende Rückabwicklungsmodell die unzulässige *Delegation* gar nicht.

Auch ohne jede Mitwirkung des Chefarztes erfüllt die delegierte Behandlungsmaßnahme die Pflicht zur Chefarztbehandlung, weil sie auf den Bereich der

ohnehin *vertretbaren* (Neben-) Leistungen beschränkt. Damit wird die Chefarztbehandlung nicht mehr unmöglich, sodass der Patient durch die Honorarzahlung keine nicht mehr geschuldete Gegenleistung i.S.d. § 326 Abs. 4 BGB erbringt.

29. Bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung der Honorarzahlung besteht die Gefahr einer Kondiktionssperre nach § 814 Alt. 1 BGB.

Zwar setzt die Kondiktionssperre prinzipiell voraus, dass der Patient nicht nur von der Substitution an sich Kenntnis haben, sondern daraus auch das Nichtbestehen der Vergütungspflicht folgern muss. Allerdings liegt für einen juristisch nicht vorgebildeten Patienten nahe, dass eine Leistung, die nicht durch den Chefarzt persönlich erbracht wird, auch nicht gesondert vergütet werden muss. Der Laie differenziert nicht zwischen zulässiger und unzulässiger Substitution.

30. Der Patient ist im Hinblick auf die erhaltene unzulässige Substitutsbehandlung nicht zum Wertersatz verpflichtet.

Wird der Patient entgegen der Wahlleistungsvereinbarung durch ein Substitut behandelt, lässt sich die ärztliche Leistung nicht mehr von den allgemeinen Krankenhausleistungen unterscheiden. Für den objektiven Leistungsempfänger in der Position des Patienten stellt sich die unzulässige Substitutsbehandlung deswegen als allgemeine Krankenhausleistung dar, die der Patient allein vom Krankenhausträger erwartet. Die unzulässige Substitutsbehandlung wird insoweit jedoch im Rahmen des totalen Krankenhausaufnahmevertrags und damit nicht rechtsgrundlos erbracht. Sie wird daher über die diagnosebasierten Fallpauschalen abgegolten.

B. Darlegung und Beweis der unzulässigen Substitution

30. Klagt der Chefarzt gegen den Patienten auf Honorarzahlung, muss er die Erbringung einer wahlärztlichen Leistung nachweisen.

Solange der Chefarzt keine wahlärztliche Leistung erbracht hat, liegt der Umfang des Vergütungsanspruchs bei „Null“. Vorher steht der Gebührenabrechnung § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ entgegen, wonach der Chefarzt „Gebühren *nur* für selbständige ärztliche Leistungen berechnen [kann], die er selbst erbracht hat oder die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden“. Wirkt der Chefarzt jedoch an einer delegierten Nebenleistung eigenverantwortlich mit oder erbringt die Behandlung ein Stellvertreter auf der Grundlage einer wirksamen Stellvertretungsabrede, handelt es sich demgegenüber um eine wahlärztliche Leistung, für die dann auch der Höhe nach ein Vergütungsanspruch besteht. Darlegungs- und beweisbelastet ist diesbezüglich der Chefarzt, soweit er den Patienten auf Honorarzahlung in Anspruch nimmt.

31. Klagt umgekehrt der Patient gegen den Chefarzt auf Rückerstattung des Honorars, muss er unabhängig vom einschlägigen Rückabwicklungsmodell nachweisen, bloß eine aliud-Leistung erhalten zu haben.

Nach dem vorzugswürdigen bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsmodell muss der Patient nachweisen, dass die Honorarzahlung ohne Rechtsgrund erfolgt ist. Nach dem herrschenden Rückabwicklungsmodell trägt der Patient ebenfalls

die Darlegungs- und Beweislast – und zwar unabhängig davon, ob der Behandlungserfolg eingetreten ist: Den zunächst dem Grunde nach (wenn auch mit der Anspruchshöhe „Null“) fortbestehenden Vergütungsanspruch kann der Patient durch Rücktritt gemäß § 346 Abs. 1 BGB vernichten, wenn der Chefarzt die fortwährend geschuldete und noch immer nicht erbrachte Chefarztbehandlung ohne erneute Vergütung verweigert. Ein Rücktrittsrecht nach § 323 BGB hat der Patient dabei nur, wenn die Substitutsbehandlung eine Nichtleistung darstellt, sodass er nach allgemeinen Grundsätzen bei der Honorarrückforderung darlegungs- und beweispflichtig ist. Führt die unzulässige Substitutsbehandlung bereits den Behandlungserfolg herbei, erlischt die Vergütungspflicht wegen Zweckerreichung unmittelbar nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB. Dass mit der erfolgreichen Substitutsbehandlung Zweckerreichung und nicht Erfüllung eingetreten ist, muss bei der Honorarrückforderung deswegen ebenfalls der Patient darlegen und beweisen.

32. Im Hinblick auf die unzulässige Substitution offenbaren sich auf Seiten des Patienten strukturelle Informationsdefizite.

Zum einen spielt sich schon die Substitution an sich außerhalb seiner Wahrnehmungsmöglichkeiten ab, wenn er bei der Behandlung bewusstlos ist. Zum anderen stellt nicht jede Substitutsbehandlung eine bloße aliud-Leistung dar. Ob die Substitutsbehandlung entgegen der Vorgaben der Wahlleistungsvereinbarung erfolgt, hängt bei der Delegation von der eigenverantwortlichen Mitwirkung und bei der Stellvertretungsabrede von der Verhinderung des Chefarztes bzw. der dienstlichen Stellung des Stellvertreters ab. Der Patient kann weder erkennen, ob der Chefarzt den Delegaten vor der Behandlung medizinisch instruiert hat und der Behandlung anschließend hinreichend nahe geblieben ist, noch ob und wann der Chefarzt genau verhindert gewesen ist oder welche dienstliche Stellung der Stellvertreter einnimmt.

33. Bei der Aufklärung hilft dem Patienten die Behandlungsdokumentation in der Patientenakte nur sehr eingeschränkt und bestenfalls zufällig.

Erstens verfolgt die Dokumentationspflicht aus § 630f Abs. 2 S. 1 BGB ausschließlich therapiesichernde Funktionen; nur eine medizinisch erforderliche Dokumentation ist daher verpflichtend. Die genauen Gründe für die Verhinderung des Chefarztes oder seine Nähe zum Behandlungsgeschehen sind jedoch nicht aus therapeutischen Gründen dokumentationsbedürftig. Zweitens ist auch die bloße Person des Leistungserbringers als charakterisierendes Merkmal ohnehin nur bezogen auf die „wesentlichen Maßnahmen“ zu dokumentieren. Dementsprechend kann die Patientenakte dem Patienten die Aufklärung der unzulässigen Substitution zumindest teilweise erleichtern; allerdings nur zufällig, soweit relevante Umstände aus therapeutischen Gründen dokumentiert werden müssen.

34. Die Rechnung erleichtert dem Patienten – wenn auch nicht unmittelbar – die Aufklärung der unzulässigen Substitution.

Zwar muss in der Rechnung selbst gemäß § 12 Abs. 2 GOÄ nicht angegeben werden, ob die jeweils berechnete Leistung durch den Chefarzt persönlich oder

durch ein Substitut erbracht wurde. Allerdings hat der Patient gemäß § 242 BGB einen Anspruch gegen den Chefarzt auf Erläuterung der Gebührenabrechnung. Zum einen soll durch die Rechnung der Vergütungsanspruch überprüfbar werden, was bei der wahlärztlichen Rechnung nur dann erreicht werden kann, wenn der Chefarzt mitteilt, durch welche Person die jeweils berechneten Leistungen erbracht wurden. Zum anderen ist der Patient im Hinblick auf den Kostenersatzungsanspruch gegenüber seinem Versicherer auf Auskünfte des Chefarztes über das Erbringen einer wahlärztlichen Leistung angewiesen. Bei bloßen Substitutsbehandlungen muss der Chefarzt deswegen zusätzlich offenbaren, inwieweit er an delegierten Nebenleistungen eigenverantwortlich mitgewirkt hat und inwieweit Stellvertreterleistungen auf der Grundlage einer wirksamen Stellvertretungsabrede erfolgt sind. Durch diese Informationen vermag der Patient auch das Prozessrisiko besser einzuschätzen.

35. Der Chefarzt muss zumindest innerprozessual nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast an der Aufklärung der unzulässigen Substitution mitwirken.

Der Chefarzt kann über seinen eigenen Mitwirkungsbeitrag oder die Umstände seiner Verhinderung unschwer Auskunft erteilen. Demgegenüber steht der Patient außerhalb des Geschehensablaufs: Schon im Hinblick auf die Substitution kann der Patient rückblickend schwerlich nachvollziehen, welche Leistung durch welche Person erbracht wurde. Die Identität des Leistungserbringers liegt schlicht nicht im Wahrnehmungsfokus des Patienten, der primär um seine Gesundheit besorgt ist. Der Chefarzt muss deswegen unter Umständen seine Beteiligung oder die konkrete Substitution näher darlegen. Noch deutlicher zeigen sich die fehlenden Wahrnehmungsmöglichkeiten des Patienten bei der Frage, ob trotz Substitution eine wahlärztliche Leistung erbracht wird. Der Patient kann nämlich weder den Mitwirkungsbeitrag des Chefarztes noch die Gründe für dessen Verhinderung erkennen. Im Hinblick auf die Delegation kann und muss der Chefarzt deswegen vortragen, inwieweit er den Delegaten medizinisch instruiert hat, insbesondere welche Anweisungen er ihm wann erteilt hat. Außerdem muss er vortragen, wo er sich während der gesamten Behandlungsdauer aufgehalten hat. Dazu kann auch die Vorlage eines Auszugs aus seinem Terminkalender erforderlich sein. Im Hinblick auf die Stellvertretung kann und muss der Chefarzt darüber hinaus vortragen, ob der Stellvertreter die Behandlung auch im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistungen durchgeführt hätte. Dazu kann auch die Vorlage des maßgebenden Dienstplans erforderlich sein. Des Weiteren muss der Chefarzt darlegen, weshalb er die Behandlung nicht persönlich durchführen konnte und dass dieses Hindernis unvorhersehbar gewesen ist. Dazu kann auch die Vorlage eines Auszugs aus seinem Terminkalender nötig werden.

Kapitel 3: Die haftungsbezogenen Auswirkungen

A. Haftung für Medizinschäden

36. Die unzulässige Substitutsbehandlung überschreitet nicht nur die Vorgaben der Wahlleistungsvereinbarung, sondern auch die Grenzen der Einwilligung.

Bei der stationären Wahlbehandlung ist die Einwilligung regelmäßig personell auf den Chefarzt beschränkt. Bei der Auslegung der Einwilligung ad personam kommt es zum Gleichlauf mit der persönlichen Leistungspflicht des Chefarztes: Ist vertraglich die Substitution zugelassen, erstreckt sich die Einwilligung auch auf das Substitut; im Übrigen ist sie auf den Chefarzt limitiert. Andernfalls könnten dem Patienten allgemeine Krankenhausleistungen faktisch aufgezwungen werden (wenn auch unter Verzicht auf das wahlärztliche Honorar).

37. Das Übergehen der ad personam limitierten Einwilligung beeinträchtigt nicht isoliert das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, sondern unmittelbar dessen körperliche Integrität.

Die Selbstbestimmung des Patienten verfolgt keinen Selbstzweck. Der Patient entscheidet nicht bloß über die Durchführung einer Behandlung an sich, sondern unmittelbar darüber, ob er die behandlungsspezifischen Risiken für seine körperliche Unversehrtheit – also den drohenden Medizinschaden – in Kauf nehmen möchte. Das absolute Rechtsgut und die transparent vor ihm stehende Dispositionsbefugnis bilden eine untrennbare Einheit. Deswegen wird beispielsweise von der Entscheidungsfreiheit über die körperliche Integrität gesprochen. Wird die selbstbestimmte Entscheidung übergangen, wird unmittelbar das hinter ihr liegende Rechtsgut beeinträchtigt.

38. Das Substitut haftet gemäß § 823 Abs. 1 BGB für die Schäden der unzulässigen Substitutsbehandlung, ohne dass es auf einen Behandlungsfehler ankommt.

Dem Substitut kann angesichts der limitierten Einwilligung ein eigenmächtiger Heileingriff vorgeworfen werden. Auf einen Behandlungsfehler kommt es daher nicht an. Bezogen auf die Überschreitung der Einwilligung ad personam handelt das Substitut schuldhaft, wenn es nicht überprüft, ob erstens die Wahlleistungsvereinbarung überhaupt eine Stellvertretungsabrede enthält und zweitens die dort postulierten Vertretungsvoraussetzungen (etwa die Verhinderung des Chefarztes) tatsächlich vorliegen. Nötigenfalls muss das Substitut sich unmittelbar beim Patienten erkundigen, ob dieser mit der Substitutsbehandlung einverstanden ist. Das Substitut treffen daher strenge Sorgfaltspflichten im Hinblick auf das Vorliegen einer hinreichenden Einwilligung des Patienten.

39. Neben dem Substitut ist gemäß §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB auch der Chefarzt zum Ersatz von Medizinschäden verpflichtet.

Der Chefarzt verletzt mit der unzulässigen Substitution seine behandlungsvertragliche Primärpflicht zur persönlichen Leistung. Die unzulässige Substitutsbehandlung stellt gegenüber der Chefarztbehandlung ein aliud und damit eine Nicht-

leistung dar. Daneben hat sich der Chefarzt vor der Substitution einer wirksamen Einwilligung des Patienten auch in die Substitutsbehandlung zu versichern. Der Chefarzt verletzt demnach auch vertragliche Nebenpflichten.

40. Den Chefarzt treffen strenge Sorgfaltspflichten im Hinblick auf das Vorliegen einer hinreichenden Einwilligung.

Der Chefarzt muss sich angesichts der grundsätzlich persönlichen Leistungspflicht erkundigen, ob die Voraussetzungen für eine Substitution vorliegen. Demzufolge handelt der Chefarzt fahrlässig, wenn er nicht überprüft, ob erstens die Wahlleistungsvereinbarung überhaupt eine Stellvertretungsabrede enthält und zweitens die dort postulierten Vertretungsvoraussetzungen tatsächlich vorliegen. Außerdem erfolgt eine Substitution fahrlässig, wenn der Chefarzt erkennen muss, dass die delegierten Leistungen bereits zum Kernbereich der Behandlung gehören.

41. Zusätzlich zum Substitut und dem Chefarzt haftet auch der Krankenhaus-träger für eintretende Medizinschäden gemäß §§ 280 Abs. 1, 278, 823 Abs. 1, 31 BGB.

Mit der unzulässigen Substitutsbehandlung verletzt der Krankenhaus-träger genau wie der Chefarzt seine primäre Leistungspflicht. Er schuldet dem Patienten prinzipiell ebenfalls die wahlärztlichen Leistungen, sodass auch dem Krankenhaus-träger eine Nichtleistung vorgeworfen werden kann. Außerdem verletzt er auch seine Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB, auf die Rechtsgüter des Patienten Rücksicht zu nehmen. Die unzulässige Substitutsbehandlung verletzt schließlich widerrechtlich die körperliche Integrität des Patienten. Der Krankenhaus-träger ist insoweit organisatorisch dafür verantwortlich, dass eine eigenmächtige Erbringung allgemeiner Krankenhausleistungen ausgeschlossen ist. Dazu muss der Krankenhaus-träger etwa die Dienstpläne so gestalten, dass zumindest im Kernbereich der Behandlung der Chefarzt persönlich eingesetzt wird. Alternativ muss der Krankenhaus-träger der Wahlleistungsvereinbarung eine wirksame Stellvertretungsabrede beifügen (dann handelt es sich nämlich gar nicht mehr um eine unzulässige Substitution) oder sich jedenfalls beim Patienten rückversichern, dass sich die Einwilligung auch auf die Substitutsbehandlung erstreckt (dann ist der Eingriff in die körperliche Integrität gerechtfertigt).

42. Dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens steht der Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses entgegen.

Weder der Krankenhaus-träger noch der Chefarzt oder das Substitut können einwenden, der Schaden wäre auch bei persönlicher Chefarztbehandlung entstanden oder der Patient hätte hypothetisch auch in die Substitutsbehandlung eingewilligt. Mit der Einwilligung soll nämlich das Vertrauen des Patienten geschützt werden, der davon ausgeht, die Behandlerseite versichere sich jederzeit seiner Einwilligung, achte die personell limitierte Einwilligung und kläre ihn rechtzeitig darüber auf, wenn ein anderer Arzt an die Stelle des Chefarztes treten soll. Ohne die haftungsrechtliche Konsequenz bliebe der rechtswidrige Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten im Hinblick auf dieses Vertrauen indes sanktionslos.

Dem steht auch nicht die vergütungsrechtliche Sanktion entgegen, die § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ für die unzulässige Substitutsbehandlung bereithält. Andernfalls könnte nämlich die Behandlerseite dem Patienten ohne zusätzliche Vergütung die allgemeinen Krankenhausleistungen aufzwingen.

B. Haftung trotz erfolgreicher Behandlung

43. Durch die erfolgreiche aber unzulässige Substitutsbehandlung werden sowohl das Selbstbestimmungsrecht als auch die körperliche Integrität des Patienten beeinträchtigt.

Mit der unzulässigen Substitutsbehandlung wird der Patient gegen seinen Willen einem ärztlichen Heileingriff ausgesetzt. Dabei wird zum einen sein Selbstbestimmungsrecht übergangen. Zum anderen wird auch die körperliche Integrität des Patienten beeinträchtigt, da auch die erfolgreiche Behandlung für sich genommen bereits strapaziös ist, etwa weil bei der Operation die Haut aufgeschnitten und die zurückbleibende Wunde vernäht wird.

44. Für die Verletzung seines Persönlichkeitsrechts als solche erhält der Patient keine billige Entschädigung in Geld.

Die Entscheidungsfreiheit des Patienten bezieht sich unmittelbar auf das absolute Rechtsgut der körperlichen Integrität. Hierüber disponiert der Patient mit seiner Einwilligung. Das Selbstbestimmungsrecht dient deswegen nur dazu, die körperliche Integrität zum Gegenstand von Autonomiebereichen zu machen und verfolgt darüber hinaus keine eigenständigen Funktionen. Die Selbstbestimmung des Patienten kann folglich als transparent verstanden werden; hinter ihr steht das absolute Rechtsgut der körperlichen Integrität. Daher muss sich die Verletzung der Entscheidungsfreiheit des Patienten stets in Gestalt eines Gesundheitsschadens materialisieren.

45. Auch für die in der Behandlung selbst liegende „Verwundung“ des Patienten muss regelmäßig jedenfalls dann kein Schmerzensgeld gezahlt werden, wenn die Substitutsbehandlung komplikationslos und erfolgreich verläuft.

Die Behandlung als solche stellt zwar bei natürlicher Betrachtung einen Gesundheitsschaden dar, weil der Patient den medizinischen Heileingriff erdulden muss. Allerdings wird dieser immaterielle Nachteil in aller Regel durch den Behandlungserfolg kompensiert. Der Patient erspart sich dann nämlich weitere Beschwerden seiner Krankheit und erfährt insoweit Genugtuung. Das stellt aber streng genommen eine Frage des Einzelfalls dar.

Kapitel 4: Die Auswirkungen einer Spaltung der Vertragsbeziehungen

A. Auswirkungen auf die Rückabwicklung ärztlichen Behandlung

46. Liegt der Chefarztbehandlung ein gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag zugrunde, kann der Chefarzt für die unzulässige Substitutsbehandlung dem Grunde nach gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB Wertersatz beanspruchen.

Die Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages wird bei der Rückabwicklung der unzulässigen Substitutsbehandlung gleich doppelt relevant: Einerseits bewirkt sie, dass der Patient nicht mehr erwarten darf, der Krankenhausträger leiste die unzulässige Substitutsleistung zur Erfüllung seiner Pflichten aus dem totalen Krankenhausaufnahmevertrag. Stattdessen stellt sich die unzulässige Substitutsbehandlung für den Patienten als Tilgungsversuch des Chefarztes dar. Andererseits entzieht die Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages der unzulässigen Substitutsleistung auch den Rechtsgrund. Trotz der Nichtleistung des Chefarztes erlangt der Patient in Gestalt der unzulässigen Substitutsbehandlung einen Vermögensvorteil durch bereicherungsrechtliche Leistung des Chefarztes, weshalb er nach § 818 Abs. 2 BGB zum Wertersatz verpflichtet ist.

47. Der Schutzzweck des § 4 Abs. 2 GOÄ steht dem Wertersatzanspruch nicht entgegen.

Zwar dürfen gemäß § 4 Abs. 2 GOÄ für unzulässige Substitutsbehandlung keine Gebühren verlangt werden. Jedoch wird die unzulässige Substitutsbehandlung gerade nicht nach der Gebührenordnung wie eine persönliche Chefarztbehandlung vergütet. Stattdessen bemisst sich der Wertersatzanspruch nach dem Preis, der für die unzulässige Substitutsbehandlung auf dem allgemeinen Ankaufmarkt bezahlt würde. Weil die Substitutsbehandlung sich jedoch von den allgemeinen Krankenhausleistungen nicht unterscheiden lässt, würde auch kein hierüber hinausgehender Preis bezahlt werden, sodass ein nennenswerter Konflikt mit § 4 Abs. 2 GOÄ nicht eintritt.

B. Auswirkungen auf die Haftung des Krankenhausträgers

48. Mit der Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages wird der Krankenhausträger prinzipiell von seiner vertraglichen Verantwortlichkeit für die Chefarztbehandlung befreit.

Weil er sich beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag nicht zur Chefarztbehandlung verpflichtet, verletzt die unzulässige Substitution jedenfalls keine Leistungspflicht. Zur Rücksichtnahme ist der Krankenhausträger zwar prinzipiell gemäß § 241 Abs. 2 BGB auch beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag verpflichtet. Allerdings ist der Krankenhausträger auch insoweit nicht zum Schutz

des Patienten vor unzulässigen Substitutsbehandlungen verpflichtet. Sein vertraglicher Verantwortungsbereich ist allein auf die Unterbringung, die Verpflegung und die pflegerischen Leistungen beschränkt. Andernfalls wäre der Krankenhaus-träger vertraglich für eine Behandlung verantwortlich, zu der er sich überhaupt nicht verpflichtet hat.

49. Der Krankenhaus-träger ist beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag auch nicht deliktisch für die Schäden der unzulässigen Substitutsbehandlung verantwortlich.

Der Chefarzt erbringt die Behandlung als eigene (private) Verrichtung und repräsentiert insoweit nicht das Krankenhaus. Es handelt sich nicht um eine Aktivität gerade für die Körperschaft, schließlich ist der Krankenhaus-träger überhaupt nicht zur Erbringung von Behandlungsleistungen verpflichtet. Die unzulässige Substitution kann dem Krankenhaus-träger deswegen nicht nach § 31 BGB zugerechnet werden. Der Chefarzt wird beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag nicht nur für eigene Rechnung, sondern auch haftungsrechtlich allein für sich tätig.

50. Die formularvertragliche Vereinbarung von Spaltungsklauseln unterliegt der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB.

Spaltungsklauseln stellen nicht bloß eine gemäß § 307 Abs. 3 BGB kontrollfreie Leistungsbeschreibung dar. Stattdessen weichen sie vom Leitbild des totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag ab, welches im Krankenhausrecht zumindest angedeutet wird (§§ 2, 17 KHEntgG) und im Hinblick auf die Grundsätze von Treu und Glauben vom Patienten erwartet werden darf. Der Patient rechnet schlicht nicht damit, den Krankenhaus-träger aus dessen vertraglicher Verantwortung zu entlassen, wenn er das Angebot wahlärztlicher Leistungen in Anspruch nimmt.

51. Die Spaltungsklauseln stellen trotz ihrer Wirkungen keinen unwirksamen Haftungsausschluss i.S.d. § 309 Nr. 7a BGB dar.

Mit der Spaltungsklausel wird nicht die Haftung für die Verletzung einer übernommenen Pflicht ausgeschlossen, sondern stattdessen die Pflicht schon gar nicht übernommen. Sie stellen deswegen keinen echten Haftungsausschluss dar.

52. Die fehlende Einstandspflicht des Krankenhaus-trägers benachteiligt den Patienten bereits für sich genommen unangemessen.

Mit der Spaltungsklausel wird dem Patienten ein Haftungsschuldner faktisch entzogen. Unerheblich ist, dass dem Patienten mit dem Chefarzt ein Haftungsschuldner auch im Hinblick auf die ärztlichen Behandlungsleistungen verbleibt. Erstens durfte der Patient nämlich gerade mit der Verantwortlichkeit (zumindest auch) des Krankenhaus-trägers rechnen, und zweitens ist der Chefarzt trotz Haftpflichtversicherung nicht zwangsweise gleichwertiger Haftungsschuldner, weil sein Versicherungsvertrag auch unwirksam sein kann oder ein häufiger Wechsel der Versicherung die Anspruchsdurchsetzung wenigstens erschwert.

53. Der Patient wird durch die Spaltungsklausel auch angesichts der unübersichtlichen Haftungsverhältnisse bei der Chefarztbehandlung unangemessen benachteiligt.

Literatur

- Abrens, Hans-Jürgen*: Der Beweis im Zivilprozess, 1. Aufl., O. Schmidt, Köln, 2015.
- Andreas, Manfred*: Mehr Sicherheit bei der Honorarabrechnung, *ArztR* 2000, S. 240-247.
- Arzt, Gunther*: Heileingriff aufgrund einer Blanko-Einwilligung, in: *Arzt/Fezer/Weber/Schlüchter/Rössner*, Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, 22. Juni 1992, Giesecking, Bielefeld, 1992.
- Bach, Ivo*: Leistungshindernisse, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.
- Bach/Moser*: Private Krankenversicherung: Kommentar zu den §§ 192 - 208, 213 VVG, zu den MB/KK und MB/KT sowie zu weiteren Gesetzes- und Regelwerken in der privaten Krankenversicherung, hrsg. v. *Peter Bach, Hans Moser*, 5. Aufl., Beck, München, 2015.
- Baumgärtel, Gottfried/Laumen Hans Willi/Priitling Hanns*: Handbuch der Beweislast: Grundlagen, 4. Aufl., Heymanns, Köln, 2019.
- Bäume, Stefan*: Die persönliche Leistungserbringung im Krankenhaus, *MedR* 2014, S. 76-84.
- Becker, Maximilian*: Unmöglichkeit im Medizinrecht, *RW* 2013, S. 123-165.

- Beckhaus, Gerrit Marian*: Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung: die Enforcement-Richtlinie als Ausgangspunkt für die Einführung einer allgemeinen Informationsleistungspflicht in das deutsche Zivilrecht, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- BeckOF Medizinrecht*: Beck'sche Online-Formulare Medizinrecht, hrsg. v. *Tilman Clausen, Wolfgang Krafczyk*, 23. Edition, Beck, München, 2020.
- BeckOK*: Beck'scher Online-Kommentar BGB, hrsg. v. *Wolfgang Haus, Roman Poseck*, 54. Edition, Beck, München, 2020.
- BeckOGK*: Beck'scher Online-Großkommentar, hrsg. v. *Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz, Christoph Reymann*, Stand: 1.6.2020, Beck, München, 2020.
- Bender, Albrecht W.*: Vertretung des Chefarztes bei wahlärztlicher Behandlung, MedR 2008, 336-344.3
- Ders.*: Wahlärztliche Behandlung und Einwilligung ad personam, in: Katzenmeier/Ratzel (Hrsg.), Festschrift für Franz-Josef Dahm: Glück auf!: Medizinrecht gestalten, Springer, Berlin, 2017, S. 29-48.
- Ders.*: Anmerkung zu: LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 4.7.2011 – 4 O 11065/06, VersR 2011, S. 1021-1024.
- Bergmann/Paue/Steinmeyer*: Gesamtes Medizinrecht, hrsg. v. *Karl Otto Bergmann, Burkhard Paue, Heinz-Dietrich Steinmeyer*, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2018.
- Bergmann, Karl Otto*: Delegation und Substitution ärztlicher Leistungen auf/durch nichtärztliches Personal, MedR 2009, S. 1-10.
- Ders.*: Anmerkung zu: OLG Braunschweig, Urt. v. 25.9.2013 – 1 U 24/12 (LG Braunschweig) und OLG Hamm, Urt. v. 21.10.2013 – 3 U 17/12 (LG Essen), MedR 2014, S. 894-895.
- Biermann, Elmar/Ulsenheimer, Klaus/Weißauer, Walther*: Persönliche Leistungserbringung und Vertretung des Chefarztes bei wahlärztlichen Leistungen, NJW 2001, S. 3366-3369.
- Biermann, Elmar/Ulsenheimer, Klaus/Weißauer, Walther*: Liquidation wahlärztlicher Leistungen – rechtliche Grundlagen, MedR 2000, S. 107-113.
- Biermann, Elmar/Weißauer, Walther*: Haftung wegen schuldhafter ärztlicher Eigenmacht, in: *Rossaint/Werner/Zwissler* (Hrsg.), Die Anästhesiologie: allgemeine und spezielle Anästhesiologie, Schmerztherapie und Intensivmedizin, 3. Aufl., Springer, Berlin/New York, 2012, S. 1656-1663.
- Borgmann, Matthias*: Der BGH klärt nicht auf! Inkongruenzen in der Rechtsprechung zur ärztlichen Risikoaufklärung, NJW 2010, S. 3190-3194.
- Brück/Hess/Klakow-Franck*: Kommentar zur Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), hrsg. v. *Dietrich Brück, Regina Klakow-Franck, Lothar Krimmel, Rainer Hess*, 3. Aufl. (Loseblattsammlung), Deutscher Ärzte Verlag, Köln, 1996 (Stand: Juni 2016/31. Ergänzungslieferung).

- Brüggemeier, Gert*: Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich: ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, 1. Aufl., Springer, Berlin, 2006.
- Bundesärztekammer/Kassenärztliche Bundesvereinigung*: Persönliche Leistungserbringung Möglichkeiten und Grenzen der Delegation ärztlicher Leistungen, DÄbL. 2008, S. A2173-A2180.
- Büsken, Rainer*: Haftungssystem, Freistellung und Regreß bei Krankenhausträger und angestelltem Arzt, ohne Verlag, Köln, 1986.
- Büsken, Rainer/Klüglich, Gabriele*: Die Krankenhausbehandlung: Haftungssystem und innerbetrieblicher Schadensausgleich (Freistellung - Regreß), VersR 1994, S. 1141-1151.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Die Problematik der Minderung beim Dienstvertrag, in: Bitter/Lutter/Priester/Schön/Ulmer (Hrsg.) Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln, O. Schmidt, 2009.
- Clausen, Tilman/Makoski, Kyrril*: GOÄ/GOZ mit den gebührenrelevanten Vorschriften des KHEntgG, des BMV-Ä, des BMV-Z und des BGB, 1. Aufl., Beck, München, 2019.
- Clausen, Tilman*: Anmerkung zu: AG Karlsruhe, Urt. v. 28.02.2017 – 5 C 193/14, GuP 2018, S. 37.
- Cramer, Udo H./Henkel, Markus P.*: Die Vereinbarkeit der Kernspintomographie-Vereinbarung mit dem Grundgesetz, MedR 2004, S. 593-596.
- Dayal, Sylvia*: Der wahlärztliche Vergütungsanspruch, 1. Aufl., ohne Verlag, Köln, 2007.
- Debong, Bernhard*: Die Einwilligung des (Wahlleistungs-)Patienten in die Behandlung durch einen anderen Arzt oder Vertreter, ArztR 2015, S. 33-36.
- Dettling/Gerlach*: Krankenhausrecht Kommentar, hrsg. v. *Heinz-Uwe Dettling, Alice Gerlich*, 2. Aufl., Beck, München, 2018.
- Deutsch, Erwin*: Zurechnungszusammenhang, Rechtswidrigkeit und Verschulden, in: Beuthien/Fuchs/Roth/Schiemann/Wacke (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus: Zum 70. Geburtstag, Carl Heymanns, Köln, 1999, S. 77-88.
- Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas*: Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 7. Aufl., Springer, Berlin, 2014.
- Ders.*: Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 1965, S. 1985-1989.
- Deutsche Krankenhaus Gesellschaft*: Persönliche Leistungserbringung im Krankenhaus – Hinweise der DKG, dKH 2013, S. 507-515.
- Diederichsen, Uwe*: Die Vergütung ärztlicher Leistungen im Krankenhaus, 1. Aufl., Kohlhammer, Köln, 1979.

- Dunz, Walter*: Zuzurechnende Schadensfolgen bei mangelhafter Aufklärung des Patienten, in: Kamps/Laufs (Hrsg.), *Arzt- und Kassenarztrecht im Wandel: Festschrift für Prof. Dr. iur. Helmut Narr zum 60. Geburtstag*, Springer, Berlin, 1988, S. 144-149.
- Eberhardt, Dietrich*: Selbstbestimmungsrecht des Patienten und ärztliche Aufklärungspflicht im Zivilrecht Frankreichs und Deutschlands, 1. Aufl., Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1968.
- Ehlers, Alexander P. F./Broglie, Maximilian G.*: *Arzthaftungsrecht: Grundlagen und Praxis*, 5. Aufl., Beck, München, 2014.
- Erb, Saskia*: Die Kodifikation des Behandlungsvertragsrechts im BGB: Beseitigung alter oder Generierung neuer Probleme?, 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2018.
- Erm, Dominik*: Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts, 1. Aufl., Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2013.
- Erman*: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, hrsg. v. *Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer*, 15. Aufl., Otto Schmidt, Köln, 2017.
- Fiekas, Frederik*: § 630f BGB – die Dokumentation der Behandlung: eine rechtsdogmatische Einordnung der Dokumentationspflicht des Behandelnden nach Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes, 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2015.
- Ders.*: Die mangelhafte Dokumentation – ein Plädoyer für Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche des Patienten, *MedR* 2016, S. 32-36.
- Fischer, Hans Albrecht*: Ein Beitrag zur Unmöglichkeitstheorie, *Warkentien*, Rostock, 1904.
- Frahm, Wolfgang/Nixdorf Wolfgang*: *Arzthaftungsrecht: Leitfaden für die Praxis*, in: *Lorenz* (Hrsg.), *Schriftenreihe der Zeitschrift Versicherungsrecht (VersR)*, Heft 1, Verlag für Versicherungswirtschaft e.V., Karlsruhe, 1996.
- Frahm Wolfgang/Walter Alexander*: *Arzthaftungsrecht: Leitfaden für die Praxis*, 6. Aufl., Verlag für Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2018.
- Francke, Robert/Hart, Dieter*: *Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation: eine Untersuchung zum privaten und öffentlichen Recht der Arzt-Patient-Beziehung*, Enke, Stuttgart, 1987.
- Franzke, Dietmar*: Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess: eine prozessrechtliche Studie unter Berücksichtigung des amerikanischen Rechts, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1982.
- Fries, Martin*: Anmerkung zu BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, *JR* 2017, S. 287-290.
- Fritz, Paul*: *Die Schlechtleistung im besonderen Teil des Schuldrechts*, 1. Aufl., Macklot, Karlsruhe, 1931.

- Gebauer, Martin*: Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.
- Gehrlein, Markus*: Grundwissen Arzthaftungsrecht, 3. Aufl., Beck, München, 2018.
- Ders.*: Grundriss der Arzthaftpflicht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, 2. Aufl., Vahlen, München, 2006.
- Geißel, Andreas*: Handbuch der Beweiswürdigung, 3. Aufl., Wolters Kluwer (ZAP), Köln, 2017.
- Giesen, Dieter*: Arzthaftungsrecht: die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz, 4. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 1995.
- Gitter, Wolfgang*: Zum Privatliquidationsrecht der leitenden Krankenhausärzte: Rechtsbeziehungen zwischen Arzt, Krankenhaus und Patient, 1. Aufl., Verband der Privaten Krankenversicherung, Köln, 1975.
- Greiner, Christine*: Anmerkung zu: LG München I, Urt. v. 28.6.2017, 13 S 6738/10, MedR 2012, S. 50-51.
- Greiner, Hans-Peter/Geiß, Karlmann*: Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., Beck, München, 2014.
- Grigoleit, Hans Christoph/Riehm, Thomas*: Schuldrecht IV: Delikts- und Schadensrecht, 2. Aufl., Beck, München, 2017.
- Groß, Werner*: Ärztliche Dokumentation und die beweisrechtliche Bedeutung ihrer Mängel im Haftpflichtprozess, in: Greiner/Gross/Nehm/Spickhoff (Hrsg.), *Neminem laedere: Aspekte des Haftungsrechts: Festschrift für Gerda Müller: zum 65. Geburtstag am 26. Juni 2009*, Wolters Kluwer (Carl Heymanns Verlag), Köln, 2009, S. 227-236.
- Gottwald, Peter*: Grundprobleme der Beweislastverteilung, JURA 1980, S. 225-236.
- Gotzler, Max*: Rechtmäßiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang, 1. Aufl., Beck, München, 1977.
- Gödicke, Patrick*: Formularerklärungen in der Medizin: rechtliche Kontrollmaßstäbe für Einwilligungen in der medizinischen Heilbehandlung und Forschung, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- Haas, Julia*: Schuldversprechen und Schuldanerkennnis, 1. Aufl., LIT-Verlag, Berlin, 2011.
- Haas, Matthias*: Haftungsfreizeichnungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen: eine rechtsdogmatische und ökonomische Analyse, 1. Aufl., Lang, Frankfurt am Main, 1991.
- Haberstroh, Dieter*: Grundfragen und aktuelle Probleme des privatärztlichen Gebührenrechts, VersR 2000, S. 538-548.
- Ders.*: Formnichtigkeit der Wahlleistungsvereinbarung und Unwirksamkeit des Chefarztvertrages, VersR 1999, S. 8-15.

- Halbe, Bernd:* Wahlleistungen in Form der Wahlarztbehandlung, DÄBl. 2017, S. A1332-A1333.
- Hart, Dieter:* Grundlagen des Arzthaftungsrechts: Leistungs- und Haftungsschuldner, JURA 2000, S. 14-19.
- Hausch, Axel:* Das Verschuldenserfordernis bei der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, VersR 2009, S. 1178-1193.
- Heck, Philipp:* Grundriss des Schuldrechts, 3. Neudr. d. Ausg. Tübingen 1929, Scientia, Aalen, 1994 = 1929.
- Hermanns/Füller:* GOÄ 2017 – Kommentar – IGeL-Abrechnung, hrsg. v. *Peter M. Hermanns, Gert Füller*, 11. Aufl., Elsevier, München, 2017.
- Heyers, Johannes:* Einführung in das Arzthaftungsrecht – unter Berücksichtigung des PatientenRG 2012, BRJ 2012, S. 135-148.
- HK-AKM:* Heidelberger Kommentar Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht, hrsg. v. *Hans-Jürgen Rieger, Franz-Josef Dahm, Gernot Steinbülper, Christian Katzenmeier*, 81. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2020.
- Hoffmann/Kleinken:* Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) Kommentar mit praktischen Hinweisen für die Abrechnung, hrsg. v. *Hermann Hoffmann, Bernhard Kleinken*, 3. Aufl. (Loseblattsammlung), Kohlhammer, Stuttgart, 2014 (Stand: Oktober 2017/39. Ergänzungslieferung).
- Hobloch, Gerhard:* Ärztliche Dokumentation und Patientenvertrauen - Zum Streit um „Dokumentationspflicht“ und „Einsichtsrecht“, NJW 1982, S. 2577-2585.
- Huster/Kaltenborn:* Krankenhausrecht – Praxishandbuch zum Recht des Krankenhauswesens, hrsg. v. *Stefan Huster, Markus Kaltenborn*, 2. Aufl., Beck, München, 2017.
- Hwang, Won Jae:* Minderung beim Dienstvertrag: BGB, DCFR und das Koreanische Bürgerliche Gesetzbuch im Vergleich, 1. Aufl., V&R unipress (Universitätsverlag Osnabrück), Göttingen, 2017.
- Igl, Gerhard/Welti, Felix:* Gesundheitsrecht: eine systematische Einführung, 3. Aufl., Franz Vahlen, München, 2018.
- Ittenbach, Hans Jörg:* Ausnahmen vom Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung bei der Vereinbarung von Wahlleistungen, in: *Luxemburger/Birkenheier* (Hrsg.), Opuscula honoraria für Egon Müller, Saarbrücken, 2003, S. 201-217.
- Jaeger, Lothar:* Patientenrechtegesetz: Kommentar zu §§ 630a bis 630h BGB, 1. Aufl., Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2013.
- Jaeger, Lothar/Luckey, Jan:* Schmerzensgeld: systematische Erläuterungen, Tabelle, Übersicht Arzthaftung und Verkehrsunfall, Muster und Sterbetafeln, medizinisches Lexikon, Schmerzensgelddatenbank, 10. Aufl., Luchterhand, Köln, 2020.

- Janda, Constanze*: Medizinrecht, 4. Aufl., UVK, München, 2019.
- Dies.*: Der ärztliche Aufklärungsfehler als haftungsrechtliches Problem, JZ 2012, S. 932-941.
- Jansen, Christoph*: Vertretung des Chefarztes bei stationärer Wahlarztbehandlung, MedR 1999, S. 555-557.
- Janernig*: Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. v. *Rolf Stürner*, 17. Aufl. Beck, München, 2018.
- Juris-PK*: Juris PraxisKommentar BGB Band 2: Schuldrecht, hrsg. v. *Helmut Rießmann, Roland Michael Beckmann, Markus Junker*, 9. Aufl., Juris, Saarbrücken, 2020.
- Kalis, Bernhard*: Der ständige Streit um den ständigen ärztlichen Vertreter, VersR 2002, S. 23-26.
- Kassenärztliche Bundesvereinigung*: Anforderungen an die persönliche Leistungserbringung, DÄBl. 1988, S. A2197-A2199.
- Katzenmeier, Christian*: Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013, S. 817-823.
- Kern, Bernd-Rüdiger/Laufs, Adolf*: Die ärztliche Aufklärungspflicht: Unter besonderer Berücksichtigung der richterlichen Spruchpraxis, 1. Aufl., Springer, Berlin/Heidelberg, 1983.
- Kistner, Klaus*: Liquidiere und hafte? Zur Wahlbehandlung durch den beamteten Chefarzt, MedR 1990, S. 51-57.
- Ders.*: Wahlbehandlung und direktes Liquidationsrecht des Chefarztes: Vertragsgestaltung, Haftung und Regress, 1. Aufl., Springer, Berlin/New York, 1990.
- Klinger-Schindler*: Die Krankenhaus-GOÄ – Kommentar für die Privatliquidation ambulanter und wahlärztlicher Leistungen, hrsg. v. *Ursula Klinger-Schindler*, 2. Aufl., Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Berlin, 2015.
- Knüppel, Walter/Abrens, Peter/Werr, Günther*: Chefärzte: Spagat zwischen Medizin und Management, DÄBl. 2006, S. 2124-2125.
- Koch, Raphael*: Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess: ein Beitrag zum Verhältnis von Parteiherrschaft und Richtermacht, zur Wechselwirkung von materiellem Recht und Prozessrecht sowie zur Risikoverteilung und Effizienz im Zivilprozess, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- Korthus, Alexander*: Anmerkung zu BGH, 197.2016, VI ZR 75/15, dKH 2016, S. 1117-1118.
- Köndgen, Johannes*: Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1976.
- Kramer, Wolfgang*: Die formularmäßige Spaltung des Krankenhausvertrages: ein Verstoß gegen das AGB-Gesetz, NJW 1996, S. 2398-2405.

- Krämer, Andreas*: Das Honorar des Chefarztes in der privaten Krankenversicherung, r+s 2002, S. 353-357.
- Krüger, Tina Marie*: Die Rechtfertigung des ärztlichen Heileingriffs sowie die juristische Bewertung sonstiger ärztlicher Behandlungsmaßnahmen, 1. Aufl., ohne Verlag, Göttingen, 2004.
- Kubis, Dietmar*: Der Honoraranspruch des vertretenen Chefarztes bei Delegation der Behandlungspflichten, NJW 1989, S. 1512-1515.
- Kuhla, Wolfgang*: Die Erstattungsfähigkeit ärztlicher Leistungen bei Delegation an nichtärztliches Personal, NJW 2000, S. 841-846.
- Kullmann, Hans Josef*: Schadensersatzpflicht bei Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht bzw. des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ohne Entstehung eines Eingriffsschadens, VersR 1999, S. 1190-1192.
- Kuthu, Aygün*: AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, 1. Aufl., Springer, Berlin, 2006.
- Lang/Schäfer/Stiel/Vogt*: Der GOÄ Kommentar, hrsg. v. *Manfred Hermann Lang, Franz-Heinz Schäfer, Horst Stiel, Wolfgang Vogt*, 2. Aufl., Georg Thieme, Stuttgart/New York, 2002.
- Larenz, Karl*: Lehrbuch des Schuldrechts: Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., Beck, München, 1987.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*: Lehrbuch des Schuldrechts II. Band: Besonderer Teil 2. Halbband, 13. Aufl., Beck, München, 1994.
- Laufs/Katzenmeier/Lipp*: Arztrecht, hrsg. v. *Adolf Laufs, Christian Katzenmeier, Volker Lipp*, 7. Aufl., Beck, München, 2015.
- Laufs/Uhlenbruck*: Handbuch des Arztrechts, hrsg. v. *Adolf Laufs*, 4. Aufl., Beck, München, 2010.
- Laufs, Adolf*: Medizinrecht im Wandel, NJW 1996, S. 1571-1580.
- Ders.*: Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihre deliktische Rechtsfolge, NJW 1974, S. 2025-2030.
- Ders.*: Zur deliktsrechtlichen Problematik ärztlicher Eigenmacht, NJW 1969, S. 529-533.
- Ders.*: Schutz der Persönlichkeitssphäre und ärztliche Heilbehandlung, VersR 1972, S. 1-9.
- Lorenz, Stephan*: Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen, JuS 2003, S. 729-733.
- Luig, Klaus*: Der Arztvertrag, in: Gitter (Hrsg.), Vertragsschuldverhältnisse (ohne Kaufrecht), 1. Aufl., Franz Vahlen, München, 1974, S. 223-257.
- Makoski, Kyrill*: Anmerkung zu: BGH, Urt. v. 19.7.2016, VI ZR 75/15, jurisPR-MedizinR 8/2016 Anm. 4.
- Martis, Rüdiger/Winkhart-Martis, Martina*: Arzthaftungsrecht: Fallgruppenkommentar, 5. Aufl., Otto Schmidt, Köln, 2018.

- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan*: Schuldrecht: ein Studienbuch. 1: Allgemeiner Teil, 21. Aufl., Beck, München, 2015.
- Medicus, Dieter*: Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, S. 521-529.
- Meyke, Rolf/Saueressig, Christian*: Darlegen und Beweisen im Zivilprozess, 3. Aufl., Deutscher Anwaltsverlag, Bonn, 2016.
- Miebach, Jürgen/Patt, Joachim*: Persönliche Leistungserbringung und Vertretung des Chefarztes bei wahlärztlichen Leistungen, NJW 2000, S. 3377-3385.
- Mommse, Friedrich*: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, Schwetschke, Braunschweig, 1853.
- Musielak, Hans-Joachim*: Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, 1. Aufl., de Gruyter, Berlin, 1975.
- MünchKommBGB*: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Franz/Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg, Beck, München;
- Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, hrsg. Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg, 8. Aufl., Beck, München, 2018;
- Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241-310, hrsg. v. Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, 8. Aufl., Beck, München, 2019;
- Band 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, §§ 311-432, hrsg. v. Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, 8. Aufl., Beck, München, 2019;
- Band 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II, §§ 535-630h, HeizkostenV, BetrKV, WärmeLV, EFZG, TzBfG, KSchG, MiLoG, hrsg. v. Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg, 8. Aufl., Beck, München, 2020;
- Band 6/I: Schuldrecht – Besonderer Teil III/2, §§ 631-704, hrsg. v. Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, 8. Aufl., Beck, München, 2020;
- Band 6/II: Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705-853, hrsg. v. Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg, 7. Aufl., Beck, München, 2017.
- Müller, Gerda*: Aufklärungsfehler als Grundlage ärztlicher Haftung, in: Brandner/Hagen/Stürmer: Festschrift für Karlmann Geiss: zum 65. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag, 2000, S. 461-475.
- Neufeld, Wolfgang*: Arzthaftungsrecht: ein Überblick für Rechtsanwender, Ärzte und Patienten, 3. Aufl., Tectum Verlag, Marburg, 2001.
- Noll, Bernd*: Persönliche und höchstpersönliche Leistung: dargestellt am Beispiel freier Berufe, Göttingen, 1992.
- Nüßgens, Karl*: Zur ärztlichen Dokumentationspflicht und zum Recht auf Einsicht in die Krankenunterlagen, in: Ebenroth/Hesselberger/Rinne (Hrsg.), Verantwortung und Gestaltung: Festschrift für Karlheinz Boujong zum 65. Geburtstag, Beck, München, 1996, S. 831-845.

- Ohly, Ansgar*: "Volenti non fit iniuria": die Einwilligung im Privatrecht, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.
- Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 79. Aufl., Beck, München, 2020.
- Peikert, Peter*: Persönliche Leistungspflicht, MedR 2000, S. 352-359.
- Pentz v., Vera*: Aktuelle Rechtsprechung des BGH zum Arzthaftungsrecht: Anmerkung zu: BGH, 19. 7. 2016, VI ZR 75/15, MedR 2017, S. 437-446.
- Peter, Jürgen*: Das Recht auf Einsicht in Krankenunterlagen, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1989.
- Peukert, Alexander*: § 326 Abs. 1 S. 2 BGB und die Minderung als allgemeiner Rechtsbehelf, AcP 2005, S. 430-486.
- Pletzer, Renate*: Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld?, JBl 2007, S. 409-433.
- Ponsold, Albert*: Lehrbuch der gerichtlichen Medizin: für Mediziner und Juristen, 3. Aufl., Thieme, Stuttgart, 1967.
- Prütting*: Medizinrecht Kommentar, hrsg. v. *Dorothea Prütting*, 5. Aufl., Luchterhand, Köln, 2019.
- Quaas/Zuck*: Medizinrecht: öffentliches Medizinrecht, Pflegeversicherungsrecht, Arzthaftpflichtrecht, Arztstrafrecht, hrsg. v. *Michael Quaas, Rüdiger Zuck, Thomas Clemens*, 4. Aufl., Beck, München, 2018.
- Ratzel/Lissel*: Handbuch des Medizinschadensrechts, hrsg. v. *Rudolf Ratzel, Patrick M. Lissel*, 1. Aufl., Beck, München, 2013.
- Rehborn, Martin*: Das Patientenrechtegesetz, GesR 2013, S. 257-272.
- Reuter, Dieter/Martinek, Michael*: Ungerechtfertigte Bereicherung, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 1983.
- Reiling, Emil*: Die Grundlagen der Krankenhaushaftung – Eine kritische Bestandsaufnahme, MedR 1995, S. 443-455.
- Reinecke, Gerhard*: Die Beweislastverteilung im bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1976.
- RGRK*: Das Bürgerliche Gesetzbuch – mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, hrsg. v. *Mitgliedern des Bundesgerichtshofes*, 12. Aufl., de Gruyter, Berlin/New York, 1976; Band II, 1. Teil, §§ 241-413, hrsg. v. *Mitgliedern des Bundesgerichtshofes*.
- Rosenberg, Leo*: Der Verzug des Gläubigers, JherJb 1901, S. 141-298.
- Ders.*: Die Beweislast: auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., Beck, München, 1965.
- Rosenberger, Rainer*: Rechtliche Konsequenzen einer mangelhaften ärztlichen Dokumentation, in: Huber/Jaeger/Luckey (Hrsg.), Festschrift für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag, Luchterhand, Köln, 2014, S. 97-104.

- Rosenkranz, Stephan:* Vulnerando sanamus, DMW 2014, S. 1645-1646.
- Saalfrank, Valentin:* Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, 1. Aufl. (Loseblattsammlung), Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Stuttgart, 2018 (Stand: Januar 2019/8. Ergänzungslieferung).
- Saenger, Ingo:* Zivilprozessordnung: Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht: Handkommentar, 8. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2019.
- Schellhammer, Kurt:* Zivilprozess: Gesetz – Praxis – Fälle, 15. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2016.
- Schelling, Philip:* Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung, 1. Aufl., Springer, Berlin, 2013.
- Schiemann, Gottfried:* Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts: dargestellt an der Rechtsprechung des BGH, 1. Aufl., Beck, München, 1981.
- Schmid, Eva-Maria:* Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozeß: unter Berücksichtigung der Organisation der Krankenversorgung, 1. Aufl., Springer, Berlin, 1988.
- Schmid, Hugo:* Über den notwendigen Inhalt ärztlicher Dokumentation, NJW 1987, S. 681- 687.
- Schmidt, Eike:* Das Schuldverhältnis: eine systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts, 1. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2004.
- Schubert, Manuel:* Abrechnungsbetrug bei Privatpatienten, ZRP 2001, S. 154-159.
- Schulte, Josef/Lothar/Eberz, Arnim:* Die Abrechnung von wahlärztlichen Leistungen in (Universitäts-) Großkliniken: Höchstpersönliche Leistungspflicht des liquidationsberechtigten Chefarztes oder Vertreterlösung?, MedR 2003, S. 388-393.
- Schuster, Wolfgang:* „Beweislastumkehr extra legem“: die Verteilung der Beweislast nach der Verantwortungsbereichs- und Normentheorie, 1. Aufl., ohne Verlag, Freiburg, 1975.
- Schlegel, Thomas:* Musterverträge im Gesundheitswesen: mit umfangreichen rechtlichen und steuerlichen Erläuterungen, 1. Aufl. (Loseblattsammlung), C.F. Müller, Heidelberg, 2005 (Stand: Dezember 2019/34. Ergänzungslieferung).
- Schloßer, Philipp:* Der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag bei wahlärztlichen Leistungen, MedR 2009, S. 313-318.
- Schrader, Paul Tobias:* Wissen im Recht: Definition des Gegenstandes der Kenntnis und Bestimmung des Kenntnisstandes als rechtlich relevantes Wissen, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.
- Schwab, Martin:* Kein hypothetisches Einverständnis mit anderem als dem vorgesehenen Operateur: Anmerkung zu BGH, 19.7.2016, VI ZR 75/15, JuS 2016, S. 1030-1032.

- Soergel*: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, neu hrsg. v. *Wolfgang Siebert*, 13. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart;
- Band 1, Allgemeiner Teil 1, §§ 1-103, 2000;
- Band 2, Allgemeiner Teil 2, §§ 104-240, 1999;
- Band 3/2, Schuldrecht 1/2, §§ 243-304, 2014.
- Spätgens, Martin*: Der Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung, RDG 2014, S. 12-20.
- Ders.*: Persönliche Leistungserbringung leitender Krankenhausärzte, 1. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2019.
- Spickhoff*: Medizinrecht, hrsg. v. *Andreas Spickhoff*, 3. Aufl., Beck, München, 2018.
- Spickhoff, Andreas*: Aktuelle Rechtsfragen der medizinischen Behandlungsverhältnisse: zivilrechtsdogmatische Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, Beck, München, 2004.
- Ders.*: Wahlärztliche Leistungen im Krankenhaus: Leistungspflicht und Haftung, NZS 2004, S. 57-63.
- Ders.*: Die Entwicklung des Arztrechts 2011/2012, NJW 2012, S. 1773-1779.
- Ders.*: Ausschluß der Haftung des Krankenhausträgers für ärztliche Leistungen durch AGB?, VersR 1998, S. 1189-1198.
- Spickhoff, Andreas/Bleckwenn Eike*: Zum Beweiswert digitaler Aufklärungsbögen bei Verwendung elektronischer Signaturen, VersR 2013, S. 1350-1364.
- Spickhoff, Andreas/Seibl, Maximilian*: Die Erstattungsfähigkeit ärztlicher Leistungen bei Delegation an nichtärztliches Personal, NZS 2008, S. 57-65.
- Staudinger*: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. *Julius von Staudinger*, Sellier/de Gruyter, Berlin;
- Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 90-124, 130-133, hrsg. v. *Nobert Habermann, Joachim Jickeli, Hans-Georg Knothe, Reinhard Singer, Malte Stieper*, 2017;
- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 249-254 (Schadensersatzrecht), hrsg. v. *Gottfried Schiemann, Dagmar Kaiser*, 2017;
- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1), hrsg. v. *Claudia Bittner, Cornelia Feldmann, Manfred Löwisch*, 2019;
- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305-310, UKlaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), hrsg. v. *Michael Coester, Dagmar Coester-Waltjen, Manfred Löwisch, Rüdiger Krause*, 2019;
- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht 2), hrsg. v. *Manfred Löwisch, Volker Rieble, Hansjörg Otto, Roland Schwarze*, 2015;
- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 362-392 (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung), hrsg. v. *Manfred Löwisch, Dirk Olzen, Karl-Heinz Gursky*, 2016;

- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 611-613 (Dienstvertragsrecht 1), hrsg. v. *Volker Rieble, Philipp S. Fischinger, Reinhard Richardi*, 2016;
- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 662-675b (Auftrag und Geschäftsbesorgung), hrsg. v. *Volker Rieble*, 2017;
- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 677-704 (Geschäftsführung ohne Auftrag), hrsg. v. *Andreas Bergmann, Olaf Werner*, 2015;
- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 812-822 (ungerechtfertigte Bereicherung), hrsg. v. *Norbert Horn, Stephan Lorenz*, 2007.
- Stauffer, Andreas*: Wahlleistungsvereinbarung: Worauf es wirklich ankommt, DÄBL 2018, S. 2-4.
- Steffen, Erich/Pauge, Burkhard*: Arzthaftungsrecht: neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, 12. Aufl., RWS-Verlag, Köln, 2013.
- Steinhilber, Gernot*: Persönliche Leistungserbringung des ermächtigten Krankenhausarztes – Erwiderung auf Kuhla, MedR 2003, 25 ff., MedR 2003, S. 339-340.
- Stirner, Kerstin*: Abrechnungsbetrug im Rahmen der Chefarztbehandlung, MedR 2016, S. 177-184.
- Stoffels, Markus*: AGB-Recht, 3. Aufl., Beck, München, 2015.
- Strohmaier, Gerhard*: Zweck und Ausmaß der Dokumentationspflicht des Arztes, VersR 1998, S. 416-420.
- Taupitz, Jochen/Jones, Emily*: Die Abrechnung praxisexterner MRT-Untersuchungen als eigene Leistung gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ, MedR 2001, S. 499-506.
- Taupitz, Jochen/Neikes, Annette*: Laboruntersuchungen als „eigene“ Leistung im Sinne der GOÄ, MedR 2008, S. 121-133.
- Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen*: Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, hrsg. v. Michael Terbille, Tilman Clausen, Jörn Schröder-Printzen, 2. Aufl., Beck, München, 2013.
- Theißen, Cornelia*: Neuere Entwicklungen im Bereich des rechtmäßigen Alternativverhaltens, 1. Aufl., ohne Verlag, Köln, 2001.
- Thüsing, Gregor*: Wertende Schadensberechnung, 1. Aufl., Beck, München, 2001.
- Tillmanns, Kerstin*: Strukturfragen des Dienstvertrages: Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag und im Arbeitsvertrag, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.
- Uleer/Miebach/Patt*: Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen: Kommentar, hrsg. v. *Christoph Uleer, Jürgen Miebach, Joachim Patt*, 3. Aufl., Beck, München, 2006.
- Ulmer, Peter/Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst-Diether*: AGB-Recht: Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum UklG, 12. Aufl., Otto Schmidt, Köln, 2016.

- Valleur, Francis*: L'intuitus personae dans les contrats, 1. Aufl., Lavergne, Paris, 1938.
- Verband der Privaten Krankenversicherung e.V.*: Zahlenbericht der Privaten Krankenversicherung 2018, Köln, 2019.
- Wallhäuser, Matthias/Schäfer-Gölz, Reiner/Witt Sebastian*: Der Chefarzt im Unternehmen Krankenhaus, 1. Aufl., Deutsche Krankenhaus Verlagsgesellschaft, Düsseldorf, 2011.
- Wandt, Manfred*: Gesetzliche Schuldverhältnisse: Deliktsrecht, Schadensrecht, Bereicherungsrecht, GoA: ein Lehrbuch für Studium und Examen, 9. Aufl., Franz Vahlen, München, 2019.
- Weimer, Tobias*: Ärztliche Dokumentation: Im Streitfall auf der sicheren Seite: Anforderungen an eine beweiskräftige elektronische Patientendokumentation, DÄBl. 2006, S. 15-17.
- Weller, Matthias*: Persönliche Leistungen, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- Wendeborst, Christiane*: Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht, AcP 2006, S. 205-299.
- Wendt, Gerlind*: Die ärztliche Dokumentation: eine beweisrechtliche Untersuchung zu ihrer Bedeutung für die Entscheidung der Sorgfaltsfrage bei der deliktischen Arzthaftung, 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2001.
- Wenzel, Frank*: Der Arzthaftungsprozess: Medizinschaden, Fehler, Folgen, Verfahren, 1. Aufl., Luchterhand, Köln, 2012.
- Wenzel-FA*: Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, hrsg. v. *Frank Wenzel*, 4. Aufl., Luchterhand, Köln, 2020.
- Wenzel/Weidinger*: Patientenrechtegesetz: Kommentar für die Praxis, hrsg. v. *Frank Wenzel, Patrick Weidinger*, 1. Aufl., medhochzwei Verlag, Heidelberg, 2017.
- Westphalen, Friedrich Graf von/Thüsing, Gregor*: Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, (Loseblattsammlung), Beck, München, 2020 (Stand: November 2019/44. Ergänzungslieferung).
- Wietbölter, Rudolf*: Arzt und Patient als Rechtsgenossen, in: Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der freien Berufe (Hrsg.), Die Aufklärungspflicht des Arztes, 1. Aufl., Deutscher Ärzte Verlag, Köln, 1962, S. 71-111.
- Wigge, Peter*: Chefarztstätigkeit und persönliche Leistungserbringung bei Wahlleistungen im Krankenhaus, R&R 2016, S. 882-884.
- Witzleb, Normann*: Geldansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.
- Wolf, Manfred/Lindacher, Walter/Pfeiffer, Thomas*: AGB-Recht, 6. Aufl., Beck, München, 2013.

In der Regel werden Patienten im Krankenhaus vom gerade diensthabenden Arzt behandelt. Wenn Patienten stattdessen von einem bestimmten Arzt behandelt werden wollen, müssen sie zusätzliche Gebühren zahlen. Dies wird umgangssprachlich als „Chefarztbehandlung“ bezeichnet, da häufig Chefarzte für die Behandlung ausgewählt werden. Chefarzte gelten nämlich gemeinhin als besonders erfahren und kompetent. Obwohl mit dem Patienten eine Chefarztbehandlung vertraglich vereinbart ist, sind es in vielen Fällen nicht die Chefarzte, die die einzelnen Behandlungsleistungen erbringen. Manchmal sind sie gar nicht an der Behandlung beteiligt und trotzdem werden alle Leistungen als Chefarztbehandlung abgerechnet. Ob und inwieweit das Gesetz eine derartige Praxis zulässt, ist Gegenstand der vorliegenden Dissertation.



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

ISBN: 978-3-86395-511-3

ISSN: 1864-2144

eISSN: 2512-689X

Universitätsverlag Göttingen