

# Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs

## Entscheidungen in Zivilsachen

mit Leitsätzen,  
Sachverhalt, Gründen und Anmerkungen

### Anmerkungen:

Gewährleistung des Werkunternehmers und Deliktshaftung (*A. Cahn*) – Abgabe frei verkäuflicher Feuerwerkskörper an Kinder (*U. Foerste*) – Beurkundungen eines deutschen Notars oder Schein-Notarvertreters im Ausland (*R. Geimer*) – Erstreckung des Moratoriums auf Fallgestaltungen, die der Sachenrechtsbereinigung nicht unterfallen (*B. Heß*) – Verschärfte Haftung des auf Rückzahlung in Anspruch genommenen Unterhaltsgläubigers (*G. Hohloch*) – Globalabtretung und Anfechtung eines Sicherheitspoolvertrages (*M. Huber*) – Entstehung der Vergütungspflicht für wahlärztliche Leistungen (*C. Katzenmeier*) – Bindungswirkung einer Architektenrechnung und der Einwand mangelnder Prüffähigkeit (*W. Koebler*) – Wettbewerbsrechtlicher Abwehranspruch und Verfahrensprivileg im behördlichen Verfahren (*H. Kohl*) – In Stellvertretung ohne beurkundete Vollmacht geschlossener Ehevertrag (*G. Langenfeld*) – Haftungsrisiken des Anwalts bei Erhebung von Abänderungs- oder Leistungsklagen zum nachhehlichen Unterhalt (*D. Leipold*) – Miturhebergemeinschaft und Ertragsverteilung in der BGB-Künstlergesellschaft (*U. Loewenheim*) – Ende der Verjährungsunterbrechung bei Abwarten eines Musterprozesses (*W. Niedenführ*) – Unklarheiten über die Anwendung von § 1 HWiG und Art. 1 der Richtlinie 85/57/EWG auf Bürgschaftsverträge (*T. Pfeiffer*) – Keine Anwendbarkeit des VerbrKrG auf Bürgschaft für gewerblichen Kredit (*W. Schmidt-Lademann*) – Nachträgliche Erhöhung des Pauschalhonorars für einen Bestellvertrag über ‚Comic-Übersetzungen‘ (*K. Vinck*) – Gefahrübergang bei Verkauf der Alleingesellschafterstellung an einer GmbH (*J. Wilhelm*)

(Nr. 87) BGB §§ 139, 138

1. Ein im Gesellschaftsvertrag selbständig praktizierender Tierärzte vereinbartes nachvertragliches Wettbewerbsverbot, nach dem der ausscheidende Gesellschafter „im Umkreis von 30 km vom Sitz der Praxis keinerlei tierärztliche Tätigkeit ausüben“ darf, ist sittenwidrig und nichtig, weil es in zeitlicher, räumlicher und gegenständlicher Hinsicht das notwendige Maß überschreitet.

2. Ein derart die Berufsausübungsfreiheit einschränkendes Wettbewerbsverbot kann nicht in entsprechender Anwendung des § 139 BGB in der Weise aufrechterhalten werden, daß das Gericht an Stelle der Betroffenen festlegt, mit welchen zeitlichen, räumlichen und gegenständlichen Grenzen das Verbot gilt.

*Urt. v. 14. 7. 1997 – II ZR 238/96 (Stuttgart) – NJW 1997, 3089 = MDR 1997, 953*

LM H. 1/1998 § 138 (Aa) BGB Nr. 55 m. Anm. Pfeiffer

(Nr. 88) BGB §§ 139, 612 II; BPhV §§ 7 II (i. d. F. vom 21. 8. 1985), 22 II (i. d. F. vom 26. 9. 1994)

Kommt zwischen Krankenhausträger und Patient eine wirksame Vereinbarung über wahlärztliche Leistungen nicht zustande, so steht dem behandelnden liquidationsberechtigten Arzt auch aus einem mündlich geschlossenen Arztzusatzvertrag kein Vergütungsanspruch zu.

*Urt. v. 19. 2. 1998 – III ZR 169/97 (KG) – NJW 1998, 1778 = MDR 1998, 582*

**Zum Sachverhalt:** Der Kl. ist Chefarzt der Abteilung für Plastische Chirurgie, Zentrum für Brandverletzte, des A-Krankenhauses in B. Er ist berechtigt, die von ihm oder von seinen Mitarbeitern unter seiner Verantwortung erbrachten ärztlichen Leistungen gesondert zu berechnen. Der Bkl. ließ sich am 28. 7. 1994 wegen der bei einem Unfall erlittenen Brandverletzungen im A-Krankenhaus operieren. Bei der Aufnahme des Bkl. in das Krankenhaus unterzeichnete seine Ehefrau „i. A.“ einen formularmäßigen „Antrag und Verpflichtungserklärung für Wahlleistungen und Selbstzahler“. In dem Antrag ist die Wahlleistung „Allgemeine Pflegekasse in Verbindung mit gesondert berechenbaren ärztlichen Leistungen“ angekreuzt. Der Kl. hat dem Bkl. für die ärztliche Behandlung in der Zeit vom 27. 7. bis 11. 8. 1994 einen Betrag von 11006,31 DM in Rechnung gestellt. Der Bkl. verweigert die Zahlung.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. ist erfolglos geblieben. Die – zugelassene – Revision des Kl. wurde zurückgewiesen.

**Aus den Gründen:** LG und BerGer. sind zu Recht davon ausgegangen, daß der Bkl. für die während seines Krankenhausaufenthalts erbrachten ärztlichen Leistungen keine besondere Vergütung schuldet.

1. Eine solche Vergütungspflicht des Bkl. ergibt sich nicht aufgrund des von der Ehefrau als seiner Vertreterin an das Krankenhaus gerichteten schriftlichen Antrags vom 27. 7. 1994 auf Gewährung (auch) ärztlicher Wahlleistungen. Denn nach § 7 II 1 der Bundespflegegesetzverordnung

nung (BPfV 1986) in der zur Zeit der stationären Behandlung des Bekl. geltenden Fassung vom 21. 8. 1985 (BGBl I, 1666; jetzt: § 22 II 1 BPfV 1995 vom 26. 9. 1994, BGBl I, 2750) sind Wahlleistungen vor der Erbringung schriftlich zu vereinbaren; der Patient ist vor Abschluß der Vereinbarung über die Entgelte der Wahlleistungen zu unterrichten. Diese Voraussetzungen für eine wirksame Wahlleistungsabrede sind nicht erfüllt.

a) § 7 II 1 BPfV 1986 bzw. § 22 II 1 BPfV 1995 dienen vor allem dem Schutz des Patienten (vgl. die Amtl. Begr., BR-Dr 574/84, S. 14, zu Art. 2 Nr. 2 der Zweiten Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Ärzte und Vierten Verordnung zur Änderung der Bundespflegesatzverordnung vom 20. 12. 1984, BGBl I, 1680). Dieser soll vor übereilten Entscheidungen und den für ihn regelmäßig nicht überschaubaren Kostenrisiken der Wahlleistungsvereinbarung geschützt werden. Des weiteren erleichtert die Vorschrift den Nachweis, mit welchem Inhalt die Wahlleistungsvereinbarung zustande gekommen ist (vgl. *Uleer/Miebach/Patt*, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 1996, § 22 BPfV 1995 Anm. 2.3.b).

aa) Hier liegt nur ein schriftlicher Antrag auf Gewährung von Wahlleistungen vor, der nach § 6 IV der Allgemeinen Vertragsbedingungen des Krankenhauses als angenommen gelten soll, wenn die beantragte Leistung tatsächlich gewährt ist oder das Krankenhaus nicht durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Antragsteller bis zum Ende des auf den Zugang des Antrags folgenden Werktags widerspricht. Das genügt nicht. Nach dem Wortlaut des § 7 II 1 BPfV 1986 bzw. § 22 II 1 BPfV 1995 sind Wahlleistungen schriftlich „zu vereinbaren“. Damit hat der Ordnungsgeber eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß das Schriftformerfordernis für die Erklärungen beider Parteien der Wahlleistungsabrede gilt. Demgegenüber ist nach § 126 II 1 BGB die Form grundsätzlich nur gewährt, wenn alle die Wahlleistungen betreffenden Erklärungen in derselben Urkunde niedergelegt und von beiden Parteien unterzeichnet sind (vgl. *Uleer/Miebach/Patt*, § 22 BPfV 1995 Anm. 2.3.b). Daran fehlt es vorliegend.

Somit ist zwischen dem Bekl. und dem Krankenhaus keine wirksame Wahlleistungsabrede getroffen worden (§ 125 S. 1 BGB). Daß es nach den besonderen Umständen des Einzelfalls dem Bekl. nach Treu und Glauben verwehrt sein könnte, sich auf die Nichtigkeitsfolge des § 125 S. 1 BGB zu berufen, ist nicht ersichtlich. Auch die Revision erinnert insoweit nichts.

bb) Das BerGer. ist des weiteren der Auffassung, der Bekl. bzw. dessen Ehefrau seien vor Abschluß der Wahlleistungsvereinbarung bzw. vor Abgabe des Antrags nicht in hinreichender Weise über die Entgelte für die Wahlleistungen unterrichtet worden (vgl. hierzu *Senat*, NJW 1996, 781 [782] = LM H. 5/1996 BPfV Nr. 8) Diese Ausführungen des BerGer. lassen Rechtsfehler nicht erkennen.

b) Die Revision macht geltend, die Unwirksamkeit der Wahlleistungsabrede lasse sich nicht mit einem Verstoß gegen § 7 II 1 BPfV 1986 begründen, weil diese Bestimmung mangels hinreichender Ermächtigungsgrundlage unwirksam und damit nichtig sei. Dem folgt der *Senat* nicht.

Die Bundespflegesatzverordnung vom 21. 8. 1985 stützt sich auf die §§ 16, 17 II 1 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (KHG) vom 29. 6. 1972 (BGBl I, 1009) i. d. F. des Krankenhaus-Neuordnungsgesetzes vom 20. 12. 1984 (BGBl I, 1716). In der Bundespflegesatzverordnung werden nähere Regelungen über die Entgelte der Benutzer oder ihrer Kostenträger für stationäre und teilstationäre Leistungen des Krankenhauses getroffen (vgl. § 2 Nr. 4 KHG). In § 17 KHG werden die Grundsätze für die Ausgestaltung der Pflegesätze, in § 18 KHG wird das Pflegesatzverfahren geregelt. Damit hat der Gesetzgeber die Tendenz und das Programm der Gestaltung der Pflegesätze so weit umrissen, daß sich der Zweck und der mögliche Inhalt der Verordnung in einer den Anforderungen des Art. 80 I 2 GG genügenden Weise bestimmen lassen (vgl. nur *BVerfGE* 80, 1 [20f.] = NJW 1989, 2317 L; *BVerfGE* 85, 97 [104f.] = NJW 1992, 550 m. w. Nachw.).

Nach § 17 II 1 KHG in der ursprünglichen Fassung war bei der Bemessung der Pflegesätze zu berücksichtigen, ob Arztkosten oder Nebenkosten gesondert berechnet werden; dabei hatte der Ordnungsgeber zu regeln, welche Kosten als Arzt- oder Nebenkosten anzusehen sind. Durch das Krankenhaus-Neuordnungsgesetz ist diese Bestimmung aufgehoben und ihr Regelungsgehalt in § 16 S. 1 KHG übernommen worden. Nach den Nummern 2 und 4 dieser Bestimmung wird der Ordnungsgeber unter anderem dazu ermächtigt, Vorschriften über die Abgrenzung der allgemeinen stationären und teilstationären Leistungen des Krankenhauses von den Wahlleistungen sowie über die Berücksichtigung der Erlöse aus den Wahlleistungen des Krankenhauses bei der Bemessung der Pflegesätze zu treffen.

Nach Auffassung des *Senats* ist diese Ermächtigungsnorm nicht – wie die Revision meint – so eng auszulegen, daß der Ordnungsgeber gleichsam nur im Wege einer abstrakten Definition festlegen könnte, wie die allgemeinen Krankenhausleistungen ihrem Gegenstand nach von den Wahlleistungen abzugrenzen sind. Dies stünde schon im Widerspruch zu dem weiten Pflegesatzbegriff des § 2 Nr. 4 KHG, der alle Entgelte für stationäre und teilstationäre Leistungen des Krankenhauses erfaßt, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Entgelte für allgemeine Krankenhausleistungen oder für Wahlleistungen handelt und in welcher Form diese Entgelte berechnet werden (vgl. *Dietz/Bofinger*, Krankenhausfinanzierungsgesetz, Bundespflegesatzverordnung und Folgerecht I, § 2 KHG Erl. 13, § 16 KHG Erl. 2 Nr. 1; *Krauskopf/Feuerstein*, KHG II, 2. Aufl., § 2 Nr. 4 Anm.). Vielmehr kann der Ordnungsgeber auch regeln, welchen förmlichen und inhaltlichen Anforderungen eine Wahlleistungsabrede genügen muß, um so zum Schutz und im Interesse des Patienten zu gewährleisten, daß auch im jeweiligen individuellen Vertragsverhältnis Klarheit darüber besteht, welche Leistungen welchem Bereich zuzuordnen sind und welche finanziellen Auswirkungen dies hat. Ausgehend von einem solchen Normverständnis konnte der Ordnungsgeber anordnen, daß Wahlleistungsvereinbarungen vor Leistungserbringung schriftlich zu treffen sind und

der Patient vor Abschluß dieser Vereinbarung über die dafür anfallenden Entgelte zu unterrichten ist, ohne damit die bei Erlaß der Bundespflegesatzverordnung vom 21. 8. 1985 von der gesetzlichen Ermächtigung vorgegebenen Grenzen zu überschreiten (vgl. *BVerfGE* 58, 68 [79] = *NJW* 1981, 1998).

2. Da es an einer wirksamen Wahlleistungsvereinbarung fehlt, steht dem Kl. auch dann kein (besonderer) Vergütungsanspruch aus § 612 II BGB in Verbindung mit der Gebührenordnung für Ärzte zu, wenn zwischen ihm und dem Bekl. – wie vom Kl. behauptet – mündlich ein Arztzusatzvertrag abgeschlossen worden sein sollte. Dies ergibt sich aus § 139 BGB.

a) Beim Krankenhausvertrag werden herkömmlicherweise drei typische Gestaltungsformen unterschieden. Beim totalen Krankenhausvertrag verpflichtet sich der Krankenhausträger, alle für die stationäre Behandlung erforderlichen Leistungen einschließlich der ärztlichen Versorgung zu erbringen. Beim gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrag beschränkt sich der Vertrag mit dem Krankenhausträger auf die Unterbringung, Verpflegung und pflegerische Versorgung, während die ärztlichen Leistungen aufgrund eines besonderen Vertrags mit dem Arzt erbracht werden. Beim totalen Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag verpflichtet sich das Krankenhaus ebenfalls zur umfassenden Leistungserbringung einschließlich der ärztlichen. Daneben schließt der Patient einen weiteren Vertrag über die ärztlichen Leistungen mit dem behandelnden Arzt.

b) Trifft ein Patient mit einem Krankenhausträger eine Vereinbarung über wahlärztliche Leistungen i. S. des § 7 BpflV 1986 bzw. § 22 BpflV 1995, so ist es eine Frage der Vertragsgestaltung im Einzelfalle, welchem Vertragstyp der jeweilige Krankenhausvertrag zuzuordnen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Patient, der ärztliche Wahlleistungen in Anspruch nimmt, sich damit die persönliche Zuwendung und besondere fachliche Qualifikation und Erfahrung des von ihm gewählten liquidationsberechtigten Arztes – und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er nach Art und Schwere der Erkrankung auf die Behandlung durch einen besonders qualifizierten Arzt angewiesen ist – „hinzukaufen“ will, ohne daß er deswegen den Krankenhausträger aus der Verpflichtung entlassen will, ihm die ärztlichen Leistungen gleichfalls zu schulden. Diesem Interesse wird der totale Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag umfassend gerecht. Für ärztliche Behandlungsfehler haften sowohl Krankenhausträger als auch Arzt aus Vertrag, ohne daß deshalb der Patient eine über die mit dem Krankenhausträger getroffene Entgeltabrede hinausgehende (weitere) Vergütung schuldet. Der Abschluß eines Arztzusatzvertrags hat insoweit lediglich die „konstruktive“, die finanziellen Interessen des Patienten nicht berührende Folge, daß der liquidationsberechtigte Arzt die – im allgemeinen auf der Gebührenordnung für Ärzte unter Berücksichtigung eines Abschlags (vgl. § 6a GOÄ) fußende – gesonderte Berechnung der ärztlichen Wahlleistung (auch) aus originär eigenem Recht und nicht nur aus § 328 BGB als begünstigter Dritter des Krankenhausvertrags oder als Abtretungsempfänger des Krankenhauses vornimmt (vgl. *Müller-Gloge*, in: *MünchKomm*, 3. Aufl., § 611 Rdnr. 75).

Angesichts dieser Interessenlage ist der – hier unstreitig ins Auge gefaßte totale Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag der Regelfall bei der Inanspruchnahme ärztlicher Wahlleistungen (*BGHZ* 95, 63 [67 ff.] = *NJW* 1985, 2189 = *LM* § 823 [Aa] BGB Nr. 79; *BGHZ* 121, 107 [110 f.] = *NJW* 1993, 779 = *LM* H. 7/1993 § 276 [A] BGB Nr. 18), der gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrag dagegen der Ausnahmefall, an dessen wirksamer Vereinbarung wegen der damit einhergehenden wesentlichen Beschneidung der Rechtsstellung des Patienten in vorformulierten Vertragsklauseln oder in AGB hohe Anforderungen zu stellen sind (*BGHZ* 121, 107 [112 ff.] = *NJW* 1993, 779 = *LM* H. 7/1993 § 276 [A] BGB Nr. 18).

c) Soll die wahlärztliche Behandlung bei einem stationären Krankenhausaufenthalt – wie regelmäßig – in der Form erfolgen, daß der Patient nicht nur mit dem Krankenhaus, sondern auch mit den behandelnden liquidationsberechtigten Ärzten vertragliche Beziehungen einget, so ist es weiterhin eine Frage der Vertragsgestaltung im Einzelfall, ob der (zusätzliche) Vertrag, der zwischen dem Patienten und dem Arzt geschlossen werden soll, bereits – im Wege eines Vertretergeschäfts – unmittelbar Gegenstand der zwischen dem Krankenhaus und dem Patienten abgeschlossenen Wahlleistungsvereinbarung ist, oder ob es hierzu einer weiteren Abrede zwischen dem Arzt und dem Patienten bedarf.

Ist der Arztzusatzvertrag – wie hier; nach dem Text des vom A-Krankenhaus verwendeten Antragsformulars wird die Vereinbarung mit dem Krankenhaus über die gesondert berechenbaren „ärztlichen Leistungen“ erst wirksam, wenn die entsprechende Vereinbarung mit dem betreffenden liquidationsberechtigten Arzt zustande gekommen ist – nicht bereits Bestandteil der Wahlleistungsvereinbarung, so kann dieser Arztvertrag nach den allgemeinen Bestimmungen des BGB auch mündlich oder durch konkludentes Verhalten (Behandlung in Kenntnis der mit dem Krankenhaus getroffenen Wahlleistungsvereinbarung) geschlossen werden. § 7 BpflV 1986 bzw. § 22 BpflV 1995 stehen dem nicht entgegen. Diese Bestimmungen erfassen ihrem Wortlaut nach nur die zwischen dem Krankenhaus und dem Patienten abzuschließende Wahlleistungsvereinbarung als solche. Auch der Schutzzweck dieser Bestimmungen wird insoweit nicht beeinträchtigt. Der Warn- und Beweisfunktion der Schriftform bzw. dem Kosteninteresse des Patienten, dem die Unterrichtungspflicht über die besonderen Entgelte dient, ist auch dann ansreichend Genüge getan, wenn allein die Wahlleistungsvereinbarung die Voraussetzungen des § 7 II 1 BpflV 1986 bzw. des § 22 II 1 BpflV 1995 erfüllt. Eine nochmalige schriftliche Vereinbarung bzw. eine wiederholte Unterrichtung über das zu zahlende Entgelt ist entbehrlich, zumal der Arztzusatzvertrag, der zu dem totalen Krankenhausvertrag hinzutritt, für den Patienten – wie ausgeführt – nur Vorteile mit sich bringt.

Ein mündlich oder konkludent abgeschlossener Arztvertrag ist freilich gem. § 139 BGB dann unwirksam, wenn die Wahlleistungsvereinbarung, die er ergänzen (Arztzusatzvertrag) bzw. (beim gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrag) vervollständigen soll, ihrerseits unwirksam

ist, also insbesondere die formalen Voraussetzungen des § 7 II BPfIV 1986 bzw. § 22 II BPfIV 1995 nicht erfüllt. Auch zwei äußerlich selbständige Vereinbarungen können eine rechtliche Einheit i. S. des § 139 BGB bilden, und zwar selbst dann, wenn an ihnen – wie hier – zum Teil verschiedene Personen beteiligt sind. Voraussetzung hierfür ist allerdings im allgemeinen, daß diese Vereinbarungen nach den Vorstellungen der Parteien miteinander „stehen und fallen“ sollen; der maßgebliche Verknüpfungswille ist dabei aufgrund der Erklärungen und der Interessenlage der Vertragsschließenden mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln (vgl. nur *BGH*, NJW-RR 1990, 442 [443] = LM § 138 [Ca] BGB Nr. 20; NJW 1992, 3237 [3238] = LM H. 12/1992 BeurkG Nr. 41/42).

Besonderer tatrichterlicher Feststellungen – die die Revision vermißt – zum Vorliegen eines „Einheitlichkeitswillens“ bedarf es jedoch vorliegend nicht. Die Verknüpfung des rechtlichen Schicksals des Arztzusatzvertrags mit dem der Wahlleistungsvereinbarung ist nicht (nur) eine Frage des Parteiwillens; sie ist vielmehr durch die Bestimmungen der Bundespflegesatzverordnung normativ vorgegeben. Nach § 2 I 1 i. V. mit § 1 I BPfIV 1986 bzw. 1995 sind insbesondere auch die ärztlichen Leistungen, gleichgültig ob sie als allgemeine oder als Wahlleistung erbracht werden, als Krankenhausleistungen i. S. der Bundespflegesatzverordnung zu verstehen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sich die auf Veranlassung bzw. unter Mitwirkung des Krankenhausträgers erbrachten ärztlichen Leistungen aufgrund der Vertragslage im zivilrechtlichen Sinne als dienstvertraglich geschuldete Leistung nur des Krankenhausträgers oder – wie regelmäßig – auch des Arztes darstellen.

3. Dem Kl. steht auch kein Anspruch unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zu. Die Unwirksamkeit der Wahlleistungsvereinbarung und die Nichtigkeit des Arztzusatzvertrags haben nicht zur Folge, daß – wie die Revision in anderem Zusammenhang meint – die ärztliche Behandlung des Bekl. auf vertragsloser Grundlage geschah. Die Nichtigkeit der Wahlleistungsabrede bewirkt lediglich, daß die im Rahmen des an sich wirksamen (totalen) Krankenhausvertrags erbrachten ärztlichen Leistungen nicht gesondert berechnet werden können und dem Krankenhausträger insoweit – weil dem Schutzzweck des § 7 BPfIV 1986 bzw. § 22 BPfIV 1995 zuwiderlaufend – für etwaige (im Vergleich zum Standard bei der Leistungserbringung im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistungen) „überschießende“ ärztliche Leistungen auch kein Bereicherungsanspruch nach § 812 BGB zusteht (vgl. *Senat*, NJW 1996, 781 [782] = LM H. 5/1996 BPfIV Nr. 8).

Sind somit die vom Kl. oder seinem Vertreter erbrachten ärztlichen Leistungen aufgrund der vertraglichen Beziehungen des Bekl. mit dem Krankenhaus mit Rechtsgrund erfolgt, so ist daneben für einen Bereicherungsanspruch des Kl. kein Raum.

**Anmerkung:** 1. *Problembeschreibung:* Die Entscheidung ergeht zur Frage der Vergütungspflicht wahlärztlicher Leistungen. Wahlleistungen (§ 7 BPfIV 1986, jetzt § 22 BPfIV 1995) gehören nach § 2 I 1 i. V. m.

§ 11 BPfIV 1986/1995 zu den Krankenhausleistungen. Bei ihrer Vereinbarung erhält der Patient gegenüber dem Krankenhausträger als Vertragspartner einen Anspruch auf persönliche Betreuung und Behandlung durch die liquidationsberechtigten Ärzte. Wahlleistungen sind vor der Erbringung schriftlich zu vereinbaren und der Patient ist vor Abschluß der Vereinbarung über die Entgelte der Wahlleistungen und deren Inhalt im einzelnen zu unterrichten (§ 7 II 1 BPfIV 1986; § 22 II 1 BPfIV 1995), nur dann dürfen sie neben dem Pflegesätzen gesondert berechnet werden. Ein zusätzlicher Behandlungsvertrag mit dem Krankenhausarzt über die Erbringung wahlärztlicher Leistungen ist heute regelmäßig (abw. ergibt sich z. T. aus dem Beamtenrecht) nicht mehr erforderlich (vgl. *BGHZ* 95, 63 [67] = NJW 1985, 2189 = LM § 823 [Aa] BGB Nr. 79; *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* [Hg.], Hdb. d. ArztR, 1992, § 86 Rdnr. 133; eingehend *Reiling*, MedR 1995, 443 [448 ff.]), wird jedoch zumeist geschlossen, womit dem Arzt ein eigenes originäres Liquidationsrecht zusteht. Für diesen Arztzusatzvertrag ist keine besondere Form vorgeschrieben.

Der *BGH* verknüpft das rechtliche Schicksal des Arztzusatzvertrages mit dem des Krankenhausvertrages, indem er dem behandelnden Arzt einen Vergütungsanspruch aus einem mit dem Patienten mündlich geschlossenen Arztzusatzvertrag versagt, wenn zwischen Krankenhausträger und Patient keine (form-)wirksame Wahlleistungsvereinbarung zustande gekommen ist.

2. *Rechtliche Wertung:* Das Urteil ist für das Krankenhausvertragsrecht von nachhaltiger Bedeutung, wegen der Ausführungen zu allgemeinen Fragen der Formnichtigkeit gem. §§ 125 S. 1, 126 II 1 BGB und der Teil-/Gesamtnichtigkeit von Verträgen gem. § 139 BGB aber auch darüber hinaus von Interesse.

Mit der Feststellung des *BGH*, daß für eine wirksame Wahlleistungsabrede der schriftliche Antrag des Patienten nicht ausreicht, weil nach § 7 II 1 BPfIV 1986 (§ 22 II 1 BPfIV 1995) Wahlleistungen schriftlich „zu vereinbaren“ sind, wird eine in der Rechtsprechung bislang streitige Frage nunmehr höchstrichterlich entschieden. Mehrere Instanzgerichte hatten in den letzten Jahren aufgrund angestellter Überlegungen zum Schutzzweck des Formerfordernisses eine Gegenzeichnung durch die Behandlungsseite für entbehrlich erachtet (vgl. die im vorstehenden Urteil nicht erwähnten Entscheidungen der *LG Flensburg*, MedR 1993, 200; *OLG Stuttgart*, VersR 1994, 1476; auch *OLG Köln*, VersR 1989, 1264). Sinn und Zweck der vorgesehenen Schriftform ist in erster Linie der Schutz des Patienten vor übereilten Entschlüssen und Handlungen. Ihm soll die Verpflichtung zur besonderen Bezahlung der Wahlleistungen verdeutlicht werden. Für eine solche Warnfunktion aber reicht es aus, daß der Patient das erkennbar vom Krankenhausträger stammende Antragsformular unterschreibt. Der Unterzeichnung durch die Gegenseite bedarf es dafür nicht. Auch einer mit dem Formerfordernis verfolgten Beweissicherungsfunktion zugunsten des Krankenhausträgers (im Hinblick auf die Gewähr der besonderen Behandlungsform und der Kostenerstattung hierfür), ist mit der Unterschrift des Patienten, der

damit bestätigt, daß er die Wahlleistungen gewünscht hat, an sich Genüge getan (anders *LG Hamburg*, MedR 1995, 333).

Solche Schutzzwecküberlegungen mögen Anlaß zur Kritik am geltenden Pflegesatzrecht geben. Sie ermächtigen die Gerichte aber nicht zur offenen Korrektur einer Grundentscheidung des Verordnungsgewalters. Mit der Regelung des § 7 II 1 BpflV 1986 (§ 22 II 1 BpflV 1995) hat dieser eindeutig (und unter Einhaltung der von den §§ 16, 17 II 1 KHG als Ermächtigungsgrundlage der BpflV gezogenen Grenzen) zum Ausdruck gebracht, daß das Schriftformerfordernis für die Erklärungen beider Parteien Gültigkeit besitzt. Demgemäß ist nach § 126 II 1 BGB die Form grundsätzlich nur gewahrt, wenn alle die Wahlleistungen betreffenden Erklärungen in derselben Urkunde niedergelegt und von beiden Parteien unterzeichnet sind. Der *BGH* geht daher bei fehlender Gegenzeichnung durch den Krankenhausträger zu Recht davon aus, daß die Wahlleistungsvereinbarung nach § 125 S. 1 BGB nichtig ist, Zahlungsansprüche aus ihr mithin nicht hergeleitet werden können.

Mit dieser gesetzestrengen Sichtweise erfolgte jedoch zugleich die Weichenstellung zu der Versagung eines eigenen originären Liquidationsrechtes des klagenden Chefarztes. Im Ausgangspunkt unterscheidet der *III. Zivilsenat* den als Regelfall bei der Inanspruchnahme ärztlicher Wahlleistungen geltenden (vgl. *BGHZ* 95, 63 [67 ff.] = *NJW* 1985, 2189 = *LM* § 823 [Aa] BGB Nr. 79; *BGHZ* 121, 107 [110 f.] = *NJW* 1993, 779 = *LM* H. 7/1993 § 276 [A] BGB Nr. 18) auch hier von Patient und Chefarzt unstreitig ins Auge gefaßten, Arztzusatzvertrag deutlich von der Vertragsbeziehung zum Krankenhausträger, und betont, daß dieser nach den allgemeinen Bestimmungen des BGB auch formlos geschlossen werden kann. Eine analoge Anwendung des § 7 II 1 BpflV 1986 (§ 22 II 1 BpflV 1995) ist weder geboten, noch lassen sich Versäumnisse des Krankenhausträgers bei der Wahlleistungsvereinbarung auf diese Weise kompensieren. Die Eigenständigkeit des Arztzusatzvertrages geht dann aber dadurch weitgehend verloren, daß das Gericht ihn gemäß § 139 BGB als unwirksam betrachtet, sofern die Wahlleistungsvereinbarung sich als nichtig darstellt. Zwei unterschiedliche Leistungsbeziehungen mit darüber hinaus verschiedenen Beteiligten werden so als Teile eines einheitlichen Rechtsgeschäfts qualifiziert. Die Anwendung des § 139 BGB auf solche Fallgestaltungen bedarf besonderer Begründung (zum Meinungsstand vgl. *Staudinger/H. Roth*, 13. Bearb. [1996], § 139 Rdnr. 43). Der erkennende *Senat* sieht die erforderliche Einheit durch § 2 I 1 i. V. m. § 1 I BpflV 1986/1995, wonach Krankenhausleistungen die Wahlleistungen umfassen, normativ vorgegeben. Diese Rechtsprechung nimmt dem Arzt jede Möglichkeit, bei einem zur Unwirksamkeit der Wahlleistungsvereinbarung führenden Fehler des Krankenhausträgers, im eigenen Vertragsverhältnis zum Patienten einen Honoraranspruch für die persönlich erbrachten Leistungen wirksam zu begründen. Letztlich wird man der Lösung des *III. Zivilsenats* aber zustimmen können in Anbetracht insbesondere des Umstandes, daß seit dem Inkrafttreten der BpflV 1986 jedenfalls der Klinikträger als Vertragspartner der Vereinbarung wahlärztlicher Leistungen in Erscheinung treten muß, sowie der hieran anknüpfenden Tatsache, daß der Abschluß eines zusätzlichen Behandlungsvertrages

mit dem Krankenhausarzt über die Erbringung wahlärztlicher Leistungen nicht erforderlich ist, und er dort, wo er erfolgt, die Wahlleistungsvereinbarung lediglich ergänzt.

3. *Praktische Folgen*: Krankenhausträger müssen ihre immer noch anzutreffende Vertragspraxis, Wahlleistungsvereinbarungen lediglich vom Patienten unterzeichnen zu lassen, ändern, und diese vor der Leistungserbringung gegenzeichnen. Nur dann kann der liquidationsberechtigte Arzt die erbrachten wahlärztlichen Leistungen gesondert berechnen, sei es als aus dem Krankenhausvertrag gemäß § 328 BGB berechtigter Dritter oder als Abtretungsempfänger des Krankenhausträgers, sei es aus eigenem originärem Recht im Falle eines zusätzlich geschlossenen Arztzusatzvertrages. Andernfalls steht dem Chefarzt gegen den Krankenhausträger ein (der sechsmonatigen Ausschußfrist des § 70 BAT unterliegender) Schadensersatzanspruch aus pVV wegen schuldhaften Verstoßes gegen eine Nebenpflicht aus dem Chefarztvertrag oder ein Anspruch wegen Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht zu.

Wiss. Ass. Dr. Christian Katzenmeier, Heidelberg