
Informationspapier der Deutschen Krankenhausgesellschaft zum Angebot medizinischer Wahlleistungen durch Krankenhäuser

Angesichts des schmäler werdenden Leistungsspektrums der gesetzlichen Krankenversicherung spielen Angebote von individuellen medizinischen Wunsch- bzw. Zusatz- oder Alternativleistungen, die der Patient selbst bezahlt, eine zunehmende Rolle. Im niedergelassenen Bereich gibt es kaum eine Praxis, die keinen Katalog so genannter Individueller Gesundheitsleistungen (IGeL) vorhält. Dieses Informationspapier soll daher einen Überblick über die Möglichkeiten des Angebots derartiger Wunschleistungen auch im Krankenhausbereich geben und darüber informieren, was bei dem Angebot und der Inanspruchnahme durch den Patienten zu beachten ist. Im Vordergrund stehen dabei rechtliche Aspekte eines Wahlleistungsangebotes. Darüber hinaus sind jedoch insbesondere auch ethische und betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die hier aber nicht weiter vertieft werden sollen.

1. Rechtlicher Rahmen für das Angebot medizinischer Wahlleistungen

Die Frage, welchen Spielraum die einschlägigen Rechtsvorschriften Krankenhäusern für das Angebot medizinischer Wahlleistungen eröffnen, ist mit Blick auf § 2 Abs. 2 Satz 1 KHEntgG / BpflV zu beantworten. Diese Vorschrift definiert als **allgemeine Krankenhausleistungen** diejenigen Krankenhausleistungen, „**die** unter Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des Krankenhauses im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit **für die medizinisch zweckmäßige und ausreichende Versorgung des Patienten notwendig sind.**“ Die Regelung korrespondiert mit dem Leistungsanspruch des gesetzlich versicherten Patienten gemäß § 39 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 SGB V, der ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche, das Maß des Notwendigen nicht überschreitende Leistungen beinhaltet, insoweit aber auch begrenzt ist.

Danach können als (medizinische) **Wahlleistungen solche** Krankenhausleistungen angeboten werden, **die nicht zu den allgemeinen Krankenhausleistungen zählen** und auf die der Patient keinen Leistungsanspruch gegenüber seiner Krankenversicherung hat. Seit langem vertraute Wahlleistungsangebote wie die Wahlarztbehandlung und die Wahlleistung Unterkunft unterliegen den Bestimmungen des § 17 KHEntgG, der ab dem 1.1.2005 auch im Anwendungsbereich der Bundespflegesatzverordnung gilt. Es ist nachfolgend noch zu untersuchen, inwieweit diese Vorschriften auch das Angebot medizinischer Wahlleistungen regeln. Zu beachten ist in jedem Falle, dass eine generelle und unveränderbare Festlegung, welche Leistungen notwendige Versorgungsleistungen sind, nicht möglich ist. Die Feststellung, was einer medizinisch zweckmäßigen und ausreichenden Versorgung entspricht, unterliegt nämlich nicht nur fortschrittsbedingten Veränderungen, sondern hängt auch ab von der Art und Schwere der Erkrankung des einzelnen Patienten. So ist beispielsweise anerkannt, dass es sich bei der Behandlung durch den Chefarzt um eine allgemeine Krankenhausleistung und nicht um eine Wahlarztbehandlung nach § 17 Abs. 3

KHEntgG handelt, wenn die besonderen Erfahrungen und Fähigkeiten des Chefarztes im Einzelfall für eine ausreichende Behandlung notwendig sind; gleiches gilt für die Unterbringung auf einem Zwei- bzw. Einbettzimmer (vgl. „Beihilfeentscheidung“ des BVerfG vom 7.11.2002, 2 BvR 1053/98). Jedenfalls bei der Unterbringung hängt die Abgrenzung im Übrigen vom allgemeinen Standard des Krankenhauses ab (BVerfG aaO).

Bei medizinischen Wahlleistungen handelt es sich dementsprechend um solche Leistungen des Krankenhauses, die über den im Einzelfall zu bestimmenden Umfang der allgemeinen Krankenhausleistungen hinaus gehen, welche der Patient als Sachleistungen seiner gesetzlichen Krankenversicherung beanspruchen kann, weil sie zur Behandlung einer Erkrankung oder zur Früherkennung erforderlich sind. Gleiches gilt im Verhältnis zu Privatpatienten (Selbstzahler bzw. PKV-Versicherte), weil die allgemeinen Krankenhausleistungen gemäß § 8 Abs. 1 KHEntgG für alle Benutzer des Krankenhauses einheitlich zu berechnen sind und sich deshalb auch hier die Frage stellt, ab wann bzw. wofür das Krankenhaus eine zusätzliche Vergütung beanspruchen kann. Je nach Versicherungstarif mag der Erstattungsanspruch des PKV-Versicherten allerdings weiter reichen als der Leistungsanspruch des GKV-Versicherten.

2. Fallgruppen medizinischer Wahlleistungen

Vor diesem Hintergrund lassen sich mögliche medizinische Wahlleistungen in vier Fallgruppen unterteilen:

a) Fehlende medizinische Indikation

Fehlt es an einer medizinischen Indikation, d.h. an einer Erkrankung, die eine Behandlung notwendig macht, hat der Patient für die von ihm gewünschten Leistungen keinen Anspruch auf Leistungen seiner Krankenversicherung. Dementsprechend handelt es sich bei den gewünschten Leistungen auch nicht um allgemeine Krankenhausleistungen, sondern um medizinische Wahlleistungen. Dies betrifft beispielsweise Schönheitsoperationen (Nasenkorrekturen, Brustvergrößerungen etc.), Fettabsaugungen, medizinisch nicht indizierte Sterilisationen (§ 24b Abs. 1 SGB V) oder auch eine medizinisch nicht indizierte verlängerte Verweildauer im Krankenhaus. Ausnahmen sind allerdings z.B. in Form einer zur Beseitigung von Unfallfolgen indizierten plastischen Operation denkbar, was für den Fall einer Fehlbelegungsprüfung entsprechend zu dokumentieren wäre.

Wahlleistungen dieser Fallgruppe unterscheiden sich von den beiden folgenden Fallgruppen durch das völlige Fehlen eines Zusammenhanges mit einer allgemeinen Krankenhausleistung. Dementsprechend ergeben sich nicht nur Besonderheiten bei der Vergütung (s. dazu unten 3.); erhöhte Aufmerksamkeit ist auch auf förder- und steuerrechtliche Konsequenzen des Erbringens derartiger Leistungen durch ein Plankrankenhaus zu richten (s. dazu unten 4. und 5.).

b) Leistungen anlässlich einer medizinisch indizierten Krankenhausbehandlung

Medizinische Wahlleistungen können auch neben allgemeinen Krankenhausleistungen erbracht werden, wenn der Patient anlässlich der stationären Behandlung einer Krankheit Leistungen wünscht, die zur Behandlung der Erkrankung nicht notwendig

sind. Das ist z.B. der Fall, wenn der Patient eine erweiterte Labordiagnostik (z.B. auf HIV, Cholesterin etc.), Massagen oder das zusätzliche Anwenden alternativer Behandlungsmethoden oder naturheilkundlicher Verfahren wünscht (z.B. homöopathische Begleitbehandlung zur Verbesserung der Wundheilung). Auch hier sind grundsätzlich die in der ersten Fallgruppe angesprochenen steuerrechtlichen Konsequenzen zu berücksichtigen.

Zu beachten ist zudem, dass § 17 Abs. 1 S. 2 KHEntgG diagnostische und therapeutische Wahlleistungen dem Arzt vorbehalten. Diese Vorschrift soll zwar im Interesse des Wahlleistungspatienten die Kette der mit den ärztlichen Leistungen des leitenden Arztes verbundenen weiteren Leistungen auf Ärzte beschränken und zielt insoweit auf eine Begrenzung der gesonderten Berechnung allgemeiner Krankenhausleistungen als wahlärztliche Leistungen; sie greift aber in ihrem Wortlaut darüber hinaus (Dietz/Bofinger, Erl. Nr. II. 6. zu § 22 BpflV). Dementsprechend sind nach dem Wortlaut dieser Vorschrift medizinische Wahlleistungen z.B. eines Physiotherapeuten oder anderer Heilberufler ausgeschlossen, soweit sie nicht unter der Aufsicht und nach fachlicher Weisung des leitenden Arztes erbracht werden. Insoweit scheint eine teleologische Reduktion dieser Vorschrift geboten; dies kann jedoch nicht als anerkannt gelten.

c) Alternativleistungen

In ihrer Abgrenzung gegenüber allgemeinen Krankenhausleistungen am problematischsten sind die Fälle, in denen für eine medizinisch notwendige Behandlung innovative Alternativen zur Verfügung stehen, die mit höheren Kosten verbunden sind und die mit Blick auf den (nachhaltigen) Behandlungserfolg auch nicht als gleichwertig zu bezeichnen sind. Dies betrifft z.B. unterschiedliche Qualitäten bzw. Eigenschaften von Arzneimitteln oder Implantaten (z.B. Medikamente-freisetzen/nicht freisetzen Koronarstents, unterschiedliche Qualitäten bei Endoprothesen, Paukenröhrchen aus Kunststoff bzw. Edelmetall, unterschiedliche Linsenqualitäten bei Kataraktoperationen) oder auch eine medizinisch nicht indizierte Wunschsektio. Problematisch ist hier die Bestimmung des Umfangs der allgemeinen Krankenhausleistung und eines sich daraus u.U. ergebenden Spielraums für ein Wahlleistungsangebot. So ist beispielsweise der Medikamente-freisetzen Stent jetzt zwar in den Zusatzentgeltkatalog für 2005 aufgenommen worden, was als Ausweis einer wissenschaftlichen Anerkennung zu werten ist. Unklar ist jedoch weiter, unter welchen Voraussetzungen es sich um eine zusatzentgeltfähige und insoweit notwendige Leistung handelt bzw. in welchen Fällen der beschichtete Stent (noch) als medizinische Wahlleistung erbracht werden kann. Dies kann von Begleiterkrankungen oder von der Konstitution des Patienten (z.B. Diabetes, chronische Okklusion, Größe der Gefäße oder Läsionen), in anderen Fällen u.U. aber auch vom Alter des Patienten abhängen.

Problematisch ist danach, dass keine einheitliche und verbindliche Definition des jeweiligen Standards einer Methode oder bzgl. der Verwendung bestimmter Medizinprodukte existiert, dem die Leistungen gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V entsprechen müssen. Im Unterschied zur ambulanten vertragsärztlichen Versorgung bedarf es im stationären Bereich nämlich keiner ausdrücklichen Aufnahme neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in den Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung, so dass neue Methoden, mit denen sich der Gemeinsame Bundesausschuss noch nicht befasst hat, nicht allein aus diesem Grund als medizinische Wahlleistungen im Krankenhaus zu werten sind. Auch die Rechtsprechung definiert Stan-

dards lediglich punktuell und retrospektiv (so z.B. im Bereich der Leistungen zur künstlichen Befruchtung) und nicht prospektiv, wie es für ein gesichertes Angebot medizinischer Wahlleistungen erforderlich wäre. Diese Lücke kann auch nicht durch eine krankenhausesindividuelle Definition des jeweiligen Leistungsstandards geschlossen werden. Zwar begrenzt § 2 Abs. 2 KHEntgG die Leistungspflicht des Krankenhauses auf dessen Leistungsfähigkeit. Das eröffnet aber gerade nicht die Möglichkeit eines künstlichen Absenkens des Leistungsstandards, um dadurch Raum für ein Angebot medizinischer Wahlleistungen zu schaffen.

aa) Haftungsrechtlich muss die Therapie nämlich dem Stand der medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisse entsprechen. Eine Haftung des Arztes bzw. des Krankenhauses kann sich daher in Fällen ergeben, in denen der Arzt eine neue Behandlungsmethode nicht zum Einsatz bringt, obwohl diese dem Stand der medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisse im fraglichen Zeitpunkt entspricht. Nach der Rechtsprechung wird zwar nicht stets das jeweils neueste Therapiekonzept mittels einer auf den jeweils neuesten Stand gebrachten apparativen Ausstattung geschuldet (BGH, Urteil vom 22.09.1987 - VI ZR 238/86 - NJW 1988, 763, 764). Danach ist der Zeitpunkt, von dem ab eine bestimmte Behandlungsmaßnahme veraltet und überholt ist, so dass ihre Anwendung nicht mehr dem einzuhaltenden Qualitätsstandard genügt und damit zu einem Behandlungsfehler wird, aber jedenfalls dann gekommen, wenn neue Methoden risikoärmer sind und/oder bessere Heilungschancen versprechen, in der medizinischen Wissenschaft im Wesentlichen unumstritten sind und deshalb nur ihre Anwendung von einem sorgfältigen und auf Weiterbildung bedachten Arzt verantwortet werden kann. Das setzt voraus, dass die neue Methode bzw. die neue Technik an einem für Aussagen über die Nutzen-Risiko-Bilanz ausreichend großen Patientenkreis gut medizinisch erprobt und im Wesentlichen unumstritten ist, in der Praxis nicht nur an wenigen Zentren, sondern verbreitet Anwendung findet, für den jeweils betroffenen Patienten risikoärmer oder weniger belastend ist und/oder bessere Heilungschancen verspricht (BGH, Urteil vom 26.11.1991 - VI ZR 389/90 -, NJW 1992, 754, 755).

bb) Auch leistungsrechtlich gebietet das Wirtschaftlichkeitsgebot zwar grundsätzlich eine Beschränkung auf die weniger aufwändige Alternative der Behandlung. Dies kann indes nicht gelten, wenn die aufwändigere Alternative für den jeweils betroffenen Patienten risikoärmer ist oder wesentlich bessere Heilungschancen verspricht, so dass durch sie der medizinische Standard neu auf einem höheren Niveau definiert wird und die weniger aufwändige Alternative daher nicht mehr „ausreichend“ i.S.d. § 12 Abs. 1 SGB V ist. Unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit kann nämlich nur unter **mehreren medizinisch gleichwertigen** Maßnahmen diejenige angewendet werden, welche die geringsten Kosten verursacht. Entscheidend ist aber immer der therapeutische Nutzen vor dem Preis (Laufs/Uhlenbruck-Genzel, Handbuch des Arztrechts, § 84 Rn. 34). Diesbezüglich hat das BSG für den niedergelassenen Bereich bereits entschieden, dass selbst eine unzureichende Vergütung im Einzelfall es nicht rechtfertigt, bestimmte Leistungen nur noch als privatärztliche Behandlungsleistungen anzubieten (Urteile vom 14.3.2001 - B 6 KA 54 und 67/00 R).

cc) Diese Fallgruppe birgt danach mangels eindeutiger und verallgemeinerbarer Grenzziehungen die Gefahr unzulässiger Überschneidungen eines Angebots medizinischer Wahlleistungen mit allgemeinen Krankenhausleistungen bzw. haftungsrechtlicher Risiken, wenn eine Behandlung nach dem medizinischen Standard unterbleibt,

weil der Patient die ihm insoweit angebotene Wahlleistung ablehnt. **Dem kann nur begegnet werden, indem einzelfallbezogen und allein anhand medizinischer Kriterien festgestellt wird, ob mit Blick auf die Behandlung, die der behandelte Patient nach dem „allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse“ (§ 70 Abs. 1 SGB V) für seine Erkrankung beanspruchen kann, Raum für das Angebot einer medizinischen Wahlleistung bleibt.**

Der allgemein anerkannte Stand medizinischer Erkenntnisse wird nach der Rechtsprechung zu neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden dadurch bestimmt, dass im wesentlichen Konsens über die Zweckmäßigkeit einer Therapie besteht. Das setzt im Regelfall voraus, dass über Qualität und Wirksamkeit der Innovation zuverlässige, wissenschaftlich nachprüfbar Aussagen gemacht werden können. Aus wissenschaftlich einwandfrei geführten Statistiken über die Zahl der behandelten Fälle und die Wirksamkeit der Methode müsse sich ergeben, dass die Behandlung in einer für die sichere Beurteilung ausreichenden Zahl von Fällen erfolgreich gewesen sei (BSG, Urteil vom 16.06.1999, B 1 KR 4/98 R). Nur wenn dieser Nachweis aufgrund von Besonderheiten der behandelten Erkrankung nicht geführt werden könne, dürfe darauf abgestellt werden, ob sich die Behandlungsform in der medizinischen Praxis durchgesetzt habe (BSG, Urteil vom 28.03.2000, B 1 RK 11/98 R). Davon könne dann ausgegangen werden, wenn die Behandlungsform in der medizinischen Fachdiskussion eine breite Resonanz gefunden hat und von einer erheblichen Zahl von Ärzten angewandt wird (BSG, Urteil vom 16.09.1997, 1 RK 28/95). Von einer allgemeinen Erkenntnis ist auch dann auszugehen, wenn und soweit eine Methode Regelungsgegenstand einer Leitlinie ist, die zwar keinen Standard definiert, die aber das jeweilige Spektrum der medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisse, der ärztlichen Erfahrung, der praktischen Bewährung der Mittel und Methoden sowie deren professionelle Akzeptanz durch die Ärzte repräsentiert (vgl. Hauck/Haines/Noftz, SGB V, K § 12 Rn. 29, 32).

Sofern ein Krankenhaus eine neue Behandlungsmethode oder ein innovatives Medizinprodukt anbieten kann, ohne dass eine allgemeine Anerkennung nach den vorerwähnten Maßstäben feststellbar wäre, scheint es jedenfalls rechtlich vertretbar, ein entsprechendes Leistungsangebot (teilweise) als medizinische Wahlleistung einzustufen. Das schließt es freilich nicht aus, dass z. B. bei einem nachfolgenden Rechtsstreit um ein zusätzlich vom Patienten erhobenes Entgelt ein Gericht zu einer anderen Beurteilung der allgemeinen Anerkennung gelangt. Daher müsste ein Krankenhaus, das eine innovative Leistung als medizinische Wahlleistung anbietet, kontinuierlich beobachten, ob diese Leistung in der medizinischen Wissenschaft und Praxis allgemeine Anerkennung findet und dadurch zur allgemeinen Krankenhausleistung wird. Danach kann es sein, dass aufgrund unterschiedlicher Beurteilung der allgemeinen Anerkennung ein Krankenhaus eine Leistung als medizinische Wahlleistung anbietet, ein anderes die gleiche Leistung als allgemeine Krankenhausleistung. Dasselbe Krankenhaus kann die gleiche Leistung bei vergleichbaren Patienten aber nur entweder als Wahl- oder als allgemeine Krankenhausleistung anbieten.

Medizinische Wahlleistungen können theoretisch auch solche Leistungen sein, die der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) in Wahrnehmung seiner gesetzlichen Aufgaben von der Erbringbarkeit zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung ausgeschlossen hat. Dies betrifft Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, die nach den Feststellungen des G-BA gemäß § 137c SGB V „für eine ausreichende,

zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse“ nicht erforderlich sind. Bisher wurden allerdings nur wenige Methoden ausgeschlossen (jeweils für einzelne Indikationen die Hyperbare Sauerstofftherapie, die Protonentherapie und die autologe Chondrozytenimplantation). In derartigen Fällen besteht eine Aufklärungspflicht des Krankenhauses über diesen Ausschluss, weil dieser Umstand für den Patientenwunsch nach dieser Leistung regelmäßig von Bedeutung ist. Im Übrigen ist zu beachten, dass sich strafrechtlich relevante Zweifel an der Wirksamkeit der Einwilligung des Patienten ergeben könnten, wenn eine Methode nicht mangels Wirtschaftlichkeit im Vergleich zu anderen Methoden, sondern aufgrund eines wissenschaftlich belegbar mangelnden Nutzens ausgeschlossen wurden.

d) Ambulante Behandlung

Schließlich kann auch eine ambulante Behandlung im Krankenhaus insofern eine medizinische Wahlleistung darstellen, als zwar eine medizinisch indizierte Behandlung und diese auch in einem von der GKV geschuldeten Umfang erfolgt, das Krankenhaus aber nicht zur ambulanten Behandlung GKV-Versicherter befugt ist und die Wahl sich insoweit auf die Person des Leistungserbringers richtet. Insoweit kann es sich allerdings nur um Leistungen handeln, die das Krankenhaus noch nicht in einer Mitteilung an die Kassenverbände nach § 1 des Vertrages zum ambulanten Operieren im Krankenhaus gemäß § 115b SGB V benannt hat oder zu deren Erbringung das Krankenhaus oder angestellte Ärzte nach den §§ 116 ff. SGB V ermächtigt oder vertraglich befugt sind. Eine derartige Wahlleistung läge beispielsweise vor, wenn ein GKV-Versicherter eine aus dem Katalog nach § 115b SGB V gestrichene Gastroskopie oder eine solche Leistung des Krankenhauses (weiter) wünscht, für die eine Ermächtigung nicht verlängert worden ist. Ein Leistungsangebot in dieser Fallgruppe muss auf eine den Chefärzten eingeräumte Privatliquidationsbefugnis abgestimmt sein. Zudem muss deutlich werden, dass das Krankenhaus mit derartigen Leistungen nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt (das OLG Stuttgart hat Leistungen eines Chefarztes, der nach Ablauf seiner Ermächtigung Überweisungsscheine entgegengenommen hatte, als wettbewerbswidrig angesehen; MedR 1993, 142).

3. Vergütung medizinischer Wahlleistungen

Bei der Vergütung medizinischer Wahlleistungen muss zwischen den Fällen von Alternativleistungen und den anderen Fallgruppen unterschieden werden.

a) Nach § 17 KHEntgG dürfen andere als die allgemeinen Krankenhausleistungen als Wahlleistungen gesondert *neben* den Entgelten für die voll- und teilstationäre Behandlung berechnet werden, wenn die allgemeinen Krankenhausleistungen hierdurch nicht beeinträchtigt werden und die gesonderte Berechnung vereinbart ist. Fehlt es an einem solchen Nebeneinander allgemeiner Krankenhausleistungen und Wahlleistungen, weil z.B. bei einer Schönheitsoperation oder einer nicht medizinisch indizierten Sterilisation ausschließlich Wahlleistungen erbracht werden, folgt daraus kein Verbot der Abrechnung der erbrachten Wahlleistungen. Auch § 8 Abs. 1 S. 3 KHEntgG, nach dem die Entgelte nur im Rahmen des Versorgungsauftrags berechnet werden dürfen, schließt eine Abrechnung der hier in Rede stehenden Leistungen wohl nicht aus. Vielmehr handelt es sich in diesen Fällen nicht um Wahlleistungen im

Sinne des KHEntgG / der BPfIV, so dass die Abrechnung auch nicht den Vorschriften dieser Regelwerke unterliegt (so auch Quaas, das Krankenhaus 2003, S. 33, Dietz/Bofinger, Erl. Nr. II.3 zu § 8 KHEntgG). Dementsprechend kann die Vergütung derartiger Leistungen frei vereinbart werden und insoweit nach GOÄ, DKG-NT Band I oder nach einem sonstigen Haustarif, aber auch in Anlehnung an eine entsprechende DRG erfolgen.

Grenzen für die Vereinbarung der Entgelte können der Entscheidung des BGH vom 12.3.2003 (IV ZR 278/01) zur Ermittlung eines Missverhältnisses bei selbstdefinierten Pauschalen einer Privatklinik entnommen werden, nach der als Vergleichsmaßstab vergleichbare Leistungen und Vergütungen anderer (nicht geförderter) Krankenhäuser herangezogen werden können. Im Übrigen unterliegen Preisvereinbarungen nicht der Inhaltskontrolle, soweit sie Art und Umfang der Vergütung unmittelbar regeln (Palandt, § 307 Rn. 59); dies gilt auch für Preisvereinbarungen zwischen Privatklinik und Patienten (LG München, Urteil vom 28.6.2002 – 6 O 14960/01).

Die Möglichkeit einer freien Preisvereinbarung gilt auch für die anlässlich einer Krankenhausbehandlung auf Wunsch des Patienten erbrachten medizinischen Wahlleistungen (z.B. erweiterte Labordiagnostik). Auch diese Leistungen würden nämlich außerhalb des Versorgungsauftrages des Krankenhauses erbracht, so dass sie nicht den Abrechnungsbestimmungen des KHEntgG unterliegen, gemäß § 17 Abs. 1 S. 3 KHEntgG aber angemessen sein müssen. Im letzteren Fall muss zudem nach § 17 Abs. 2 KHEntgG eine schriftliche Vereinbarung mit dem Patienten getroffen werden. Gleiches sollte aber ebenso in Fällen der ersten Fallgruppe erfolgen, auch wenn mangels Nebeneinanders von allgemeinen Krankenhausleistungen und medizinischen Wahlleistungen kein Schriftformzwang besteht.

Bei ambulanten Behandlungen der Fallgruppe d) kann die Vergütung ebenfalls frei vereinbart werden, weil das Krankenhaus selbst nicht an die GOÄ gebunden ist. Zu beachten ist allerdings insoweit bei Privatpatienten, dass die Musterbedingungen Krankheitskosten- und Krankenhaustagegeldversicherung (MB/KK) in § 4 Abs. 2 die Versicherten auf niedergelassene Ärzte verweisen, die Rechtsprechung den Versicherungsschutz aber auf die ambulante Behandlung durch ein Krankenhaus erstreckt hat und die Erstattung insofern bei einer Liquidation auf der Basis der GOÄ praktisch keine Probleme aufwerfen dürfte.

b) In der Fallgruppe c) behandelt das Krankenhaus aufgrund einer medizinischen Indikation und damit im Rahmen seines Versorgungsauftrages. Daher muss hier eine Abrechnung nach KHEntgG / BPfIV erfolgen. Soweit die Kosten der alternativ angewendeten Behandlungsmethode bzw. des alternativ verwendeten Medizinprodukts die Kosten übersteigen, die für das Krankenhaus bei Erbringen einer ausreichenden allgemeinen Krankenhausleistung entstanden wären, kann das Krankenhaus gegenüber dem Patienten gemäß § 17 Abs. 1 S. 3 KHEntgG aber ein angemessenes Entgelt für die Mehrleistung geltend machen, sofern dies zuvor schriftlich vereinbart wurde. Eine Zuzahlung des Patienten für Leistungen, die von dem versicherten Leistungsumfang abweichen, verstößt auch nicht gegen das Sachleistungsprinzip der GKV (BSG, Urteil vom 20.7.1976, 3 RK 18/76). Es ist allerdings zu beachten, dass keine doppelte Vergütung erfolgen darf und daher eine Differenzbetrachtung vorzunehmen ist. Da die Bewertung der einzelnen Fallpauschale auf einer Kalkulation der durchschnittlichen Fallkosten beruht, muss sich das angemessene Entgelt an einem Vergleich der (fiktiven) Kosten für die allgemeine Krankenhausleistung ohne Wahl-

leistung und der tatsächlich entstandenen Kosten orientieren. Eine derartige Differenzberechnung, nach der das Entgelt für eine Standardbehandlung gegenüber den Krankenkassen und die darüber hinaus gehende Vergütung für die Wahlleistung gegenüber dem Patienten in Rechnung gestellt werden kann, muss im Übrigen auch dann angestellt werden, wenn eine über dem Standard liegende Leistung im Rahmen eines stationärer ersetzenden Eingriffs nach § 115 b SGB V erbracht wird.

Die gesamte Vergütung und nicht lediglich die Differenz gegenüber einer Standardbehandlung muss dem Patienten allerdings dann in Rechnung gestellt werden, wenn auf ausdrücklichen Wunsch des entsprechend aufgeklärten Patienten statt der Standardbehandlung eine vom Gemeinsamen Bundesausschuss gemäß § 137 c SGB V mangels Nutzens ausgeschlossene Untersuchungs- oder Behandlungsmethode angewendet wird. In diesem Fall kann nämlich nicht davon ausgegangen werden, dass die gewählte Behandlung für den Patienten mit einem gegenüber der Standardbehandlung eher noch höheren Nutzen verbunden ist. Vielmehr muss angenommen werden, dass eine Standardbehandlung bereits erfolgt ist oder zu einem späteren Zeitpunkt dann noch erfolgen muss, so dass die gesetzlich Krankenversicherung kein zweites Mal für die Kosten der Behandlung aufkommen kann.

4. Förderrechtliche Aspekte

Gesetzliche Grundlage landesrechtlicher Förderung ist § 4 Nr. 1 KHG (wirtschaftliche Sicherung durch Übernahme von Investitionskosten im Wege öffentlicher Förderung). Gemäß § 8 Abs. 1 KHG haben die Krankenhäuser nach Maßgabe des KHG Anspruch auf Förderung, soweit und solange sie in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommen sind (Plankrankenhäuser). Mit dieser Regelung verweist der Bundesgesetzgeber auf § 108 Nr. 2 SGB V - Krankenhäuser, die lediglich auf der Grundlage eines Versorgungsvertrages zugelassen sind, haben keinen Anspruch auf Förderung (§ 108 Nr. 3 SGB V, § 8 Abs. 1 KHG). Mit der Aufnahme in den Krankenhausplan und dem entsprechenden Erlass eines Feststellungsbescheids wird der Versorgungsauftrag des Krankenhauses bestimmt, zu dessen Einhaltung das Plankrankenhaus gesetzlich verpflichtet ist. Einzelheiten hinsichtlich der Vergabe von Fördermitteln ergeben sich aus den jeweiligen landesrechtlichen Regelungen (Krankenhausgesetze der Länder). Hiernach dürfen die Fördermittel nur nach Maßgabe des Bewilligungsbescheids und im Rahmen der Aufgabenstellung des Krankenhauses nach den Feststellungen im Krankenhausplan verwendet werden (vgl. z. B. § 19 Abs. 3 KHG NRW). Dementsprechend besteht eine enge innere Verknüpfung zwischen dem Versorgungsauftrag des Krankenhauses und der Vergabe (und damit der Verwendung) von Fördermitteln.

Werden die Mittel nicht zweckentsprechend eingesetzt, können diese nach den allgemeinen Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts (VwVfG) zurückgefordert werden. Eine solche zweckwidrige Verwendung von Fördermitteln liegt z.B. vor, wenn Fördermittel für die Einrichtung oder Vorhaltung nicht im Feststellungsbescheid ausgewiesener Abteilungen, Betten oder medizinisch-technischer Großgeräte verwendet werden (Pant/Prütting, Krankenhausgesetz Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage (2000), § 19 Rdnr. 18). Eine Rückerstattung anteiliger Fördermittel kommt beispielsweise auch in Fällen der Ausgliederung von Teilen des Krankenhauses in Betracht, wenn z.B. eine Küche, die vom Land gefördert wurde, ausgegliedert wird

(Pant/Prütting, a.a.O., § 21 Rdnr. 49), geförderte Räume des Krankenhauses an einen niedergelassenen Arzt vermietet werden, der dort seine Praxis einrichtet, oder z.B. Räume des Krankenhauses für Zwecke der Altenpflege oder für Pflegefälle genutzt werden (Pant/Prütting, a.a.O., § 31 Rdnr. 8).

Erbringt das Krankenhaus nun solche medizinischen Leistungen, die außerhalb seines Versorgungsauftrages liegen, und nutzt es zur Leistungserbringung geförderte Investitionen (z.B. OP), kommt grundsätzlich auch insoweit eine zweckwidrige Verwendung von Fördermitteln und damit die Gefahr einer Rückforderung solcher Fördermittel in Betracht. Ob tatsächlich eine zweckwidrige Verwendung vorliegt, wird dabei auch davon abhängen, um welche Art medizinische Wunschleistung es sich handelt. Liegt die Zweckwidrigkeit in Fällen des Fehlens jeglicher medizinischer Indikation (Stichwort: Schönheitsoperationen) nahezu auf der Hand, dürfte in den Fällen, in denen beispielsweise eine qualitativ höherwertige bzw. eine teurere Alternativleistung erbracht wird, eine differenziertere Betrachtungsweise geboten sein. Eine abschließende Beurteilung der einzelnen Fallgruppen ist dabei an dieser Stelle nicht möglich. Festgehalten werden kann jedoch sicherlich, dass das Risiko einer zweckwidrigen Verwendung von Fördermitteln um so größer ist, je weiter sich das Krankenhaus von seiner Aufgabenstellung (Versorgungsauftrag) entfernt, sei es durch die Art der Wahlleistungen selbst oder durch den Umfang, in dem sie bei dem Plankrankenhaus erbracht werden.

Kommt es zur Rückforderung von Fördermitteln, bleibt es nicht bei der Rückzahlung bewilligter Beträge. Vielmehr kann das Krankenhaus zusätzlich verpflichtet sein, den Rückerstattungsbetrag zu verzinsen. Im Hinblick darauf ist es dringend geboten, **vor** der Entscheidung, medizinische Wahlleistungen außerhalb des Versorgungsauftrages anzubieten und zu erbringen, den Sachverhalt einer rechtlichen Überprüfung unter Berücksichtigung der jeweils einschlägigen landesrechtlichen Bestimmungen zu unterziehen und sich ggf. mit der zuständigen Förderbehörde in Verbindung zu setzen.

5. Steuerrechtliche Aspekte, Gemeinnützigkeit

Bei den medizinischen Wahlleistungen stellt sich die Frage, ob diese noch als ärztliche Heilbehandlung anzusehen und damit nach § 4 Nr. 14 UStG umsatzsteuerbefreit sind. Nr. 100 Abs. 1 S. 3 der Umsatzsteuer-Richtlinien 2005 bestimmt nämlich ausdrücklich, dass Leistungen nach § 4 Nr. 16 UStG nicht mehr steuerfrei sind, wenn vergleichbare Leistungen nach § 4 Nr. 14 UStG steuerpflichtig sind. Nach einem koordinierten Ländererlass der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder (OFD Nürnberg vom 7.4.2003 - S7170-130/St 43) sind ästhetisch-plastische Leistungen eines Chirurgen (Schönheitsoperationen) seit dem 1.1.2003 grundsätzlich nicht umsatzsteuerbefreit. Etwas anderes gilt nur dann, wenn eine medizinische Indikation für diese Leistungen vorliegt. Indiz für das Vorliegen der medizinischen Notwendigkeit ist die regelmäßige Kostenübernahme durch die Krankenkasse. Die umsatzsteuerpflichtigen nicht medizinisch indizierten Schönheitsoperationen unterliegen dem allgemeinen Steuersatz von 16 %, auch wenn sie von steuerbegünstigten (gemeinnützigen) Krankenhäusern erbracht werden sollten (vgl. von Boehmer/Petereit, DStR 2003, S. 2058-2060 - unter 3. -). Die für medizinisch nicht indizierte Leistungen von ästhetisch-plastischen Chirurgen entwickelten Grundsätze sind auf vergleichbare

Leistungen z.B. von Dermatologen oder Anästhesisten entsprechend anzuwenden (OFD Frankfurt/Main v. 12.09.2003 S 7170 A - 69 - St 12.30 - unter 1.2 -).

Der Bundesfinanzhof hat diese Grundsätze mit einem Urteil vom 15.07.2004 zu Schönheitsoperationen (Az: V R 27/03), im Sinne einer richtlinienkonformen Auslegung der EU-Richtlinie 77/388/EWG („Heilbehandlung“) bestätigt. Danach muss von einer Umsatzsteuerpflicht für alle medizinisch nicht indizierten Leistungen (Fallgruppe a) und b) sowie ggf. Fallgruppe d) bei sog. IGeL-Leistungen) ausgegangen werden. Für öffentlich-rechtliche und frei-gemeinnützige Häuser dürfte die vorstehende Rechtsentwicklung des Umsatzsteuerrechts die gemeinnützigkeitsrechtliche Konsequenz haben, dass die Erbringung medizinisch nicht indizierter Schönheitsoperationen im Rahmen eines steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes erfolgt, so dass Gewinne, die aus derartigen Tätigkeiten erzielt werden, körperschaftsteuer- und gewerbsteuerpflichtig sind.

6. Vertragliche Vereinbarungen

Medizinische Wahlleistungen können nur dann gegenüber dem Patienten erbracht und abgerechnet werden, wenn der Patient zuvor der privatärztlichen Leistungserbringung zugestimmt hat und er nach den Grundsätzen über die wirtschaftliche Aufklärungspflicht auf die Pflicht zur Kostenübernahme hingewiesen worden ist. Mit dem Patienten muss ein Behandlungsvertrag abgeschlossen werden, der aus Beweissicherungsgründen stets schriftlich fixiert werden sollte. Die Schriftform ist zwingende Abrechnungsvoraussetzung, wenn eine Wahlleistungsvereinbarung gem. § 17 KHEntgG abgeschlossen werden muss (Zusatz- bzw. Alternativleistung im Rahmen einer allgemeinen Krankenhausbehandlung). In den Fallgruppen a) und d) ist die Schriftform nicht zwingend, aber gleichwohl zu empfehlen.

Vor Abschluss einer Vereinbarung über medizinische Wahlleistungen muss der Patient folgende Informationen erhalten, die in der schriftlichen Vereinbarung angesprochen werden sollten:

- korrekte Information über den Leistungsumfang der GKV
- verschärfte wirtschaftliche Aufklärung, d.h. ausdrücklicher und deutlicher Hinweis darauf, dass die gewünschte Leistung in dieser Form oder in diesem Umfang für eine ausreichende und wirtschaftliche medizinische Versorgung nicht erforderlich ist und insoweit zum nicht Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung zählt
- Aufklärung über Nutzen und Risiken der Leistung
- genaue Abgrenzung des Leistungsinhalts
- Information über die voraussichtlichen Kosten
- Information, dass die Leistung nicht von der gesetzlichen Krankenkasse übernommen wird und deshalb privat zu vergüten ist.

In den Fallgruppen a) und b) gilt dies entsprechend für PKV-Versicherte. In der Fallgruppe c) ist grundsätzlich auch die teurere Alternative vom Leistungsumfang der Versicherung umfasst, nachdem der BGH mit Urteil vom 12.3.2003 abweichend von seiner früheren Rechtsprechung entschieden hat, dass die Beschränkung auf die „medizinisch notwendige Heilbehandlung“ durch die Musterbedingungen keine Festlegung auf die kostengünstigste Behandlung bedeutet.

Bei Abschluss der Vereinbarung im Anwendungsbereich des Krankenhausentgeltgesetzes und der Bundespflegesatzverordnung ist § 17 Abs. 4 KHEntgG zu berücksichtigen, nach dem Unterkunftsleistungen nicht von „sonstigen“ Wahlleistungen abhängig gemacht werden dürfen. Landesrechtliche Bestimmungen, die wie § 2 Abs. 3 S. 2 nw KHG darüber hinausgehend wechselseitige Abhängigkeiten beim Angebot besonderer Verpflegung, Unterkunft und wahlärztlicher Behandlung verbieten, erfassen die medizinischen Wahlleistungen nicht.

7. Sonstiges

Gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 KHEntgG und entsprechenden landesrechtlichen Regelungen dürfen allgemeine Krankenhausleistungen durch die Wahlleistungen nicht beeinträchtigt werden. Insoweit dürfen Behandlungsleitungen, die in Erfüllung des Versorgungsauftrages des Krankenhauses erbracht werden, nicht hinter medizinischen Wahlleistungen zurückstehen. Das gilt nicht nur für die neben allgemeinen Krankenhausleistungen erbrachten Wahlleistungen, sondern in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift auch für reine Wahlleistungsbehandlungen (z.B. keine Beeinträchtigung einer Notfallbehandlung durch eine geplante Schönheitsoperation). Das Erbringen medizinischer Wahlleistungen ist in jedem Fall wie sonstige Behandlungen zu dokumentieren. Die Haftpflichtversicherung des Krankenhauses muss mit Blick auf das zusätzliche Leistungsangebot des Krankenhauses ggf. angepasst werden. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Art der (medizinischen) Wahlleistungen, die das Krankenhaus erbringen will, der zuständigen Landesbehörde gem. § 17 Abs. 2 S. 2 KHEntgG zusammen mit dem Antrag auf Genehmigung der krankenhausesindividuellen Basisfallwerte bzw. der Pflegesätze mitzuteilen ist. Dies gilt mit Blick auf das Beeinträchtigungsverbot auch für medizinische Wahlleistungen, die außerhalb des Versorgungsauftrages des Krankenhauses erbracht werden.