

# Aktuelle Rechtsfragen zu Krankenhauskooperationen in der Radiologie – Teil 2 – Zulässigkeit der Vereinbarung eines Honorarbudgets mit Bezugsverpflichtung in Kooperationsverträgen

## A. Einleitung

Im Anschluss an Teil 1 der Reihe „Aktuelle Rechtsfragen zu Krankenhauskooperationen in der Radiologie“ behandelt dieser Beitrag, wie der Bezug von Leistungen und die Vergütung im Rahmen von Kooperationsverträgen zwischen niedergelassenen Radiologen und Krankenhäusern ausgestaltet sein darf und welche rechtlichen Grenzen, insbesondere aufgrund der Vorgaben des ärztlichen Berufsrechts, von den Vertragspartnern einzuhalten sind.

Angesichts der ständig abnehmenden Vergütungen in der ambulanten und stationären Versorgung sind Kooperationen zwischen niedergelassenen Radiologen und Krankenhäusern für beide Seiten von großer wirtschaftlicher Bedeutung und gesundheitspolitisch gewollt, da diese im Interesse des Patienten liegen<sup>1</sup>. Zudem kommt in der Zusammenarbeit zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern das in § 2 Abs. 1 S. 1 KHEntgG angelegte gesundheitspolitische Ziel einer sektorenübergreifenden Versorgung zum Ausdruck. Krankenhäuser benötigen, um wirtschaftlich zu arbeiten, eine maximale Auslastung ihrer Infrastruktur, wozu insbesondere die vorgehaltenen medizinisch-technischen Geräte zählen. Gleichzeitig beklagen viele Krankenhäuser einen Ärztemangel, den sie durch den Einsatz externer Ärzte versuchen zu überbrücken und hierdurch möglichst Einsparungen vorzunehmen. Für den niedergelassenen Radiologen eröffnen sich durch eine Kooperation mit einem Krankenhaus neue Erwerbsmöglichkeiten, da sie über die Hinzuziehung im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistungen für stationäre Patienten radiologische Leistungen erbringen und diese mit dem Krankenhaus abrechnen können.

In diesem Zusammenhang stellt sich jedoch die Frage, ob in den Fällen, in denen eine

Praxis für die Erbringung von radiologischen Leistungen für stationäre Patienten mit dem Krankenhaus für einen bestimmten Zeitraum eine Bezugsverpflichtung und ein Honorarbudget vereinbart, ein Verstoß gegen das Verbot der unerlaubten Zuweisung von Patienten vorliegt. Eine solche unzulässige Patientenzuweisung kann auf dem Nichtvorhandensein eigener radiologischer Geräte im Krankenhaus beruhen und dem Umstand, dass sich das Krankenhaus dazu verpflichtet, eine gewisse Anzahl an Patienten von der radiologischen Praxis untersuchen zu lassen. In diesem Zusammenhang ist die Frage der Angemessenheit der Vergütung der erbrachten radiologischen Leistungen zu erörtern.

## B. Grundsätze zum Honorarbudget und der Bezugsverpflichtung

In Kooperationsverträgen werden teilweise Honorarbudgets, aber auch Bezugsverpflichtungen aufgenommen. Das Honorarbudget ist begrifflich sowie rechtlich von einer Bezugsverpflichtung zu unterscheiden.

### 1. Abgrenzung von Honorarbudget und Bezugsverpflichtung

Unter eine Bezugsverpflichtung ist die Summe aller Regelungen zu fassen, in denen sich das Krankenhaus verpflichtet, im Einzelnen vertragliche vereinbarte Leistungen ausschließlich bei der radiologischen Praxis abzunehmen. Die Erbringung eigener Leistungen und der Bezug bei sonstigen Dritten ist grundsätzlich zu unterlassen. Von der vorgenannten Regelung können im Vertrag freilich Ausnahmen vorgesehen werden. Bei einer Bezugsverpflichtung handelt es sich mithin um eine Exklusivitätsvereinbarung.

Bei der Vorsehung eines Honorarbudgets vereinbaren die Parteien, dass das Krankenhaus an die radiologische Praxis in einem



bestimmten Zeitraum einen festen Geldbetrag zahlt. Im Gegenzug verpflichtet sich die radiologische Praxis eine bestimmte Anzahl von Leistungen (Budgetanzahl) für das Krankenhaus zu erbringen. Eine tatsächliche Unterschreitung dieser Anzahl der Leistungen (tatsächlichen Leistungszahlen) hat jedoch grundsätzlich nicht eine Vergütungsminderung der radiologischen Praxis zur Folge. Teilweise werden Honorarbudgets durch Regelungen ergänzt, wonach das Honorarbudget für die Folgejahre anzupassen ist, wenn die tatsächlichen Leistungszahlen im jeweiligen Abrechnungszeitraum einen bestimmten Schwellenwert unterschreiten.

### 2. Interessen der Vertragspartner für ein Honorarbudget oder Bezugsverpflichtung

Honorarbudgets und Bezugsverpflichtungen werden in Kooperationsverträgen zuweilen auch kombiniert. Aus der Sicht der radiologischen Praxis sind Honorarbudgets insbesondere dann erforderlich, wenn diese ihren Praxisstandort auf dem Krankenhausgelände wählt und die Räume vom Krankenhaus anmietet und gleichzeitig die radiologischen Geräte angeschafft hat oder sogar zusätzlich anschafft, um eine ausreichende Versorgung für die stationären Patienten gewährleisten zu können. In diesen Fällen besteht aus der Sicht der radiologischen Praxis das wirtschaftliche Interesse, dass die Geräte vom Krankenhaus (mit) ausgelastet werden. Denn andernfalls lassen sich die Anschaffungskosten oder Leasingverträge mit langen Laufzeiten nicht amortisieren. Entsprechendes gilt für das nichtärztliche Hilfspersonal wie MTR etc.,

<sup>1</sup> Wigge, RÖFo 2016, 1184; Wigge, in Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2017, S. 317.

mit denen regelmäßig ein langfristiger Arbeitsvertrag zu für den Arbeitnehmer guten Konditionen geschlossen wird. Auch und insbesondere in der Radiologie ist ein voranschreitender Fachkräftemangel zu konstatieren. Ebenso kann durch die Vorsehung einer Bezugsverpflichtung eine – geringfügig – geringere Vergütung für die radiologische Praxis bezogen auf die einzelne Leistung sachlich gerechtfertigt sein. Denn die radiologische Praxis kann dann, anders als in der ambulanten Versorgung, in der die Praxis auf das Aufsuchen der Praxis durch Patienten angewiesen ist, mit einer einigermaßen gleichbleibenden (Sonderfälle wie Covid-19 etc. außer Acht gelassen) und langfristigen Auslastung ihrer Geräte kalkulieren und entsprechende Investitionen daran ausrichten. Kurzum: Eine Bezugsverpflichtung in Verbindung mit einem Honorarbudget schafft Planungssicherheit.

Wird eine Bezugsverpflichtung zusätzlich mit der Vereinbarung eines Honorarbudgets verbunden, können die Radiologen daher die Einnahmen im Verhältnis zu ihren Ausgaben rechtssicher kalkulieren. In Verbindung mit einer langen Vertragslaufzeit des Kooperationsvertrages von in der Regel mindestens zehn Jahren kann dann eine profunde Kalkulation der Gewinne der Praxis aus der Kooperation erfolgen. Eine Bezugsverpflichtung kann rechtlich – neben der in diesem Beitrag schwerpunktmäßig zu untersuchenden Frage der unzulässigen Zuweisung von Patienten – dann problematisch sein, wenn der Kooperationsvertrag eine lange Laufzeit vorsieht. Es hängt vom konkreten Einzelfall und den vertraglichen Pflichten bzw. Inhalten ab, welcher Vertragsart der Kooperationsvertrag zuzurechnen ist. In Betracht kommt eine Gesellschaft in Form der Innengesellschaft gem. § 705 BGB, ein freier Dienstvertrag gem. § 611 BGB, ein Werkvertrag gem. § 631 BGB oder ein typengemischter Vertrag i. S. d. § 311 Abs. 1 BGB<sup>2</sup>. Aus einer langen Laufzeit kann sich eine Unwirksamkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB des Kooperationsvertrages unter dem Gesichtspunkt der Knebelung oder aus anderen Gesichtspunkten ergeben. Für den Fall einer Innengesellschaft hat die Rechtsprechung eine Vertragslaufzeit von 12 Jahren

und 9 Monaten jedoch als zulässig angesehen. Entscheidend hierbei war, dass einer der Kooperationspartner Investitionen in Millionenhöhe aufgewendet hatte, um die medizinisch-technischen Voraussetzungen zum Betrieb der Einrichtung zu schaffen. Zur Amortisation der investierten Beträge erscheint dann eine gewisse Laufzeit des Kooperationsvertrages als notwendig<sup>3</sup>.

Zusätzlich enthalten Kooperationsverträge Regelungen zur Vergütung der radiologischen Einzelleistungen, deren Addition u. a. die Höhe der Vergütung für die radiologische Praxis ergeben. Ein Honorarbudget wird definiert als die Summe aus den Vergütungen für die jeweiligen Einzelleistungen. Im Fall eines Honorarbudgets werden sodann regelmäßig Regelungen vorgesehen, die die Höhe der Vergütung ab dem Zeitpunkt der Überschreitung des Honorarbudgets bestimmen.

Die Koppelung einer Bezugsverpflichtung mit einem Honorarbudget führt aber dazu, dass das Krankenhaus über einen langen Zeitraum an die radiologische Praxis gebunden wird. Darüber hinaus ist das Krankenhaus verpflichtet, den jährlichen Budgetbetrag an die Praxis auch dann zu zahlen, wenn die tatsächlichen Leistungszahlen unterhalb der Budgetzahlen liegen sollten. Durch die Vereinbarung einer Bezugsverpflichtung ist das Krankenhaus zudem gehindert, auf die Leistungserbringung durch eine andere radiologische Praxis umzuschwenken, falls es zusätzliche Leistungen anderweitig einkaufen möchte. Gerade in den Fällen, in denen die Vergütung für eine ärztliche Leistung nicht als Einzelleistung, sondern auf einer Gesamtvergütung kalkuliert wurde, besteht die Gefahr, dass die Vergütung für die Einzelleistung bei Absinken der tatsächlichen Leistungszahlen unangemessen hoch ist.

### 3. Formulierungsbeispiele

Eine Bezugsverpflichtung könnte z. B. wie folgt formuliert sein:

*„Das Krankenhaus verpflichtet sich, eigene Patienten bei entsprechender Indikationsstellung im Praxisbetrieb der Radiologen untersuchen*

*zu lassen, soweit die Radiologen fristgerecht und in der erforderlichen Qualität zu leisten bereit und in der Lage sind und nicht gesetzliche oder bereits bestehende vertragliche Bindungen dem entgegenstehen.*

*Diese Verpflichtung besteht nicht,*

- *wenn und soweit die Ärzte erklären, dass sie die angeforderten Leistungen nach Art oder Umfang oder in Einzelfällen nicht in der erforderlichen Zeit erbringen können,*
- *wenn planbare Leistungen ohne entsprechende Erklärung der Ärzte trotz schriftlicher Abmahnung nicht oder nicht rechtzeitig erbracht werden können,*
- *im Falle der Schlechtleistung der Ärzte unter der Voraussetzung, dass das Krankenhaus zuvor die Mängel schriftlich benannt und die Ärzte mit einer angemessenen Frist abgemahnt hat.*

*Unabhängig davon ist das Krankenhaus berechtigt, im Notfall Leistungen Dritter in Anspruch zu nehmen, soweit die Ärzte die erforderlichen Untersuchungen nicht fristgerecht oder in der notwendigen Qualität zu leisten bereit oder in der Lage sind.“*

Ein Beispiel für ein Honorarbudget sieht wie folgt aus:

*„Die Vertragsparteien vereinbaren für alle Leistungen pro Jahr ein Mindestbudget. Die Höhe des Honorarbudgets beträgt für das erste Betriebsjahr der Kooperation Euro XXXXXX, einschließlich einer garantierten Mindestzahl von XXX CT-Leistungen und XXX MRT-Leistungen. Betriebsjahr ist das jeweilige Kalenderjahr. Das Budget wird in dieser Höhe vom Krankenhaus gegenüber den Radiologen für das erste Betriebsjahr der Kooperation in Höhe von 100 % garantiert. Die Ärzte erhalten monatliche Abschlagszahlungen in Höhe der Budgetobergrenze in gleichen Raten. Die konkrete Einzelabrechnung der erbrachten Leistungen erfolgt spätestens bis Mitte Januar des Folgejahres.“*

## C. Rechtliche Vorgaben für Vergütungsabreden zwischen niedergelassenen Radiologen und Krankenhäusern

Im nachfolgenden sollen die rechtlichen Vorgaben für Vergütungsabreden zwischen

<sup>2</sup> Hasselbach, GesR 2021, 1, 3.

<sup>3</sup> OLG Hamm, Urteil vom 04.02.2016, Az.: I-17 U 64/14, 17 U 64/14, Rn. 76; Wigge, Fortschr Röntgenstr 2016, 1184, 1188.

einer radiologischen Praxis und einem Krankenhaus dargestellt werden.

## 1. Rechtliche Rahmenbedingungen

Ein besonderes Problem stellt sich bei Kooperationsverträgen vor dem Hintergrund des Verbotes der unerlaubten Zuweisung gem. § 31 Abs. 1 MBO-Ä. Mit Blick auf §§ 299a – 300 StGB bestehen auch strafrechtliche Risiken. Zu beachten ist, dass es sich bei § 299b StGB (Bestechung im Gesundheitswesen) im Gegensatz zu § 299a StGB (Bestechlichkeit im Gesundheitswesen) um kein echtes Sonderdelikt – vielmehr um ein Allgemeindelikt – handelt, sodass nicht nur Angehörige eines Heilberufes von der Norm erfasst werden. Folglich kann sich z. B. auch der Gesellschafter eines Krankenhauses strafbar machen<sup>4</sup>. Auch im Sozialrecht bzw. Vertragsarztrecht besteht gem. § 73 Abs. 7, 128 SGB V ein tatbestandlich sehr ähnliches Zuweisungsverbot. Zentrales Merkmal all dieser Vorschriften ist die Zuwendung eines „Vorteils“ oder eines „Entgelts“, wobei sich die Konturierung dieses Tatbestandsmerkmals je nach Rechtsgrundlage unterscheidet.

Für die rechtliche Zulässigkeit des jeweiligen Kooperationsvertrages kann aber auf die weitestgehende Definition dieses Merkmals abgestellt werden. Der Vorteilsbegriff des § 299a StGB entspricht dem des Straftatbestandes des § 299 StGB und ist nach den hierzu entwickelten Grundsätzen auszulegen. Ein Vorteil umfasst jede Zuwendung an den Täter oder einen Dritten, auf die kein Rechtsanspruch besteht und die die wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage des Täters oder des Dritten objektiv verbessert<sup>5</sup>. Sowohl materielle als auch – über den Vorteilsbegriff der §§ 31, 32 MBO hinaus – immaterielle Zuwendungen werden erfasst<sup>6</sup>.

## 2. Der Vorteilsbegriff – Angemessenheit der gewährten Vergütung

In dem Kontext des Vorteilsbegriffs stellt sich die zentrale Frage nach der Angemessenheit der Vergütung. Denn soweit die jeweilige Vergütung angemessen ist,

besteht keine Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der radiologischen Praxis. Ohne Hinzutreten weiterer Umstände kann die Honorierung heilberuflicher Leistungen im Rahmen zulässiger beruflicher Zusammenarbeit grundsätzlich nicht den Verdacht begründen, dass die Einräumung der zugrundeliegenden Verdienstmöglichkeit als Gegenleistung für die Zuweisung des Patienten erfolgen soll und eine Unrechtsvereinbarung vorliegt. Etwas anderes gilt, wenn festgestellt wird, dass das Entgelt nicht entsprechend dem Wert der erbrachten heilberuflichen Leistung in wirtschaftlich angemessener Höhe nachvollziehbar festgelegt worden ist und es eine verdeckte „Zuweiserprämie“ enthält<sup>7</sup>. Sofern die Vergütung der radiologischen Praxis nicht dem Wert der von der radiologischen Praxis erbrachten heilberuflichen Leistung entspricht, kann dies ein Indiz für eine Unrechtsvereinbarung dahingehend sein, dass das seitens des Krankenhauses gezahlte Honorar auch die Zuführung von Patienten vergütet.

Grundsätzlich gilt bei der Ausgestaltung von Kooperationsverträgen zwischen Leistungserbringern, dass die Vergütung nach dem Äquivalenzprinzip in einem angemessenen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zu erfolgen hat<sup>8</sup>. Dies beinhaltet eine transparente und nachvollziehbare Darstellung der zu erbringenden Leistungen und eine Abrechnung pro behandelten Patienten, die entsprechend individuell zu dokumentieren ist. Demgegenüber ist die Zahlung eines Pauschalbetrages grundsätzlich als kritisch anzusehen. Dies ergibt sich daraus, dass bei der Gestaltung von Pauschalbeträgen die Gefahr besteht, dass sich das Äquivalenzprinzip nicht in dem vereinbarten Pauschalbetrag widerspiegelt, weil beispielsweise die Höhe des Pauschalbetrages im Einzelfall nicht der erbrachten Leistung entspricht.

Bezogen auf ein Honorarbudget bedeutet das: Es ist für jeden einzelnen Patienten die jeweils erbrachte Leistung und die hierfür vereinbarte Vergütung zu dokumentieren. Das Honorarbudget darf mithin nicht im Sinne einer „Flatrate“ ausgestaltet sein.

Nach dem Äquivalenzprinzip unzulässig wäre demnach eine Vorgehensweise, in der ein Krankenhaus einen bestimmten Betrag an die radiologische Praxis zahlt und so viele Leistungen wie das Krankenhaus möchte bei der radiologischen Praxis bezieht.

## 3. Maßstäbe zu einer Angemessenheit der Vergütung

Das Gesetz sowie die Gesetzesbegründungen schweigen jedoch zu der Frage, wann ein Entgelt als angemessen zu bewerten ist. Es muss daher der (Markt-) Wert der betreffenden Leistung ermittelt werden. In Betracht kommen unterschiedliche Ansätze<sup>9</sup>.

Einen ersten Ansatzpunkt für die Bestimmung der Angemessenheit könnte der Vergleich mit dem Gehalt eines angestellten Krankenhausarztes bieten<sup>10</sup>. Jedoch ist zu konstatieren, dass zum einen zwischen beiden Gestaltungsmodellen erhebliche inhaltliche Unterschiede bestehen, die einer Vergleichbarkeit entgegenstehen, und zum anderen eine einheitliche Vergütung schlichtweg nicht existiert<sup>11</sup>.

Für die Beurteilung der Angemessenheit wäre daher die Orientierung an der ärztlichen Gebührenordnung denkbar. Gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 GOÄ bemisst sich die Höhe der einzelnen Gebühr, soweit in den Absätzen 3 bis 5 nichts anderes bestimmt ist, nach dem Einfachen bis Dreifachen des Gebührensatzes. Innerhalb des Gebührenrahmens sind die Gebühren unter Berücksichtigung der Schwierigkeit und des Zeitaufwandes der einzelnen Leistung sowie der Umstände bei der Ausführung nach billigem Ermessen zu bestimmen (§ 5 Abs. 2 S. 1 GOÄ). Die Schwierigkeit der einzelnen Leistung kann auch durch die Schwierigkeit des Krankheitsfalles begründet sein. In der Regel darf eine Gebühr nur zwischen dem Einfachen und dem 2,3-fachen des Gebührensatzes – sog. Regelspanne – bemessen werden. Ein Überschreiten des 2,3-fachen des Gebührensatzes ist nur zulässig, wenn Besonderheiten der in Satz 1 genannten Bemessungskriterien dies

4 Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB § 299b Rn. 2

5 BGH, Urteil vom 11.04.2001, Az.: 3 StR 503/00.

6 MüKoStGB/Hohmann, 4. Aufl. 2022, StGB § 299a Rn. 22.

7 BT-Drs. 18/6446, S. 18 f.

8 Vgl. etwa LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 04.11.2014, Az.: L 5 KR 141/14 ER-B.

9 Vgl. auch Schneider, medstra 2016, 195 (199 f.).

10 Vgl. Dahm, MedR 2010, 597 (610).

11 Porten, Handbuch Honorararztrecht, 2014, S. 240.

rechtfertigen (§ 5 Abs. 2 S. 4 GOÄ). Dem 2,3-fachen des Gebührensatzes kommt daher die Funktion eines Schwellenwertes zu. Es stellt aber keinen Fehlgebrauch des Ermessens dar, wenn ärztliche Leistungen, die sich in einem Bereich durchschnittlicher Schwierigkeit befinden, zum Schwellenwert abgerechnet werden. Dem scheint zwar der Wortlaut des § 5 Abs. 2 S. 4 GOÄ entgegenzustehen. Ohne eine nähere Begründungspflicht im Bereich der Regelspanne ist es jedoch nicht praktikabel und vom Ordnungsgeber nicht gewollt, den für eine durchschnittliche Leistung angemessenen Faktor zu ermitteln oder anderweitig festzulegen<sup>12</sup>.

Ein weiteres wichtiges Indiz für die Angemessenheit sind die Krankenhaus-Fallpauschalen (DRG), denn aus ihnen lassen sich die kalkulierten Kosten der ärztlichen Behandlung ermitteln. Innerhalb der Hauptabteilung werden alle Leistungen vom Krankenhaus erbracht und sind von der A-DRG erfasst. In den Belegabteilungen werden die ärztlichen Leistungen im Krankenhaus von Ärzten erbracht, die nicht im Krankenhaus angestellt sind und ihre Leistungen separat abrechnen (B-DRG). Die ärztliche Leistung ist damit auch nicht in der DRG enthalten. Damit lässt sich zwischen der Behandlung in Hauptabteilungen und der Behandlung in Belegabteilungen eine Vergütungsdifferenz berechnen, die den kalkulierten Kosten des behandelnden Belegarztes entspricht<sup>13</sup>.

Des Weiteren kann die InEK-Kalkulationsmatrix als Maßstab herangezogen werden, d. h. die in der Hauptabteilungs-DRG kalkulatorisch enthaltenen Kosten für den ärztlichen Dienst. Sofern der Arzt die ärztliche Leistung alleine erbringt, entsprechen diese Kosten den für ihn kalkulierten Kosten. Sind mehrere Ärzte beteiligt, so sind die Kosten anteilig zu ermitteln<sup>14</sup>. Eine Vergütung entsprechend

der InEK-Kalkulation ist damit ebenfalls stets angemessen, stellt jedoch nicht die „Vergütungs-Obergrenze“ dar<sup>15</sup>.

#### 4. Offene Fragen zur Angemessenheit der Vergütung

Ob eine darüber hinausgehende Vergütung noch angemessen sein kann, ist allerdings umstritten. Es wird mitunter die Auffassung<sup>16</sup> vertreten, der Kooperationsarzt dürfe nicht mehr verdienen, als den kalkulierten ärztlichen Anteil an der DRG-Vergütung des Krankenhauses. Begründet wird dies damit, dass ein Krankenhaus, das ein Honorar deutlich über dem refinanzierten Anteil leistet, mehr zahle, als es selbst als „Marktpreis“ erzielen könne. Die ärztliche Leistung würde dann zu Bedingungen eingekauft, die der Tätigkeit aus Sicht des Krankenhauses nicht mehr entspräche<sup>17</sup>. Da in Fällen, in denen der Arzt zusätzliche Leistungen erbringt (Rufbereitschaft, Visiten, OP-Kleidung, etc.), der Vergütung ein entsprechendes Äquivalent gegenübersteht, ist jedenfalls in diesen Konstellationen eine höhere Vergütung zulässig.

Ob die Vertragsparteien bei der Bemessung der Vergütung innerhalb des Korridors – gebildet durch GOÄ, DRG und InEK-Kalkulation – frei sind, ist ebenfalls nicht abschließend geklärt<sup>18</sup>. Es muss bei der Bewertung aber stets berücksichtigt werden, dass der Honorararzt selbstständig tätig wird und demzufolge nicht in den Genuss der arbeits- und sozialrechtlichen Vorteile kommt, die einem angestellten Arzt des Krankenhauses zu Gute kommen. Es bedarf daher eines Selbstständigkeits-Zuschlags, der die Bezahlung der reinen Einsatzzeit, die fehlende Lohnfortzahlung im Krankheits- und Urlaubsfall, die fehlende Absicherung bei Arbeitslosigkeit, die fehlende Beteiligung des Arbeitgebers an den Krankenversicherungs- und Rentenbeiträgen sowie die persönliche Haftung widerspiegelt.

## D. Konkrete Vergütung und Gestaltungsvorschläge für ein Honorarbudget

Wie bereits oben dargestellt worden ist, sind die Vertragsparteien eines Krankenhauskooperationsvertrages im Rahmen der Vergütungsabrede nicht an eine bestimmte Gebührenordnung gebunden.

### 1. GOÄ als Orientierungsmaßstab der Vergütung

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat dies mit Urteil vom 12.11.2009 (Az.: III ZR 110/09) bestätigt und festgestellt, dass die Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) bei Kooperationsverträgen nicht auf die Leistungen zwischen den einzelnen Kooperationspartnern Anwendung findet<sup>19</sup>. Die GOÄ regelt, für welche Leistungen und in welcher Höhe Ärzte von Privatpatienten und von in § 11 Abs. 1 GOÄ genannten Leistungsträgern, die für einen bestimmten Kreis von Patienten eintreten, die die Vergütung nicht selbst bezahlen müssen, Honorare verlangen können. Die Vergütung der Leistungen zu regeln, ist Sache der Vertragsparteien, die sich am ärztlichen Gebührenrecht orientieren können<sup>20</sup>. Der BGH hat darüber hinaus festgestellt, dass selbst Vergütungsvereinbarungen zwischen Leistungserbringer und dem jeweiligen Patienten sowohl nach oben, als auch nach unten von den in der GOÄ festgesetzten Mindest- und Höchstsätzen abweichen können<sup>21</sup>. Die Frage nach der Angemessenheit der Höhe der Vergütung der radiologischen Leistungen bezieht sich daher im Einzelfall auf die konkret zwischen den Parteien vereinbarte Vergütung.

Dass es den Parteien zusteht, die Vergütung selbst auszuhandeln, ist Ausfluss ihrer verfassungsrechtlich geschützten Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG<sup>22</sup>.

12 Vgl. BGH, Urteil vom 08.11.2007, Az.: III ZR 54/07.

13 Bahner/Bechtler/Hartmannsgruber/Piltz/Schulz-Hillenbrand, Würzburger Erklärung, S. 9; abrufbar unter <http://www.medstra-online.de/news/wuerzburger-erklaerung-zur-angemessenheit-aerztlicher-verguetung>.

14 Bahner/Bechtler/Hartmannsgruber/Piltz/Schulz-Hillenbrand, Würzburger Erklärung, S. 10 f.; abrufbar unter <http://www.medstra-online.de/news/wuerzburger-erklaerung-zur-angemessenheit-aerztlicher-verguetung>.

15 Vgl. auch Schneider, medstra 2016, 195 (198).

16 Clausen, ZMGR 2012, 248 (252).

17 Porten, Handbuch Honorararztrecht, 2014, S. 243.

18 Bemessung gerichtlich nicht überprüfbar Schneider/Ebermann, HRRS 2013, 8; voll überprüfbar Köbel, NStZ 2011, 195.

19 BGH, Urteil vom 12.11.2009, Az.: III ZR 110/09, Rn. 8.

20 BGH, Urteil vom 12.11.2009, Az.: III ZR 110/09, Rn. 9.

21 BGH, Urteil vom 12.11.2009, Az.: III ZR 110/09, Rn. 18.

22 Vgl. hierzu den Nichtannahmebeschluss des BVerfG vom 03.03.2015, Az.: 1 BvR 3226/14, Rn. 12, der sich auf einer Vergütungsvereinbarung zwischen einem Arzt und einer Patientin bezieht.

Die in der Kooperationsvereinbarung geregelte Vergütung dürfte in aller Regel nicht völlig aus der Luft gegriffen sein, sondern unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Aspekte zwischen den Parteien ausgehandelt worden sein. Unter die vorgenannten wirtschaftlichen Aspekte fallen die tatsächlichen Betriebskosten der radiologischen Geräte (Abschreibung, Finanzierung, Wartung, Reparaturen, Versicherung, Materialkosten), die bei der Vereinbarung von Nutzungsentgelten für die Nutzung eines radiologischen Gerätes des Kooperationspartners durch das Krankenhaus Berücksichtigung finden.

Bei der Frage nach der Angemessenheit einer zwischen den Parteien individuell ausgehandelten Vergütung geht es im Kern um die Frage, ob die Vergütung in einem angemessenen Verhältnis zu der erbrachten Leistung steht. Da es sich bei der von dem Kooperationspartner zu erbringenden Leistung aber nicht nur um das Aufstellen und die Bedienung des radiologischen Gerätes, sondern insbesondere um die Erstellung einer Leistung der bildgebenden Diagnostik handelt, ist bei der Angemessenheit der Vergütung auch die heilberufliche Tätigkeit als solche zu berücksichtigen. Der BGH hat dabei in dem oben zitierten Urteil vom 12.11.2009 festgehalten, dass die Parteien sich dabei nicht am ärztlichen Gebührenrecht orientieren müssen, aber können<sup>23</sup>.

Insofern kann festgehalten werden, dass die GOÄ nicht den Maßstab zur Beurteilung der Angemessenheit der Vergütung bildet, sondern, dass für jeden Sachverhalt die Umstände des Einzelfalls in die Abwägung, ob die Vergütung angemessen ist oder nicht, miteinzubeziehen sind. Das schließt allerdings eine Orientierung der Parteien an den Regelungen der GOÄ zur Festlegung eines Honorarbudget nicht aus. Wie oben dargestellt worden ist, ist jedoch auch eine Orientierung an den Krankenhaus-Fallpauschalen (DRG) oder der InEK-Kalkulationsmatrix als Maßstab denkbar.

Zur Feststellung der Angemessenheit der Vergütung für ein Honorarbudget ist daher zunächst auf die Vergütung der jeweiligen Einzelleistung abzustellen. Geht man von

der GOÄ aus, ist Maßstab die Vergütungshöhe nach der betreffenden Gebührensätze sowie die Zulässigkeit von Steigerungssätzen. Ausgehend hiervon ist im Kooperationsvertrag festzuhalten, welche Leistungsarten von einem Honorarbudget erfasst sein sollen. Kernfrage zur Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Honorarbudget ist, ob das Krankenhaus im Ergebnis der radiologischen Praxis einen Vorteil zuwendet und es sich daher um eine verdeckte „Zuweisungsprämie“ handeln könnte. Ein solcher Vorteil kann sich ergeben, wenn die tatsächlichen Leistungszahlen erheblich unter den Budgetzahlen liegen und damit die radiologische Praxis rechnerisch eine unangemessen hohe Vergütung erhält. Einem Honorarbudget ist mithin das Risiko einer ungemessenen Vergütung im Nachhinein immanent und birgt ein Einfallstor für Umgehungsanstrengungen. Denn die Vertragsparteien könnten auch schlicht eine faktisch unrealistische Anzahl von Budgetzahlen zu Grunde legen und dadurch zu einer vorhersehbaren unangemessenen Vergütung der radiologischen Praxis gelangen.

Vor diesem Hintergrund sind Gestaltungsmöglichkeiten zu ermitteln, die das Risiko der rechtlichen Unzulässigkeit eines Honorarbudgets minimieren.

## 2. Gestaltungsvorschläge für ein Honorarbudget

Honorarbudgets werden wie oben dargestellt zu einer Planungssicherheit der radiologischen Praxis und zur Absicherung einer notwendigen Amortisation von Investitionen vereinbart. Zunächst sollte für ein Honorarbudget im Sinne des Äquivalenzprinzips durch das Krankenhaus ermittelt werden, welche Arten von Leistungen und in welcher Anzahl diese in den vergangenen Jahren im Durchschnitt erbracht wurden. Diese Berechnung sollte als Anlage zum Vertrag genommen werden, denn zur Beurteilung der Angemessenheit der gewährten Vergütung ist es wichtig, dass eine transparente und für Außenstehende nachvollziehbare Vergütung für die erbrachte Leistung gezahlt wird (sog. Transparenzgebot)<sup>24</sup>. Ausgehend von diesen Leistungszahlen des

Krankenhauses und der Honorierung nach der GOÄ ist sodann ein realistisches Honorarbudget zu bestimmen.

Zudem ergeben sich praktische Gestaltungsmöglichkeiten, um das Risiko einer intendierten Zuweisungsprämie zu minimieren. Dies sind die Anpassungen des Honorarbudgets für das dem jeweiligen Abrechnungszeitraum folgenden Jahr, wenn die tatsächlichen Leistungszahlen in einem bestimmten Prozentsatz – etwa 5–10 % – unter den Budgetzahlen liegen. Daneben sollte eine zusätzliche Regelung aufgenommen werden, die vorsieht, dass bei ganz erheblicher Unterschreitung der tatsächlichen Leistungszahlen von den Budgetzahlen eine nur reduzierte Vergütung zu bezahlen ist. Schließlich sollten die Parteien in dem Kooperationsvertrag ihre Interessenlagen zur Vereinbarung eines Honorarbudgets offen und transparent niederlegen.

Schließlich bestehen auch alternative Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherstellung der Planungssicherheit der radiologischen Praxis. In Betracht kommt z. B., dass das Krankenhaus der radiologischen Praxis für die (dokumentierten) Anschaffungskosten von medizinischen Großgeräten einen Zuschuss gewährt. Hierdurch kann das Honorarbudget rechnerisch und damit das Risiko einer unangemessenen Vergütung insgesamt verringert werden.

## E. Zulässigkeit eines Honorarbudgets mit Bezugsmenge

Bei der Frage nach der Zulässigkeit einer Vereinbarung, bei der dem Kooperationspartner von Seiten des Krankenhauses eine konkrete Bezugsmenge zugesichert wird, stellt sich also die Frage, ob dem Krankenhaus durch den Kooperationspartner ein Vorteil gewährt wird, damit das Krankenhaus im Gegenzug Patienten zuweist und ob darin eine Unrechtsvereinbarung zu sehen ist, die berufsrechtlich (§ 31 MBO-Ä) und strafrechtlich (§ 299a ff. StGB) relevant werden kann.

23 BGH, Urteil vom 12.11.2009, Az.: III ZR 110/09, Rn. 14.

24 Vgl. *Landesärztekammer Thüringen*, *Ärzteblatt Thüringen*, 2018, 218, 219.

## 1. Auswirkungen eines Verstoßes

Bei einem Verstoß gegen § 31 MBO-Ä drohen nicht nur berufsrechtliche Sanktionen, sondern dieser wirkt sich auch auf die Wirksamkeit der gesamten Kooperationsvereinbarung aus. Denn bei § 31 MBO-Ä handelt es sich um ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB<sup>25</sup>. Ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot führt nach dieser Vorschrift in der Regel zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Insofern hat ein berufsrechtlicher Verstoß auch Wirkungen auf den nach den Regeln des Zivilrechts geschlossenen Vertrag. Für Vertragsärzte finden sich zusätzliche Regelungen zum Verbot der Zuweisung gegen Entgelt in den §§ 73 Abs. 7, 128 SGB V. Darüber finden sich aber auch in einigen Landeskrankenhausesetzen entsprechende Vorschriften. § 31a Abs. 1 Krankenhausgestaltungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (KHGG NRW) schreibt etwa vor, dass es Krankenhäusern und ihren Trägern nicht gestattet ist, für die Zuweisung von Patientinnen und Patienten ein Entgelt oder andere Vorteile zu gewähren, zu versprechen, sich gewähren oder versprechen zu lassen. In §§ 24 Abs. 5 LKHG, 25a ThürKHG finden sich ähnliche Regelungen.

## 2. Tatbestandsmerkmale der §§ 299a/b StGB

Nachfolgend soll daher auf die Tatbestandsmerkmale der §§ 299a/b StGB bezogen auf einen Kooperationsvertrag zwischen einem Krankenhaus und einer radiologischen Praxis, der ein Honorarbudget in Verbindung mit einer Bezugsverpflichtung vorsieht, eingegangen werden.

Die Vereinbarung von Bezugsverpflichtungen und eines Honorarbudgets zwischen dem Krankenhaus und Kooperationspartner darf keinen Unrechtswert haben. Aus dem Strafgesetzbuch und der Gesetzesbegründung zu § 299a StGB kann entnommen werden, dass eine Unrechtsvereinbarung eine Verknüpfung von Vorteil und Gegenleistung voraussetzt<sup>26</sup>. Der Vorteilsbegriff deckt dabei jede Zuwendung ab, auf die der Arzt keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder

persönliche Lage objektiv verbessert<sup>27</sup>. Der Vorteil muss eine Gegenleistung für eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb darstellen<sup>28</sup>. Im Rahmen der Vorteilsgewährung kommt auch der unter D. erläuterten Angemessenheit der Vergütung Bedeutung zu. Denn die (Un-)Angemessenheit kann ein sehr maßgebliches Indiz für das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung sein<sup>29</sup>.

Aber nicht nur aus strafrechtlicher Sicht ist zu berücksichtigen, dass keine unerlaubte Zuweisung erfolgen darf. Auch aus berufsrechtlicher Sicht ist § 31 MBO-Ä zu beachten, der jegliche Vorteilsgewährung, sofern sie in direktem Zusammenhang mit der Zuweisung von Patienten steht, untersagt<sup>30</sup>. § 31 Abs. 1 MBO-Ä lautet:

*„Ärztinnen und Ärzten ist es nicht gestattet, für die Zuweisung von Patientinnen und Patienten oder Untersuchungsmaterial oder für die Verordnung oder den Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.“*

Nach Auffassung des BGH ist für einen Verstoß gegen § 31 Abs. 1 MBO-Ä keine Unrechtsvereinbarung erforderlich<sup>31</sup>. Der überwiegende Teil der Literatur sieht aber den ausdrücklichen oder konkludenten Abschluss einer Unrechtsvereinbarung für einen Verstoß als erforderlich an<sup>32</sup>. Die Frage der Unrechtsvereinbarung stellt sich rechtlich erst, wenn Vorteile der einen Partei zugewendet werden und die andere Partei Patienten zuweist. Erst dann stellt sich die Frage einer kausalen Verknüpfung der beiden Handlungsweisen. Tatsächlich und

rechtlich sollte aber schon auf einer vorgeschalteten Ebene verhindert werden, dass Vorteile gewährt werden bzw. eine sonstige rechtlich unzulässige Gestaltung erfolgt.

In der Gesetzesbegründung Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vom 21.10.2015<sup>33</sup> wurde klargestellt, dass ohne weitere Umstände die Honorierung heilberuflicher Leistungen im Rahmen einer zulässigen beruflichen Zusammenarbeit nicht den Verdacht auf eine Unrechtsvereinbarung begründen kann (BT-Drs. 18/6446). Ohne Hinzutreten weiterer Umstände kann die Honorierung heilberuflicher Leistungen im Rahmen zulässiger beruflicher Zusammenarbeit grundsätzlich nicht den Verdacht begründen, dass die Einräumung der zugrundeliegenden Verdienstmöglichkeit als Gegenleistung für die Zuweisung des Patienten erfolgen soll und eine Unrechtsvereinbarung vorliegt. Etwas anderes gilt, wenn festgestellt wird, dass das Entgelt nicht entsprechend dem Wert der erbrachten heilberuflichen Leistung in wirtschaftlich angemessener Höhe nachvollziehbar festgelegt worden ist und es eine verdeckte „Zuweiserprämie“ enthält<sup>34</sup>.

### a. Zuweisung von Patienten

Eine Vereinbarung mit dem verpflichtenden Inhalt der Zuweisung einer bestimmten Anzahl von Patienten im Jahr enthält unzweifelhaft eine Zuweisung von Patienten. Zu fragen ist daher, ob diese Patientenzuweisung zulässig ist, da sie zulässig sein kann, wenn eine gesetzliche Regelung die Kooperation ausdrücklich als zulässig bestimmt<sup>35</sup>.

33 BT-Drucks. 18/6446, S. 18.

34 BT-Drucks. 18/6446, S. 18 m.w.N..

35 Eine ähnliche, aber deutlich konkretere Ausnahmeregelung enthält auch die vergleichbare Vorschrift für Apotheker in § 11 Abs. 1 S. 1 ApoG, wonach „(1) Erlaubnisinhaber und Personal von Apotheken dürfen, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, mit Ärzten oder anderen Personen, die sich mit der Behandlung von Krankheiten befassen, oder mit Dritten keine Rechtsgeschäfte vornehmen oder Absprachen treffen, die eine bevorzugte Lieferung bestimmter Arzneimittel, die Zuführung von Patienten, die Zuweisung von Verschreibungen oder die Fertigung von Arzneimitteln ohne volle Angabe der Zusammensetzung zum Gegenstand haben. [...]“

25 BGH, Urteil vom 22.01.1986, Az.: VIII ZR 10/85.

26 BT-Drs. 18, 6446 S. 18.

27 BGH, Urteil vom 11.04.2001, Az.: 3 StR 503/00.

28 LÄK Thüringen, Die häufigsten Fragen zum Antikorruptionsgesetz, Ärzteblatt Thüringen, 4/2018, S. 218.

29 Spickhoff/Scholz, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 31 MBO, Rn. 14.

30 Kommentar zur (Muster-)berufsordnung/Ratzel, 7. Aufl. 2018, § 31 MBO-Ä, Rn. 2.

31 BGH, Beschluss vom 09.10.2021, Az.: VIII ZR 362/19, Rn. 47.

32 Dahm, in FS Steinhilper, 2013, 28 (35); Möller/Makoski, GesR 2012, 647 (654), Wittmann/Koch, MedR 2011, 476 (483); Spickhoff/Scholz, 4. Aufl. 2022, MBO § 31 Rn. 9.

## b. Vorteilsgewährung

Bei der Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen einer Vorteilsgewährung im Rahmen eines Honorarbudgets mit Bezugsverpflichtung ist zwischen stationären GKV-Patienten, Wahlleistungspatienten und sonstigen Privatpatienten zu differenzieren.

### aa. Stationäre GKV-Patienten

Im Falle von stationären GKV-Patienten ist eine Vergütungsregelung für die Erbringung von radiologischen Leistungen grundsätzlich möglich, wenn die jeweilige Vergütung angemessen im Sinne einer angemessenen Kosten-/Aufwandsentschädigung ist. Zu den Maßnahmen im Rahmen eines Honorarbudgets die Risiken einer ungemessenen Vergütung der radiologischen Praxis zu vermeiden, haben wir bereits unter D. Stellung genommen.

Zu hinterfragen wäre ferner, ob bei einem Kooperationsvertrag mit Bezugsverpflichtung ein Recht des Patienten auf freie Arztwahl beeinträchtigt werden würde. Für den Bereich der vertragsärztlichen Versorgung ist das Recht auf freie Arztwahl in § 76 SGB V einfachgesetzlich und in § 13 Abs. 3 BMV-Ä kollektivrechtlich näher ausgestaltet. Verfassungsrechtlich weist der Grundsatz freier Arztwahl unterschiedliche Verankerungen und Ausprägungen auf. Das Recht, einen Arzt des eigenen Vertrauens aufzusuchen und sich behandeln zu lassen, findet – akzentuiert man zunächst die Wahlfreiheit – seine verfassungsrechtliche Grundlage in der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG<sup>36</sup> und – soweit das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient in den Fokus gerät – im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG<sup>37</sup>. Grundrechtsdogmatisch steht beim Recht auf freie Arztwahl, ungeachtet der insoweit leicht missverständlichen Terminologie, das Abwehrrecht gegen reglementierende Eingriffe des Staates im Vordergrund<sup>38</sup>, es umfasst mithin keinen gegen den Arzt oder den Staat gerichteten Verschaffungsanspruch („kein soziales Grundrecht“)<sup>39</sup>.

36 Epping/Hillgruber/Lang, GG, 2021, Art. 2 Rn. 6.

37 Becker/Kingreen/Lang, 8. Aufl. 2022, SGB V § 76 Rn. 4.

38 Neumann, NZS 2002, 561 (562).

39 Wigge, VSSR 1996, 399 (413 f.).

Die Problematik der freien Arztwahl stellt sich bei GKV-Patienten in der stationären Versorgung aber grundsätzlich nicht. GKV-Patienten haben zwar das Recht auf freie Krankenhauswahl (sofern das Krankenhaus für die Versorgung gesetzlich Versicherter zugelassen ist); sie haben jedoch nicht das Recht auf freie Arztwahl im Krankenhaus<sup>40</sup>. Der Patient erklärt sich beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag im Regelfall mit der Behandlung durch alle diejenigen Ärzte einverstanden, die nach dem internen Dienstplan zuständig<sup>41</sup> sind, wobei es zulässig ist, dass der Patient die im Rahmen der Behandlung erforderliche Einwilligung auf einen speziellen Arzt beschränkt<sup>42</sup>. Das Krankenhaus schuldet dem GKV-Patienten die allgemeinen Krankenhausleistungen (§ 2 Abs. 2 KHEntgG). Im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistungen ist das Krankenhaus dem Patienten gegenüber nur zu der Erbringung von Leistungen durch den diensthabenden Arzt verpflichtet, der nicht durch den Patienten ausgewählt werden kann. Auch die von den Ärzten vom Kooperationspartner erbrachten Leistungen fallen unter die von dem Krankenhaus zu erbringenden allgemeinen Krankenhausleistungen<sup>43</sup>.

### bb. Privatpatienten

Bei Privatpatienten, die allgemeine Krankenhausleistungen gem. § 2 Abs. 2 KHEntgG in Anspruch nehmen, ist ebenso zu prüfen, ob diesen das Recht auf freie Arztwahl im Krankenhaus zustehen könnte. Dieses wird – wie auch bei GKV – Patienten mittelbar verfassungsrechtlich gewährleistet. Versicherungsrechtlich hat der Grundsatz der freien Arztwahl bezogen auf das jeweilige Krankenhaus seine Ausprägung in § 4 Abs. 4 MB/KK gefunden<sup>44</sup>. Für Privatpatienten, die allgemeine Krankenhausleistungen gem. § 2 Abs. 2 KHEntgG in Anspruch nehmen, gilt aber das unter a) Gesagte weitestgehend entspre-

40 Vgl. OLG München, Schlussurteil vom 18.11.2010, Az.: 1 U 5334/09.

41 MAH MedR, § 13 Krankenhausrecht Rn. 313; BGH, Urteil vom 11.05.2010, Az.: VI ZR 252/08.

42 BGH, Urteil vom 11.05.2010, Az.: VI ZR 252/08, Rn. 6, 9.

43 Vgl. BGH, Urteil vom 12.11.2009, Az.: III ZR 110/09, Rn. 4.

44 Vgl. MAH VersR, § 23 Krankenversicherung Rn. 217.

chend. Denn bei Privatpatienten besteht ein totaler Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag. Werden Privatpatienten im Rahmen des totalen Krankenhausaufnahmevertrages von einem Arzt, der nicht Wahlarzt ist, behandelt, ist der Privatpatient in der Regel mit der Behandlung durch alle diejenigen Ärzte einverstanden, die nach dem internen Dienstplan zuständig sind. Im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistungen schuldet das Krankenhaus auch nur diese Leistungen. Für das Fachgebiet der Radiologie dürfte es sich hier aber nur um eine theoretische Fragestellung handeln. Denn die radiologische Praxis, die mit dem Krankenhaus kooperiert, wird bezogen auf Privatpatienten gem. § 17 Abs. 3 S. 1 HS. 1 KHEntgG auf Veranlassung des Wahlarztes als Arzt bzw. ärztlich geleitete Einrichtung außerhalb des Krankenhauses tätig.

### cc. Wahlleistungspatienten

GKV oder privat versicherte Patienten können mit dem Krankenhausträger eine sogenannte Wahlleistungsvereinbarung nach § 17 Abs. 2 S. 1 KHEntgG abschließen. Im gegenständlichen Fall ist ausschließlich die Wahlleistung Arzt und nicht etwa die Wahlleistung Unterkunft oder medizinische Wahlleistungen relevant. Die Wahlleistung Arzt hat zum Gegenstand, dass dem Patienten die Behandlung durch bestimmte leitende oder besonders fachlich qualifizierte Ärzte in jedem Fall, also ohne, dass dies im Einzelfall aus medizinischen Gründen notwendig oder zweckmäßig sein muss, geschuldet wird.<sup>45</sup>

Der Patient entrichtet ein gesondertes Entgelt und erkauft sich dadurch über die allgemeinen Krankenhausleistungen hinaus eine qualitativ hochwertigere Behandlung oder eine solche durch einen bestimmten Arzt<sup>46</sup>. Bei den Wahlleistungspatienten ist das Recht der freien Arztwahl jedoch weitaus relevanter. Versicherungsrechtlich hat der Grundsatz der freien Arztwahl bezogen

45 BGH, Urteil vom 14.01.2016, Az.: III ZR 107/15; OLG Karlsruhe, Hinweisbeschluss vom 18.01.2021, Az.: 13 U 389/19, BeckRS 2021, 1615; Quaas/Zuck/Clemens MedR § 26 Rn. 312.

46 Huster/Kaltenborn/Rehborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 14, Rn. 96.

auf den jeweiligen niedergelassenen Arzt seine Ausprägung in § 4 Abs. 2 S. 1 MB/KK gefunden<sup>47</sup>. Dem klaren Wortlaut des § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG erstreckt sich eine Wahlarztvereinbarung auf die von liquidationsberechtigten Krankenhausärzten „veranlassen“ Leistungen von Ärzten und ärztlich geleiteten Einrichtungen „außerhalb des Krankenhauses“ – z. B. von niedergelassenen Ärzten – nur dann, soweit diese Leistungen im Rahmen der Behandlung des Patienten von liquidationsberechtigten Ärzten des Krankenhauses veranlasst werden<sup>48</sup>. Auf diese Kette ist der Patient hinzuweisen. Sinn und Zweck der Wahlarkette ist insbesondere, dass wahlärztliche Leistungen „als Einheit“ angeboten und erbracht werden, um abrechnungstechnische Schwierigkeiten zu vermeiden<sup>49</sup>. Vereinzelt wird dabei von einer „Vertrauenskette“ gesprochen, indem der Gesetzgeber zu erkennen gebe, dass dem Vertrauen auf die besonderen Erfahrungen und die herausgehobene Kompetenz des liquidationsberechtigten Krankenhausarztes auch dann Rechnung getragen wird, wenn dieser Arzt eine Behandlung durch Drittärzte veranlasst, die das besondere Vertrauen des liquidationsberechtigten Krankenhausarztes genießen<sup>50</sup>.

Ist in einem Kooperationsvertrag eine Bezugsverpflichtung auch für wahlärztliche Leistungen enthalten oder existiert im Krankenhaus eine Dienstanweisung an die Wahlärzte, die vorschreibt, bei welchen Ärzten oder ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses welche Leistungen zu veranlassen sind, kann dies begründete Zweifel an der „Vertrauenskette“ und damit auf die Einbeziehung der radiologischen Praxis in die externe Wahlarkette haben<sup>51</sup>. Dabei ist jedoch zu beachten, dass eine allgemein formulierte Bezugsverpflichtung nicht ohne weiteres auch das Krankenhaus bzw. die dort tätigen

Wahlärzte dazu verpflichtet auch die wahlärztlichen Leistungen bei der radiologischen Praxis zu veranlassen. Denn hierbei handelt es sich naturgemäß nicht um eine eigene Leistung des Krankenhauses. Unterlassen werden sollten aber Gestaltungen, die das Krankenhaus dazu verpflichten, auf die Wahlärzte einzuwirken, oder aber ausdrücklich die Bezugsverpflichtung auch auf wahlärztliche Leistungen Anwendung findet. Dies gilt zum einen im Hinblick auf die Abrechenbarkeit der (externen) Leistung der radiologischen Praxis, da dann – wie oben dargelegt – die Vertrauenskette gestört sein könnte. Überdies wäre dies ohne weiteres als Zuführung von Patienten anzusehen. Werden sodann von der radiologischen Praxis in welcher Form auch immer Vorteile an das Krankenhaus gewährt, kann es sich beim Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung um eine unzulässige Zuweisung gegen Entgelt handeln.

Unter Anwendung dieser Grundsätze sollte sich eine Bezugsverpflichtung nicht ausdrücklich auf wahlärztliche Leistungen beziehen. Überdies sollte ein Honorarbudget nicht die wahlärztlichen Leistungen erfassen. Denn dies wäre der vertraglich vorgesehene Anreiz für das Krankenhaus, auf seine Wahlärzte einzuwirken, damit diese an die radiologische Praxis entsprechende Patienten zuweisen. Erweist sich die konkrete Fassung des Honorarbudgets als für das Krankenhaus vorteilhaft, könnte genau dieser Vorteil der Umstand sein, weshalb in der tatsächlichen Gestaltung eine unzulässige Zuweisung gegen Entgelt zu sehen ist.

Würde die auf Veranlassung des Wahlarztes erbrachte Leistung in das Honorarbudget einbezogen werden, würde die radiologische Praxis mithin vom Krankenhaus eine Vergütung erhalten. Für die Vergütung der von den Wahlärzten veranlassten Leistungen außerhalb des Krankenhauses findet jedoch gem. § 17 Abs. 3 S. 7 KHEntgG die GOÄ Anwendung. Die radiologische Praxis stellt ihre Leistungen dem jeweiligen Patienten nach Maßgabe der GOÄ direkt in Rechnung. Die radiologische Praxis würde mithin eine Doppelvergütung erhalten bzw. eine Vergütung, der keine wirtschaftlich angemessene Gegenleistung gegenübersteht. Mangels Vorliegens eines sachlichen Grundes für die Vergütung hätte die

radiologische Praxis eigentlich keinen direkten Rechtsanspruch auf den Erhalt der Vergütung durch das Krankenhaus. Die Zahlung der Vergütung würde auch eine wirtschaftliche Besserstellung darstellen. Dadurch würde die radiologische Praxis einen Vorteil erlangen, bei dem der Anschein besteht, dass für diesen Vorteil externe Gründe bestehen, beispielsweise die sonstige Zuführung von Patienten oder Vorteilen von der radiologischen Praxis an das Krankenhaus. Dies ist ein Risiko, welches aus Compliance-Sicht problematisch ist.

## F. Ergebnis

Ein Honorarbudget und eine Bezugsverpflichtung im Rahmen eines Kooperationsvertrages sind grundsätzlich voneinander zu unterscheiden. Diese können miteinander kombiniert werden, müssen es aber nicht. Die Koppelung eines Honorarbudgets und einer Bezugsverpflichtung unter Vorbehalt einer entsprechend langen Laufzeit des Kooperationsvertrages kann erforderlich sein, damit die radiologische Praxis, die regelmäßig das Gros der Investitionen trägt, eine langfristige Planungssicherheit hat, um die nicht unerheblichen Investitionen für medizinische Großgeräte oder medizinisches Personal zu tätigen und zu refinanzieren. Die Vereinbarung eines Honorarbudgets in Verbindung mit einer Bezugsverpflichtung ist jedoch nur im Rahmen der rechtlichen Vorgaben möglich. Dies sind insbesondere die jeweils einschlägigen Vorschriften zur unzulässigen Zuweisung gegen Entgelt.

Im Hinblick auf die zu vereinbarenden Entgelte sind die Vertragsparteien nicht an die GOÄ gebunden. Denn diese gilt grundsätzlich nur im Verhältnis zwischen Arzt und Patient. Sie können sich jedoch an der GOÄ orientieren. Im Rahmen von Kooperationsverträgen sind die einzelnen Leistungsbeziehungen danach zu untersuchen, ob eine unzulässige Zuweisung vorliegt. Hierbei ist insbesondere relevant, ob einem Vertragspartner ein Vorteil zugewendet wird und er im Gegenzug Patienten zuweist. Daher ist die Angemessenheit der Vergütung nach dem Äquivalenzprinzip ein wichtiger Aspekt bei der Vertragsgestaltung, damit von vornherein einem Vertragspartner kein Vorteil zufließt. Denn dies kann ein Indiz für eine

47 Bach/Moser/Kalis, 5. Aufl. 2015, MB/KK § 4 Rn. 30.

48 OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.09.2019, Az.: 8 U 140/17, BeckRS 2019, 33 228, Rn. 17.

49 BVerfG, Beschluss vom 03.03.2015, Az.: 1 BvR 3226/14, Rn. 24; Spickhoff/Starzer, 4. Aufl. 2022, KHEntgG § 17 Rn. 6.

50 OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.09.2019, Az.: 8 U 140/17, BeckRS 2019, 33 228, Rn. 18.

51 Wigge, Kaufhold, RÖFo 2020, 704, 706.



Unrechtsvereinbarung und damit eine unzulässige Zuweisung sein.

Hieran gemessen sind Honorarbudgets zulässig, wenn die Vergütungen im Einzelfall eine angemessene Kosten-/Aufwandsentschädigung darstellt sowie sonstige vertragsgestalterische Maßnahmen ergriffen werden, um das Risiko einer unzulässigen Zuweiserprämie zu minimieren. Denn die radiologische Praxis ist darauf angewiesen, die Gewinne aus der Kooperation langfristig zu kalkulieren, um das bei der Refinanzierung der getätigten Investitionen einhergehende unternehmerische Risiko soweit als möglich abschätzen und minimieren zu können.

Dies vorausgesetzt kann ein Honorarbudget in Verbindung mit einer Bezugsverpflichtung für GKV-Patienten und Privatpatienten, die allgemeine Krankenhausleistungen gem. § 2 Abs. 2 KHEntgG empfangen, zulässigerweise vereinbart werden, da die Patienten insoweit

im Rahmen der stationären Versorgung grundsätzlich kein Recht auf freie Arztwahl haben.

Für Wahlleistungspatienten, die die Wahlleistung Arzt empfangen, sollte jedoch kein Honorarbudget vereinbart werden. Denn dann würde die radiologische Praxis – neben der Vergütung durch den jeweiligen Patienten – eine weitere Vergütung, mithin eine Doppelvergütung, erhalten. Da es hierfür keinen sachlichen Grund gibt, kann hierin ein Indiz gesehen werden, dass dieser Vorteil für andere Zwecke, nämlich der Zuweisung von Patienten der radiologischen Praxis an das Krankenhaus, gewährt wird.

Die Bezugsverpflichtung sollte ferner nicht auch die ärztlichen Wahlleistungen miteinbeziehen. Denn zum einen ist die für Wahlleistungspatienten geltende freie Arztwahl bei den durch den Wahlarzt veranlassten Leistungen außerhalb des Krankenhauses

zu beachten. Überdies kann eine Bezugsverpflichtung die sog. Vertrauensketten bei wahlärztlichen Leistungen und damit die Abrechenbarkeit der Leistungen insgesamt in Frage stellen.

---

Prof. Dr. Peter Wigge  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Medizinrecht

Karina Jentsch  
Rechtsanwältin

Hendrik Hörnlein, LL.M.  
Rechtsanwalt

Rechtsanwälte Wigge  
Scharnhorststraße 40  
48151 Münster  
Telefon: (0251) 53 595-0  
Telefax: (0251) 53 595-99  
E-Mail: [kanzlei@ra-wigge.de](mailto:kanzlei@ra-wigge.de)  
[www.ra-wigge.de](http://www.ra-wigge.de)