

Verfassungsbeschwerde

des ...

– **Beschwerdeführer** –

Verfahrensbevollmächtigte: ...

Namens und in Vollmacht des Beschwerdeführers erheben wir - unter Vorlage einer auf uns lautenden, gesonderten Vollmacht –

Verfassungsbeschwerde

gegen

1. das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 16.10.2014 (Az. III ZR 85/14), zugestellt am 30.10.2014, **Anlage 1**
2. das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 06.03.2014 (Az. 21 S 187/12) **Anlage 2**,
3. das Urteil des Amtsgerichts Düsseldorf vom 26.04.2012 (Az. 39 C 11058/11) **Anlage 3** i.V.m. dem Beschluss des Amtsgerichts Düsseldorf vom 11.06.2012, **Anlage 4**.

Gerügt wird die Verletzung des

- Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 u. Abs. 3 GG wegen Überschreitung verfassungsrechtlicher Grenzen der richterlichen Rechtsfindung;
- Art. 12 Abs. 1 GG wegen Auslegung des § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntG, die zu unverhältnismäßiger Beschränkung der Berufsfreiheit führt und
- Art. 3 Abs. 1 GG wegen Auslegung des § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntG, die zu ungerechtfertigter Ungleichbehandlung von angestellten und nicht-angestellten Ärzten im Hinblick auf die Berechtigung führt, Wahlleistungsvereinbarungen mit Patienten abzuschließen.

Zusammenfassend stellen sich im Rahmen der Verfassungsbeschwerde drei zentrale Fragen:

1. Überschreitet ein Gericht seine Kompetenzen, wenn es Inhalt und Zweck einer Regelung (hier: Kontrahierungszwang und Berufsträgerschutz mittels Förderung im Wettbewerb) in ihr Gegenteil verkehrt (hier: Kontrahierungsverbot und Patientenschutz sowie Berufsträgerschutz vor Wettbewerb)?
2. Ist es ein gerechtfertigter Eingriff in die Berufsfreiheit, sog. „Honorärärzten“ den Abschluss von Vereinbarungen zu untersagen, mit denen Patienten sich der besonderen Zuwendung eines Honorararztes als Arzt ihres Vertrauens versichern?
3. Kann es gerechtfertigt sein, zugunsten von angestellten Ärzten den Abschluss solcher Vereinbarungen zu ermöglichen, zugunsten von Honorärärzten indes nicht?

Nach Auffassung des Beschwerdeführers ist die erste Frage zu bejahen, die zweite und dritte Frage sind zu verneinen. Daraus folgt, dass die vom Beschwerdeführer angegriffenen Entscheidungen in drei voneinander unabhängigen Punkten dessen Rechte verletzt und selbst dann aufzuheben sind, wenn man auch nur bei einer der drei Fragen der Auffassung des Beschwerdeführers folgt.

Die Verfassungsbeschwerde gründet im Überblick auf folgenden Sachverhalt und folgenden Gründen:

1. Der Beschwerdeführer ist Facharzt für Neurochirurgie und für ein Krankenhaus aufgrund eines Kooperationsvertrages tätig gewesen, ohne dass damit ein Anstellungsverhältnis mit dem Krankenhaus begründet worden wäre (nachfolgend: „Honorararztverhältnis“). Für das Krankenhaus führte er u. a. Operationen durch.
2. Weiterhin ist der Beschwerdeführer niedergelassener Arzt und behandelt Patienten in seinem Fachgebiet ambulant. Als eine stationäre Operation am Rücken bei einer Patientin notwendig wurde, wollte die Patientin nur und ausschließlich vom Beschwerdeführer operiert werden. Das wurde mittels einer Individualvereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer und dem Arzt sowie einer Wahlleistungsvereinbarung gem. § 17 KHEntgG zwischen dem Krankenhaus und dem Patienten festgehalten und damit der Patientin verbindlich zugesichert. Der Beschwerdeführer führte nachfolgend die Operation durch. Dessen Wahlleistungsliquidation wurde von der Patientin vergütet, welche die Aufwendungen von ihrer Versicherung erstattet erhielt.
3. Nachfolgend forderte die Versicherung die Entgelte für die ärztlichen Wahlleistungen zurück. Sie war der Auffassung, dass Wahlleistungsarzt nur sein könne, wer verbeamtet oder an einem Krankenhaus angestellt ist. Dementsprechend wäre weder eine Wahlleistungsvereinbarung mit dem Krankenhaus, in der ein Honorararzt benannt ist, wirksam, noch eine entsprechende Vereinbarung über die Erbringung von gesondert zu vergütenden ärztlichen Leistungen während eines stationären Aufenthaltes zwischen einem Arzt und einem Patient. Die Versicherung stützte diese Auffassung auf § 17 Abs. 3

Satz 1 KHEntgG. Ihr folgten entgegen der Ansicht anderer Instanzgerichte, die die Auffassung des Beschwerdeführers stützen, die von der Versicherung bzw. dem Beschwerdeführer in dem hiesigen Instanzenzug angerufenen Gerichte:

a) § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG bestimmt, dass sich eine bereits abgeschlossene Wahlleistungsvereinbarung automatisch und damit also auch gegen den Willen des Patienten auf alle verbeamteten und angestellten Ärzte eines Krankenhauses erstreckt. Wie die Gesetzgebungshistorie ausgehend von der Ursprungsregelung in der § 6 Satz 4 BPflV idF aus dem Jahre 1973 erkennen lässt, wollte der damalige Verordnungsgeber damit alleine einen Kontrahierungszwang begründen, also ärztlichen Interessen dienen, nicht den Patienten schützen.

b) An diesem Inhalt und dieser Zwecksetzung hat sich bis heute abgesehen von einer Einschränkung der Reichweite des Kontrahierungszwangs nichts geändert. Der Gesetzgeber hatte sogar noch einmal ausdrücklich bestätigt, dass ein Krankenhaus u. a. Wahlleistungen mit nicht fest angestellten Ärzten erbringen könne (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 KHEntgG nF).

c) Aus § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG also abzuleiten, dass die Regelung ein Kontrahierungsverbot zum Schutz des Patienten enthielte, wie es in den fachgerichtlichen Verfahren vertreten wurde, entbehrt damit einer gesetzlichen Grundlage wie eines rechtfertigenden Grundes. Eine gesetzliche Grundlage fehlt, weil § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG das Gegenteil enthält und auf das Gegenteil abzielt, was der BGH ihm nun als Gehalt entnehmen will. Ein rechtfertigender Grund fehlt sodann, weil zwar nun ein legitimes Ziel benannt wird (zuletzt: Preisregelung zugunsten von Patienten und Qualitätserwägungen), dieses Ziel aber mit der Regelung nicht erreicht werden kann. Statt mit einem Honorararzt würde die Wahlleistungsvereinbarung mit einem angestellten Arzt abgeschlossen werden, was zu den gleichen Kosten führt und an der Qualität auch bei typisierter Betrachtung nichts ändert. Dabei werden die nun dem § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG unterstellten Zwecke ausnahmsweise in einer Offensichtlichkeit verfehlt und sind un schlüssig, dass es schon an der Eignung im Sinne der Verhältnismäßigkeit ieS mangelt.

Darüber hinaus ist keine Verhältnismäßigkeit ieS zu erkennen. Ein Patient, der sich – wie hier – bewusst für einen bestimmten Arzt entscheidet, bedarf keines Schutzes. Es ist auch nicht zu erkennen, über was der Patient hier irren könnte oder einer informierten Entscheidung bedarf. Selbst wenn dies der Fall ist, genügt sodann eine Aufklärungslösung, wie sie weithin im Rahmen des § 17 KHEntgG realisiert ist. Warum dies für eine Wahlleistungsvereinbarung mit einem Honorararzt nicht hinreichen sollte, ist unverständlich. Schließlich bleibt anzumerken, dass der vermeintliche Schutz der Patientenautonomie durch das Verbot des Abschlusses einer Wahlleistungsvereinbarung nicht diesem Ziel dient, sondern es

konterkariert. Der Patient wird seiner Wahlmöglichkeiten, sich eines Arztes seines Vertrauens zu sichern, beraubt. Ein Mittel, das das vermeintlich legitime Ziel beschneidet, statt es zu befördern, kann aber von vorneherein keine hinreichende rechtfertigende Kraft entfalten.

d) Zudem ist es auch nicht nachzuvollziehen, warum sich ein Patient der besonderen Zuwendung eines am Krankenhaus angestellten Arztes versichern können sollte, nicht aber eines auf sonstiger Grundlage mit dem Krankenhaus verbundenen Arzt. Angestellte Ärzte wie auch Honorarärzte unterliegen kraft berufsrechtlicher Regelungen keinerlei Weisungen in medizinischen Angelegenheiten, so dass sich der im Übrigen relevante Unterschied zwischen Angestellten und Honorarärzten (Weisungsabhängigkeit vs. Weisungsfreiheit) im relevanten medizinischen Bereich nicht niederschlägt. Auch die Breite der Qualifikation und Erfahrung unter angestellten Krankenhausärzten vom langjährigen Chefarzt bis zum Weiterbildungsassistenten im ersten Jahr, also einem im wahrsten Sinne des Wortes blutigen Anfänger, streut noch weiter, als in den typischen Fällen von Honorarärzten, die im Rahmen der Niederlassung regelmäßig eine Facharztausbildung vollständig durchlaufen und darüber hinaus erhebliche Berufserfahrung haben. Warum also in der Art des Dienstverhältnisses ein rechtfertigendes Differenzierungskriterium liegen sollte, nachdem der Patient dem angestellten Arzt sein Vertrauen schenken darf, dem Honorararzt indes nicht, vermag der Beschwerdeführer nach wie vor nicht nachzuvollziehen.

Dies Alles gilt auch und insbesondere auf der Grundlage der Begründung des Bundesgerichtshofes, der letzten Instanz im Fachgerichtsverfahren, gegen dessen Urteil sich die Verfassungsbeschwerde auch richtet. Der BGH wendet sich gegen eine weithin übliche Praxis, der entgegenzutreten keinen Patienten schützt und keine Kosten spart und sich damit in seiner faktischen Wirkung bestenfalls als Wettbewerbsschutz zugunsten Chefärzten erweist. Mithin könnte der Patient sein Vertrauen nicht mehr individuell zum Ausdruck bringen und in einer privatautonomen Entscheidung verwirklichen, er müsste sich zwingend an interner Krankenhaushierarchie orientieren. Auch für diese verfehlten praktischen Wirkungen ergibt sich im Gesetz kein Anhaltspunkt und in der Versorgungsrealität keinen Sachgrund und damit auch keine gerechtfertigte Differenzierung.

Im Einzelnen ergeben sich die Zulässigkeit und die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde aus dem nachstehenden Sachverhalt und Erwägungen. Diese gliedern sich wie folgt:

A. Sachverhalt	6
I. Streitgegenstand: Honorarrückzahlung ohne Rechtsgrund	6
II. Vorgeschichte und rechtliche wie tatsächliche Rahmenbedingungen	6
1. Berufstätigkeit des Beschwerdeführers	6

2. Behandlungsverträge und Vergütung	7
3. Rechtliche Rahmenbedingungen	7
a) Regelungskontext im Jahre 2010	7
(1) Allgemeine Krankenhausleistungen und Wahlleistungen	7
(2) Originärer Wahlarzt	9
(3) Wahlartzkette	9
b) Historie	10
4. Wirtschaftliche Rahmendaten und Konkurrenzverhältnisse	12
III. Verfahren über Rückforderungsansprüche	13
1. Erste Instanz: Amtsgericht Düsseldorf	13
2. Berufungsinstanz: Landgericht Düsseldorf	14
3. Revisionsinstanz: Bundesgerichtshof	15
B. Beschwerdebegründung	16
I. Zulässigkeit	16
1. Beschwerdefrist	16
2. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität	16
3. Beschwerdebefugnis	17
II. Begründetheit	18
1. Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG	18
a) Relevanz des Grundrechtseingriffs	18
b) Vorliegen eines Grundrechtseingriffs	19
2. Überschreitung Kompetenzgrenzen aus Art. 20 Abs. 2, Abs. 3 GG	21
a) Prüfungsmaßstab	22
b) Anwendung	23
(1) Wortlaut	23
(2) Systematik	24
(3) Gesetzgebungshistorie	25
(4) Zweck	27
c) Ergebnis	29
3. Ungerechtfertigter Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG	30
a) Fehlende Eignung	30
b) Keine Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	32
4. Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG	33
5. Ergebnis	34
C. Annahmeveraussetzungen	35
I. § 93a Abs. 1 lit. a BVerfGG	35

II. § 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG	35
1. Grobe Verkennung des Grundrechtsschutzes	35
2. Generelle Vernachlässigung von Grundrechten	36
3. Besonders schwerer Nachteil	37
D. Umfang der Aufhebung nach § 95 Abs. 2 BVerfGG	37

A. Sachverhalt

Gegenstand der angegriffenen Entscheidungen sind Honoraransprüche des Beschwerdeführers für die Erbringung wahlärztlicher Leistungen. Diese erhielt er zuerst vergütet. Nachfolgend wurde er auf Rückzahlung verklagt (s. u. I). Dem ging die ordnungsgemäße Erbringung wahlärztlicher Leistungen voraus, die auf einer bis zum damaligen Zeitpunkt unbestrittenen rechtlichen Grundlage erfolgte und ihrer Art und Weise nach verbreitet war wie auch von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung gewesen ist (s. u. II). In dem zivilgerichtlichen Verfahren gegen den Beschwerdeführer wurde aber sodann eine schon viele Jahr zuvor erfolgte Änderung gesetzlicher Regelungen zu Wahlleistungen, die eine gänzlich andere Intention hatten, ins Feld geführt. Dagegen schöpfte der Beschwerdeführer alle verfahrensrechtlichen Möglichkeiten der Form nach und dem Inhalt nach aus (s. u. III), sodass ihm zur Beseitigung nunmehr nur die Verfassungsbeschwerde verbleibt (s. u. B).

I. Streitgegenstand: Honorarrückzahlung ohne Rechtsgrund

Die angegriffenen Urteile ergingen im Instanzenzug, in dem die dortige Klägerin, ein privates Krankenversicherungsunternehmen, den Beschwerdeführer aus abgetretenem Recht, wegen einer Leistung ohne Rechtsgrund auf Honorarrückzahlung in Anspruch nahm. Zwischen den Parteien ist in diesem Verfahren einzig streitig, ob der Beschwerdeführer als Kooperationsarzt eines Krankenhauses ohne ein Anstellungsverhältnis wahlärztliche Leistungen abrechnen kann.

II. Vorgeschichte und rechtliche wie tatsächliche Rahmenbedingungen

1. Berufstätigkeit des Beschwerdeführers

Der Beschwerdeführer ist deutscher Staatsbürger und [...]. Im streitgegenständlichen Jahre [...] war er für ein Krankenhaus aufgrund eines Kooperationsvertrages tätig, was zu einem Honorararztverhältnis mit dem Krankenhaus führte. Dieser Kooperationsvertrag ist in seiner Rechtsnatur ein Dienstleistungsvertrag i. S. d. §§ 611 BGB, ohne dass damit ein Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnis im Sinne arbeitsrechtlicher oder sozialversicherungsrechtlicher Normen begründet wurde (vgl. BGH, Anlage 1,

Rn. 2 u. 14). Für das Krankenhaus führte der Beschwerdeführer auf der Grundlage dieses Honorararztverhältnisses u. a. Operationen durch. Weiterhin war und ist der Beschwerdeführer niedergelassener Arzt und behandelt Patienten in seinem Fachgebiet ambulant (vgl. BGH, Anlage 1, Rn. 2).

2. Behandlungsverträge und Vergütung

Während der ambulanten Behandlung einer Patientin hatte diese Patienten zu dem Beschwerdeführer ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt. Als eine stationäre Operation [...] notwendig wurde, wollte die Patienten ausdrücklich vom Beschwerdeführer operiert werden (zu Beweisangeboten hierzu in den Instanzverfahren s. u. III 1 u. 2). Aus diesem Grund unterzeichnete die Patientin am [...] eine Vereinbarung über Behandlung gegen Privatabrechnung (**Anlage 5**) und am [...] sodann einen Behandlungsvertrag und eine Wahlleistungsvereinbarung mit dem Krankenhaus, an dem der Beschwerdeführer Honorararzt war (**Anlage 6**). In der Wahlleistungsvereinbarung war der Beschwerdeführer nicht benannt gewesen, stattdessen ein Chefarzt des dortigen Krankenhauses (vgl. zu den vorgenannten Sachverhalts Umständen: BGH, Anlage 1, Rn. 3 f; LG Düsseldorf, Anlage 2, S. 2; AG Düsseldorf, Anlage 3, S. 2 f). Gleichwohl war zum Zeitpunkt der Unterzeichnung von allen Beteiligten die Durchführung der Behandlung durch den Beschwerdeführer gewünscht und gewollt gewesen (vgl. AG Düsseldorf, Anlage 4; s. außerdem u. III 1). Die beabsichtigte Operation wurde sodann am [...] durch den Beschwerdeführer durchgeführt. Datiert auf den [...] stellte er eine Rechnung für Wahlleistungen über einen Betrag in Höhe von [...] € (**Anlage 7**), die nachfolgend seitens der Patienten beglichen und durch deren Versicherung erstattet wurde (BGH, Anlage 1, Rn. 5 f).

3. Rechtliche Rahmenbedingungen

Die Vergütung der Operation erfolgte nach dem damaligen Stand der Rechtsanwendung auf unstrittiger Rechtsgrundlage:

a) Regelungskontext im Jahre 2010

(1) Allgemeine Krankenhausleistungen und Wahlleistungen

Nach den zum Abschluss der vorgenannten Vereinbarungen maßgeblichen Regelungen werden stationäre Leistungen, wie sie hier einschlägig sind, gemäß des KHEntgG vergütet. Das KHEntgG unterscheidet dabei zwischen sog. allgemeinen Krankenhausleistungen und Wahlleistungen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 KHEntgG s. **Anlage 8**; BGH, Anlage 1, Rn. 16; BVerfG, Beschl. v. 19.3.2004, 1 BvR 1319/02, Rn. 2 ff juris). Die allgemeinen Krankenhausleistungen werden – vereinfacht und im Wesentlichen – durch sog. Fallpauschalen vergütet (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1; § 8 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2

Satz 1; § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KHEntgG). Sie umfassen die 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 (§ 2 Abs. 2 Satz 1 KHEntgG). Die Vergütung steht im Außenverhältnis den Krankenhäusern zu, das aus diesen Vergütungen im Innenverhältnis die an der Leistungserbringung Beteiligten vergütet (angestelltes u. sonstiges ärztliches und nicht-ärztliches Personal) sowie die übrigen Kosten daraus bestreitet.

Daneben können mit dem Krankenhaus zusätzlich sog. Wahlleistungen vereinbart werden, zu denen neben Unterkunftsleistungen (z. B. Einbettzimmer) diagnostische und therapeutische Leistungen gehören können (§ 17 Abs. 1 Satz 1 und 2 KHEntgG – sog. ärztliche Wahlleistungen). Folglich kann ein Patient unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 bis 3 KHEntgG eine Vereinbarung über die Inanspruchnahme wahlärztlicher Leistungen mit dem Krankenhausträger treffen und auf diese Weise – gegen Zahlung eines zusätzlichen Honorars – sicherstellen, dass ihm die persönliche Zuwendung und besondere Qualifikation und Erfahrung des von ihm gewählten liquidationsberechtigten Arztes zuteil wird (BGH, Anlage 1, Rn. 16; BGH, Urt. v. 20.12.2007, III ZR 144/07, Rn. 7 juris, **Anlage 9**; BGH, Urt. v. 29.2.1998, III ZR 169/97, Rn. 18 juris, **Anlage 10**). Die entsprechende Vereinbarung bedarf der Schriftform (§ 17 Abs. 2 Satz 1 KHEntgG).

Mit den wahlärztlichen Leistungen geht also das Krankenhaus eine zusätzliche Leistungspflicht ein, nämlich die Durchführung der ärztlichen Leistungen durch einen bzw. mehrere ausdrücklich bestimmte Ärzte zuzusagen, womit die ansonsten freie Dispositionsbefugnis, ad hoc diesen oder jenen Arzt einzusetzen, eingeschränkt wird. Umgekehrt erhält der Patient eine Behandlung durch einen oder mehrere Ärzte seines persönlichen Vertrauens. Hierfür wird eine gesonderte Vergütung auf der Grundlage des § 17 Abs. 3 Satz 7 i.V.m. der GOÄ geschuldet (zu besonderen Regelungen in der GOÄ s. § 4 Abs. 2 Satz 3 u. Satz 4, § 5 Abs. 5 GOÄ, die Beschränkungen der Abrechnungsfähigkeit dem Grunde und der Höhe nach für delegationsfähige wahlärztliche Leistungen vorsehen; s. außerdem § 6a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GOÄ zur Minderung der Gebühren bzw. Ausschluss von Auslagenansprüchen, womit dem Umstand der bereits daneben erfolgenden Vergütung der allgemeinen Krankenhausleistungen Rechnung getragen wird).

Die Vergütung für diese Leistungen steht dem Wahlarzt zu, soweit er die Einziehung nicht dem Krankenhaus überlässt (vgl. § 17 Abs. 3 Satz 2 KHEntgG). Effektiv fließt dabei konkretisiert durch Vereinbarungen im Innenverhältnis zwischen Krankenhaus und dem Wahlarzt dem Wahlarzt regelmäßig nur ein Teil der Wahlleistungsvergütungen zu, der übrige Teil wird an das Krankenhaus als Ausgleich für die Nutzung von dessen Ressourcen abgeführt (vgl. u. a. BVerfG, Beschl. v. 8.12.2006, 2 BvR 385/05). Zieht das Krankenhaus die Wahlleistungsvergütungen ein, behält es dementsprechend nur einen Teil

hiervon für die Nutzung der eigenen Ressourcen und vergütet mit dem übrigen Teil die Leistungen des Wahlarztes (vgl. § 17 Abs. 3 Satz 3 bis Satz 5; 19 Abs. 2 u. Abs. 3 KHEntgG).

(2) Originärer Wahlarzt

Als Konsequenz des eben umrissenen Leistungsversprechens im Rahmen einer Wahlarztvereinbarung muss sodann der in der Wahlleistungsvereinbarung bestimmte Wahlarzt seine Leistungen grundsätzlich selbst erbringen. Insbesondere muss er die seine Disziplin prägende Kernleistung persönlich und eigenhändig erbringen. Das bedeutet bei einem Chirurgen, dass er die geschuldete Operation grundsätzlich selbst durchführen muss (BGH, Urt. v. 20.12.2007, III ZR 144/07, Rn. 7 juris, Anlage 9). Dementsprechend ist es unzulässig, in einer Disziplin im Rahmen einer Wahlleistungsvereinbarung mehrere Ärzte als Wahlärzte zu benennen, weil der Patient dann gerade nicht festlegt, wer ihn tatsächlich operieren soll. Damit geht der Sinn der Wahlleistungsvereinbarung, sich der Zuwendung eines bestimmten Arztes zu versichern, verloren (LG Heidelberg, Urt. v. 21.12.2012, 3 S 16/12, Rn. 5 ff, 13 juris unter Anwendung BGH, Urt. v. 20.12.2007, **Anlage 10a**). Folglich kann es grundsätzlich bei Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung nur einen benannten Wahlarzt geben (ggf. je Fachdisziplin), dem der Patient sein Vertrauen schenkt und dem sich der benannte Wahlarzt dann auch zur höchstpersönlichen Leistungserbringung verpflichtet (=originärer Wahlarzt). Dies war in dem streitgegenständlichen Fall der Beschwerdeführer.

(3) Wahlarztkette

Neben dem so durch den Patienten ausdrücklich bestimmten Wahlarzt sieht sodann § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntG unabhängig von dem Wunsch und Willen des Patienten jedoch weitere „Wahlärzte“ vor, die ebenfalls die gesonderten wahlärztlichen Vergütungen für ihre Leistungen verlangen können. Regungsgegenstand dieser Vorschrift des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntG war nach damals unbestrittenen Stand alleine die sogenannte Wahlarztkette. Das meinte die Bestimmung auf der Rechtsfolgende, dass der Patient, welcher sich zusätzlich zur allgemeinen Krankenhausbehandlung die Behandlung durch einen bestimmten Arzt hinzukauf, dies nicht auf eine Einzelleistung bzw. diesen einzelnen Arzt beschränken kann. Vielmehr muss er die Wahlarztbehandlung bei allen ärztlichen Leistungen in Kauf nehmen (allgemeine Meinung - vgl. Hess in Prütting, Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 2. Aufl., § 17 KHEntgG, Rn. 38; Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 3. Aufl., § 17 KHEntgG, Rn 73; Dietz u. a., Krankenhausfinanzierungsgesetz, BPfIV Anhang, S. 258 f; Ihle in Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, 2. Aufl. § 17 KHEntgG, Rn. 12; Tuschen/Trefz, Kommentar zum Krankenhausentgeltgesetz, 2. Aufl., § 17 KHEntgG, S. 361; Dettling in Lenz/Dettling/Kieser, Krankenhausrecht, S. 138; Genzel/Degener-Hencke in Laufs/Kern, Hb. des Arztrechtes, 4.

Aufl., § 82 Rn 140 f.). Wünscht der Patient also die Durchführung einer Operation durch einen bestimmten Wahlarzt, erstreckt sich die Wahlleistungsvereinbarung auf alle Leistungen der durch diesen Wahlarzt veranlassten Leistungen anderer Ärzte (vgl. BGH, Urteil v. 19.02.1998, III ZR 291/06, Rn. 10 juris), etwa auch auf den Anästhesisten.

§ 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG stellt demnach keine den Kreis der originären Wahlärzte regelnde Norm dar, sondern bestimmt, wer daneben liquidationsberechtigt ist, ohne in der Wahlleistungsvereinbarung ausdrücklich benannt sein zu müssen. Die Regelung enthält mithin einen Kontrahierungszwang, kein Kontrahierungsverbot. Da der Beschwerdeführer aber ohnehin der von der Patientin gewünschte und kraft Vereinbarung bestimmte Wahlarzt war, bedurfte er zur Begründung seines Anspruchs nicht dieser gesetzlichen Erstreckung der Wahlarztvereinbarung auf ihn, weil diese ihn von vorneherein zum Gegenstand hatte.

b) Historie

Diese bis zum damaligen Zeitpunkt unbestrittene, ausschließliche Funktion des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG resultiert aus der Gesetzgebungshistorie. Die Regelung geht auf § 6 Satz 4 BPfIV 1973 zurück (s. § 6 BPfIV idF BGBl I 1973, 334, **Anlage 11**; BGH, Anlage 1, Rn. 30). In ihr ist bestimmt, dass die Wahl des Patienten nicht auf einzelne liquidationsberechtigte Ärzte des Krankenhauses beschränkt sein kann. Der Patient durfte sich also von vorneherein nicht nur einen bestimmten Arzt als Arzt seines Vertrauens als Wahlarzt auswählen und sich darauf beschränken, diesen besonders zu vergüten. Vielmehr musste er die Einschaltung aller nachgeordneten und mitbehandelnden Ärzte als Wahlärzte hinnehmen und diese ebenfalls gesondert vergüten, soweit diese liquidationsberechtigt sind. Entweder waren damit alle Liquidationsberechtigten eines Krankenhauses Wahlärzte oder keiner war Wahlarzt. Dies sah man zwecks „Nachwuchsgewinnung für einzelne Disziplinen“ als erforderlich an (zu den Gründen wiedergegeben bei Elsholz, KHG u. BPfIV, in Auszügen – **Anlage 12**, die dort in Bezug genommene Fundstelle BR-Drs. 596/72 s. **Anlage 12a**). Damit sollten typischerweise im stationären Behandlungsprozess mitunter patientenfernere Disziplinen (z. B. Labor, Radiologie) gefördert werden, damit diese ebenfalls zusätzliche Entgelte erzielen konnten.

Diese Regelung wurde sodann in § 6 Abs. 3 Satz 1 BPfIV 1985 übernommen (**Anlage 13**; BGH, Anlage 1, Rn. 30) und zwar mit dem noch heute geltenden Wortlaut unter der Absicht, abgesehen von Klarstellungen, den bisherigen Regelungsgehalt unberührt zu lassen (BR-Drs. 269/84, S. 12 – in Auszügen in **Anlage 14**). Diese Regelung des § 6 Abs. 3 Satz 1 BPfIV 1985 wurde nachfolgend wiederum wortlautgleich in § 22 Abs. 3 Satz 1 BPfIV 1995 und schlussendlich in § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG 2004 übernommen (BGH, Anlage 1, Rn. 30). Allein erfolgte bei der Übernahmen in das KHEntgG die Ein-

schränkung auf „angestellte und beamtete Ärzte des Krankenhauses“, wobei sich in den Gesetzesmaterialien außer der Feststellung, dass die entsprechenden Vorschriften im Wesentlichen übernommen wurden (BT-Drs. 14/6893 S. 46 – in Auszügen in **Anlage 15**), keine Begründung hierzu findet (Bender, GesR 2013, 449, 451 – **Anlage 16**).

Nachfolgend bestimmte der Gesetzgeber zudem im Rahmen einer Ergänzung des § 2 Abs. 1 Satz 1 KHEntgG, nachdem Krankenhausleistungen, die allgemeine Krankenhausleistungen und Wahlleistungen umfassen, „auch durch nicht fest angestellte Ärztinnen und Ärzte“ erbracht werden können. Diese Klarstellung war mit der Feststellung in der Gesetzesbegründung zu allgemeinen Krankenhausleistungen verbunden, dass der Einsatz von Honorarärzten üblich sei und es den Krankenhäusern im Rahmen ihrer Organisationsfreiheit freibleibe, ob es sich für die Organisation der Leistungserbringung festangestellter oder nicht fest angestellter Ärzte bediene (s. hierzu BT-Drs. 17/9992, S. 6 u. 26 – in Auszügen in **Anlage 17**).

Insoweit war für den Beschwerdeführer wie für das ihn einsetzende Krankenhaus nach dem damaligen (und nachfolgend klargestellten) Interpretationsstand der einschlägigen Regelungen davon auszugehen, dass die Begründung eines Honorararztverhältnisses unter Einräumung des entsprechenden Liquidationsrechtes bei Beachtung der übrigen Maßgaben für den Abschluss einer Wahlleistungsvereinbarung hinreiche, um sich wirksam gegen gesonderte Vergütung zu den besonderen wahlärztlichen Leistungen zu verpflichten. Das war bisher durch die privaten Krankenversicherungen trotz der Änderung durch § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG unbestritten geblieben. Mangels Einschlägigkeit des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG für Fälle der Vergütung von durch die Beteiligten bestimmten Honorarärzten als jeweils originärer Wahlarzt verwunderte dies nicht. Entsprechend wurde von den Gerichten auch entschieden (s. z. B. LG Kempten, Urt. v. 30.04.2014, 51 S 1227/13 – **Anlage 17a**; LG Bielefeld, Urt. v. 14.11.2012, 21 S 166/11 = Anlage B3 zur hiesigen Anlage 30; LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 5.3.2012, 11 S 9701/11 = Anlage B2 zur hiesigen Anlage 25; AG Neumünster, Urt. 27.03.2012, 31 C 1528/11 = Anlage BLD4 zur hiesigen Anlage 32; LG Würzburg, Beschl. v. 22.05.2012, 42 S 409/12 = Anlage B1 zur hiesigen Anlage 25). Ausnahmen bilden demgegenüber die hier angegriffenen Entscheidungen und eine weitere Entscheidung (LG Kiel, Urt. v. 31.05.2013, 1 S 75/12 = Anlage BLD 3 zur hiesigen Anlage 32; bei anderen Entscheidungen wie z. B. dem LG München, Urt. v. 24.04.2014, 9 S 9168/13, bestehen regelmäßig rechtserhebliche Abweichungen, im Fall des LG München fehlte z. B. jegliche Benennung im Rahmen der Wahlleistungsvereinbarung).

Mithin blieb die Änderung des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG erst für viele Jahre ohne Folgen. Erst später kam es seitens der Versicherung der Patientin im hiesigen Streitfall zum Anzweifeln des Vergütungsanspruchs gegenüber dem Beschwerdeführer wie auch in anderen Fällen des Beschwerdeführers (auch bei ausdrücklicher Benennung in der Wahlleistungsvereinbarung). Gleiches erfolgte in der Folgezeit

gegenüber weiteren Ärzten der Gemeinschaftspraxis des Beschwerdeführers und parallel auch gegenüber anderen Ärzten an anderen Krankenhäusern. Andere private Versicherungen zogen die Ansprüche hingegen in dieser Phase nach wie vor nicht in Zweifel.

4. Wirtschaftliche Rahmendaten und Konkurrenzverhältnisse

Die wirtschaftliche Bedeutung des „Zugangs“ zur Erbringung von ärztlichen Wahlleistungen lässt sich anhand weniger Eckdaten ermesen. Sie werden überwiegend für entsprechend versicherte Patienten erbracht. Nach den Daten der PKV für das Jahr 2011 gab es 7,3 Mio Vollversicherte mit Wahlleistungen im Krankenhaus und 5,7 Mio. Zusatzversicherte mit Wahlleistungen im Krankenhaus. Auf die Wahlleistungen „Chefarzt“ entfielen dabei 2.345,5 Mio. € an Versicherungsleistungen (**Anlage 18**). Anhand der Gegenüberstellung von den Versicherungsausgaben für die Wahlleistungen Chefarztbehandlung gegenüber den allgemeinen Krankenhausleistungen im Umfang von 3.650,4 Mio. € (Anlage 18) lässt sich sodann die Relevanz der Vergütungen für die ärztlichen Wahlleistungen insgesamt wie auch für den durchschnittlichen stationären Behandlungsfall ermitteln. Dabei ist zu berücksichtigen, dass aus den allgemeinen Krankenhausleistungen zu 60% Personalkosten zu vergüten sind, von denen wiederum knapp 1/3 auf Kosten für den ärztlichen Dienst entfallen (vgl. Kostennachweise der Krankenhäuser 2012 des Statistischen Bundesamtes – in Auszügen in **Anlage 19**).

Mithin stehen für die Vergütung ärztlicher Leistungen rund 20% der Vergütungen aus den allgemeinen Krankenhausleistungen zur Verfügung – bezogen auf die eben genannten PKV-Daten also 730,8 Mio €. Berücksichtigt man sodann bei den Entgelten für die Wahlleistungen Chefarzt die üblichen Erstattungssätze (vgl. § 19 Abs. 2 KHEntgG) und Anteile für Vorteilsausgleiche, nach denen für die Wahlärzte selbst ca. 50% der Entgelte verbleiben, steht damit ein wahlärztliches Vergütungsvolumen zur Ausschüttung an die Ärzte selbst von 1.172,75 Mio. € zur Verfügung. Damit stehen die Vergütungspotenziale aus den allgemein ärztlichen Leistungen zu den wahlärztlichen Leistungen in einem Verhältnis von 1:1,6 je Fall, was noch eine zurückhaltende Ermittlung der Relation ist. Wegen effektiv geringerer Vergütungsanteile aus den Fallpauschalen für ärztliche Leistungen (zu ermitteln über den sog. „Report-Browser“ des InEK, das die Fallpauschalen kalkuliert und hierfür die Aufwendungen je Fall in Relation zu einander setzt) und den mitunter niedrigeren Abführungsquoten aus den wahlärztlichen Leistungen dürfte die Relevanz der Wahlleistungsvergütungen noch ausgreifender sein.

Dementsprechend ist die Entscheidung darüber, wer tatsächlich wahlärztliche Leistungen erbringen kann und dann vergütet erhält, von großer wirtschaftlicher Bedeutung, betrachtet man das hohe Gewicht der Vergütungsanteile für die wahlärztlichen Leistungen einerseits und das Volumen der Patienten mit Wahlleistungen andererseits. Zugleich bleibt aber angesichts der Verpflichtung zur Erbringung Kernleistungen (s. o. 3 a (2)) sowie der Beschränkung auch der GOÄ-Vergütungen auf die erforderlichen

Leistungen (§ 1 Abs. 2 Satz 1 GOÄ) das Volumen von der Anzahl der Wahlärzte, die zur Verfügung steht, unberührt. Eine Operation kann nur von einem Wahlarzt als Kernleistung durchgeführt werden. Wird die Leistung nicht durch den Chefarzt erbracht, sondern durch einen Honorararzt ändert sich damit an der Vergütung, die der Patient schuldet, nichts, nur an dem Empfänger der Erträge.

Dies führt dazu, dass hier in den wirtschaftlichen Folgen der Auslegung des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG nicht über das Ob und die Höhe der Vergütung aus Patientensicht disponiert wird, sondern über die Frage, wer die Leistungen erbringt und letztlich vergütet erhält. Die Konfliktlinie verläuft insoweit in wirtschaftlicher Hinsicht nicht gegenüber den Patienten, die „nur“ Auswahlmöglichkeiten verlieren, oder Versicherungen, für welche – abgesehen von gesetzlich auf sie übergegangenen Regressforderungen (vgl. § 194 Abs. 2 VVG) – die Kosten in der Zukunft unverändert bleiben. Vielmehr verläuft die Konfliktlinie in wirtschaftlicher Hinsicht im Verhältnis zwischen (angestammten) Chefärzten und neu hinzukommenden Honorarärzten, die untereinander in Konkurrenz um Wahlleistungsentgelte stehen. Dabei bleibt für zukünftige Fälle zwar eine Begründung eines Anstellungs- statt eines Honorararztverhältnisses möglich, aber mitunter ist dessen Realisierung wegen des Eingreifens der entsprechenden betriebsverfassungsrechtlichen bzw. mitbestimmungsrechtlichen, sozialversicherungsrechtlichen, steuerrechtlichen, arbeitsrechtlichen sowie des Durchgreifens von Bestimmungen in Chefarztverträgen (vgl. Clausen ZMGR 2012, 248, 256 f) faktisch deutlich erschwert. Die eigentliche Konsequenz der Auslegung des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG liegt mithin in der Disposition über den Konkurrenzschutz alteingesessener Chefärzte.

III. Verfahren über Rückforderungsansprüche

Im Zusammenhang mit der eben angedeuteten jüngeren Interpretation zu der aus dem Jahre 2004 stammenden Änderung des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG forderte sodann die Versicherung der Patientin die gezahlten Wahlleistungsentgelte in voller Höhe zurück. § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG bestimme nicht, mit wem der Patient eine Wahlleistungsvereinbarung auch abschließen müsse, sondern mit wem diese überhaupt abgeschlossen werden könne (AG Düsseldorf, Anlage 3, S. 3 unten/S. 4 oben). Schließlich beantragte die Versicherung den Erlass eines Mahnbescheids, der nach erfolgtem Widerspruch durch den Beschwerdeführer im streitigen Verfahren vor dem Amtsgericht Düsseldorf mündete.

1. Erste Instanz: Amtsgericht Düsseldorf

Mit Schriftsatz vom 25.08.2011 beantragte der Vertreter der Klägerin die Durchführung des streitigen Verfahrens sowie den Beschwerdeführer in der Hauptsache zu verurteilen, an die Klägerin 1.174,23 € zu zahlen (Anlage 3 S. 4). In der Klageerwiderung vom 04.11.2011 beantragte der Beschwerdeführer,

die Klage abzuweisen. Der Beschwerdeführer begründete seinen Abweisungsantrag von Anfang an unter Berücksichtigung der Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG und legte im Übrigen dar, dass der Beschwerdeführer durch die getroffenen Vereinbarungen infolge einer bloßen falsa demonstratio jedenfalls wirksam zum originären Wahlarzt der Versicherungsnehmerin geworden ist (**Anlage 20**, S. 4 ff). Dem stehe schlussendlich § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG nicht entgegen, weil es dort nicht um die originären Wahlärzte geht (s. Schriftsatz vom 27.2.2012, **Anlage 21**, S. 3 f). Zum Sachverhalt erfolgte lediglich unter Beweisanzug die Ergänzung, dass alle Beteiligten – insbesondere auch die Patientin – übereinstimmend von einer Durchführung der Behandlung durch den Beschwerdeführer ausgingen und dies auch erwarteten (Anlage 20, Seite 3 f.). Diese Einlassung blieb unbestritten (vgl. Klägerschriftsatz vom 02.12.2011, **Anlage 22**, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 01.03.2012, **Anlage 23**).

Im Urteil vom 01.03.2012 entsprach das Amtsgerichts Düsseldorf dem Klagebegehren indes vollumfänglich (Anlage 3, Seite 2). Dem lag eine Auslegung des § 17 Absatz 3 Satz 1 KHEntgG zugrunde, wonach als Abrechnungsvoraussetzung angesehen wurde, dass ein angestellter oder beamteter Arzt des Krankenhauses die Behandlung vornimmt (Anlage 3, Seite 7). Diese Voraussetzung erfüllt der Beschwerdeführer unstrittig nicht.

Zu den Feststellungen im Urteil wurde höchstvorsorglich ein Antrag auf Tatbestandsberichtigung gestellt u. a. wegen des unstrittigen Verständnisses aller Beteiligten bei Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung, dass der Beschwerdeführer originärer Wahlarzt sein sollte, der die Operation, mithin die Kernleistung, durchzuführen hatte (Schriftsatz vom 16.05.2012, **Anlage 24**). Dem Antrag wurde teilweise entsprochen (Anlage 4).

2. Berufungsinstanz: Landgericht Düsseldorf

Gegen das Urteil des Amtsgerichts vom 01.03.2012 legte der Beschwerdeführer Berufung ein und beantragte das Urteil des Amtsgerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen. Die Berufung wurde zum einen mit der Auffassung begründet, dass die einfachgesetzliche Rechtsanwendung des § 17 KHEntgG durch das Amtsgericht fehlerhaft sei und § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG nicht den beigemessenen Regelungsgehalt habe. Das vom Amtsgericht getroffene Auslegungsergebnis könne von keiner anerkannten Auslegungsmethode getragen werden. Zusätzlich rügte der Beschwerdeführer ausführlich die Verkenning grundgesetzlicher Wertungen durch das vom Amtsgericht gefundene Auslegungsergebnis (Berufungsbegründung vom 02.08.2012, **Anlage 25**, s. dort zur Auslegung des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG unter Berücksichtigung der Rechtssystematik, Historie und verfassungsrechtlichen Aspekten insbesondere S. 7 ff; zur Weiterverfolgung der unstrittigen Einbeziehung des Beschwerdeführers in die Wahlleistungsvereinbarung als originärer Wahlarzt s. S. 18 ff). Auch auf zwischenzeitlich im Sinne der

Rechtsauffassung des Beschwerdeführers streitende Entscheidungen wurde hingewiesen (LG Würzburg, Beschl. v. 22.5.2012, 42 S 409/12; LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 5.3.2012, 11 S 9701/11 = Anlagen B1 u. B2 zu Anlage 25).

Die damit relevanten Aspekte des Wortlautes des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG, die Systematik, die Historie und der Telos sowie die aus verfassungsrechtlicher Sicht relevanten Aspekte wurden dabei insbesondere im Schriftsatz vom 12.02.2013 dargelegt (**Anlage 26**), die hiermit ausdrücklich wie vollständig zum Gegenstand der Darstellung des Sach- und Rechtsstandes der Verfassungsbeschwerde als Basis der Auseinandersetzung mit den Entscheidungen des LG Düsseldorf und des BGH gemacht werden. Dort wurde unter anderem die Auffassung der Gegenseite namentlich im Hinblick auf die historische Entwicklung widerlegt (vgl. zum Klägervorbringen dessen Schriftsatz vom 21.03.2012, **Anlage 27**, dessen Zustellung im Verfahren vor dem AG Düsseldorf unterblieb und erst im Verfahren vor dem LG Düsseldorf erfolgte – s. Verhandlungsprotokoll vom 21.02.2013, **Anlage 28**). Nachfolgend wurde höchstvorsorglich der bereits bekannte Beweisantrag wiederholt (Schriftsatz vom 20.02.2013, **Anlage 29**). Zudem erfolgten vertiefende Ausführungen namentlich zur Gesetzesauslegung unter Berücksichtigung der Historie in Schriftsätzen vom 21.03.2013 (**Anlage 30**) sowie vom 26.07.2013 (**Anlage 31**). In Auseinandersetzung mit weiterem Vorbringen des Klägers zur (vermeintlichen) Gesetzgebungshistorie (Schriftsatz vom 29.7.2013, **Anlage 32**) wurde dieses ebenfalls substantiiert widerlegt (Schriftsatz vom 21.01.2014, **Anlage 33**). Im gleichen Schriftsatz erfolgte die substantiierte Auseinandersetzung mit der Entscheidung des LG Kiel vom 31.05.2013, 1 S 75/12 (=Anlage BLD 3 zu hiesiger Anlage 32), u. a. zu dessen rechtlicher Unerheblichkeit für den vorliegenden Fall.

Mit Urteil vom 06.03.2014 wies das Landgericht Düsseldorf die Berufung zurück (Anlage 2; Sitzungsprotokoll in **Anlage 2a**). Die 21. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf begründete das Urteil ebenfalls mit der Rechtsauffassung, dass § 17 Absatz 3 Satz 1 KHEntgG den Kreis möglicher Wahlärzte abschließend regelt und ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB darstelle (Anlage 2, Seite 3 f.). Es bezog sich im Wesentlichen auf die eben erwähnte Entscheidung des LG Kiel.

3. Revisionsinstanz: Bundesgerichtshof

Mit Schriftsatz vom 20.05.2014 legte der Beschwerdeführer sodann Revision ein und beantragte, das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 06.03.2014 auf die Revision des Beklagten aufzuheben und a) auf die Berufung des Beklagten das amtsgerichtliche Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen, b) hilfsweise zu a), die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (Revisionsbegründung vom 02.06.2014, **Anlage 34**). Der Vertreter der Klägerin beantragt mit Schriftsatz vom 11.06.2014 die Revision zurückzuweisen und begründet dies im Schriftsatz vom

11.08.2014 (**Anlagenkonvolut 35**). Im Anschluss an die Öffentliche Sitzung vom 16.10.2014, in welcher vom dortigen Vertreter des Beschwerdeführers erneut die verfassungsrechtlichen Einwendungen thematisiert wurden, verkündete der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes das Urteil (Protokoll der Sitzung s. **Anlage 36**). Das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 16.10.2014 wurde dem Vertreter des Beschwerdeführers am 30.10.2014 zugestellt (Anlage 1, Seite 1). Die in dem Urteil in Bezug genommenen Veröffentlichungen sind im **Anlagenkonvolut 37** beigefügt.

B. Beschwerdebegündung

I. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Die Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 93 Absatz 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG. Der Beschwerdeführer ist gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG beschwerdeberechtigt, er kann sich als deutscher Staatsbürger auf die gerügten Grundrechte (Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG) und die damit verbundenen weiteren Verfassungsrechte (Art. 20 Abs. 2 u. Abs. 3 GG) berufen. Der Beschwerdeführer wendet sich sodann gegen Entscheidungen von Zivilgerichten (Anlagen 1 bis 4) und damit gegen Akte der öffentlichen Gewalt.

1. Beschwerdefrist

Die Einlegung der Verfassungsbeschwerde erfolgt unter Beachtung des § 93 Abs. 1 Satz 1 und 2 BVerfGG fristgemäß. Das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 16.10.2014 wurde am 30.10.2014 zugestellt (vgl. Eingangsstempel der Verfahrensbevollmächtigte im BGH-Verfahren auf Urteil, Anlage 1, Seite 1). Die Monatsfrist endet mithin am 30.11.2014. Das ist ein Sonntag, so dass die Frist zur Einlegung der Verfassungsbeschwerde am nachfolgenden Werktag abläuft (vgl. BVerfGE 17, 67, Rn. 15 juris; Lenz/Hanse, BVerfGG, § 93 Rn. 42), also heute, Montag, den 01.12.2014.

2. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Die Voraussetzung der Rechtswegerschöpfung gemäß § 90 Abs. 2 BVerfGG ist eingehalten worden. Der Beschwerdeführer erhebt seine Beschwerde nach Ergehen des letztinstanzlichen Urteils durch den Bundesgerichtshof. Weitere ordentliche Rechtsmittel gegen das Urteil des BGH stehen nicht zur Verfügung. Die noch mögliche Anhöhrungsrüge nach § 321a ZPO musste nicht erhoben werden. Die hier gerügten Verletzungen von Verfassungsrecht beruhen nicht auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beschwerdeführers. Gegenüber dem Bundesgerichtshof wie den Instanzgerichten wird hier eine Verkennung der verfassungsrechtlichen Schranken bei der Auslegung des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG gerügt. Die angegriffenen Entscheidungen beruhen dabei auf der Verkennung dieser Maßgaben selbst, nicht indes auf dem Übergehen des Vortrags des Beschwerdeführers (zur Kenntnisnahme von dessen

Argumentationsansätzen i. E. s. u. II 2 b). In den angegriffenen Entscheidungen kommt also nur eine andere Rechtsauffassung zum Ausdruck, als sie vom Beschwerdeführer verfolgt wird. Darin liegt keine Gehörsverletzung (BVerfG, Beschl. v. 12.4.1983, u. a. 2 BvR 678/81, Rn. 42 juris; BVerfG, Beschl. v. 13.12.1994, 2 BvR 894/94, Rn. 7 juris). Die Anhörungsrüge zu erheben, wäre mithin aussichtslos gewesen, was einem Beschwerdeführer dann auch nicht obliegt (BVerfG, Beschl. v. 29.2.2012, 2 BvR 309/10, Rn. 17 juris).

Dies gilt auch für die Frage, ob der Beschwerdeführer als der im Rechtssinne in der Wahlleistungsvereinbarung benannte originäre Wahlarzt zu gelten hat (s. o. III 1). Auf diese Frage kam es nach der Rechtsauffassung, die von den angegriffenen Gerichten vertreten wird, nicht an. Nach dieser Rechtsauffassung ist dem Beschwerdeführer auch im Fall der ausdrücklichen, namentlichen Benennung den Vergütungsanspruch mangels Bestehen eines Anstellungsverhältnisses zu versagen. Insoweit wäre eine Anhörungsrüge ebenfalls aussichtslos gewesen, zumal auch insoweit kein Gehörsverstoß festzustellen ist, soweit den vorgebrachten Tatsachen nur nicht die zutreffende Bedeutung beigemessen wurde (zum Entfallen eines Gehörsverstoßen in diesen Fällen: BVerfG, 19.7.1967, 2 BvR 639/66, Rn. 23 juris). Ohnehin war diese nicht zutreffende Bewertung bereits im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens gerügt und im zweitinstanzlichen Verfahren vertieft worden (s. o. III 2), sodass bestenfalls eine perpetuierte Gehörsverletzung vorläge, die keinen eigenständigen Verstoß darstellt und auch keine sekundäre Gehörsrüge verlangt (BVerfG, Beschl. v. 20.07.2011, 1 BvR 3269/10, Rn. 3 juris; vgl. auch Lenz/Hansel, BVerfGG, § 90 Rn. 371 mwN).

Weiterhin ist auch der Subsidiaritätsgrundsatz beachtet worden. Alle Möglichkeiten zur Darlegung des genannten Sachverhaltes und dessen zutreffender rechtlicher Würdigung wurden ausgeschöpft, wie sich aus den vorgelegten Schriftsätzen ergibt (s. o. III i.V.m. Anlagen 20 ff). Der Beschwerdeführer hat auch verfassungsrechtliche Gesichtspunkte frühzeitig vorgebracht und vertieft (s. o. A III 1 u. 2). Damit hat der Beschwerdeführer im Hinblick auf die Ausschöpfung der formellen Rechtsmittel, der Ausschöpfung der im Rahmen der Rechtsmittel gegebenen Möglichkeiten zum Sach- und Rechtsvortrag einschließlich des Verfassungsrechtes alles Zumutbare unternommen, um den Verfassungsverstoß zu vermeiden.

3. Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdebefugnis folgt gemäß Art. 93 Absatz 1 Nr. 4a GG, § 90 Absatz 1 BVerfGG daraus, dass der Beschwerdeführer die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 12 Absatz 1 GG und aus Art. 3 Abs. 1 GG geltend macht. Dem Beschwerdeführer wird die Erbringung wahlärztlicher Leistungen ohne Begründung eines Anstellungsverhältnisses unmöglich gemacht und er muss Vergütungen für bereits erbrachte Leistungen kompensationslos zurückerstatten. Darin liegt ein Eingriff in die durch Art. 12 Ab-

satz 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit. Diese schützt jegliche Ausprägung einer beruflichen Betätigung, von der ihm hier eine der Varianten versagt wird, was einen Eingriff darstellt (i.E. s. u. II 1 b). Zusätzlich bewirkt die getroffene Auslegung eine Ungleichbehandlung zwischen angestellten und nicht-angestellten Ärzten ohne dass ein rechtfertigender Differenzierungsgrund hierfür vorliegt.

Spezifisches Verfassungsrecht wird dabei verletzt, weil bei der Auslegung des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG gerade die Schranken richterlicher Rechtsfindung, die durch das Verfassungsrecht gesetzt werden, überschritten wurden (i. E. s. u. II 2). Zugleich wurde im Rahmen der Auslegung die materiell durch die Berufsfreiheit gezogenen Grenzen missachtet, weil keinerlei tragfähige Rechtfertigungsgründe für die durch Auslegung erzeugte Beschränkung der Berufsfreiheit bestehen (= Auslegung unter Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes = Verletzung des Gebotes der verfassungskonformen Auslegung). Darüber hinaus liegt in der nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung ebenfalls ein spezifischer Verstoß gegen Verfassungsrecht, hier Art. 3 Abs. 1 GG, zumal die vorgetragenen Gründe für die Differenzierung (zuletzt: Preisregelung und Qualitätserwägungen) in keinerlei Zusammenhang mit dem Differenzierungsgrund (Anstellungsverhältnis vs. Honorararztverhältnis) stehen (i. E. s. u. II 4). Dementsprechend zeigt sich jeweils eine grundsätzlich unrichtige Anschauung von der Bedeutung der Grundrechte der Art. 12 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG, was zur Beschwerdebefugnis führt. Im Einzelnen wird hierfür auf die nachfolgenden Ausführungen in der Begründetheit verwiesen.

II. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Beschwerdeführer in seiner Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Absatz 1 GG i.V. m. Art. 20 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 (richterliche Kompetenzgrenzen und unverhältnismäßiger Eingriff) und verstoßen gegen das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG, indem eine Auslegung des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG vorgenommen wird, die mit den Verfassungsmaßgaben nicht vereinbar ist.

1. Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG

Für sämtliche hier gerügten Verletzungen verfassungsspezifischen Rechtes ist das Vorliegen eines Eingriffs in die Berufsfreiheit Voraussetzung oder jedenfalls ein rechtserheblicher Umstand (s. u. a), sodass hier das Vorliegen eines solchen Grundrechtseingriffs vorab aufgezeigt wird (s. u. b):

a) Relevanz des Grundrechtseingriffs

(1) Die Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG durch Auslegung des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG, die zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der Berufsfreiheit führt, setzt einen Eingriff in die Berufsfreiheit durch die angegriffenen Entscheidungen voraus.

(2) Gleiches, nämlich die Erforderlichkeit zumindest aber die Relevanz eines Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG, unterstellt der Beschwerdeführer höchstvorsorglich für die gerügten Kompetenzüberschreitungen i. S. d. Art. 20 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 GG. Die Rechtsprechung zum Gesichtspunkt der Kompetenzüberschreitung erscheint aus Sicht des Beschwerdeführers zwar u. U. dahingehend zu interpretieren, dass die Kompetenzüberschreitung unabhängig vom Vorliegen eines Grundrechtseingriffs gerügt werden könnte. Auch erscheint es denkbar, dass Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 2, 3 GG an die Stelle des spezielleren beeinträchtigten Grundrechts rücken könnte (so vorbehaltlich eines Missverständnisses des Beschwerdeführers evtl. BVerfG, Beschl. v. 26.9.2011, u. a. 2 BvR 2216/06, Rn. 40 ff juris). Ungeachtet dessen geht der Beschwerdeführer aber davon aus, dass bei Vorliegen eines Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG den richterlichen Kompetenzen engere Grenzen gezogen sind, um den besonderen Rang der Berufsfreiheit Ausdruck zu verleihen, der im Gesetzesvorbehalt nach Art. 12 Abs. 1 GG fortwirkt und eine besonders sorgfältige Prüfung erzwingt, welche Entscheidungen der Gesetzgeber zur Einschränkung des Grundrechts getroffen hat (vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.3.1983, 1 BvR 1078/80, Rn. 51, 53 juris; i. E. s. u. 2 a).

(3) Darüber hinaus ist die Intensität des Grundrechtseingriffs im Rahmen des Gleichbehandlungsverstößes von Bedeutung. Aus der Intensität des Grundrechtseingriffs ergibt sich, dass hier grundsätzlich eine strenge Prüfung von Gleichbehandlungsverstößen geboten ist. Darüber hinaus ergibt sich aus der Eingriffsintensität für Honorarärzte einerseits und der Verschonung angestellter Ärzte von der Beschränkung andererseits das Ausmaß der Ungleichbehandlung zwischen den beiden Gruppen. Das verlangt, dass die Rechtfertigungsgründe in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Ungleichbehandlung stehen müssen (s. zur Rspr. Jarass in Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl., Art. 3 Rn. 17, 21 u. 27 je mwN; s. i. E. u. 4). Auch hier wirkt sich das Vorliegen eines Eingriffs und dessen Art und Intensität also aus.

b) Vorliegen eines Grundrechtseingriffs

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit liegt vor, da die betroffene Tätigkeit des Beschwerdeführers in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG fällt und in diesen durch die Auslegung des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG final eingegriffen wird:

(1) Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist eröffnet, es handelt sich um einen Beruf in dem von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Sinne. Die Tätigkeit des Beschwerdeführers als Honorararzt ist eine auf dauerhaften Erwerb gerichtete Tätigkeit, die der Schaffung und Aufrechterhaltung seiner Lebensgrundlage dient. Es kommt auch nicht darauf an, dass es sich um eine Nebentätigkeit des Beschwerdeführers handelt (vgl. BVerfG, Urt. v. 16.03.2004, 1 BvR 1778/01, Rn. 62 juris; BVerfG, Beschl. v. 04.11.1992, u. a. 1 BvR 79/85, Rn. 100 juris).

(2) Im Rahmen dieses Schutzbereiches liegt es sodann für Ärzte auch, das Entgelt für berufliche Leistungen selbst festzusetzen, oder mit denen, die an diesen Leistungen interessiert sind, auszuhandeln. Vergütungsregelungen greifen dementsprechend in die Freiheit der Berufsausübung ein (BVerfG, Beschl. v. 19.03.2004, 1 BvR 1319/02, Rn. 14 juris). Dies gilt bereits im Fall einer Vergütungsinderung gegenüber den im Übrigen nach der GOÄ vorgesehenen Vergütungen (vgl. BVerfG aaO). Folglich muss dies erst recht gelten, wenn die Vergütung einer Leistung vollständig ausgeschlossen wird.

So liegt der Fall hier. Die Vergütung für die Wahlleistung ist eine gesonderte Vergütung für eine gesonderte Leistung, nämlich die höchstpersönliche Zuwendung (s. o. A II 3 a mwN zur Rspr.). Alleine dafür erhält der Arzt sein Wahlleistungsentgelt und diese Leistung ist durch seine sonstigen Einkünfte, gleich ob sie aus einem Angestelltenverhältnis oder einem freiberuflichen Verhältnis stammen, nicht abgegolten. Wird also eine gesonderte Vergütung für die Wahlleistungen verweigert, wird diese Leistung der höchstpersönlichen Zuwendung folglich überhaupt nicht vergütet. Dies spiegelt sich auch in den dargelegten Verhältnissen der Vergütungsvolumina für ärztliche Leistungen im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistungen einerseits wie der ärztlichen Wahlleistungen andererseits wieder (s. o. A II 4).

(3) Dieser Eingriff ist auch von einiger Intensität. Im Ausgangspunkt schließt er durch die vollständige Verweigerung der Vergütung die Berufsausübung als Honorararzt im Krankenhaus im Feld der wahlärztlichen Leistungen aus. Dass dies für sich gesehen ein Markt von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung ist, wurde bereits dargestellt (s. o. A II 4). Das gilt auch für Fälle, der nicht nur, aber im Fall des Beschwerdeführers auch vorkommenden Nebentätigkeit als Honorararzt. Die Relevanz speziell der Wahlleistungsvergütung ergibt sich dabei wieder aus der Relation zum Vergütungspotential der Erbringung allgemeiner Krankenhausleistungen. Weiterhin kann dies anhand der Vergütung, die im konkreten Fall in Rede steht, ermessen werden. Insoweit ist der streitige Betrag zwar an sich überschaubar, repräsentiert aber nur einen Fall, dessen Bedeutung erst unter Berücksichtigung der Häufigkeit der Tätigkeit zu erschließen ist (zur weitergehenden Bedeutung beim Beschwerdeführer s. u. C II 3). Der Beeinträchtigung kann sodann auch nicht ohne Weiteres durch ein Wechsel in eine Anstellung ausgewichen werden (s. o. A II 4). Zudem ist solch ein Wechsel nur für die Zukunft möglich, die aus bereits erbrachten Leistungen resultierenden Nachteile mildert dies nicht.

Ohnehin bleibt unabhängig von der wirtschaftlichen Bedeutung, die ohnehin einer typisierten Betrachtung bedarf, festzustellen, dass wertungsmäßig ein intensiver Eingriff vorliegt. Dies folgt daraus, dass dem Grundrecht der Berufsfreiheit ein besonderer Rang zukommt, der in dem engen Zusammenhang mit der freien Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit im Ganzen begründet ist (BVerfG, Beschl. v. 8.3.1983, 1 BvR 1078/80, Rn. 51 juris). Dabei wird nicht verkannt, dass Vergütungsregelungen nur durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden müssen (BVerfG, Beschl. v.

19.03.2004, 1 BvR 1319/02, Rn. 14 juris). Wenn indes für einen Leistungsbereich überhaupt keine Vergütung erlangt werden kann und dieser Leistungsbereich damit insgesamt der beruflichen Betätigung entzogen wird, ist die Eingriffsintensität gegenüber einer bloßen Kürzung bzw. Beschränkung der Höhe nach weit intensiver. Darüber hinaus kann es nicht unberücksichtigt bleiben, dass jedenfalls mit der Beschränkung hier, wenn und soweit sie selbst die Vergütung eines vom Patienten ausdrücklich gewünschten Wahlarztes ausschließt, den Wünschen desjenigen widersprochen, der prima facie durch das Regelungskonzept der Wahlleistungsvereinbarung nach § 17 KHEntgG besonders vor Überforderung geschützt werden soll. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass es keine wirtschaftlichen Ersparnisse o. ä. gibt, sondern nur einen Schutz von Konkurrenten vor Konkurrenten bewirkt wird (s. o. A II 4). Die fehlende Förderung herkömmlicher Interessen von Patienten oder des Gemeinwohls entfällt damit bzw. wird im Fall von Patienten sogar konterkariert. Stattdessen entsteht ein problematischer Konkurrentenschutz. Gerade solche Privilegierungseffekte im Wettbewerb bedürfen einer besonders kritischen Kontrolle (BVerfG, Beschl. v. 12.06.1990, 1 BvR 355/86, Rn. 63 u. 86 ff juris). Die Gemeinwohlerwägungen erweisen sich damit bereits prima facie als schwach bis nicht vorhanden (i. E. s. u. 3).

Mithin ist in Rechnung zu stellen, dass auch ein als geringfügig in der Intensität eingeschätzter Eingriff rechtfertigender Gründe von verhältnismäßigem Gewicht benötigt. Liegen keine rechtfertigenden Gründe in der Sache vor, wie das hier der Fall ist, kann der Grundrechtsschutz nicht mit dem Argument geringerer Eingriffsintensität versagt werden. Zudem liegt hier eine spezifische Beeinträchtigung von Verfassungsrecht hoher Intensität vor. Denn mit Ausnahme der auf verfassungsrechtlicher Ebene nicht durchgreifenden Erwägungen des Amtsgerichtes (Anlage 3 – s. dagegen Anlage 25, S. 12 ff), finden sich weder in der Entscheidung des LG Düsseldorf (Anlage 2), noch in der dort in Bezug genommenen Entscheidung des LG Kiel (Anlage BLD 3 zur hiesigen Anlage 32), und auch in der angegriffenen Entscheidung des BGH (Anlage 1) keine Erwägungen, welche erkennen lassen, dass das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs und der daraus folgenden spezifischen Rechtfertigungsnotwendigkeiten ernsthaft gewürdigt wurde.

2. Überschreitung Kompetenzgrenzen aus Art. 20 Abs. 2, Abs. 3 GG

Soweit damit ein Eingriff in die Berufsfreiheit vorliegt, ergibt sich als erster Verstoß gegen spezifisches Verfassungsrecht, dass die aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG folgenden richterlichen Kompetenzgrenzen nicht eingehalten worden sind. Dies ergibt sich aus dem heranzuziehenden Prüfungsmaßstab (s. u. a) und dessen Anwendung auf die fachgerichtlichen Erwägungen (s. u. b).

a) Prüfungsmaßstab

Grundsätzlich sind Auslegung und Anwendung einfachen Rechts einschließlich der Wahl der Auslegungsmethoden Sache der Fachgerichte, das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich auf die Prüfung Verletzung spezifischen Verfassungsrechtes. Für die Art. 20 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG wird kontrolliert, ob die gesetzgeberische Grundentscheidung respektiert und von den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung in vertretbarer Weise Gebrauch gemacht worden ist (BVerfG, Beschl. v. 26.09.2011, 2 BvR 2216/06, Rn. 43 juris). Zu unterbinden ist folglich, dass Gerichte Befugnisse beanspruchen, die die Verfassung dem Gesetzgeber übertragen hat, indem sie sich aus der Rolle des Normanwenders in die Rolle der normsetzenden Instanz begeben und sich damit der Bindung an Recht und Gesetz entziehen. Das verbietet es nicht, das Recht fortzuentwickeln, namentlich wenn Programme auszufüllen, Lücken zu schließen oder besonderen Umständen Rechnung zu tragen sind. Der Rechtsfindung sind aber durch den unverzichtbaren Grundsatz der Gesetzesbindung Grenzen gesetzt. Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass der Richter seine eigenen Gerechtigkeitsvorstellungen an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt.

Ein Richterspruch setzt sich mithin über die aus Art. 20 Abs. 3 GG folgende Gesetzesbindung hinweg, wenn die vom Gericht angestellten Erwägungen eindeutig erkennen lassen, dass es sich aus der Rolle des Normanwenders in die normsetzende Instanz begeben hat, also objektiv nicht bereit war, sich Recht und Gesetz zu unterwerfen (BVerfG, Beschl. v. 26.09.2011, 2 BvR 2216/06, Rn. 44 f juris). Dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn darf sich der Richter mithin nicht entziehen und muss den Willen des Gesetzgebers auch unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen. Eine Interpretation, die den Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, keinen Widerhall im Gesetz findet und nicht vom Gesetzgeber gebilligt wird, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein (BVerfG, Beschl. v. 04.04.2011, 1 BvR 1803/08, Rn. 15 juris; BVerfG, Urt. v. 11.07.2012, u. a. 1 BvR 3142/07, Rn. 75 f juris; BVerfG, Beschl. v. 16.02.2012, 1 BvR 127/10, Rn. 22 ff juris; BVerfG, Beschl. v. 25.01.2011, 1 BvR 918/10, Rn. 52 ff). Alleine der Umstand, dass entsprechende Entscheidungen durch Vorinstanzen bzw. auch Literaturansichten befürwortet wurden, kann außerdem nicht alleine die Vertretbarkeit einer Auslegung begründen. Auch in solchen Fällen ist das Vorliegen einer Kompetenzüberschreitung zu prüfen, wie sie auch trotz verbreiteter zustimmender Ansichten möglich ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.01.2011, 1 BvR 918/10, Rn. 27 i.V.m. Rn. 55 ff juris).

Darüber hinaus bleibt speziell für Eingriff in die Berufsfreiheit zu berücksichtigen, dass Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt, dass Einschränkungen der Berufsfreiheit auf gesetzlicher Grundlage beruhen müssen. Dieses Erfordernis folgt nach ständiger Rechtsprechung daraus, dass die folgenschwere Abwägung, gegenüber welchen Gemeinschaftsinteressen und wie weit das hochrangige Grundrecht der Berufsfreiheit zurücktreten muss, in den Verantwortungsbereich des Gesetzgebers fällt (BVerfG, Beschl. v.

08.03.1983, 1 BvR 1078/80, Rn. 53 juris). Außerdem sind sie zumindest die Schranken einzuhalten, die auch dem Gesetzgeber gesetzt wären (BVerfG, Beschl. v. 19.06.2012, 1 BvR 3017/09; Rn. 62 juris).

Die Bedeutung und Tragweite von Art. 3 Abs. 1 GG verkennt ein Fachgericht sodann, wenn es im Wege der Auslegung zu einer dem Gesetzgeber verwehrten Differenzierung gelangt. Könnte also der Gesetzgeber ohne Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG eine Rechtslage nicht schaffen, die dem Ergebnis der angegriffenen Rechtsprechung entspricht, so verstößt die Rechtsprechung gegen Art. 3 Abs. 1 GG (BVerfG, Beschl. v. 16.03.2011, u. a. 1 BvR 591/08, Rn. 32 juris)

b) Anwendung

Unter Anwendung dieser Maßstäbe ergibt sich, dass die Kompetenzgrenzen schon deswegen nicht eingehalten wurden, weil ein Ergebnis erzeugt wurde, das mit den materiellrechtlichen Maßstäben aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar ist (s. u. 3 u. 4). Unbeschadet dessen spricht aber auch jedes denkbare methodische Argument zur Auslegung des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG gegen die in den angegriffenen Gerichtsentscheidungen vertretene Auslegung. Wortlaut, Systematik, Historie und Telos führen nur zu einem Kontrahierungszwang zugunsten von bestimmten Berufsträgern, hier wurde dieser hingegen in ein Kontrahierungsverbot zum Nachteil von bestimmten Berufsträgern verkehrt. Das ist auch unter Beachtung der zurückgenommenen verfassungsrechtlichen Kontrolle nicht vertretbar.

(1) Wortlaut

Nach dem Wortlaut regelt § 17 Absatz 3 Satz 1 KHEntgG nur die Liquidationsberechtigung von Ärzten aus der sogenannten Liquidationskette, auf die sich die Wahlleistungsvereinbarung in der Form eines Kontrahierungszwangs erstreckt (s. o. A II 3 a (3)). Eine Regelung zu Ärzten, die nicht innerhalb dieser Liquidationskette stehen trifft die Norm ihren Wortlaut nach nicht, wie der Wortlaut leicht erschließen lässt § 17 Absatz 3 Satz 1 KHEntgG:

„Eine Vereinbarung über wahlärztliche Leistungen erstreckt sich auf alle an der Behandlung des Patienten beteiligten angestellten oder beamteten Ärzte des Krankenhauses, soweit diese zur gesonderten Berechnung ihrer Leistungen im Rahmen der vollstationären und teilstationären sowie einer vor- und nachstationären Behandlung (§ 115a des Fünften Buches Sozialgesetzbuch) berechtigt sind, einschließlich der von diesen Ärzten veranlassten Leistungen von Ärzten und ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses; darauf ist in der Vereinbarung hinzuweisen. ...“ (Hervorhebung durch den Verfasser)

Folglich setzt bereits der Wortlaut voraus, dass eine Wahlleistungsvereinbarung existiert, in der zumindest ein originärer Wahlarzt (s. o. A II 3 a (2)) benannt ist (s. i. E. die ausführlichen Darlegungen in

Anlage 25, S. 9 f; Anlage 26, S. 3 f; Anlage 34, S. 4 f, die hiermit ausdrücklich zum Gegenstand der Beschwerdebeurteilung gemacht werden). Dem Wortlaut nach erweitert die Norm also den Kreis der in die Wahlleistungsvereinbarung positiv einbezogenen Ärzte, was bereits eine Auslegung als beschränkende Vereinbarung ausschließt (vgl. LG Würzburg, Beschl. v. 22.05.2012, 42 S 409/12, Rn. 24 juris = Anlage B1 zur hiesigen Anlage 25).

Mit dieser schon aus dem Wortlaut folgenden Funktion der bloßen Erstreckung = Kontrahierungszwang, setzt sich weder das Amtsgericht Düsseldorf (Anlage 1), noch das Landgericht Düsseldorf (Anlage 2) noch das vom LG Düsseldorf in Bezug genommene LG Kiel (Anlage BLD 3 zur Anlage 32) unmittelbar auseinander. Es erfolgt nur stets der Umkehrschluss, dass, wer nicht in § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG genannt ist, nicht berechtigt ist. Die dabei stillschweigend vorgenommene Auswechslung des Verbes „erstrecken“ durch „beschränken“ wird in seiner Vereinbarkeit mit dem Wortlaut an keiner Stelle begründet. Nichts anderes gilt im Hinblick auf das Wortlautargument für die angegriffene BGH-Entscheidung. Auch dort wird aus einem „erstrecken“ ein „beschränken“ mittels Ausschluss anderer Ärzte (Anlage 1, Rn. 24).

Zudem ist es unerklärlich, warum der Gesetzgeber den vom BGH unterstellten Wortsinn nicht im Wortlaut hat zum Ausdruck kommen lassen (z. B. „Eine Vereinbarung über wahlärztliche Leistungen beschränkt/begrenzt/schränkt sich ein auf ...“ o.ä.). Stattdessen wurde mit „erstrecken“ ein Verb mit ausschließlich gegenteiliger Bedeutung bis hinein in seine Synonyme gewählt: ausbreiten, ausdehnen, hinziehen, reichen etc. Folglich ist der Beschwerdeführer nach wie vor der Meinung, dass die hier angegriffenen Begründungen die Antwort auf die Frage, wie das Ergebnis mit dem Wortlaut des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG vereinbart werden kann, schuldig geblieben sind. Obgleich das Wortlaut-Argument bis zur Ermüdung der Beteiligten strapaziert wurde, ist es nie unmittelbar widerlegt worden, nur übergegangen. Das ist ein deutliches Indiz, dass man sich nicht an den Normgeber binden wollte, sondern sich in die Rolle des Normsetzers begeben hat.

(2) Systematik

Das Gleiche gilt für die systematischen Erwägungen. Auch für diese wird an den bereits erfolgten Vortrag angeknüpft. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang § 17 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 KHEntgG, der einen Hinweis auf die Erstreckungswirkung nach Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 in der Wahlleistungsvereinbarung selbst verlangt bei gleichzeitiger Notwendigkeit die originären Wahlärzte in der Wahlleistungsvereinbarung zu benennen (s. o. A II 3 a). Das erzwingt und bestätigt einen Unterschied zwischen den Ärzten aus der Wahlarztkette nach § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG, die nur über den Kontrahierungszwang in den Genuss der Wahlleistungsberechtigung kommen, und den originär bestimmten Wahlärzten, die kraft Wunsch und Willen des Patienten liquidationsberechtigt werden (s. o. A II 3 a (2)).

Zugleich enthält bezüglich der personellen Voraussetzungen § 17 Abs. 1 Satz 2 KHEntgG Bestimmungen zur den persönlichen Qualifikationsvoraussetzungen (vgl. Hess in Prütting, Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 2. Aufl., § 17 KHEntgG, Rn. 10; Tuschen/Trefz, Kommentar zum Krankenhausentgeltgesetz, 2. Aufl., § 17 KHEntgG, S. 355), sodass § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG keine alleinige, sondern nur eine ergänzende Regelung im Hinblick auf persönliche Voraussetzungen von Wahlärzten in der Wahlarztkette ist. Die Systematik des § 19 KHEntgG bestätigt dieses Ergebnis eines Nebeneinanders von originären Wahlärzten und Ärzten in der Wahlarztkette zudem (LG Würzburg, Beschl. v. 22.05.2012, 42 S 409/12, Rn. 24 juris).

Auch hier gehen die Entscheidungen einschließlich des BGH aber nur über das Argument hinweg, soweit es § 17 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 KHEntgG betrifft. Weiterhin wird dem Gesetzestext und Gesetzesinhalt zuwider behauptet, § 17 Abs. 1 KHEntgG befasse sich nicht mit der Person des Leistenden (BGH, Anlage 1, Rn. 21). Schon der Wortlaut belehrt indes darüber, dass das Gegenteil zutrifft – § 17 Abs. 1 Satz 2 KHEntgG:

„Diagnostische und therapeutische Leistungen dürfen nur gesondert berechnet werden, wenn ... und die Leistungen von einem Arzt oder einer Psychologischen Psychotherapeutin ...“.

Die weitere Argumentation zu § 19 KHEntgG der Gegenauffassung belegt konsequenterweise erneut nichts, sondern behauptet alleine den dem Wortlaut und der Systematik zuwider erzeugten Befund.

Auch dieses Übergehen einfacher systematischer Argumente und der Ersatz von Beweisführungen durch Behauptungen zwingt schon fast zu der Annahme, dass man bewusst die für den Beschwerdeführer sprechenden Gesichtspunkte ignorieren wollte. Wären die Argumente des Beschwerdeführers im Übrigen von so schwachem Gehalt, hätte der BGH sie leicht widerlegen können. Das hat er indes unterlassen. Dieses Unterlassen untermauert zugleich den Vorhalt, dass man die gesetzgeberische Grundentscheidung zu § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG nur einen Kontrahierungszwang, indes kein Verbot zu statuieren, nicht akzeptieren wollte.

(3) Gesetzgebungshistorie

Noch stärker verdeutlicht sich dies an den Argumenten zur Historie. Hierzu war für die Funktion bereits einleitend belegt worden, dass im Ursprung ebenfalls im Wortlaut und in der Gesetzesbegründung nur ein Kontrahierungszwang und nur ein Berufsträgerschutz im Ertrag (nicht vor Konkurrenz) und erst Recht kein Patientenschutz intendiert war. Das ist schlussendlich durch die Klarstellung in § 2 Abs. 1 Satz 1 KHEntgG (vgl. OVG Lüneburg, Urteil v. 12.06.2013, 13 LT 173/10, Rn. 53 f. juris = Anlage B9 zur hiesigen Anlage 31) bestätigt worden (s. o. A II 3 b – zur vielfältigen Vertiefung und Verästelung

s. o. A III 2 u. insbesondere Anlagen 26, S. 5 5; Anlage 30, S. 3 ff; Anlage 33 S. 5 ff; Anlage 34, S. 8 – die Inhalte dieser Anlagen werden erneut ausdrücklicher Gegenstand der Beschwerdebegründung).

Auch demgegenüber zeichnen sich die Begründungen der Gegenansichten aber vor allem durch Übergehen des zentralen Argumentes aus. Die ursprüngliche Gesetzesfassung und die dazu bekannten Motive werden ignoriert, offenbar gerade weil sie mit der eigenen Vorstellungen vom Gesetzesinhalt nicht vereinbar sind. Der BGH setzt dann erst an einer späteren Gesetzesfassung an und rügt, dass man auch vorgenommene Einschränkungen des Kontrahierungszwangs auf Seiten des Beschwerdeführers nicht berücksichtigt habe (Anlage 1, Rn. 30).

Allerdings trifft schon die Behauptung von Einschränkungen im Rahmen des § 6 Abs. 3 Satz 1 BPfIV 1986 nicht zu, da dort auch ausdrücklich Erweiterungen enthalten sind. Jedoch geht das Argument schon dem Grunde nach an der hier entscheidenden Frage der historischen Auslegung vorbei. Denn selbst wenn die Regelung in ihrer Funktion als Kontrahierungszwang Einengungen erfahren hat, was dem Wortlaut nach z. B. für die Fassung des § 17 Abs. 3 KHEntgG zutrifft, ändert dies nichts an dem Ausgangspunkt der historischen Auslegung. Dort findet man nur einen Kontrahierungszwang, sonst nichts, insbesondere kein Kontrahierungsverbot. Spätere Einschränkungen der Reichweite des Kontrahierungszwangs führen dann nach wie vor nicht dazu, dass aus einem eingeschränkten Kontrahierungszwang ein Kontrahierungsverbot erwächst.

Noch augenscheinlicher wird der Wille, der Historie zuwider zu urteilen, wenn man die Argumente zu § 2 Abs. 1 Satz 1 KHEntgG in der Fassung des Psych-EntgG betrachtet. Der BGH ist hier der Auffassung, dass wahlärztliche Leistungen nicht erwähnt würden (Anlage 1, Rn. 31). Das ist zwar für die Gesetzesbegründung nicht falsch, trifft aber für den eigentlichen Gesetzestext nicht zu. Dieser lautet nun:

*„Krankenhausleistungen nach § 1 Abs. 1 sind insbesondere ärztliche Behandlung, **auch durch nicht fest angestellte Ärztinnen und Ärzte**, Krankenpflege, Versorgung mit Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln, die für die Versorgung im Krankenhaus notwendig sind sowie Unterkunft und Verpflegung; sie umfassen allgemeine Krankenhausleistungen und Wahlleistungen.“ (Hervorh. d.d. Verf.)*

Durch die Ergänzung (fett hervorgehoben) wird im Zusammenhang mit der bisherigen Definition (Unterstreichung) unmissverständlich, dass Wahlleistungen auch durch nicht fest angestellte Ärzte erbracht werden können (vgl. OVG Lüneburg, Urteil v. 12.06.2013, 13 LT 173/10, Rn. 48).

Dem Auslegungsergebnis des BGH fehlt es hingegen an Kohärenz. Denn wäre es richtig, dass die Änderung des § 2 Abs. 3 KHEntgG nur (klarstellend) die Einbeziehung nicht fest angestellter Ärzte in

allgemeine Krankenhausleistungen ermöglicht und diese aber keine Wahlärzte sein könnten fragt sich, welchen Gehalt die Formulierung in § 2 Abs. 1 Satz 1 HS. 1 KHEntgG haben sollte, die sich gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 HS. 2 KHEntgG auf Wahlleistungen bezieht. Sie wäre ohne Gehalt, was wiederum gängigen Auslegungsmethoden widerspricht. Nur wenn nicht fest angestellte Ärzte auch Wahlärzte sein können, bleibt die Regelung in § 2 Abs. 1 Satz 1 KHEntgG sinnvoll. Daraus ergibt sich, dass die Annahme, die Regelung in § 2 Abs. 1 S. 1 KHEntgG könnte sich alleine auf die allgemeinen Krankenhausleistungen – unter Ausschluss der Wahlleistungen – beziehen, nicht haltbar ist.

Mithin hat der Gesetzgeber klarstellend das bestätigt, was seitens des Beschwerdeführers von Beginn des Instanzenzuges an vorgetragen wurde und der BGH argumentiert also auch hier dem Wortlaut zuwider, indem er sich in diesem Fall nur auf die Gesetzesbegründung, statt dem eigentlich maßgeblichen Gesetzestext stützt. Nach Meinung des Beschwerdeführers wird die Absicht, sich dem Willen des Gesetzgebers nicht beugen zu wollen, erneut deutlich.

(4) Zweck

Noch klarer wird der Wille zur eigenen Normsetzung durch die Erwägungen zur Zwecksetzung. Zu dem vom AG Düsseldorf und dem LG Düsseldorf durch Verweisung auf das LG Kiel herangezogenen Zweck eines Outsourcingverbotes ist auf die bisherigen Ausführungen in der Berufungsbegründung (Anlage 25, S. 12 f) sowie im Schriftsatz vom 21.01.2014 Bezug zu nehmen (Anlage 33, S. 3 f). Für ein solches Verbot gibt es keine Hinweise im Wortlaut, es ist mit systematischen Erwägungen nicht vereinbar und läge auch noch außerhalb der gesetzgeberischen Zuständigkeiten.

Nichts anderes gilt für die Natur als zwingende preisrechtliche Norm (BGH, Anlage 1, Rn. 23). Diesen Zweck gibt die herangezogene Literatur (Bender, Anlage 16) nicht wieder. Sie bezieht sich nur auf § 17 KHEntgG im Allgemeinen, für den der Schutzzweck vor finanzieller Überforderung seitens des Beschwerdeführers nicht in Zweifel gezogen wird. Nur weil § 17 KHEntgG in einzelnen Bestimmungen solche Schutzzwecke verfolgt, heißt dies jedoch nicht, dass dies für jegliche Regelung in § 17 KHEntgG gilt. Insbesondere kann dieser Schutzzweck nicht für eine Regelung in Anspruch genommen werden, die auf das Gegenteil zielt, nämlich auf eine finanzielle Belastung von Patienten, die aus dem Kontrahierungszwang des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG folgt. Diese Zielsetzung kann nicht ohne Überschreitung des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG, Abs. 3 GG in ihr Gegenteil verkehrt werden. Genau das ist aber bei der Entscheidung des Bundesgerichtshofes durch die Auslegung des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG vermeintlich der Fall, wenn es den vom Gesetz einzig beabsichtigten Kontrahierungszwang (Patient muss als Folge der Wahlarztvereinbarung die Einbeziehung der nachgeordneten Ärzte in die Wahlarkette hinnehmen) in ein Kontrahierungsverbot (Ausschluss von Kooperationsärzten aus dem Kreis der Liquidationsberechtigten) verkehrt.

Zudem erschließt sich der preisrechtliche Schutzeffekt der BGH-Argumentation nicht. Der preisrechtliche Schutz ist nämlich bereits sichergestellt, denn der Honorararzt ist gleichermaßen an preisrechtliche Vorschriften gebunden. Es kommen für die Abrechnung der Leistung gemäß § 17 Abs. 3 Satz 7 KHEntgG die Vorschriften der Gebührenordnung für Ärzte zur Anwendung. Folglich müsste sich ein „Mehrwert“ an preisrechtlichem Schutz durch den Ausschluss von Honorarärzten entstehen. Wo dieser liegen soll, bleibt aber unklar. Die vom BGH vorgenommene Einschränkung betrifft lediglich die Auswahl der Person des Behandlers und nicht den Preis. Die Kosten selbst verbleiben in gleicher Höhe, unabhängig davon ob ein Arzt in einem Anstellungsverhältnis oder einem Honorarverhältnis behandelt.

Die Besorgnis des BGH, die zum Ausdruck gebrachte Begrenzung auf angestellte oder beamtete Ärzte würde leer laufen (Anlage 1, Seite 9, Rn. 24), kann dementsprechend nicht geteilt werden. Zum einen leidet das Argument schon daran, den vermeintlichen Begrenzungszweck erneut nur zu behaupten, indes nicht belegen zu können. Die Argumentation bleibt zirkulär. Zudem nützt sie in preisrechtlicher Hinsicht nichts und schützt den Patienten auch in sonst keiner Weise. Wie die Beschränkung dessen Entscheidungsmöglichkeiten im Bereich des Kerns einer Wahlleistungsvereinbarung (Wem schenke ich besonderes Vertrauen?) Patienten ein Vorteil bieten könnte, bleibt nämlich unerfindlich. Zudem behält es der Patient weiterhin in der Hand, diesen oder jeden Arzt als originären Wahlarzt zu bestimmen. Die Beschränkungswirkung des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG im Hinblick auf die Wahlleistungskette bleibt also vollständig unberührt und im Übrigen behält es der Patient stets in der Hand, wem er jenseits der Wahlarztkette tatsächlich sein Vertrauen schenken wollte. Es ist kein Grund ersichtlich, warum dieser wünschenswerten Ausprägung privatautonomer Disposition mit paternalistischen Beschränkungen entgegengetreten werden müsste.

Darüber hinaus zeigt sich auch im Hinblick auf die Qualität keine Schutzwirkung zugunsten von Patienten. Erneut fehlt es an einem gesetzlichen Anknüpfungspunkt, einen qualitätssichernden Zweck jenseits der bewussten Entscheidung des Patienten für diesen oder jenen Arzt in § 17 KHEntgG zu finden. Zudem zeigt das Differenzierungskriterium der „Anstellung“, dass § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG keine Qualitätsüberlegung zu Grunde liegen kann. Anstellung und Qualität korrelieren nicht. Auch ein Weiterbildungsassistent im ersten Jahr wird angestellt, was indes nicht für seine Qualität bürgt, würde man sich für ihn als Wahlarzt entscheiden. Umgekehrt haben Honorarärzte, insbesondere wenn sie aus dem niedergelassenen Bereich kommen, bereits eine abgeschlossene Weiterbildung (vgl. § 18 Abs. 1 Satz 2 lit. a i.V.m. § 3 Abs. 2 lit. b Ärzte-ZV) und verfügen regelmäßig über langjährige Erfahrung, weil sie sich unmittelbar nach Abschluss der Weiterbildung zumeist noch nicht erfolgreich selbstständig niederlassen können (vgl. § 103 Abs. 4 Satz 5 Nr. 1 bis 3 SGB V, der die Dauer der Erfahrung zu einem

Auswahlkriterium bei der Weitergabe von Vertragsarztsitzen erhebt). Zudem kann gerade soweit Niedergelassene als Honorarärzte eingesetzt werden, in der integrierten Behandlung über die ganze Versorgungskette hinweg (allgemeine ambulante Behandlung, prästationäre Behandlung, stationäre Behandlung und Versorgung, poststationäre Behandlung, allgemeine ambulante Behandlung) ein besonderer Qualitätsvorteil liegen (vgl. Sachverständigenrat Gesundheitswesen, BT-Drs. 17/10323, S. 137 ff). Dieser wird durch die Restriktionen bei der Wahlleistungserbringung in seiner Realisierung behindert, das vermeintliche Ziel also konterkariert, statt gefördert.

Aus dem gleichen Grund ist auch das Argument nicht nachvollziehbar, es könne dann „jeder“ Wahlleistungen erbringen, was deren Besonderheit unterminiere (BGH, Anlage 1, Rn. 25). Dieses Risiko besteht mit dem Erfordernis der Anstellung in nicht minderem Ausmaß. Der angestellte Weiterbildungsassistent kann alleine aus formalen Gründen ebenfalls Wahlleistungen als Wahlarzt erbringen, wenn er seitens des Krankenhauses das Liquidationsrecht eingeräumt bekommt. Diese Einräumung des Liquidationsrecht wird aber notwendigerweise an der Qualität und dem selektiven Charakter Maß nehmen, was den Umfang der Einräumung von Liquidationsrechten begrenzt. Diese eigentliche Beschränkungswirkung besteht im Falle der Tätigkeiten von Honorarärzten aber in gleicher Weise. Zudem muss auch noch die Hürde überwunden werden, dass der Patient dem Honorararzt tatsächlich vertraut und ausdrücklich die Behandlung durch diesen verlangt. Mangels automatischer Einbeziehung in die Wahlärztkette wird und ist es schon aus diesem Grunde zu keiner willkürlichen Mehrung von Wahlärzten gekommen. Der BGH stützt sich auf Argumente, die durch die verbreitete Realität von Honorarärzten als Wahlärzten widerlegt ist.

c) Ergebnis

Damit zeigt sich auch auf der Ebene der Zwecksetzung, dass die angegriffenen Entscheidungen erkennen lassen, wie man sich aus der Rolle des Normanwenders in die normsetzende Instanz begeben hat, also objektiv nicht bereit war, sich Recht und Gesetz zu unterwerfen. Es wurde insgesamt eine Interpretation gewählt, die den Wortlaut des Gesetzes hintanstellt (s. o. (1)), keinen Widerhall im Gesetz auf systematischer wie teleologischer Ebene findet (s. o. (2) u. (4)) und nicht vom Gesetzgeber gebilligt wurde und nicht gebilligt wird (s. o. (3)). Damit hat man unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers eingegriffen, obwohl dieser gerade im Bereich der Berufsfreiheit zur Abwägung berufen ist (s.o. a), namentlich wenn es – wie hier – eigentlich um die Klärung von Konkurrenzverhältnissen geht, bei denen der Patientenschutz angesichts der widersprüchlichen Argumentationen (s. o. (4)) bis an die Grenze der Offensichtlichkeit alleine als Feigenblatt dient.

3. Ungerechtfertigter Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG

Des Weiteren ist die Auslegung nicht mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar. Der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit, der aus der Auslegung des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG zu Lasten des Beklagten folgt, ist jedenfalls unverhältnismäßig. Durch die vorgenommene Auslegung wird dabei deutlich, dass in den angegriffenen Gerichtsentscheidungen jedenfalls die Reichweite des grundrechtlichen Schutzes des Beschwerdeführers verkannt wurde. Hierzu werden im Folgenden die Gründe dargelegt, die zusätzlich dazu führen, dass der Eingriff unverhältnismäßig ist. Eine Abgrenzung der Eingriffsstufe über die schon getroffene Feststellungen zur Eingriffsintensität (s. o. 1 a) erscheint dabei nicht erforderlich, da letztlich der konkret festzustellende Beeinträchtigungsgrund, nicht allein die formelle Einordnung als Berufsausübungs- bzw. subjektive/objektive Berufswahlregelung ausschlaggebend ist. Insoweit fehlt es auf jeder Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung an hinreichend tragenden Gründen, um die Eingriff zu rechtfertigen. Hierzu wird für die Ausführungen des Amtsgerichtes Düsseldorf (Anlage 3) und des Landgerichtes Düsseldorf (Anlage 2) auch soweit diese sich auf das LG Kiel beziehen (Anlage BLD 3 zur hiesigen Anlage 32) auf das bisherige Vorbringen verwiesen (Anlage 25, S. 12 ff; Anlage 26 S. 7 ff). Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Darlegung der Missachtung des Art. 12 Abs. 1 GG im Rahmen der Argumentation des BGH:

a) Fehlende Eignung

Bedingung der Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs auch in die Berufsausübungsfreiheit ist das Vorliegen eines legitimen Zwecks, der mit einem geeigneten Mittel verfolgt wird (s. Jarass in Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl., Art. 12 Rn. 40 ff mwN zur st. Rspr.). Hier wurden vom BGH als Zwecke preisrechtliche Ziele genannt sowie qualitative Erwägungen. Diese mögen grundsätzlich legitim sein, aber es ergeben sich bereits gravierende Zweifel im Hinblick auf Gesetzgebungskompetenzen. Denn § 17 Absatz 3 Satz 1 KHEntgG ist eine Norm des Bundesgesetzgebers und die Gesetzgebungskompetenz folgt aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 19a GG, wonach sich die konkurrierende Gesetzgebung auf die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhauspflegesätze erstreckt. Die Regelung zielt auf zwei Unterkomplexe, nämlich zum einen die wirtschaftliche Sicherung (BVerfGE 114, 196, 222; dazu auch *Oeter* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Artikel 74 Rn. 179), zum anderen die Regelung der Krankenhauspflegesätze. Damit lässt sich feststellen, welche Gegenstände dem Bund verschlossen sind. Das betrifft die bundesrechtliche Krankenhausorganisation oder -planung (BVerfGE 83, 363, 380); ebenso die Regelung der Bezüge des Personals bzw. des Liquidationsrechts der Ärzte (*Degenhart*, in: Sachs, GG, 7. Aufl., Art. 74 Rn. 89; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl., Art. 74 Rn. 82). Mithin bietet Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG, auf dem das KHEntgG gründet, weder eine Kompetenz zur Regelung ärztlicher Liquidationsrechte, noch eine

Kompetenz zur Durchsetzung organisationsrechtlicher Vorstellungen. Dies ist bei einer verfassungskonformen Auslegung zu beachten, nach welcher ein einfaches Gesetz nicht so ausgelegt werden darf, wie es der Gesetzgeber mangels Kompetenz von vorneherein nicht bestimmen dürfte (s. o. 1 b). Folglich ist schon nicht ersichtlich, dass sich der BGH in dem Kompetenzrahmen mit seinen Zwecksetzungen bewegt hat, die im Rahmen des KHEntgG überhaupt durch den Gesetzgeber geregelt hätten werden können.

Darüber hinaus mag man zwar die Verfolgung an sich legitimer Ziele unterstellen, dann fehlt aber die Verfolgung dieser Ziele mit geeigneten Mitteln. Dass der Ausschluss von Honorarärzten aus der Reihe originär zu benennender Wahlärzte etwas an den finanziellen Belastungen im Rahmen der Wahlleistungserbringung ändern würde, ist nicht belegbar. Gewiss mag es zwar sodann einen Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers geben. Diesen aber auch Gerichten im Rahmen der Rechtsschöpfung zu gewähren, trifft auf erhebliche Bedenken, da Gerichte im Verfahren und der Breite der Beteiligung deutliche Unterschiede gegenüber dem parlamentarischen Gesetzgeber aufweisen. Unabhängig davon müsste zumindest irgendein möglicher preisrechtlicher Effekt zu erkennen sein. Das ist nicht der Fall. Wird die Wahlleistung von einem angestellten Arzt statt einem Honorararzt erbracht, ändert sich an dem Vergütungsvolumen – wie bereits mehrfach dargelegt – nichts. Folglich ist das Ziel des Ausschlusses von Honorarärzten per se ungeeignet, um preisrechtliche Zwecksetzungen zu erfüllen.

Das Gleiche gilt für die Qualitätserwägungen. Entlang der Abgrenzung der Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses zum Krankenhaus ergibt sich auch bei typisierter Betrachtung keine Förderungschance (s. o. 2 b (4)). Im Gegenteil: im Zweifel ist mit Qualitätsverlusten zu rechnen. Jedenfalls entbehrt es aber jeglicher plausibel dargelegter geschweige denn empirisch unterfütterter Annahmen, dass ein Ausschluss von Honorarärzten aus dem Kreis der originären Wahlärzte der Qualität dienlich sei. Insoweit ist der Beschwerdeführer der Auffassung, dass ein Gericht unbeschadet des Umstands, dass es sich hier im Bereich von Rechtstatsachen bewegt, die bisher nicht zwingend zu beweisen sind, sich nicht im Bereich bloßer Spekulationen ohne empirische Anhaltspunkte bewegen darf. Subjektives Dafürhalten kann objektive Belege nicht ersetzen.

Zudem ist bereits auf der Ebene der Eignung einzuwenden, dass der Gesetzgeber grundsätzlich daran gebunden ist, schlüssige und folgerichtige Gefahreinschätzungen vorzunehmen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.02.2003, u. a. 1 BvR 1972/99, Rn. 43 juris; BVerfG, Urt. v. 30.07.2008, u. a. 1 BvR 3262/07, Rn. 135 juris). Das muss im Rahmen von Richterrecht bzw. Auslegung in gleicher Weise gelten. Zudem muss sich die Auslegung im Rahmen der vorgefundenen Gefahreinschätzungen des Gesetzgebers halten. Andernfalls käme es dazu, dass Richterrecht schaffen würde, was dem Gesetzgeber versagt sei, was wiederum zur Verfassungswidrigkeit des Richterrechtes führt (s. o. 2 a).

An solch einer schlüssigen und folgerichtigen Gefahreinschätzung fehlt es für sämtliche bisher genannten Zwecke des Ausschlusses von Honorarärzten aus dem Kreis der originär Wahlleistungsberechtigten. Es ist bei keinem der ins Feld geführten Zielsetzungen zu erkennen, dass bei Honorarärzten höhere Risiken bestehen. Preisrechtlich gelten die gleichen Abrechnungsregelungen, auch Angestellte bleiben in medizinischen Angelegenheiten frei von Weisungen von Nichtärzten (vgl. § 2 Abs. 4 Muster-Berufsordnung) und beide sind auch im Rahmen der Behandlung den gleichen Standards unterworfen (vgl. z. B. §§ 2, 7, 8 Muster-Berufsordnung, haftungsrechtliche Standards). Auch ein Honorararzt ist im Rahmen seiner Tätigkeit an die allgemein in einem Krankenhaus geltenden Standards gebunden ist und umgekehrt besteht namentlich gegenüber Chefärzten das Weisungsrecht nur noch eingeschränkt und zur funktionsgerechten Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert. Hinzu tritt, dass im Hinblick auf die Durchführung von allgemeinen Krankenhausleistungen, auf die Honorarärzte in diesem Zusammenhang immer wieder verwiesen werden, keine Bedenken an dem Einsatz bestehen sollen (vgl. § 2 Abs. 3 KHEntgG idF Psych-EntgG). Gleiches gilt für die Erbringung veranlasster Wahlleistungen (vgl. § 17 Abs. 3 Satz 1 vorletzter Halbsatz KHEntgG).

Zugespitzt:

Wenn ein Honorararzt selbständig Kassenpatienten behandelt oder auf Veranlassung eines angestellten Wahlarztes Privatpatienten ist dies bedenkenlos und veranlasst keine Unterschiede, wenn der Honorararzt aber selbstständig Privatpatienten behandelt bestehen Gefahren im Hinblick auf die Vergütung und die Qualität?

Diese Frage ist unmöglich in schlüssiger Weise mit einem Ja zu beantworten.

Wo also tatsächlich ein bestehender, schlüssiger Unterschied bleiben soll, der zur Eignung des Ausschlusses von Honorarärzten führt, ist nicht ersichtlich. Damit fehlt es per se an der Eignung des Ausschlusses der Honorarärzte, um irgendeines der behaupteten Ziele zu erreichen. Jedenfalls wäre im Hinblick auf die Erforderlichkeit die Frage zu stellen, warum im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistungen eine Regelung wie in § 2 Abs. 3 KHEntgG genügen soll, im Bereich der wahlärztlichen Leistungen aber ein Verbot notwendig ist. Auch hier wieder: Wie sollen solche Inkonsistenzen gerechtfertigt werden können? Das ist nicht möglich und bringt die Erforderlichkeit zu Fall.

b) Keine Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Für die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne tritt hinzu, dass der nie ausgesprochene faktische Effekt, angestellte Wahlärzte vor Konkurrenz zu schützen, wegen seiner wettbewerbsverzerrenden Effekte kein hinreichendes Gemeinwohlbelang bzw. förderungswürdiger Individualumstand sein kann, der die Rechtsprechung im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigen könnte. Außerdem ist zu beachten,

dass die vermeintlichen Patienteninteressen durch den Ausschluss der Honorarärzte und die daraus folgende Einengung bei der Auswahl beeinträchtigt werden. Für die Patienten sinken damit, ohne dass andere Vorteile erkennbar sind (s. o. a), die Wahlmöglichkeiten. Gerade aus der ambulanten Behandlung vertraute Ärzte können häufig nicht mehr als Ärzte mit besonderer Vertrauensstellung herangezogen werden. Mithin verdünnen sich alle zugunsten von Patienten ins Feld geführten Erwägungen in ihrer Vorteilhaftigkeit zu nicht mehr vorhandenen Gemeinwohlbelangen bzw. förderungswürdigen Individualinteressen. Sogar das Umkippen in Richtung Beeinträchtigung der Patienteninteressen wegen Beseitigung der Wahlmöglichkeiten ist festzustellen. Damit bestehen keine Gründe, welche die Beeinträchtigung rechtfertigen können, zumindest sind die Gründe von nur noch marginalen Gewicht. Infolgedessen tritt eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung für Honorarärzte durch deren Ausschluss ein.

4. Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG

Darüber hinaus sind nach dem Vorstehenden auch die Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot evident. Art. 3 Absatz 1 GG ist verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (vgl. BVerfG, Beschl. v. 07.10.1980, u. a. 1 BvL 50/79, Rn. 47 ff. juris; BVerfG, Urt. v. 06.03.2002, 2 BvL 17/99, Rn. 157 ff. juris). Stets ist zudem ein Sachzusammenhang zwischen Differenzierungskriterium und Differenzierungsgrund zu verlangen (vgl. BVerfG, Beschluss v. 07.10.1980, u. a. 1 BvL 50/79, Rn. 53 f. juris; BVerfG, Beschl. v. 05.10.1993, 1 BvL 34/81, Rn. 39 juris). Schon dieser Zusammenhang fehlt hier. Der Status von beamteten oder angestellten Ärzten im Krankenhaus, die unabhängig von ihrem „hierarchischem Status“ in der Krankenhausabteilung – auch nach der Auffassung des BGH – unproblematisch Wahlarzt sein können, sagt nichts über den fachlichen Standard aus, dem ihre Leistungen entsprechen (s. o. 3 a). Auch in der vom BGH zitierten Fundstelle, Quaas/Zuck Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, § 16 Rn. 161, wird zum Sinn und Zweck einer Wahlleistung nach § 17 Absatz 3 KHEntgG nur ausgeführt, dass diese

„zum Gegenstand hat, dass dem Patienten die Behandlung durch bestimmte leitende oder besonders fachlich qualifizierte Krankenhausärzte zu Teil wird, die sein Vertrauen genießen und deren Leistung er sich mit Abschluss einer Wahlarztvereinbarung „hinzukaufen“ möchte.“

Der Anknüpfungspunkt zur Differenzierung an der Eigenschaft als Honorararzt steht dazu in keinem vernünftigen Zusammenhang. Dies wird am Beispiel des Beschwerdeführers deutlich. Der Beschwerdeführer ist Neurochirurg mit dem Schwerpunkt der Wirbelsäulenchirurgie, er ist bereits seit 2003 Facharzt für Neurochirurgie, weist insgesamt langjährige Berufserfahrung auf und insbesondere hat er sich

das Vertrauen der Patientin aktiv durch die Vorbehandlung erworben. Gerade dies veranlasste die Patientin zum Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung. Also besteht schlicht kein innerer Zusammenhang zwischen der Eigenschaft als Honorararzt und der durch die Auslegung herbeigeführten Rechtsfolge. Solch eine Konstellation führt dazu, dass das getroffene Auslegungsergebnis unvertretbar ist (vgl. Kischel in BeckOK GG, Edition 22, Stand: 01.09.2014, Art. 3 Rn. 84; P. Kirchhof in HStR VIII, § 181 Rn 236 f.).

Aus den bereits oben genannten Unschlüssigkeiten, relevante Unterschiede zwischen angestellten Ärzten und Honorarärzten aufzubieten (s. o. 3 a), folgt sodann, dass jedenfalls keine hinreichenden Unterschiede festzustellen sind, die dem einen „Alles“ geben (Wahlleistungsliquidationsrecht) und dem anderen „Nichts“ (Ausschluss des Liquidationsrechtes). Zudem ist zu berücksichtigen, dass auch angestellte Ärzte des Krankenhauses Wahlleistungen im Verhältnis zum Patienten auf freiberuflicher Basis erbringen (vgl. BFH, Urteil v. 05.10.2005, VI R 152/01, Rn. 19 juris). Für diese Fälle, bei denen zwar im Übrigen ein Anstellungsverhältnis besteht, die aber konkret die Wahlleistungen auf freiberuflicher Grundlage erbringen, ist jedoch noch keiner zur Konsequenz gekommen, dass auf der Basis des § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG das Liquidationsrecht entfallen sollte. Somit entfällt hier zusätzlich jeder Differenzierungsgrund. Dem dritten Senat des BGH ist insoweit nur zuzustimmen, dass eine besondere fachliche Befähigung nicht „automatisch“ angenommen werden kann (Anlage 1, Rn. 25), allerdings kann sie gleichermaßen auch nicht einfach „automatisch“ ausgeschlossen werden.

Insgesamt ist damit festzuhalten, dass ein sachlicher Differenzierungsgrund fehlt und die unterschiedliche Behandlung durch nichts zu rechtfertigen ist.

5. Ergebnis

Folglich ist die Verfassungsbeschwerde begründet, weil durch die angegriffenen Entscheidungen spezifisches Verfassungsrecht verletzt wird durch Überschreitung der richterlichen Kompetenzen bei der Auslegung und weiteren Missachtung der Rechte aus den Art. 12 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG. Die Eingriffe bzw. die Ungleichbehandlung entbehren der Rechtfertigungsmöglichkeit, namentlich weil das Anknüpfungskriterium der Rechtsnatur des Dienstverhältnis in keinem inneren, geschweige denn schlüssigen Zusammenhang mit den daraus gezogenen Folgerungen der Versagung der Wahlleistungsberechtigung steht. Hier fällt zudem ins Gewicht, dass die angegriffenen Entscheidungen praktisch blind für die hier vorgestellten wie durchgreifenden verfassungsrechtlichen Erwägungen blieben, sie also nicht einmal – trotz entsprechendem Vortrag – näher ins Auge fassten. Ebenso gewillkürt und in Widerspruch zum nachweisbaren Zweck, Wortlaut und Systematik blieb sodann die einfachgesetzliche Auslegung, was ebenfalls zu einer spezifischen Verletzung von Verfassungsrecht führt.

C. Annahmeveraussetzungen

Die Voraussetzungen der Annahme der Verfassungsbeschwerde sind erfüllt:

I. § 93a Abs. 1 lit. a BVerfGG

Ob die Voraussetzungen der Annahme wegen grundsätzlicher Bedeutung vorliegen, lässt der Beschwerdeführer dahingestellt, da die Voraussetzungen nach § 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG in jedem Fall vorliegen. Es wird alleine darauf aufmerksam gemacht, dass jedenfalls ein über diesen Einzelfall hinausgehendes Interesse an der Klärung besteht. Der Einsatz von Honorarärzten am Krankenhaus ist gängige Praxis (BT-Drs. 17/9992, S. 26, li. Sp.) und die große Verbreitung von Honorarärzten als Wahlärzte zeigen die diversen instanzgerichtlichen Entscheidungen (s. o. I II 3 b). Die verschiedenen Veröffentlichungen (vgl. die nicht erschöpfende Zusammenstellung in **Anlagenkonvolut 37a**) unterstreichen zudem die ausgreifende praktische Bedeutung der Entscheidung des BGH. Korrespondierend hierzu ist die Bedeutung des Marktes von „Wahlleistungen“ zu berücksichtigen, der einen erheblichen Teil der privatärztlichen Leistungen ausmacht (s. o. A III 4). Damit ergibt sich ein hohes wirtschaftliches Potential an Wahlleistungen und ein hohes Interesse der Patienten an diesen Leistungen, sodass auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen Zugang zu diesem Markt besteht, von großer Bedeutung für Ärzte und Patienten ist.

II. § 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG

Die Annahme ist jedenfalls gemäß § 93 Abs. 2 lit. b BVerfGG geboten:

1. Grobe Verkennung des Grundrechtsschutzes

Der Durchsetzung der in § 90 Absatz 1 BVerfGG genannten Grundrechte bedarf es gemäß § 93a Absatz 2 lit b BVerfGG, wenn die geltend gemachte Verletzung besonderes Gewicht hat. Dies ist unter anderem gegeben, wenn die Entscheidung auf einer groben Verkennung des durch ein Grundrecht gewährten Schutzes oder rechtsstaatlicher Grundsätze beruht (vgl. BVerfG, Beschluss v. 08.02.1994, 1 BvR 1693/92, Rn. 13 juris). Dies ist hier der Fall. Die unzutreffende Auslegung des § 17 Absatz 3 Satz 1 KHEntgG ist offensichtlich. Sie kann bereits dem Wortlaut entnommen werden. Die notwendige Berücksichtigung der Auslegungskriterien unterblieb sodann gänzlich, das Gesetz wurde auf den Kopf gestellt. Selbst eindeutige andere Regelungen des Gesetzgebers wurden übergangen (s. o. II 2).

Im Hinblick auf die Vorgaben einer verfassungskonformen Handhabung finden sich sodann keinerlei Erwägungen namentlich in der angegriffenen BGH-Entscheidung. Diese entbehrt jeder Wahrnehmung

der Folgen für die betroffenen Ärzte und die betroffenen Patienten. Zugleich unterblieb jegliche Würdigung der jeweils verfassungsrechtlich geschützten Güter und Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze. Vielmehr wird der Eindruck erweckt, dass die Entscheidung im quasi grundrechtsfreien Raum getroffen werden könne. Dass vorliegend kein grundrechtsfreier Raum besteht, liegt jedoch auf der Hand, sodass auch eine grobe Verkenning der Grundrechte festzustellen ist, erscheinen dem BGH die über dem § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG stehenden Normen nicht einmal erwähnenswert. Dieser Verkenning von Grundrechten zu begegnen bedarf es der Annahme der Verfassungsbeschwerde.

2. Generelle Vernachlässigung von Grundrechten

Insoweit liegt auch eine Vernachlässigung von Grundrechten nahe, da die getroffene Entscheidung erwarten lässt, dass Grundrechte in zukünftigen Fällen nicht berücksichtigt werden (vgl. BVerfG, Beschluss v. 14.09.2011, 2 BvR 449/11, Rn. 25 juris). Es handelt sich um eine Entscheidung zum grundsätzlichen Normverständnis, das über den im Einzelfall entschiedenen Umfang Bedeutung erlangen wird. Der dritte Senat des Bundesgerichtshofes wird in nachfolgenden Urteilen an seiner Rechtsauffassung festhalten und es ist eine Vorbildfunktion für andere Gerichte zu befürchten. Auch aus solch einer Befürchtung folgt, dass die Annahme zur Entscheidung angezeigt ist (vgl. *Zuck* in *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 6. Aufl. 2011, § 93a, Rn. 25; *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 1. Aufl. 2013, § 93a, Rn. 56 f.).

Damit ist das Urteil ein erneutes Beispiel dafür, dass bei Entscheidungen zum Leistungserbringungsrecht der Gesetzestext, die aus ihm folgenden Schranken, also namentlich der Gesetzesvorbehalt, sowie der lenkende Gehalt von Grundrechten, wenn überhaupt, nach freiem Gusto eine Rolle spielt. Der Gesetzgeber ist immer wieder zu Korrekturen gezwungen, nur um durchzusetzen, was dem Gesetz an sich schon zu entnehmen wäre (s. z. B. jüngst die beabsichtigte Änderung § 137c Abs. 3 SGB V – **Anlage 38**). Dies ist im Bereich des Einsatzes von nicht-festangestellten Ärzten und Leistungserbringern besonders auffällig (s. z. B. Klarstellung zu §§ 115a, 115b SGB V – **Anlage 39**; Klarstellung zu § 2 KHEntgG – **Anlage 17** – s. dagegen aber bereits die der gesetzlichen Regelung zuwiderlaufenden Ausführungen in der Rspr. z. B. LSG, Urt. v. 17.4.2013, L 5 R 3755/11, Rn. 90 juris; BSG, Urt. v. 19.9.2013, B 3 KR 8/12 R, Rn. 31).

Häufig wird auch nur als zulässig betrachtet, was ausdrücklich erlaubt ist, nicht nur als unzulässig angesehen, was ausdrücklich verboten ist (vgl. z. B. BSG, Urt. v. 23.03.2011, B 6 KA 11/10 R, Rn. 51 ff, 72 juris; BSG, Urt. v. 19.9.2013, B 3 KR 8/12 R, Rn. 29 u. 38 juris). Das stellt den Gesetzesvorbehalt auf den Kopf, die in anderen Gerichtszweigen nicht anzutreffen ist, die ebenfalls über entgeltrechtliche Fragen zu entscheiden haben (vgl. z. B. im Hinblick auf den Einsatz von Honorarärzten OVG Lüneburg, Urt. v. 12.06.2013, 13 LC 173/10 = Anlage B9 zur hiesigen Anlage B 31; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 30.05.2013, 3 C 16.12; VG Würzburg, Urt. v. 8.3.2013, W 3 K 11.652; VG Greifswald, Urt. v.

25.09.2013, 3 A 478.11). Die Betroffenen werden damit in ihrer Berufsfreiheit jenseits und zuwider des Rahmens beschränkt, der durch parlamentarische Entscheidungen gesteckt wird, weil Gerichte neben dem Gesetz und gegen das Gesetz entscheiden. Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, dass eine generelle Vernachlässigung des Gesetzesvorbehaltes aus Art. 12 Abs. 1 GG zu beobachten ist. Die Annahme zur Entscheidung ist also auch geboten, um die Rückkehr zur verfassungsmäßig vorgesehenen Kompetenzaufteilung zwischen Parlament und Fachgerichten zu befördern.

3. Besonders schwerer Nachteil

Weiterhin ergibt sich aus den Entscheidungsfolgen ein besonders schwerer Nachteil für den Beschwerdeführer, was eine Annahme ebenfalls gebieten kann (vgl. z. B. BVerfG, Beschl. v. 23.02.2011, 1 BvR 500/07, Rn. 26 juris; Graßhof in Maunz u. a., BVerfGG, § 93a Rn. 122 ff). Durch die getroffene Entscheidung wird es dem Beschwerdeführer für die Zukunft unmöglich, wahlärztliche Leistungen jenseits eines Anstellungsverhältnisses zu erbringen. Insoweit ist zwar einzuräumen, dass die Begründung eines Anstellungsverhältnisses durchaus möglich ist. Indes bleibt dies mitunter aus den bereits erwähnten Umständen heraus (s. o. A II 4) schwierig. Die Möglichkeiten der Realisierung der Berufsfreiheit in Zusicherung der besonderen Zuwendung im Bereich stationärer Leistungen wird damit beschränkt.

Darüber hinaus [... weitere Ausführungen zum besonders schweren Nachteil ...].

D. Umfang der Aufhebung nach § 95 Abs. 2 BVerfGG

Aufgrund der Verstöße gegen die Art 12 Abs. 1, 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 2 und Abs. 3 GG ergibt sich nach § 95 Abs. 2 BVerfGG, dass die angegriffene Entscheidung aufzuheben ist und die Sache an das zuständige Gericht zurückzuverweisen ist. Der Beschwerdeführer erachtet es im Rahmen des Ermessens, der aus § 95 Abs. 2 BVerfGG geschöpft wird, als zutreffend, dass mangels verbleibenden Spielraums für fachgerichtliche Erwägungen zugunsten des Beschwerdeführers durchentschieden wird. Dies gilt jedenfalls, wenn man, wie dargelegt, aus § 17 Abs. 3 Satz 1 KHEntgG folgern muss, dass er dem Vergütungsanspruch des Beschwerdeführers nicht entgegensteht. Denn nennenswerte andere Einwendungen wurden jedenfalls in den Gründen der angegriffenen Entscheidungen nicht genannt.

Sollte man stattdessen die Zurückverweisung als notwendig erachten, erachtet es der Beschwerdeführer grundsätzlich als hinreichend, wenn die letztinstanzliche Entscheidung des BGH (Anlage 1) aufgehoben wird. Allerdings will der Beschwerdeführer darauf aufmerksam machen, dass er seines Erachtens unstrittig in der Wahlleistungsvereinbarung aufgrund einer falsa demonstratio benannt war (s. o. A III 1). Diese Feststellung wollte indes bereits das Amtsgericht nicht als unstrittige Feststellung in den Tatbestand aufnehmen (s. o. A III 1). Im Weiteren Verfahrensverlauf kam es auf die Frage der Benennung

in der Wahlleistungsvereinbarung nicht an. Sofern man diese Frage der Benennung allerdings als rechts-
erheblich auf der Grundlage der Entscheidung des angerufenen Senates betrachten würde, bleibt die
geschilderte Prozesslage zur Frage der *falsa demonstratio* zu berücksichtigen. Dann wäre eine Aufhe-
bung aller angegriffenen Entscheidungen erforderlich und eine Zurückverweisung an das Amtsgericht,
zumindest aber an das Landgericht, um die tatsächlichen Feststellungen hierzu zu ermöglichen.