

OLG München: Entgelte bei aus Plankrankenhaus ausgegliederter Privatklinik

Urt. v. 14.1.2010 – 29 U 5136/09,

n.rkr. - NZB anhängig beim BGH unter Az. III ZR 114/10

1. Der Verband der privaten Krankenversicherung hat keinen Anspruch auf Entgeltherabsetzung gegen eine Privatklinik, die dem Anwendungsbereich des Krankenhausentgeltgesetzes entzogen ist.

2. Gesetzliche Vergütungsvorschriften werden nicht umgangen, wenn es sich bei der Privatklinik, die aus einem Plankrankenhaus ausgegründet ist, um eine private Einrichtung handelt, die räumlich, sachlich und organisatorisch ausreichend vom Plankrankenhaus abgegrenzt ist.

(LG Kempten (Allgäu) - 1 O 2344/08)

Aus den Gründen:

A. Der klagende Verband der privaten Krankenversicherung e. V, ein Zusammenschluss privater Krankenversicherer, verlangt von den Beklagten die Herabsetzung der für Wahlleistungen im Rahmen eines Krankenhausaufenthaltes verlangten Entgelte. Die Parteien streiten dabei auch über die Anwendbarkeit von § 17 Abs. 1 S. 5 des Gesetzes über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhausleistungen (Krankenhausentgeltgesetz – KHEntgG) auf die Beklagte zu 2). Kern des Streits ist, ob eine aus einem Plankrankenhaus ausgegründete Privatklinik außerhalb des gesetzlich vorgesehenen Krankenhausfinanzierungs- und Vergütungssystems Versicherte der privaten Krankenversicherungen zu höheren Preisen als im Plankrankenhaus behandeln darf.

Bei der Beklagten zu 2) handelt es sich um eine in K auf dem Gelände der Beklagten zu 1) betriebene gem. § 30 GewO konzessionierte Privatklinik in Form einer GmbH, die von der Beklagten zu 1) gegründet wurde. Die Beklagte zu 1) ist die 100%ige Muttergesellschaft der Beklagten zu 2) und betreibt ihrerseits als Anstalt des öffentlichen Rechts neben einem Plankrankenhaus in K vier weitere

Plankrankenhäuser i.S.v. § 107 Abs. 1 SGB V in B,F,M und O, die alle nach § 8 Abs. 1 des Gesetzes zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausfinanzierungsgesetz – KHG) i.V.m. Art. 5 Bayerisches Krankenhausgesetz (BayKrG) in den Krankenhausplan des Freistaats Bayern aufgenommen sind und damit den gesetzlichen Bestimmungen des Krankenhausentgeltrechts vollumfänglich unterliegen. Die Beklagte zu 2) ist dagegen nicht in diesen Krankenhausplan aufgenommen und damit nicht zur stationären Versorgung von gesetzlich Versicherten nach § 108 Abs. 4 SGB V zugelassen. Sie führt Krankenhausbehandlungen nur bei Patienten durch, die privat versichert bzw. beihilfeberechtigt sind oder die Behandlungskosten selbst bezahlen. Die Beklagte zu 1) hält am Standort K gem. dem Krankenhausbedarfsplan 360 Betten vor, die Beklagte zu 2) verfügt über 26 Betten.

Der klägerische Verband ist der Auffassung, durch die Ausgründung einer Privatklinik in Form der Beklagten zu 2), die dem Krankenhausentgeltrecht nicht unterworfen sei, versuchten die Beklagten Gewinne zu maximieren, indem sie von Privatpatienten, die in der Klinik der Be-

klagen zu 2) behandelt würden, eine höhere Vergütung für gleiche Leistungen verlangten, als dies die Beklagte zu 1) als Plankrankenhaus aufgrund der für sie geltenden gesetzlichen Vorgaben vermöge. Es liege eine Umgehung gesetzlicher Vorschriften über die Abrechnung von Wahlleistungen bei Privatpatienten vor, da die Aufspaltung des Krankenhausbetriebes in eine – teure, nur formal selbständige – Privatklinik und ein – an gesetzliche Entgeltvorgaben gebundenes – Plankrankenhaus, zu Lasten der Versicherten gehe und daher rechtlich nicht anzuerkennen sei. Da die Beklagte zu 2) neben der räumlichen Verbindung komplett die personellen und organisatorischen Ressourcen der Beklagten zu 1) bei der Behandlung und Versorgung der Patienten nutze und von dieser rechtlich beherrscht werde, liege keine Privatklinik im eigentlichen Sinne, sondern lediglich eine „Ausgründung“ vor, die den Regeln des Krankenhausentgeltrechtes wie ein Plankrankenhaus zu folgen habe. Das missbräuchliche Umgehungsgeschäft bei der Vereinbarung von – überhöhten – nichtärztlichen Wahlleistungen führe allerdings nicht zur Totalnichtigkeit der Behandlungsverträge, sondern zur Herabsetzung derselben auf das angemessene und zulässige Entgelt.

Der Kläger hat in erster Instanz beantragt,

1. die Beklagten zu verurteilen,
 - a) es ab dem 1.11.2008 zu unterlassen, Entgelte für die Wahlleistung Unterkunft im Einbettzimmer (Einbettzimmerzuschläge) und im Zweibettzimmer (Zweibettzimmerzuschläge) im Bereich der „ „ abzurechnen;
hilfsweise, für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1. a),
 - b) die Beklagten zu verurteilen, die Entgelte für die Wahlleistung Unterkunft im Einbettzimmer (Einbettzimmerzuschläge) und im Zweibettzimmer (Zweibettzimmerzuschläge) im Bereich der „ „ herab zu setzen und ab dem 1.11.2008 auf angemessene Beträge, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, neu festzulegen;
2. die Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, in den für die stationäre Behandlung im Bereich der „ „ verwendeten Krankenhausaufnahmeverträgen Bestimmungen zu verwenden, durch die ein Patient verpflichtet wird, höhere Entgelte für allgemeine Krankenhausleistungen – einschließlich einer etwaig anfallenden Umsatzsteuer – zu zahlen, als er bei einer Behandlung im Klinikum K. (Geschäftsadresse:...) für die betreffende Leistung nach den gesetzlichen Vorschriften (§§ 7 ff. KHEntgG, §§ 10 ff. BPfIV) zahlen muss;
3. die Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, bei Abrechnungen von im Bereich der „ „ erbrachten allgemeinen Krankenhausleistungen zum Nachteil der Patienten von den Entgelten abzuweichen, die bei einer Behandlung im Klinikum K

(Geschäftsadresse:...) für die betreffende Leistung nach den gesetzlichen Vorschriften (§§ 7 ff. KHEntgG, §§ 10 ff. BPfIV) zu zahlen sind;

4. die Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, in den für die stationäre Behandlung im Bereich der „...“ verwendeten Krankenhausaufnahmeverträgen die folgende oder eine inhaltsgleiche Bestimmung zu verwenden:

- a) „Die Leistungsabrechnung der „...“ orientiert sich an dem Krankenhausentgeltgesetz.“

hilfsweise:

- b) „Die Beklagte zu 2) berechnet einen Tagessatz von € 892,50 pro Behandlungstag sowie ggf. bei Intensivbehandlung/Überwachung einen Intensivzuschlag von € 357 pro Behandlungstag und bei Durchführung von Operationen einen Einmalzuschlag von € 1.487,50.“

5. die Unterlassung nach Maßgabe der Anträge zu 1 bis 4 hat bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, wobei die Ordnungshaft an ihrem jeweiligen gesetzlichen Vertreter zu vollziehen ist und insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen darf, zu erfolgen.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie sind der Auffassung, bei der Beklagten zu 2) handle es sich um ein rechtlich selbständiges Unternehmen, und zwar auch dann, wenn es vom Träger eines Plankrankenhauses gegründet worden sei. Auf eine solche Privatklinik seien die Vorschriften des Krankenhausentgeltrechts nicht anwendbar. Höhere Kosten müssten schon deshalb veranschlagt werden, da eine Privatklinik nicht der staatlichen Förderung unterliege. Die Klage gegen die Beklagte zu 1) sei bereits unzulässig.

Mit Urteil vom 19.6.2009, auf das einschließlich der darin getroffenen tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, hat das LG die Klage abgewiesen. Bei der Beklagten zu 2) handle es sich um eine Privatklinik, für die weder das Krankenhausfinanzierungsgesetz, das Krankenhausentgeltgesetz, die Bundespflegesatzverordnung, noch die sich aus diesen ergebenden Preisvorschriften Geltung hätten. Eine Umgehung gesetzlicher Vorschriften liege nicht vor. Es handle sich bei den Beklagten um organisatorisch getrennte Unternehmen; eine Identität von Ärzten bzw. medizinischen Leistungen u.a. sei unschädlich.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung.

Die Beklagte zu 1) sei passivlegitimiert. Als alleinige Gesellschafterin der Beklagten

zu 2) mit Personenidentität zwischen dem Vorstand der Beklagten zu 1) und der Geschäftsführung der Beklagten zu 2) verfüge die Beklagte zu 1) über die Steuerungsfähigkeit ggü. der Beklag-

ten zu 2), weshalb von einer Durchgriffshaftung auszugehen sei. Daneben seien sowohl das medizinische Personal wie auch die medizinischen Leistungen in den Einrichtungen der beiden Beklagten identisch. Außenstehende nähmen beide Einrichtungen als Einheit wahr. Der klägerische Verband würde seines gesetzlich festgelegten Rechts auf Überprüfung der Entgelte für Wahlleistungen enthoben, wenn sich Krankenhausträger durch die Umwandlung in „Pseudo-Privatkliniken“ ... den Gemeinsamen Empfehlungen der Deutschen Krankenhausgesellschaft und des klägerischen Verbandes gem. § 17 Abs. 1 S. 4 KHEntgG entziehen könnten.

Der Kläger beantragt,

unter Aufhebung des am 19.6.2009 verkündeten Urteils des LG Kempten (Allgäu) – 1 O 2344/08 – die Beklagten zu verurteilen,

1. a) es ab dem 1.11.2008 zu unterlassen, Entgelte für die Wahlleistung Unterkunft im Einbettzimmer (Einbettzimmerzuschläge) und im Zweibettzimmer (Zweibettzimmerzuschläge) im Bereich der „...“ abzurechnen;

hilfsweise, für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1. a),

b) die Entgelte für die Wahlleistung Unterkunft im Einbettzimmer (Einbettzimmerzuschläge) und im Zweibettzimmer (Zweibettzimmerzuschläge) im Bereich der „...“, herab zu setzen und ab dem 1.11.2008 auf angemessene Beträge, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, neu festzulegen;
2. es zu unterlassen, in den für die stationäre Behandlung im Bereich der „...“ verwendeten Krankenhausaufnahmeverträgen Bestimmungen zu verwenden, durch die ein Patient verpflichtet wird, höhere Entgelte für allgemeine Krankenhausleistungen – einschließlich einer etwaig anfallenden Umsatzsteuer – zu zahlen, als er bei einer Behandlung im Klinikum K (Geschäftsadresse:) für die betreffende Leistung nach den gesetzlichen Vorschriften (§§ 7 ff. KHEntgG, §§ 10 ff. BPfIV) zahlen muss;
3. es zu unterlassen, bei Abrechnungen von im Bereich der „...“ erbrachten allgemeinen Krankenhausleistungen zum Nachteil der Patienten von den Entgelten abzuweichen, die bei einer Behandlung im Klinikum K (Geschäftsadresse: ...) für die betreffende Leistung nach den gesetzlichen Vorschriften (§§ 7 ff. KHEntgG, §§ 10 ff. BPfIV) zu zahlen sind;
4. es zu unterlassen, in den für die stationäre Behandlung im Bereich der „...“ verwendeten Krankenhausaufnahmeverträgen die folgende oder eine inhaltsgleiche Bestimmung zu verwenden:

„Der Preis für eine vollstationäre Behandlung berechnet sich wie folgt: Tagessatz in allen Fachrichtungen € 892,50 pro Behandlungstag, gegebenenfalls zzgl. OP-Zuschlag 1.487,50 € pro Operation, gegebenenfalls zzgl. Intensivzuschlag 357 € pro Behandlungstag.“
5. die Unterlassung nach Maßgabe der Anträge zu 1 bis 4 hat bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, wobei die Ordnungshaft an ihrem jeweiligen gesetzlichen Vertreter zu

vollziehen ist und insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen darf, zu erfolgen.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen die Entscheidung des LG. Weiter sind sie der Auffassung, einer Klage gegen die Beklagte zu 1) fehle es an der Passivlegitimation. Eine Durchgriffshaftung käme nicht in Betracht. Für die Anträge 2. und 3. fehle es dem Kläger bereits an der Aktivlegitimation, da er eine Anspruchsberechtigung aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG nicht herleiten könne. In der Sache handle es sich bei der Beklagten zu 2) um eine rechtlich und tatsächlich völlig selbständige Privatlinik mit einem Belegärztesystem. Die Beklagte zu 2) verfüge über ein eigenständiges medizinisches Leistungsangebot ebenso wie über eigenes Personal und führe lediglich den Bilanzgewinn an die Beklagte zu 1) ab. Bezüglich der Gebäudenutzung bestünden entsprechende Mietverträge. Die Ausführungen des Klägers zur Abrechnung von Unterkunftswahlleistungen seien unerheblich, da die Beklagte zu 2) nicht verpflichtet sei, nach § 17 KHEntgG abzurechnen.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll des Termins vom 14.1.2010 Bezug genommen.

B. Die zulässige Berufung ist unbegründet.

Der Kläger hat gegen beide Beklagten weder einen Anspruch auf Herabsetzung der Wahlleistungsentgelte gem. § 17 Abs. 1 S. 5 KHEntgG noch gem. § 307 BGB i.V.m. §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG, §§ 3, 8 UWG bzw. §§ 2, 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG i.V.m. § 17 Abs. 1 S. 5 KHEntgG einen solchen auf Unterlassung der Verwendung von gewissen Bestimmungen in den von ihm verwendeten Krankenhausaufnahmeverträgen aus Wettbewerbsrecht oder dem Unterlassungsklagengesetz.

I. Der Hauptantrag in Ziff. 1 a) ist unbegründet.

Der Antrag des Klägers in Ziff. 1 a) ist darauf gerichtet, den Beklagten grundsätzlich zu verbieten, Entgelte für Wahlleistungen für Unterkunft in Ein- und Zweibettzimmern in der Klinik der Beklagten zu 2) abzurechnen.

Ein solcher Anspruch ist unbegründet, da der Beklagten zu 2) nicht untersagt werden kann, generell Entgelte für Wahlleistungen für Unterkunft im Ein- oder Zweibettzimmer abzurechnen. Ungeachtet der Frage, ob es sich bei der Beklagten zu 2) um eine eigenständige Privatklinik handelt, auf die das Krankenhausentgeltrecht nicht anwendbar ist, oder ob eine unzulässige Umgehungs konstruktion gewählt wurde mit der Folge, dass die Beklagte zu 2) wie ein Plankrankenhaus unter Geltung des Krankenhausentgeltrechts zu behandeln wäre, fehlt es für die vom Kläger erstrebte Verurteilung zur generellen Unterlassung der Abrechnung jeglichen Entgelts an einer rechtlichen Grundlage. Privatkliniken dürfen sich ihre nichtärztlichen Leistungen grundsätzlich vergüten lassen und sind lediglich gehalten, mit ihren Patienten im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen gem. §§ 138, 134 BGB gültige Preisabsprachen zu treffen. Für eine allgemeine Billigkeits- und Angemessenheitskontrolle der Preisgestaltung von Privatkliniken gibt es keine gesetzliche Grundlage (BGH v. 12.3.2003 – IV ZR 278/01, MDR 2003, 807 = GesR 2003, 179 = NJW 2003, 1596, 1600). Plankrankenhäuser und solche Krankenhäuser, auf die das Krankenhausentgeltrecht anwendbar ist, dürfen ebenfalls grundsätzlich Wahlleistungen abrechnen, müssen sich aber im Rahmen der gesetzlich vorgeschriebenen Vergütung halten. Ein generelles Verbot zur Abrechnung von jeglichen Wahlleistungen für Unterkunft in Ein- und Zweibettzimmern geht jedenfalls zu weit.

Auf einen entsprechenden Hinweis des Senats im Termin vom 14.1.2010 hat der Klägervertreter erklärt, die Verpflichtung zum völligen Unterlassen einer Entgeltabrechnung ergebe sich jedenfalls daraus, dass die Beklagten keine Angaben zur Angemessenheit gemacht hätten, weshalb das Entgelt auf Null zu reduzieren sei. Selbst wenn darin eine Obliegenheitsverletzung der Beklagten läge, was angesichts der nicht vorhandenen gesetzlichen Grundlagen für eine allgemeine Billigkeits- und

Angemessenheitskontrolle der Preisgestaltung von Privatkliniken nicht anzunehmen ist, rechtfertigte dies nicht das generelle Verbot, Entgelte für die Wahlleistung Unterkunft in Ein- und Zweibettzimmern abzurechnen. Im Übrigen kann auch ohne näheren Vortrag der Beklagten als sicher gelten, dass für derartige Wahlleistungen immer Kosten anfallen.

II. Der Hilfsantrag in Ziff. 1 b) ist unbegründet.

1. Der klagende Verband der privaten Krankenversicherung e.V. ist prozessführungsbefugt und kann vor den Zivilgerichten einen Anspruch auf Entgeltherabsetzung geltend machen (BGH, NJW 2001, 892).

2. Der Hilfsantrag ist ausreichend bestimmt.

Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO müssen Anträge so bestimmt gefasst sein, dass der Streitgegenstand und der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts klar umrissen sind und der in Anspruch Genommene erkennen kann, wogegen er sich verteidigen soll und welche Pflichten sich aus einer den Anträgen folgenden Verurteilung ergeben; insbesondere darf die Entscheidung darüber, was verboten ist, nicht im Ergebnis dem Vollstreckungsgericht überlassen werden (vgl. BGH v. 16.7.2009 – I ZR 56/07, GRUR 2009, 1075 – Tz. 9 – *Betriebsbeobachtung*; BGH v. 22.11.2007 – I ZR 12/05, CR 2008, 282 = MDR 2008, 525 = GRUR 2008, 357 -Tz. 20 – *Planfreigabesystem*, m.w.N.).

Es kann offen bleiben, ob die Fassung der Klageanträge zu Ziff. 1 b) dem Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO genügt. Denn dem Kläger stehen keine seinem Begehren entsprechenden materiell-rechtlichen Ansprüche zu.

3. Der Kläger hat weder einen Anspruch gem. § 17 Abs. 1 S. 5 KHEntgG gegen die Beklagte zu

1) noch einen solchen gegen die Beklagte zu 2).

Er ist allerdings nicht nur prozessführungsbefugt, sondern hat einen eigenen materiell-rechtlichen Anspruch auf Entgeltherabsetzung neben dem Patienten, der den Wahlleistungsvertrag abgeschlossen hat (BGH NJW 2001, 892). Regelmäßiger Anwendungsfall dieser Verbandsklagemöglichkeit sind die Zimmerzuschläge der Krankenhäuser (*Uleer/Miebach/Patt*, Abrechnung von Arzt- und

Krankenhausleistungen, 3. Aufl. 2006, § 17 KHEntgG Rz. 66). Dieses Recht hat der klagende Verband allerdings nur im Hinblick auf die von § 17 KHEntgG erfassten Plankrankenhäuser i.S.v. § 108 Nr. 2 SGB V (*Schwintowski*, Anmerkung zum Urteil des LG Hamburg vom 20.3.2009 – 321 O 411/06, MedR (2009) 27:741).

a) Die Beklagte zu 2) ist als Privatklinik dem Anwendungsbereich des § 17 Abs. 1 S. 5 KHEntgG entzogen. Das Krankenhausentgeltgesetz ist weder unmittelbar noch analog auf sie anwendbar.

aa) Die Beklagte zu 2) unterliegt dem Krankenhausentgeltrecht nicht, da es sich bei ihr insbesondere nicht um ein Plankrankenhaus handelt.

Die Vorschrift des § 17 Abs. 1 S. 5 KHEntgG gilt nicht für Krankenhäuser, die gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 KHEntgG nicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 2, 4 oder 7 KHG gefördert werden, wie dies u.a. bei Privatkliniken der Fall ist. Unstreitig handelt es sich bei der Beklagten zu 2) um eine Einrichtung i.S.v. § 5 Abs. 1 Nr. 2 Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG), nämlich ein Krankenhaus, das die in § 67 Abs. 1 der Abgabenordnung (AO) bezeichneten Voraussetzungen nicht erfüllt. Pflegesatzvorschriften können gem. § 20 S. 1 KHG auf sie nicht angewendet werden. Die Vorschriften des Krankenhausentgeltrechts sind auf die Beklagte zu 2) damit unmittelbar nicht anwendbar, da sie weder staatlich gefördert wird, noch in den Krankenhausplan aufgenommen ist. Die Beklagte zu 2) ist folglich auch uneingeschränkt umsatzsteuerpflichtig.

bb) § 17 Abs. 1 S. 5 KHEntgG ist auch nicht sinngemäß auf die Beklagte zu 2) anwendbar. Von einer Einbeziehung von Privatkliniken, die von einem Plankrankenhaus gegründet werden, in den Anwendungsbereich des Krankenhausentgeltgesetzes hat der Gesetzgeber abgesehen.

Eine analoge Anwendung zur Vermeidung der Umgehung der gesetzlichen Vergütungsvorschriften ist nicht erforderlich, da das Gesetz private und öffentliche Krankenhäuser zulässt und zwischen diesen unterscheidet. Die Gründung von nach § 30 GewO konzessionierten Privatkliniken ist anerkanntermaßen zulässig (BGH v. 25.11.1993 – I ZR 281/91, BGHZ 124, 224 = GmbHR 1994, 325 = AG 1994, 182 = MDR 1994, 361; BGH VersR 1978, 267 ff.; *Bohle*, Die private Krankenanstalt nach § 30 GewO am Plankrankenhaus, KHR 2009, 1, 10; *Schwintowski*, a.a.O., MedR (2009) 27:741). Ein Anspruch des Klägers folgt vorliegend auch nicht daraus, dass die Ausgründung der beklagten Privatklinik im konkreten Fall eine Gestaltung darstellt, die rechtlich nicht anzuerkennen wäre. Bei der Beklagten zu 2) handelt es sich um eine

private Einrichtung, die räumlich, sachlich und organisatorisch ausreichend vom Plankrankenhaus abgegrenzt ist. Die Beklagte zu 2) ist daher nicht so zu behandeln wie ein Plankrankenhaus.

aaa) Grundsätzlich dürfen Privatkrankenhäuser eine andere Vergütung fordern als Plankrankenhäuser.

Der Beklagten zu 1) als staatlichem Krankenhaus (Plankrankenhaus) ist es aufgrund der Verpflichtung zur unmittelbaren Daseinsvorsorge versagt, Leistungen anzubieten, die nicht der unmittelbaren Bedarfsdeckung, sondern der Gewinnerzielung dienen (*Bohle, a.a.O.*, S. 6). Nach § 17 Abs. 1 S. 1 KHG sind die Pflegesätze und nach § 115a SGB V die vor- und nachstationäre Behandlung für alle Benutzer des Krankenhauses einheitlich zu berechnen. Anderes gilt für ein Privatkrankenhaus, da sich die Regelungen der gesetzlichen Krankenhausfinanzierung (u.a. § 17 Abs. 1 S. 1 KHG, § 115a SGB V, § 8 Abs. 1 S. 1 KHEntgG, § 14 Abs. 1 S. 1 BPfIV) wegen § 20 S. 1 KHG, § 1 Abs. 2 Nr. 2 KHEntgG, § 1 Abs. 2 Nr. 2 BPfIV nicht an private Krankenanstalten richten. Bei diesen richtet sich die Vergütung nach den vertraglichen Vereinbarungen mit dem Patienten, die ihrerseits lediglich nicht gegen die Anforderungen des § 138 BGB verstoßen dürfen. Nicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 KHG geförderte Krankenhäuser – wie die Beklagte zu 2) – müssen ihre Dienste auf einer anderen Kalkulationsgrundlage anbieten als Plankrankenhäuser (BGH v. 12.3.2003 – IV ZR 278/01, MDR 2003, 807 = GesR 2003, 179 = NJW 2003, 1596, 1597 – sog. Alphaklinik-Urteil). Schon um die Gesamtkosten abdecken und Steuernachteile ausgleichen zu können, sind reine Privatkliniken nicht in der Lage, ihre Preise so zu gestalten wie in den Krankenhausplan aufgenommene Krankenhäuser. „Zudem haben sie wie jedes Wirtschaftsunternehmen ein legitimes Interesse an Gewinnerzielung, zumal sie das volle unternehmerische Risiko tragen.“ (BGH, a.a.O., S. 1598; zustimmend: *Schwintowski*, MedR (2009) 27:741, 742; ablehnend: *Uleer/Miebach/Patt*, a.a.O., S. 164 Rz. 70, die die Ausführungen des BGH für „letztlich unzutreffend“ halten, da sie unangemessen hohe Entgeltforderungen durch Privatkliniken zuließen). Der BGH hat ferner festgestellt, dass Krankenhäuser Unternehmen sind, die in einem Wettbewerb stehen. Nach dem für das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb maßgeblichen funktionalen Unternehmensbegriff wird die Unternehmenseigenschaft durch jede selbständige Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr begründet, die auf den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen gerichtet ist, und sich nicht auf die Deckung des privaten Lebensbedarfs beschränkt. Krankenhäuser bieten gesetzlich Versicherten und Privatpatienten gegen Entgelt medizinische Behandlungsleistungen an. Die Krankenhäuser handeln dabei nicht hoheitlich (BGH v. 16.1.2007 – KVR 26/07, NJW-RR 2008, 1426 ff. – Tz. 21).

bbb) Bei der Ausgründung der Beklagten zu 2) handelt es sich nicht um eine

Gestaltung, die zur entsprechenden Anwendung von § 17 Abs. 1 S. 5 KHEntgG führt. Zu Unrecht macht der Kläger geltend, dass zwischen dem Plankrankenhaus und der privaten Beklagten zu 2) eine derartige Verflechtung bestünde, dass nicht von einer selbständigen, ausreichend abgegrenzten Organisationseinheit auszugehen sei.

(1) Der Kläger als Verband der privaten Krankenversicherungen sieht in Ausgründungen von Privatkliniken aus Plankrankenhäusern keine „eigenständigen“ Krankenhäuser, für deren Leistungserbringung er (bzw. seine Mitglieder) ggü. den Versicherten nach § 4 Abs. 4 MB/KK bei medizinisch notwendiger stationärer Heilbehandlung einstandspflichtig ist (*Uleer/Miebach/Patt*, a.a.O., Gesamtübersicht S. 167 Rz. 80). Würde er die Ausgründungen als private Krankenhäuser im Sinne der MB/KK anerkennen, richtete sich die Vergütung der von der Privatklinik erbrachten Leistungen nicht nach den gesetzlichen Regelungen des Krankenhausfinanzierungsrechts, sondern nach den vertraglichen Abmachungen zwischen versichertem Patienten und Privatklinik. Erkennt der Kläger den Status als privates Krankenhaus nicht an, sondern rechnet dessen medizinische Leistungen mangels Eigenständigkeit dem Plankrankenhaus zu, sind dessen Vergütungsansprüche wieder an den Vorgaben des § 17 Abs. 1 S. 5 KHEntgG zu messen. Mit diesem Argument verweigert der Kläger die Einstandspflicht für aus seiner Sicht überhöhte Entgeltzahlungen für Behandlungsleistungen. Er behauptet einen grundsätzlichen Gestaltungsmissbrauch durch Ausgründungen, der dem Zweck des § 1 KHG, der Gewährleistung der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhäusern, zuwider liefe, da *„der medizinische Leistungsinhalt der Ausgründung nicht oder nur unwesentlich vom Leistungsinhalt des Haupthauses abweicht, die Leistung des Haupthauses jedoch nicht vom Haupthaus, sondern in einer ‚neuen Verpackung‘ durch die Ausgründung erbracht“* werde (*Patt/Wilde*, MedR (2008) 26:707, 709).

Diese Frage ist grundsätzlich einer gesetzlichen Regelung zugänglich, wie sie der Gesetzgeber in Baden-Württemberg auch getroffen hat. Er hat in § 32 LKHG BW (Gesetz vom 11.10.2007; BWGBl. 2007 Nr. 17 S. 478 ff.) eine gesetzgeberische Entscheidung zugunsten der Koexistenz von Plankrankenhaus und – daraus ausgegliederter – privater Krankenanstalt getroffen. Er hat insoweit den Betrieb eines Privatkrankenhauses in unmittelbarer räumlicher Nähe zu einem in den Krankenhausplan aufgenommenen Krankenhaus erlaubt, sofern eine räumliche, personelle und organisatorische Abgrenzung vom Plankrankenhaus erfolgt. In der Begründung zum Gesetzesentwurf (GesEntw LReg vom 12.7.2007, LT-Drs. 14/1516, S. 26) heißt es dazu: *„Die Vorschrift des alten § 32 hat in der Vergangenheit keine wesentliche Schutzwirkung entfaltet. Sie wird gestrichen, um den Krankenhäusern*

mehr Freiheit in der Anpassung ihrer Organisation an wirtschaftliche Erfordernisse zu geben. Allerdings bedarf die Frage, wann Privatkliniken i.S.v. § 30 GewO, die in räumlicher Nähe zu einem Plankrankenhaus betrieben werden, zulässig sind, einer Beantwortung, die nunmehr in § 32 n.F. getroffen wird. Die Privatkrankenanstalt muss aus Gründen des Verbraucherschutzes und der ordnungsgemä-

Ben Abrechnung von Krankenhausleistungen räumlich, personell und organisatorisch eindeutig von dem in seiner unmittelbaren räumlichen Nähe betriebenen Plankrankenhaus abgegrenzt werden. ...“ Dem vorausgegangen war in der davor liegenden Legislaturperiode eine grundsätzliche Befürwortung des Modells Plankrankenhaus und Privatklinik aus folgenden Gründen (Antrag des Abg. Dr. N. u.a. und Stellungnahme des Sozialministeriums zum Thema „Zukunft der Krankenhäuser“, LT-Drs. 13/2839 vom 28.1.2004, S. 8 Ziff. 10): *„Die Privatkliniken sind eigenständig zugelassene Privatkrankenanstalten i.S.v. § 30 GewO. Ihr Angebot soll von einer kleinen zahlungskräftigen Klientel im In- und Ausland nachgefragt werden. Ziel der Privatkliniken ist es, bisher nicht erreichte Patienten zu gewinnen. ...Weiterhin ermöglicht die Konstruktion die Erzielung höherer Entgelte für besonders komfortable Zimmer außerhalb des durch die Bundespflegesatzverordnung gesetzten Rahmens. Der Betrieb oben genannter Privatkliniken stellt eine freie rechtlich zulässige unternehmerische Entscheidung dar. ...“*. Der bayerische Landesgesetzgeber hat diesbezüglich – bisher – von einer gesetzlichen Regelung abgesehen.

(2) Die Beklagte zu 2) erfüllt – neben den Anforderungen in § 30 GewO – auch alle Voraussetzungen an ein Krankenhaus i.S.v. § 4 der Musterbedingungen der Privaten Krankenversicherung (MB/KK). Zutreffend weist der Kläger zwar darauf hin, dass es sich bei dieser Vorschrift um die Frage der Erstattung von Krankenhauskosten im Verhältnis Versicherungsnehmer/private Krankenversicherung handelt. Werden die Anforderungen des dort geforderten Krankenhausbegriffs – so der Vortrag der Beklagten, dem der Kläger nicht widersprochen hat – aber nicht erfüllt, sehen die privaten Krankenhausversicherungen sich nicht zur Leistung verpflichtet.

Der Begriff des Krankenhauses kann nicht aus § 4 Abs. 4 MB/KK entnommen werden, da er ihn nicht definiert, sondern als bekannt voraussetzt (BGH v. 4.5.1983 – IVa ZR 113/81, MDR 1983, 735 = VersR 1983, 677, 679). Es besteht insoweit jedoch keine Veranlassung, sich mit dem Krankenhausbegriff des § 2 Nr. 1 KHG zu befassen. Beim Krankenhausfinanzierungsgesetz handelt es sich im Gegensatz zu § 30 GewO, der der gesundheitspolizeilichen Gefahrenabwehr dient, um ein reines Förderungsgesetz, in dem die Einrichtungen festgelegt werden, die für eine finanzielle Förderung in Betracht kommen (BVerwG v. 18.10.1984 – 1 C 36/83, NJW 1985, 1414), was auf die Beklagte zu 2) unstreitig nicht zutrifft. Mindestvoraussetzung für das private Krankenhaus nach § 4 Abs. 4 MB/KK ist, dass es unter ständiger ärztlicher Leitung

steht, über ausreichende diagnostische und therapeutische Mittel verfügt und Krankengeschichten führt (*Quaas/Zuck*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, § 24 Rz. 41). Die letzte Anforderung ist zwischen den Parteien nicht streitig.

- Entgegen der Auffassung des Klägers steht die Beklagte zu 2) unter ständiger ärztlicher Leitung. Die ärztliche Direktorin ist Dr. M. . Das Kriterium der „ständigen ärztlichen Leitung“ bezieht sich auf den Behandlungsbereich – im Gegensatz zum Verwaltungsbereich – des Krankenhauses. Dieser muss von Ärzten geleitet werden, die medizinisch weisungsfrei sind und die gesamte Behandlungstätigkeit führen und überwachen (Bach/Moser/Kalis, Private Krankenversicherung, 4. Aufl. 2009, § 4 MB/KK Rz. 30). Es erfordert nicht, dass der ärztliche Leiter daneben nicht auch in dem kooperierenden Plankrankenhaus (*Bohle*, a.a.O., S. 3) oder in einer anderen Funktion, z.B. als Sachverständiger, Lehrbeauftragter etc. tätig ist. Frau Dr. M ist – unstrittig – auch Chefarztin der Frauenklinik bei der Beklagten zu 1). Zutreffend weist *Bohle* (a.a.O.) darauf hin, dass auch der Chefarzt einer Abteilung im Plankrankenhaus nicht ununterbrochen anwesend sein muss. Gerade bei der Kooperation zweier Plankrankenhäuser kann derselbe Arzt die Leitung beider Fachabteilungen übernehmen, ohne dass die Krankenhauseigenschaft des Trägers in Frage steht, sofern eine entsprechend qualifizierte Vertretung gegeben ist.

- Der Umstand, dass die Beklagte zu 2) Ressourcen der Beklagten zu 1) wie z.B. medizinische Geräte, Räume, Personal in Anspruch nimmt, steht der Eigenschaft als eigenständiges Krankenhaus ebenfalls nicht entgegen. Das Vorhandensein ausreichender diagnostischer und therapeutischer Mittel wird grundsätzlich vom Kläger nicht in Frage gestellt. Er moniert jedoch, dass es sich dabei um gemeinsame Ressourcen handelt, die die Beklagte zu 1) mit der Beklagten zu 2) „teilt“. Die gemeinsame Nutzung investitionsträchtiger Medizingeräte, sonstiger Einrichtungen und Mittel sieht aber z.B. auch das kooperative Belegarztwesen gem. §§ 121 Abs. 2 SGB V, 18 KHEntgG durch Belegärzte vor, das auf „eine leistungsfähige und wirtschaftliche belegärztliche Behandlung der Versicherten“ gem. § 121 Abs. 1 SGB V hinweist. Auch der Wortlaut von § 4 Abs. 4 MB/KK impliziert nicht, dass es sich um „eigene“ diagnostische und therapeutische Mittel des jeweiligen Krankenhauses handeln muss (*Bothe*, a.a.O., S. 3; *Quaas/Zuck*, a.a.O., § 24 Rz. 42). Die diagnostischen und therapeutischen Möglichkeiten sind auch dann gesichert, wenn die dafür erforderlichen Leistungen aufgrund wirksamer vertraglicher Gestaltungen von Dritten erbracht werden.

(3) Auch die weiteren Gesichtspunkte sprechen nicht gegen eine Trägereigenschaft der Beklagten zu 2) als eigenständiges Krankenhaus.

- Es ist zutreffend, dass sich die Beklagte zu 1) und die Beklagte zu 2) in „räumlicher Nähe“ befinden, was die Nutzung gemeinsamer Ressourcen begünstigt. Ende März 2009 hat die Beklagte zu 2) ein sog. Multifunktionsgebäude bezogen, das neben dem Plankrankenhaus liegt, in dem sich noch weitere Einrichtungen befinden, wie z.B. eine Bereitschaftspraxis der Kassenärztlichen Vereinigung Bayern für ambulante Kassenpatienten und eine ausgelagerte Betriebsstätte der Vorübergehend ist dort auch im Zuge von Umbauarbeiten im Plankrankenhaus dessen unfallchirurgische Abteilung untergebracht. Unstreitig gibt es auf dem Außengelände unterschiedliche Wege mit unterschiedlicher Beschilderung zur Beklagten zu 1) und zur Beklagten zu 2), so dass eine räumliche Trennung besteht. Zutreffend hat der Kläger selbst ... darauf hingewiesen, dass die geltenden Rechtsvorschriften nicht auf eine räumliche Separierung abstellen, da sich auch der Krankenhausbetrieb in Plankrankenhäusern häufig in mehreren unterschiedlichen Gebäuden vollzieht. Die Beklagte zu 2) ist Mieterin bzw. Pächterin der im Eigentum der Beklagten zu 1) stehenden Räume ..., so dass sie ein den Eigentümer ausschließendes Besitz- und Nutzungsrecht an diesen hat. Das Plankrankenhaus als Vermieter kann daher nur im Rahmen der bestehenden Verträge Einfluss auf die Mieterin nehmen. Auf die Frage der steuerrechtlichen Einordnung und der Bilanzierung im Jahresabschluss kommt es insoweit nicht an. Auch eine nicht ausgegründete – auch im Sinne des Klägers selbständige – Privatklinik muss nicht Eigentümerin ihrer Krankenhausräume sein.

- Die Beklagte zu 1) hat eine eigene Wahlleistungsstation für Privatpatienten, so dass diese wählen können zwischen dem Angebot der Beklagten zu 2) und demjenigen der Beklagten zu 1). Zwischen den Beklagten besteht somit tatsächlich Wettbewerb um die Privatpatienten. Der Kläger hat dagegen nicht dargelegt und bewiesen, dass die Beklagte zu 1) Privatpatienten grundsätzlich an die Beklagte zu 2) verweise und selbst nicht mehr behandle. Die Geschäftsführerin der Beklagten zu 2) hat dazu erklärt, im Jahr 2008 habe die Beklagte zu 1) ca. 570 Privatpatienten, die Beklagte zu 2) 1000 Privatpatienten versorgt ..., was vom Kläger nicht substantiiert bestritten wird. Das Plankrankenhaus erfüllt somit seinen durch den Krankenhausplan zugewiesenen Versorgungsauftrag und entzieht sich nicht der Verpflichtung, selbst Wahlleistungen anzubieten.

- Die Beklagte zu 2) verfügt über eigenes Pflege- und Reinigungspersonal. Dies ergibt

sich aus dem Jahresabschluss zum Geschäftsjahr 2007 Im „Anhang 4.1. Rechtliche Grundlagen“ ist dargelegt, dass die Beklagte zu 2) eigene Angestellte im Bereich der Pflege

und des Patientenservice hat. Den Reinigungsdienst hat sie an eine Drittfirma vergeben. Dementsprechend hatte sie im Jahr 2006 nach Gründung im Juni 2006 12,9 Personen im Pflegedienst beschäftigt, im Jahr 2007 bereits 14,7. Sie verfügt dabei über insgesamt 26 Betten. Ausweislich der Angaben in der Bilanz 2007 hat sie weitere Versorgungsleistungen durch einen Kooperationsvertrag mit der Beklagten zu 1) sichergestellt. Selbst wenn die Personalkosten bei ihr verhältnismäßig günstiger sind als bei der Beklagten zu 1) spricht dies nicht – wie der Kläger meint – grundsätzlich gegen die Rechtmäßigkeit der Ausgründung. Entscheidend ist, dass Pflege- und Patientenservice durch die Beklagte zu 2) erbracht werden und insoweit eine eigenständige Aufgabenerfüllung möglich ist.

–Es kann unterstellt werden, dass die Beklagte zu 2) ihren – gesamten – Bilanzgewinn an die Beklagte zu 1) abführt. Der Gewinnabführungsvertrag begründet für sich allein jedoch keinen Konzerntatbestand. Er wird auch in der GmbH aus steuerlichen Gründen abgeschlossen (Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, Anh. zu § 13 Rz. 105). Dies ändert daher nichts an der Trägereigenschaft der Beklagten zu 2) als eigenständigem Privatkrankenhaus.

– Gegen die Verwendung von gemeinsamen Geschäftspapieren bestehen keine grundlegenden Bedenken. In der Fußzeile der Rechnung vom 20.8.2008 ... ist ausdrücklich vermerkt, dass es sich bei der Beklagten zu 2) um eine „Tochtergesellschaft“ der Beklagten zu 1) handelt. Die Beklagte zu 2) „verschleiert“ insoweit ihre rechtlichen Beziehungen zur Beklagten zu 1) nicht. Da beide auf gemeinsame Ressourcen zurückgreifen, ist nicht zu beanstanden, dass die Beklagte zu 2) die Gemeinsamkeiten auch positiv hervorhebt.

–Die Reduzierung der Planbetten bei der Beklagten zu 1) spricht nicht gegen die rechtliche Eigenständigkeit der Beklagten zu 2). Selbst wenn man zugunsten des Klägers davon ausgeht, dass die Reduzierung der Betten im Plankrankenhaus von 380 auf 360 im Hinblick auf die Gründung der Beklagten zu 2) vorgenommen worden ist, bedeutet dies nur, dass keine staatlichen Fördermittel von der Beklagten zu 1) für diese weiteren Betten in

Anspruch genommen werden. Ein innerer Zusammenhang damit, dass sie diese Betten dann nicht mehr für Patienten zur Verfügung stellen wird, die andernfalls Wahlleistungen bei ihr in Anspruch genommen hätten, kann nicht hergestellt werden. Entsprechendes hat der Kläger auch nicht dargelegt und nachgewiesen.

- Sollte die Beklagte zu 1) gegen ihre Pflichten aus der Übernahme in den Krankenhausplan verstoßen, kann dies dazu führen, dass sie staatliche Fördermittel zurückzahlen muss. Am Status der Beklagten zu 2) als privatem Krankenhaus ändert dies jedoch nichts (vgl. *Bothe*, a.a.O., S. 7).

cc) Andere Ansprüche sind nicht ersichtlich.

b) Dem Kläger stehen keine Ansprüche gegen die Beklagte zu 1) zu.

§ 17 Abs. 1 S. 5 KHEntgG gilt zwar unmittelbar für die Beklagte zu 1) als Plankrankenhaus. Verlangt danach ein – dem Krankenhausentgeltgesetz unterliegendes – (Plan-)Krankenhaus ein unangemessen hohes Entgelt für nichtärztliche Wahlleistungen, kann der Verband der privaten Krankenversicherung die Herabsetzung auf eine angemessene Höhe verlangen.

aa) Zwischen den Parteien ist insoweit unstrittig, dass – neben der Beklagten zu 2) – auch die Beklagte zu 1) als Plankrankenhaus nichtärztliche Wahlleistungen für Privatpatienten anbietet. Um die Abrechnung der von der Beklagten zu 1) selbst angebotenen Wahlleistungen geht es allerdings vorliegend nicht, sondern nur um diejenigen, die die Beklagte zu 2) als Privatklinik abrechnet. Streitig ist dabei, in welcher Höhe die Beklagte zu 2) ein erhöhtes Entgelt für die Wahlleistung „Unterkunft“ im Ein- bzw. Zweibettzimmer (Einbett- bzw. Zweibettzimmerzuschläge) bei der Behandlung in der ...verlangen kann. Der Kläger hat im Übrigen auch nicht vorgetragen, dass die Entgelte für Wahlleistungen der Beklagten zu 1) überhöht und deshalb ebenfalls herabzusetzen seien.

bb) Ansprüche gegen die Beklagte zu 1) bestehen auch nicht unter dem Gesichtspunkt, dass sie die Beklagte zu 2) gesellschaftsrechtlich dominiert oder bestimmenden Einfluss auf sie ausübt.

Bei den Beklagten handelt es sich um unterschiedliche Rechtspersönlichkeiten. Aus der Bilanz der Beklagten zu 2) (Anlagen K 24 und K 26) ergibt sich, dass sie in der Gesellschaftsform einer GmbH mit 25.000 € Eigenkapital geführt wird, das insgesamt vom Kommunalunternehmen ..., der Beklagten zu 1), gehalten wird. Die GmbH ist eine 100%ige Tochtergesellschaft des Kommunalunternehmens. Die

Gesellschafterversammlung der Beklagten zu 2) ... besteht aus dem Vertreter des Alleingeschafters, mithin dem Vorstand der Beklagten zu 1), der gleichzeitig Geschäftsführer der ...ist. Eine organisatorische und personelle Verbindung zwischen den Beklagten besteht

daher. Diese begründet aber nicht die Inanspruchnahme der Beklagten zu 1), und zwar selbst dann nicht, wenn die Beklagte zu 1) einen bestimmenden Einfluss auf die Beklagte zu 2) ausüben würde. In einem solchen Fall könnte die Beklagte zu 1) allenfalls verpflichtet werden, im Rahmen ihrer Weisungsbefugnis die Entscheidungen der Beklagten zu 2) nicht zu beeinträchtigen. Nicht aber wäre sie zu verpflichten, die Wahlleistungsentgelte der Beklagten zu 2) auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen, oder die Abrechnung überhöhter Kosten zu unterlassen.

Weder liegen die Voraussetzungen einer Durchgriffshaftung des Gesellschafters vor, noch eignet sich die Rechtsfolge. In der Rechtsprechung sind für einen direkten Haftungsdurchgriff der Gläubiger gegen dahinter stehende Gesellschafter in besonderen Ausnahmefällen – entgegen dem Grundsatz des § 13 Abs. 2 GmbHG, nach dem für die Verbindlichkeiten der GmbH den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen haftet – nur besondere Fälle in Betracht gezogen worden. Ein unmittelbarer Durchgriff auf die hinter der juristischen Person stehenden Kräfte ist ausnahmsweise dann für zulässig gehalten worden, wenn schwerwiegende Gesichtspunkte aus Treu und Glauben das erfordern (BGH, NJW 1977, 1449 m.w.N.). Der Haftungsdurchgriff sieht als Rechtsfolge aber nur einen Schadensersatzanspruch vor, nicht jedoch die Verpflichtung zur Anweisung der abhängigen Gesellschaft, ein bestimmtes Geschäftsmodell zu verfolgen.

Da kein Anspruch gegen die Beklagte zu 2) auf Herabsetzung des Wahlleistungsentgelts besteht, kann der Kläger auch die Beklagte zu 1) nicht verpflichten, dergestalt auf die Beklagte zu 2) einzuwirken.

III. Der Kläger hat keine Ansprüche gegen die Beklagten zu 1) und 2) bezüglich der in Ziff. 2. und 3. beantragten Unterlassung auf Verwendung von Bestimmungen, die Entgelte für allgemeine Krankenhausleistungen betreffen.

1. Dem Kläger stehen keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche gem. § 307 BGB

i.V.m. §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG, §§ 3, 8 UWG gegen die Beklagten zu.

a) Es kann dahingestellt bleiben, ob die Anträge in Ziff. 2. und 3. den formellen Anforderungen des § 8 Abs. 1 Ziff. 1 UKlaG genügen, da sie in der Sache unbegründet sind (vgl. BGH v. 16.7.2009 – I ZR 56/07, GRUR 2009, 1075 – Tz. 13 – *Betriebsbeobachtung*).

b) Auf die Anspruchsberechtigung rechtsfähiger Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen für Klagen gegen unwirksame Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 1 UKlaG) findet das Erfordernis „die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben“ (§ 3 I Nr. 2 UKlaG) keine Anwendung (BGH v. 25.9.2002 – VII ZR 253/99, NJW 2003, 290, 292). Es kommt daher nicht darauf an, ob Krankenversicherer und Krankenhäuser auf demselben Markt tätig sind.

c) Die Tarife der Beklagten zu 2) (vgl. Anlage K 28) unterliegen nicht der Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB.

Preisvereinbarungen unterliegen nicht der Inhaltskontrolle, soweit sie Art und Umfang der Vergütung unmittelbar regeln (Palandt/*Grüneberg*, 69. Aufl. 2010, § 307 Rz. 59; Ulmer/Brandner/Hensen/A. *Fuchs*, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, § 307 BGB Rz. 71). Nach § 307 Abs. 3 BGB (§ 8 AGBG a.F.) sind Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die weder von Rechtsvorschriften abweichen noch diese ergänzen, einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 Abs. 1 und 2, 308, 309 BGB (§§ 9 ff. AGBG a.F.) entzogen. Da die Vertragsparteien nach dem im Bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz der Privatautonomie Leistung und Gegenleistung frei bestimmen können, sind Klauseln, die Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflicht und die dafür zu zahlende Vergütung unmittelbar bestimmen, kontrollfrei (BGH v. 18.4.2002 – III ZR 199/01, MDR 2002, 1108 = CR 2002, 658 m. Anm. Heun = NJW 2002, 2386; BGH v. 16.11.1999 – KZR 12/97, NJW 2000, 577, 579 m.w.N.). Neben den Bestimmungen über den Preis der vertraglichen Hauptleistungen sind auch solche Klauseln nicht kontrollfähig, die das Entgelt für eine zusätzlich angebotene Sonderleistung festlegen, wenn hierfür keine rechtlichen Regelungen bestehen. Mithin stellen im nicht preisregulierten Markt Preisvereinbarungen für Haupt- und Nebenleistungen im Allgemeinen weder eine Abweichung noch eine Ergänzung von Rechtsvorschriften dar und unterliegen daher grundsätzlich nicht der Inhaltskontrolle (BGH v. 18.4.2002 – III ZR 199/01, MDR 2002, 1108 = CR 2002, 658 m. Anm. Heun =

NJW 2002, 2386; BGH v. 18.5.1999 – XI ZR 219/98, MDR 1999, 1147 m. Anm. Imping = NJW 1999, 2276, 2277).

Auf das vom Kläger behauptete Abweichen von gesetzlichen Preisbestimmungen ... kommt es daher nicht an, da kein Fall des § 307 Abs. 2 Ziff. 1 BGB vorliegt. Die Beklagte zu 2) unterliegt dem Krankenhausentgeltgesetz nicht (vgl. oben II. 3. a) aa)), da sie nicht in den Krankenhausplan aufgenommen ist und unterliegt den gesetzlichen Preisbestimmungen damit nicht.

Die vom Kläger in Bezug genommene Entscheidung des BGH (BGH v. 14.7.1988 – IX ZR 254/87, MDR 1988, 957 = NJW 1988, 2951) zur Frage der Abrechnung allgemeiner Krankenhausleistungen bezieht sich ebenfalls nur auf Krankenhausträger, die dem Krankenhausfinanzierungsgesetz unterliegen. Die Beklagte zu 2) muss sich deshalb auch nicht an die Vorgaben der Abrechnung nach DRG-Fallpauschalen halten. Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Krankenhausentgelte gem. §§ 17 Abs. 5 S. 1, 20 Abs. 1 S. 1 KHG kommt nicht zur Anwendung. Die Beklagte zu 2) muss deshalb bei der Bemessung der Entgelte auch nicht die „Gemeinsamen Empfehlung gem. § 22 Abs. 1 BpflV/§ 17 Abs. 1 KHEntgG zur Bemessung der Entgelte für eine Wahlleistung Unterkunft“ berücksichtigen. Sie darf deshalb eine Abrechnung nach Tagessätzen, und nicht nach Basispreisen und Komfortzuschlägen vorsehen.

d) Ein Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften liegt nicht vor.

Grundsätzlich kann die Verwendung und Empfehlung unwirksamer AGB zugleich einen lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 8 Abs. 1 S. 1 UWG begründen. Die Unlauterkeit ergibt sich dann aus § 4 Nr. 11 UWG, weil die Bestimmungen der §§ 307-309 Marktverhaltensregelungen darstellen (*Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl. 2010, § 1 UKlaG Rz. 14; § 4 UWG Rz. 11.156e*). Da die Tarife der Beklagten zu 2) jedoch keiner Inhaltskontrolle unterliegen (vgl. oben b)), scheidet ein entsprechender Anspruch aus.

2. Dem Kläger stehen gem. §§ 2, 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG i.V.m. § 17 Abs. 1 S. 5 KHEntgG keine Ansprüche gegen die Beklagten zu.

Der Kläger hat ausdrücklich mit Schriftsatz vom 3.12.2009 (S. 6 = Bl. 136 d.A.) nochmals bekräftigt, dass er auch bezüglich dieser Anträge seine Ansprüche auf die vorgenannte Vorschrift des § 17 Abs. 1 S. 5 KHEntgG stütze.

a) Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger insoweit überhaupt prozessführungsbefugt ist, da § 17 Abs. 1 S. 5 KHEntgG einen Anspruch auf Entgeltherabsetzung nur bezüglich der „*nichtärztlichen Wahlleistungen*“ gewährt, nicht aber im Hinblick auf „allgemeine Krankenhausleistungen“. „Allgemeine Krankenhausleistungen“ sind solche i.S.v. § 2 Abs. 2 KHEntgG. Diese werden vergütet nach § 3 KHEntgG. § 17 Abs. 1 S. 1 KHEntgG sagt insoweit ausdrücklich, dass „neben

den Entgelten für die voll- und teilstationäre Behandlung ... andere als die allgemeinen Krankenhausleistungen als Wahlleistungen gesondert berechnet werden“ dürfen.

b) Auch die Frage der Aktivlegitimation des Klägers kann offen bleiben.

Die Anspruchsberechtigten sind in § 3 UKlaG abschließend aufgezählt. Dazu gehören auch gem. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UKlaG rechtsfähige Verbände. Für § 2 UKlaG gilt allerdings das dem § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG entlehnte Erfordernis, dass dem Verband eine erhebliche Anzahl von Unternehmen angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher Art auf demselben Markt vertreiben müssen. Dem Verband privater Krankenversicherung e.V. gehört eine „erhebliche Anzahl“ an Unternehmen an, bei denen es sich um Krankenversicherungen handelt. Deren Geschäftsfeld besteht typischerweise in der Versicherung der Krankheitsrisiken der bei ihnen versicherten Leistungsempfänger, nicht in der Erbringung von Krankenhausleistungen. Es kann insoweit insbesondere offen bleiben, ob die Tatsache, dass einige Mitglieder des Klägers Aktionäre der S AG sind, die ihrerseits Mitbewerberin der Beklagten zu 2) ist, aufgrund einer vermittelten Mitgliedschaft in einem Wettbewerbsverband (BGH v. 16.1.2003 – I ZR 51/02, MDR 2003, 821 = GRUR 2003, 454, 455) zum Tätigsein des Klägers und der Beklagten auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt führt.

c) Gegen die Beklagte zu 1) hat der Kläger jedenfalls keinen Anspruch, da es sich nicht um Leistungen handelt, die diese selbst erbringt. Soweit es um die „Durchgriffshaftung“ der Beklagten zu 1) im Wege der Einflussnahme auf die Beklagte zu 2) geht, wird auf II. 3. b) bb) Bezug genommen.

d) Auf die Beklagte zu 2) ist § 17 Abs. 1 S. 5 KHEntgG weder unmittelbar noch analog anwendbar (vgl. oben II. 3 a)).

3. Dem Kläger stehen gem. §§ 2, 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG i.V.m. §§ 3, 8 UWG keine Ansprüche gegen die Beklagten zu.

a) Bezüglich der Prozessführungsbefugnis und der Aktivlegitimation des Klägers wird auf Ziff. III. 2 a) und b) Bezug genommen.

b) Da die gesetzlichen Vorschriften des Krankenhausfinanzierungsrechts auf die

Beklagte zu 2) nicht anwendbar sind und ein Verstoß gegen andere Verbraucherschutzgesetze nicht erkennbar ist, scheiden wettbewerbsrechtliche Ansprüche aus.

IV. Der Anspruch in Ziff. 4. auf Unterlassung der Verwendung der zitierten Bestimmung über die Abrechnung für die vollstationäre Behandlung besteht nicht.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Beklagte zu 2) zur Abrechnung nach Tagessätzen berechtigt ist und nicht nach dem Prinzip der Diagnosis Related Groups (DRG) abrechnen muss.

C.

1. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

3. Die Revision wird nicht zugelassen. Die Voraussetzungen von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 ZPO liegen nicht vor.