gen i. S. v. § 2 GOZ werden von der Begründungspflicht aber gerade nicht erfasst (hierzu näher LG Düsseldorf, Urt. v. 26. 10. 2011 – 23 S 325/09 –, juris; Laux, jurisPR-VersR 10/2014, Anm. 4).

Der Geltendmachung des Anspruchs des Kl. steht nicht Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegen. Dahingestellt bleiben kann, ob ein Krankenversicherer sich nach der Einführung der Spezialregelung in § 192 Abs. 2 VVG im Fall einer vermeintlich überhöhten Gebührenvereinbarung des Versicherungsnehmers mit dem behandelnden Arzt überhaupt noch auf eine unzulässige Rechtsausübung nach § 242 BGB berufen kann. Denn es bestehen nach dem Vortrag der Bekl. und dem Inhalt der Akten keine Anhaltspunkte dafür, dass die Geltendmachung der Ansprüche des Kl. aus dem Krankenversicherungsvertrag gegen Treu und Glauben verstößt. Ein kollusives Zusammenwirken des Kl. mit dem Zahnarzt behauptet selbst die Bekl. nicht. Dass angeblich Dr. X die Schriftsätze auf Klägerseite verfasst, vermag eine unzulässige Rechtsausübung nicht zu begründen, zumal die Bekl. ebenfalls fachlich beraten wird. Ein rechtlich unzulässiger Vertrag zulasten Dritter liegt nicht vor. Vielmehr entspricht es dem vertraglichen Leistungsversprechen der Bekl., dass diese verpflichtet ist, Aufwendungen des Versicherungsnehmers für zahnärztliche Behandlungen auch oberhalb der Höchstsätze der Gebührenordnung zu erstatten.

Die Behauptung der Bekl., der Zeuge Dr. X sage seinen Patienten zu, nach einem Rechtsstreit nur die vom Versicherer erstatteten Aufwendungen von diesem persönlich zu verlangen, vermag einen Verstoß gegen Treu und Glauben nicht zu begründen. [...] Selbst wenn der Zeuge Dr. X gegenüber dem Kl. eine entsprechende Zusage abgegeben haben sollte, handelt der Kl. nicht treuwidrig, wenn er berechnete Ansprüche gegen die Bekl. aus dem Krankenversicherungsvertrag geltend macht. Dass der Zeuge Dr. X nur rechtlich begründete Rechnungsbeträge von seinen Patienten verlangen kann, versteht sich von selbst. Im Übrigen liegt es im pflichtgemäßen Ermessen eines Arztes zu entscheiden, ob er, wenn ein Patient die Bezahlung einer Rechnung verweigert, seine Vergütungsansprüche gerichtlich gegen diesen geltend macht. Ein rechtlich erheblicher Verzicht auf Gebührenforderungen liegt auch nach dem Vortrag der Bekl. nicht vor. [...]

<https://doi.org/10.1007/s00350-021-5825-y>

Anmerkung zu OLG Köln, Urt. v. 14. 1. 2020 – 9 U 39/19 – (LG Bonn)

Anno Haak

I.

In Rede stand – vermittelt durch den Streit um den Aufwendersatz aus einem Krankheitskostenversicherungsvertrag zwischen beklagter PKV und klagendem Patienten – im entschiedenen Fall die Wirksamkeit der Vereinbarung einer von den Vorschriften der GOZ abweichenden Gebührenhöhe nach § 2 GOZ.

Da Punktzahl und Punktwert gem. § 2 Abs. 1 S. 2 GOZ der Parteidisposition von vorne herein entzogen und die formalen Anforderungen (Schriftform, Belehrung über womöglich ausfallende Erstattung, keine weiteren Inhalte, § 2 Abs. 2 S. 1 a. E., S. 2 a. E. und S. 3 GOZ) relativ eindeu-

tig sind, kommt es wie in anderen strittigen Fällen jüngerer Datums¹ auf die Frage an, ob die häufig in Formularen vorbereitete Vereinbarung abweichender Gebührenhöhe den Anforderungen an eine „persönliche Absprache im Einzelfall“ genügt.

Das war auch hier fallentscheidend, die Einwände der unzulässigen Rechtsausübung und des Wuchers bzw. offenkundigen Missverhältnisses erscheinen nicht nur wegen der kurzen Abhandlung durch das OLG eher als Nebelkerzen der Bekl.

Seine Bedeutung erhält das Urteil nach Auffassung des Unterzeichners – abgesehen von der im ambulanten zahnärztlichen Bereich ungewöhnlich hohen Honorarforderung – dadurch, dass hier erstmals in jüngerer Zeit obergerichtlich die Anforderungen an die Individualität einer (zahn-) ärztlichen Honorarvereinbarung näher ausdefiniert werden.

Im Übrigen wird mit der Entscheidung der dort zitierte Beschluss des BVerfG im Sinne einer m. E. im Ergebnis begrüßenswerten Liberalisierung der Honorarvereinbarung fortgeschrieben und ausgeweitet, wobei die Urteilsbegründung nicht vollständig überzeugt.

II.

Das BVerfG hatte mit dem in der Entscheidung im Einzelnen wiedergegebenen Beschluss, den der hiesige Kläger als Beschwerdeführer erwirkt hatte, de facto die Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB für zahnärztliche Honorarvereinbarungen gegenüber anderen vorformulierten Verträgen eingeschränkt.

Denn in Rede stand auch im dort entschiedenen Fall eine formularartige Vereinbarung, die zu Beginn des geschlossenen Behandlungsvertrags handschriftlich um Gebührenpositionen und Steigerungsfaktoren jenseits der 3,5 ergänzt worden war².

1. Rechtslage für vorformulierte Vertragsbedingungen im Allgemeinen

Solche vorformulierten Vertragsbedingungen, wie sie sowohl dem Urteil des OLG Köln als dem Beschluss des BVerfG zugrunde liegen, sind grundsätzlich als AGB zu qualifizieren, es sei denn, entgegen der äußeren Gestalt sind die Bedingungen im Einzelnen „ausgehandelt“ (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB).

„Aushandeln“ in diesem Sinne bedeutet mehr als „verhandeln“. Es ist erforderlich, dass „der Verwender den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt“. Die Beweislast für einen solchen Ablauf trägt der Verwender.

So judizierte der BGH in älteren Entscheidungen auch im Bereich ärztlicher Honorarvereinbarungen³, zu anderen Vertragstypen hat er diese Rechtsprechung in jüngerer Zeit bekräftigt⁴.

2. Nicht überzeugende Einschränkung des BVerfG

Dies erklärte das BVerfG im Lichte des durch die GOZ für Zahnärzte beschränkten Preisbestimmungsrechts im Bereich von zahnärztlichen Honorarvereinbarungen im Ergebnis für nicht uneingeschränkt anwendbar.

1) Zuletzt: AG Düsseldorf, Urt. v. 21. 1. 2016 – 27 C 11833/14 –, (nur online unter: <http://files.vogel.de/iww/iww/quellmaterial/dokumente/146449.pdf>, Datum des Abrufs 11. 12. 2020; Kl. dort wohl ebenfalls der hiesiger Kl. zum Streit über eine Honorarvereinbarung des minderjährigen Sohnes des hiesigen Klägers).

2) Entnommen dem Tatbestand OLG Hamm, Urt. v. 6. 2. 2006 – 3 U 26/00 –, juris.

3) BGH, NJW 1991, 1678; NJW 1992, 1107 unter Geltung des § 1 Abs. 2 AGBG.

4) BGH, NJW 2019, 2080 ff. zu einem Darlehensvertrag.

Die vom OLG Köln hier zitierte Monierung des BVerfG vermag allerdings schon in ihrem Ausgangspunkt nicht zu überzeugen. Sie basiert, verkürzt gesagt, auf der Annahme, die im Formular ihren Ausdruck findende Identität vieler zahnärztlicher Honorarvereinbarungen sei Ergebnis der Normbindung⁵.

M.a.W.: die besonders strikten Vorgaben des § 2 GOZ bedingen stärker als bei anderen Verträgen den Anschein der Formularartigkeit oder noch stärker zugespitzt: dem Zahnarzt sei der Abschluss einer Individualabrede letztlich nahezu unmöglich, es sei denn, es werde um die Steigerungsfaktoren im Einzelnen „gefeilscht“⁶.

Dem Einwand, eine Individualabrede unter Beachtung der Vorgaben des § 2 GOZ könne ja dennoch durch Verfassung eines einzelnen Schriftstücks vor den Augen und unter Beteiligung des jeweiligen Patienten getroffen werden, verwirft das Verfassungsgericht mit dem kaum anders denn apodiktisch zu nennenden Argument, das sei „praxisferner“.

Es erscheint schon fraglich, ob es wirklich einen erheblichen Unterschied macht, ob je Patienten ein neuer Vertrag erstellt und mit Blick auf die zu erbringenden Leistungen individualisiert wird (etwa „per copy and paste“ aus dem letzten so geschlossenen Vertrag) oder ein vorgedrucktes Formular ausgefüllt wird. Dass das erste „praxisferner“ als das Letztere sei, erschließt sich nicht.

Diese auf der einfachgesetzlichen Ebene angesiedelte Argumentation ließe sich im Übrigen angesichts der Regelungsdichte z.B. des § 492 BGB etwa auf Verbraucherdarlehensverträge übertragen. Die dortigen Vorgaben sind derart umfänglich, dass sie ohne formularartige Vorbereitung kaum gesetzeskonform darstellbar wären.

Auch dass eine individuelle Vereinbarung wegen § 2 Abs. 2 S. 3 GOZ kaum zu beweisen sei, überzeugt als Einwand nicht. Denn zum Beweis ist die ohnehin zu führende zahnärztliche Dokumentation, die unverändert zudem jedenfalls im Haftungskontext die Vermutung der Richtigkeit für sich hat⁷, wie auch der vorliegende Fall zeigt, geradezu prädestiniert.

3. Fortschreibung des OLG Köln

Noch weniger überzeugt die Fortschreibung dieses Beschlusses durch das OLG im vorliegenden Fall.

Es ist zwar für die Bewertung des Urteils misslich, dass die äußere Gestalt wie der Inhalt der Vereinbarung in ihren Einzelheiten weder im erst- noch im zweitinstanzlichen Urteil Gegenstand des Tatbestandes ist, so dass die Reichweite des Urteils des OLG über den konkreten Fall hinaus schwer zu ermitteln ist.

a) Steigerungsfaktoren wirken schwer verständlich

Das LG unterstellte insofern zwischen den Zeilen (wohl) sogar eine auf einen bestimmten zu erzielenden Betrag gerichtete Ergebnisorientierung der Bemessung der Gebühren, zum Ausdruck kommend in den Gründen, in denen unzulässige (verdeckte) „Pauschalhonorare“ moniert werden, die in der Tat unstreitig nicht vereinbart wurden.

Für die Unterstellung einer solchen verdeckten Ergebnisorientierung gibt der Sachverhalt, sofern er den Feststellungen zu entnehmen ist, in der Tat mit dem OLG zu wenig her.

Das im Tatbestand des LG zitierte Beispiel spricht aber jedenfalls dafür, dass für nahezu den gesamten Leistungskatalog der GOZ deutlich über 3,5 liegende Steigerungsfaktoren vereinbart wurden, die prima facie wenig nachvollziehbar oder individualisiert erscheinen (z.B. der zitierte Faktor 8,2 für eine eingehende Untersuchung).

b) Wahl der Sätze offenbar nicht individuell

Es liegt des Weiteren gerade nicht „in der Natur der Sache“, identische Steigerungssätze für gleiche Leistungen bei einer Vielzahl von Patienten zu vereinbaren, wie das OLG meint.

Im Gegenteil: die Schwierigkeit zahnärztlicher Tätigkeit ist in hohem Maße von den individuellen Gegebenheiten bei dem jeweiligen Patienten abhängig.

Im Übrigen schreibt dieses Argument den Beschluss des Verfassungsgerichts nicht nur fort, sondern führt ihn nachgerade ad absurdum. Das Verfassungsgericht hielt die regulären Anforderungen an das „Aushandeln“ gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB mit dem Argument für überspannt, dass das enge Korsett des § 2 GOZ von vorneherein nur Raum für die Vereinbarung eines abweichenden Steigerungsfaktors und dem folgend des Ergebnisses der Bepreisung lasse.

Wenn aber, wie offenbar hier, auch diese letzten Variablen einer Vereinbarung nach § 2 GOZ von vorneherein und für eine Vielzahl von Behandlungsmaßnahmen und Fällen festgeschrieben werden, ist die Negation der Eigenschaft als AGB dogmatisch selbst bei gleichsam grundrechtskonformer Beschränkung der Anforderungen des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB nicht mehr nachvollziehbar.

c) Kein Hinweis auf „überdurchschnittliche Qualifikation“

Unklar bleibt auch, woher die zur Begründung der Rechtfertigung der Gebührenhöhe aus dem Verfassungsgerichtsurteil übernommene Feststellung „überdurchschnittlich qualifizierter“ Leistungen rührt.

Die Feststellungen im Tatbestand des erstinstanzlichen Gerichts geben eine deutlich über dem Durchschnitt niedergelassener Zahnärzte oder anderer Vergleichsgruppen liegende Qualifikation – abgesehen von der Indiztatsache, dass der Zeuge Dr. X eine Praxis ohne vertragszahnärztliche Zulassung offenbar wirtschaftlich betreibt – nicht her.

d) Widersprüche betreffend Reichweite der Vereinbarung

Hinzu treten (zudem in sich widersprüchliche) Erweiterungen des OLG betreffend die Frage, für wie viele und wie weit in die Zukunft reichende Leistungen eine noch „individuell“ zu nennende Vereinbarung getroffen werden kann.

Einerseits führt das OLG aus, bei besonders umfänglichen Behandlungen sei eine anfängliche Eingrenzung auf bestimmte Gebührenziffern nicht möglich. Warum dann nicht zumindest vor einzelnen Behandlungsabschnitten eine Vereinbarung zur Wahrung der Individualität erforderlich sein soll, erschließt sich indes schon nicht.

Im Übrigen heißt es weiter, es sei zu Beginn der Behandlung über die Behandlungsmaßnahmen im Einzelnen gesprochen worden. Das steht gerade im Widerspruch zur angeblich ex ante fehlenden Eingrenzbarkeit der erforderlichen werdenden Leistungen.

Abgesehen davon ist die Behauptung, es sei „zu Beginn der Behandlung“ im Jahr 2011 oder 2012 (worauf genau das OLG hier rekurriert, ist nicht verständlich) ein Behandlungsplan für die dann folgenden sechs oder fast sieben (!) Jahre besprochen worden, entgegen dem OLG, wenig glaubhaft.

Selbst eine äußerst umfängliche planbare zahnärztliche Versorgung würde wohl kaum von vorneherein planbare sechs bis sieben Jahre dauern, wobei die Einzelheiten der Behandlung dem Tatbestand wiederum nicht zu entnehmen sind.

Die Ausweitung des Begriffs der „Absprache im Einzelfall“ endet im unausgesprochenen Rekurs auf die Haftungsrechtlern geläufige „Immer so“-Rechtsprechung zur ständigen Praxis einer Risiko-Aufklärung im Rahmen des § 630e BGB („Schema F“)⁸.

5) BVerfG, Beschl. v. 25.10.2004 – 1 BvR 1437/02 –, Rdnr. 30, juris.

6) BVerfG a. a. O., Rdnr. 35, juris.

7) Zuletzt OLG Dresden, Urte. v. 27.10.2020 – 4 U 845/20 –, juris m. w. N.

8) Zuletzt: OLG Dresden, Hinweisbeschl. v. 10.8.2020 – 4 U 905/20 –, juris, Rdnr. 11 m. w. N.; aufrechterhalten durch Zurückweisungsbeschl. v. 4.9.2020 zum selben Az.

Hier führt das OLG aus, dass es anhand des Formulars und der Angaben des Zeugen Dr. X nachvollziehbar sei, dass der Zeuge sich an das konkrete Gespräch aus dem Jahr 2012 nicht erinnern könne, aber glaubhaft wirke, dass er solche Gespräche immer so, wie für den streitgegenständlichen Fall angegeben, führe. Das OLG hielt also eine gleichlaufende Abschlusspraxis für nachgewiesen, die den Rückschluss auf eine Individualvereinbarung im vorliegenden Fall zulasse.

Dem Zeugen Dr. X werden insofern nicht mehr nur „Überspannungen“ an die Beweislast erspart (dass der Beweis einer Individualvereinbarung trotz des Verbotes in § 2 Abs. 2 S. 3 GOZ so schwer nicht zu führen wäre, wie das BVerfG und das OLG meinen, zeigt die Eintragung in der Patientenakte in vorliegendem Fall im Übrigen anschaulich).

Es wird damit letztlich dem Zeugen *aufgrund* eines Formulars, das der äußeren Gestalt nach eher an AGB denn an eine Individualvereinbarung gemahnt, unausgesprochen die widerlegliche Vermutung einer Individualabrede zugutegehalten. Das ist weder zivilrechts- oder zivilprozessrechtsdogmatisch überzeugend noch durch Grundrechte im Sinne wertender Korrektur geboten.

III.

Die Entscheidung stößt eine aus Sicht des Unterzeichners notwendige Debatte über die (m. E. zu engen) Voraussetzungen von zahnärztlichen Honorarvereinbarungen an.

Sie weicht dabei allerdings, ohne das auszusprechen, von der st. Rechtsprechung des BGH zu den Voraussetzungen in und der Beweislast betreffend § 305 Abs. 1 S. 3 BGB ab, ohne dass das von der zitierten Rechtsprechung des Verfassungsgerichts noch getragen wäre.

Um die m. E. dringend nötige Liberalisierung des zahnärztlichen Vergütungsrechts herbeizuführen, wäre der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber gefragt. Im bisherigen System des Rechts der AGB in §§ 305 ff. BGB und der GOZ erscheint diese dem Unterzeichner ohne Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung des BGH mit den Argumenten des OLG Köln nicht überzeugend möglich.

Kontrahierungszwang in Pandemiezeiten bei verweigertem Test auf SARS-CoV-2

ZPO §§ 935, 940; BGB §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 626 Abs. 1; 630a, 630b; NRW CoronaSchutzVO § 5 Abs. 1

1. Für in das öffentlich-rechtliche Planungs- und Finanzierungssystem im Rahmen ihrer planerischen Aufgabenstellung und Leistungsfähigkeit einbezogenen Krankenhäuser besteht gegenüber krankenhausbearbeitenden bedürftigen Patienten grundsätzlich Kontrahierungszwang.

2. Der Kontrahierungszwang und ein korrespondierender Anspruch auf Abschluss eines Behandlungsvertrags bzw. auf Fortsetzung der Behandlung bestehen nicht, wenn wichtige Gründe entgegenstehen (§§ 630b, 626 Abs. 1 BGB).

3. Das Vorliegen wichtiger Gründe ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der beiderseitigen Interessen zu ermitteln.

Eingesandt und bearbeitet von Henning Lorenz, Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht (Prof. Dr. iur. Henning Rosenau), Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Juristischer Bereich, Franz-von-Liszt-Haus, Universitätsplatz 6, 06108 Halle (Saale), Deutschland

4. Die Verweigerung, vor Aufnahme in ein Krankenhaus an Maßnahmen zur Testung auf SARS-CoV-2 oder einer Erkrankung an COVID-19 mitzuwirken, ist in Zeiten einer Pandemie ein wichtiger Grund. (Leitsätze des Bearbeiters)

LG Dortmund, Beschl. v. 4. 11. 2020 – 4 T 1/20 (AG Dortmund)

Problemstellung: Der Behandlungsvertrag zwischen Ärzten und Krankenhäusern auf der einen und Patienten auf der anderen Seite ist privatrechtlicher Natur und unterliegt daher im Ausgangspunkt dem Prinzip der Privatautonomie. Die Freiheit von Abschluss und Inhalt ist allerdings Einschränkungen unterworfen. Bei Ärzten wird darüber gestritten, ob und ggfs. woraus sich ein spezialgesetzlicher Kontrahierungszwang ableiten lässt oder auf den allgemeinen Kontrahierungszwang zu rekurrieren ist (instr. Klose/Straub, MedR 2017, 935 ff.). Mit Blick auf Krankenhäuser werden ebenfalls differenzierende Überlegungen angestellt (dazu Rehborn, in: Huster/Kaltenborn (Hrsg.), Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 14, Rdnrn. 27 ff.). Soweit das Sozialstaatsprinzip bemüht wird, greift die Begründung nur bei staatlichen Krankenhäusern; die Herleitung aus § 109 Abs. 4 S. 2 SGB V bleibt auf gesetzlich Versicherte beschränkt. Im nachfolgenden Fall steht der Kontrahierungszwang des in staatlicher Trägerschaft stehenden Knappschaftskrankenhauses Dortmund mit einer privatversicherten Schwangeren in Rede. Im Grundsatz ist Kontrahierungszwang daher denk- und begründbar. Für Nordrhein-Westfalen lässt sich dieses Ergebnis ohne Differenzierung nach Trägerschaft oder Versichertenstatus für die in den Krankenhausplan aufgenommenen Krankenhäuser aus § 2 Abs. 1 S. 1 KHG NRW herleiten. Im Normalfall hätte die Hochschwangere zur weiteren Aufklärung und ggfs. Behandlung stationär aufgenommen werden müssen.

Bekanntermaßen ist seit Ausbruch der SARS-CoV-2-Pandemie aber nur noch wenig normal. Um besonders vulnerable Personen in Krankenhäusern vor einer Infektion zu schützen, wird vor der Patientenaufnahme ein Test auf den Erreger durchgeführt. Seit dem dritten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (BGBI. I S. 2397) kommen vor dem Betreten von Alten- und Pflegeheimen auch sog. Schnelltests zum Einsatz, ohne dass ein Arzt vor Ort sein muss (vgl. hierzu Lorenz, in: FAZ-Einspruch v. 2. 11. 2020). Was passiert aber, wenn jemand sich – wie die Schwangere – weigert einen Test durchzuführen?

Bei Pflegeheimen kann das Hausrecht in Stellung gebracht werden. Die Untersagung des Betretens ohne negativen Test kann unter dem Aspekt der Gefahrvermeidung für die Heimbewohner gerechtfertigt, eine Zuwiderhandlung als Hausfriedensbruch (§ 123 Abs. 1 StGB) geahndet werden. Dem grundsätzlichen Zwang zur Schließung und Erfüllung eines Behandlungsvertrags können wichtige Gründe i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB (i. V. m. § 630b BGB) entgegengehalten werden. Das Krankenhaus bzw. dessen Träger ist bereits allgemein zum Schutz der anderen Patienten und Mitarbeiter verpflichtet. Konkret leitet sich die bußgeldbewehrte Pflicht zur Ergreifung der erforderlichen Maßnahmen in NRW etwa aus § 5 Abs. 1 CoronaSchVO v. 30. 10. 2020 i. V. m. den Richtlinien und Empfehlungen des RKI her. Die Durchführung von Tests vor der stationären Aufnahme steht zudem einem strafrechtlichen Vorwurf gegen die Verantwortlichen wegen fahrlässiger Körperverletzung oder Tötung sowie § 74 IfSG i. V. m. § 73 Abs. 1a Nr. 24 IfSG bei späterer Verbreitung aufgrund eines falsch-negativen Tests entgegen. Bei Vertragsanbahnung besteht daher ein Anspruch der Verantwortlichen aus §§ 311