

## § 2 Abweichende Vereinbarung

(1) Durch Vereinbarung kann eine von dieser Verordnung abweichende Gebührenhöhe festgelegt werden. Für Leistungen nach § 5 a ist eine Vereinbarung nach Satz 1 ausgeschlossen. Die Vereinbarung einer abweichenden Punktzahl (§ 5 Abs. 1 Satz 2) oder eines abweichenden Punktwertes (§ 5 Abs. 1 Satz 3) ist nicht zulässig. Notfall- und akute Schmerzbehandlung dürfen nicht von einer Vereinbarung nach Satz 1 abhängig gemacht werden.

(2) Eine Vereinbarung nach Absatz 1 Satz 1 ist nach persönlicher Absprache im Einzelfall zwischen Arzt und Zahlungspflichtigem vor Erbringung der Leistung des Arztes in einem Schriftstück zu treffen. Dieses muß neben der Nummer und der Bezeichnung der Leistung, dem Steigerungssatz und dem vereinbarten Betrag auch die Feststellung enthalten, daß eine Erstattung der Vergütung durch Erstattungsstellen möglicherweise nicht in vollem Umfang gewährleistet ist. Weitere Erklärungen darf die Vereinbarung nicht enthalten. Der Arzt hat dem Zahlungspflichtigen einen Abdruck der Vereinbarung auszuhändigen.

(3) Für Leistungen nach den Abschnitten A, E, M und O ist eine Vereinbarung nach Absatz 1 Satz 1 unzulässig. Im übrigen ist bei vollstationären, teilstationären sowie vor- und nachstationären wahlärztlichen Leistungen eine Vereinbarung nur für vom Wahlarzt höchstpersönlich erbrachte Leistungen zulässig.

### Kommentar zu § 2

#### 1. Das Prinzip der Vertragsfreiheit

Das ärztliche Honorar ist Gegenleistung des Patienten für die Leistung des Arztes aus dem Behandlungsvertrag. Für den Behandlungsvertrag gelten die Bestimmungen der §§ 611 ff. BGB über den Dienstvertrag. Es geht dabei um Dienst-

leistungen höherer Art, die der Arzt im Zweifel persönlich zu erbringen hat (§ 613 BGB).

Für den privatrechtlichen Behandlungsvertrag gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit. Arzt und Patient können Art, Inhalt und Umfang der ärztlichen Behandlung im Rahmen der allgemein verbindlichen Normen frei vereinbaren. Zur Vertragsfreiheit gehört prinzipiell auch das Recht von Arzt und Patient, die Leistungsentgelte zu vereinbaren.

Die GOÄ von 1965 hatte die Vertragsfreiheit der Beteiligten bei der Abdingung der GOÄ noch voll respektiert. Mit der GOÄ 1983 und ihren Änderungen hat der Verordnungsgeber in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung die Vertragsfreiheit Schritt für Schritt immer mehr eingeschränkt und zum Teil völlig aufgehoben.

#### 2. Inhaltliche Begrenzung der Abdingung (Abs. 1 Sätze 1 u. 3)

##### 2.1 Begrenzung auf abweichende Vereinbarungen über die Gebührenhöhe

Die GOÄ 1983 hat bereits in ihrer ursprünglichen Fassung die Vertragsfreiheit von Arzt und Patient auf abweichende Vereinbarungen über die Gebührenhöhe begrenzt. Damit entzog sie alle übrigen Bestimmungen der GOÄ der Disposition der Beteiligten. Nicht abdingbar waren damit von vornherein insbesondere das Gebührenverzeichnis und § 12 über die Rechnungsstellung (so ausdrücklich auch die Begründung des Bundesrates zu § 2 Abs. 1 Satz 1).

##### 2.2 Begrenzung der Abdingung auf die Steigerungssätze

Der Gebührensatz (Einfachsatz) berechnet sich nach § 5 Abs. 1 Satz 2 als das Vielfache der im Gebührenverzeichnis für die einzelnen Leistungen festgelegten Punktzahlen mit dem Punktwert, der z. Zt. 11,4 Pf beträgt (§ 5 Abs. 1 Satz 3). Die Multiplikation des Gebührensatzes (Einfachsatz) mit den in § 5 vorgesehenen Steigerungssätzen ergibt die Höhe der Gebühr, also der Honorarforderung, die dem Arzt für die

## § 2

einzelne Leistung zusteht.

Die 4. Änderung der GOÄ hat in Absatz 1 Satz 3 die Vertragsfreiheit weiter eingeeengt. Unzulässig ist nun auch die Vereinbarung einer abweichenden Punktzahl und eines abweichenden Punktwertes. Damit soll eine bessere Transparenz der Gebührenvereinbarung für den Patienten sichergestellt werden.

Dem ist beizutreten. Für die Vereinbarung einer abweichenden Gebührenhöhe verbleibt danach jedoch nur noch die Änderung des Steigerungssatzes.

### 3. Partiieller Ausschluß der Abdingung

Völlig beseitigt wurde die Vertragsfreiheit

- für die Abschnitte A, E, M und O des Gebührenverzeichnisses durch § 2 Absatz 3 Satz 1. Dies wiegt um so schwerer, als die Steigerungssätze für die Abschnitte A, E, M und O in § 5 Abs. 3 und vor allem für Abschnitt M in § 5 Abs. 4 gegenüber den rein ärztlichen Leistungen ohnehin deutlich reduziert sind,
- nach § 2 Abs. 1 Satz 2 für den Schwangerschaftsabbruch, der unter den Voraussetzungen des § 218 a Abs. 1 StGB durchgeführt wird. Auch für diese Leistung ist der Steigerungssatz in § 5 a GOÄ bereits auf das 1,8-fache begrenzt. Ersichtlich stehen hier nicht spezifische gebührenrechtliche, sondern sozialpolitische Aspekte im Vordergrund.

Für die Notfall- und die akute Schmerzbehandlung schließt Absatz 1 Satz 4 die Abdingung nicht schlechthin aus. Unzulässig ist sie nur, wenn die Hilfeleistung in diesen Situationen, in denen der Patient unter hoher psychischer Belastung steht, vom Abschluß einer Gebührenvereinbarung abhängig gemacht wird.

Für wahlärztliche Leistungen ist eine Gebührenvereinbarung nach § 2 Abs. 3 Satz 2 nur zulässig, wenn der Arzt die Leistungen höchstpersönlich erbringt. Damit ist eine Vertretung bei wahlärztlichen Leistungen ausgeschlossen, die im Rahmen von Gebührenvereinbarungen erbracht werden,

während im übrigen § 4 Abs. 2 Satz 3 und § 5 Abs. 5 die vom ständigen ärztlichen Vertreter erbrachten Leistungen hinsichtlich der Vergütung denen des Wahlarztes gleichstellen. Nach § 5 Abs. 5 sind auch die von anderen ärztlichen Mitarbeitern im Rahmen zulässiger Vertretung des Wahlarztes erbrachten Leistungen zu vergüten, allerdings nur mit einem reduzierten Steigerungssatz.

## 4. Anforderungen an Form, Inhalt und Verfahren der Gebührenvereinbarung (Abs. 2 Satz 1)

### 4.1 Formvorschrift

Die Bestimmung, dass die Vereinbarung in einem Schriftstück zu treffen ist, schreibt die Schriftform vor. Die Vereinbarung muß nach § 126 BGB von Arzt und Patient eigenhändig unterschrieben werden.

Die Formvorschrift dient Beweis Zwecken, hat vor allem aber eine Schutzfunktion. Sie soll in Verbindung mit der Festlegung des Inhalts der Vereinbarung durch Abs. 2 Satz 3 verhindern, dass Honorarvereinbarungen in allgemeine Geschäftsbedingungen aufgenommen und vom Patienten ohne nähere Prüfung des "Kleingedruckten" unterschrieben werden.

### 4.2 Zeitpunkt des Abschlusses

Die Vereinbarung muß vor Erbringung der Leistung getroffen werden, ähnlich wie nach § 22 Abs. 2 BPflV für die wahlärztlichen Leistungen. Damit scheidet für die Notfallbehandlung die Abdingung aus, wenn der Patient im Zeitpunkt der Behandlung nicht entscheidungsfähig ist und nicht beim Abschluß der Vereinbarung (z.B. durch einen Bevollmächtigten oder Betreuer) vertreten wird. Es reicht jedoch die Vertretung durch einen Nicht-Vertretungsberechtigten (z.B. einen nahen Angehörigen) aus, wenn der Patient die Vertretung nachträglich genehmigt. Die Genehmigung wirkt dann auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung zurück.

### 4.3 Persönliche Absprache

Die Formulierung "nach persönlicher Absprache" schließt aus, daß der Arzt das Gespräch, das dem Abschluß der Vereinbarung vorausgeht, in vollem Umfang auf Mitarbeiter delegiert. Der Arzt selbst muß dem Patienten erklären, aus welchen Gründen ihm eine Honorarvereinbarung mit den vorgeschlagenen Steigerungssätzen angesichts der Art und Schwierigkeit der Leistung angemessen erscheint.

## **5. Mindestinhalt der Vereinbarung (Abs. 2 Satz 2)**

### **5.1 Konkretisierung des Leistungsentgelts**

Im ersten Halbsatz schreibt Absatz 2 Satz 2 Mindestinhalte für die Gebührenvereinbarung vor, die auch für die ärztliche Rechnung nach § 12 gelten.

Die Angabe der Nummer und die Bezeichnung der Leistung setzt voraus, daß sich im Zeitpunkt der Honorarvereinbarung Behandlungsziel und Behandlungsmethode soweit konkretisieren lassen, daß der Arzt abzusehen vermag, um welche Leistungen es bei der Behandlung geht. Da die einzelne Leistung nach der Nummer des Gebührenverzeichnisses bezeichnet werden muß, ist eine Vereinbarung unzulässig, die etwa schlechthin für Operationen oder anästhesiologische Leistungen einen höheren Steigerungssatz vorsieht. Nur wenn der Patient weiß, um welche Leistungen es geht, vermag er abzuschätzen, welche finanziellen Belastungen er mit der Vereinbarung in Kauf nimmt.

Der "vereinbarte Betrag" ergibt sich aus der Multiplikation des einfachen Gebührensatzes mit dem vereinbarten Steigerungssatz. Die Vereinbarung einer Pauschale für die einzelne Leistung, für Leistungskomplexe oder für die gesamte Behandlung ist mit der Reduzierung der Vertragsfreiheit durch § 2 Abs. 1 auf die Vereinbarung eines abweichenden Steigerungssatzes unvereinbar.

### **5.2 Hinweis auf Probleme der Kostenerstattung**

Der zweite Satzteil von Absatz 2 Satz 2 hat eine Schutzfunktion. Nur ein kleiner Teil der Patienten gehört zu den echten Selbstzahlern. Die meisten Privatpatienten haben Anspruch auf Kosten-erstattung gegenüber einer privaten Krankenversicherung und/oder auf Beihilfe als Beamte oder Angestellte im öffentlichen Dienst. Der Patient sollte sich, bevor er eine Gebührenvereinbarung unterzeichnet, durch Rückfrage vergewissern, ob und in welcher Höhe er mit einer Erstattung von Mehrkosten aus der Gebührenvereinbarung rechnen kann.

### **6. Ausschluß weiterer Erklärungen (Abs. 2 Satz 3)**

Das Verbot, weitere Erklärungen in die Vereinbarung aufzunehmen, also sie z.B. mit einem Arzt-Zusatzvertrag für wahlärztliche Leistungen zu verbinden, hat eine Schutzfunktion. Der Patient soll nicht durch andere Vertragsinhalte oder durch "Kleingedrucktes" abgelenkt werden, sondern sich in vollem Bewusstsein der finanziellen Tragweite für oder gegen die Gebührenvereinbarung entscheiden.

Im Ergebnis bedeutet Satz 3, daß die im vorhergehenden Satz 2 vorgeschriebenen Mindestinhalte zugleich auch die zulässigen Maximalinhalte einer Gebührenvereinbarung darstellen. Damit geht von Vertragsformularen, die sich auf die vorgeschriebenen Inhalte beschränken, keinerlei spezifisches Risiko für den Patienten aus; das Problem der AGB stellt sich vor allem dann, wenn auch der vereinbarte Steigerungssatz im Formular vorgegeben ist, also vom Arzt nicht zur Disposition gestellt wird.

### **7. Übergabe eines Abdrucks (Abs. 2 Satz 4)**

Bei einem schriftlichen Vertrag erscheint es als selbstverständlich, daß der andere Vertragspartner eine Ausfertigung oder Kopie des Vertrages erhält. Wird dem Patienten versehentlich kein Zweitstück der Vereinbarung ausgehändigt, so sollte dies die rechtliche Wirksamkeit der Vereinbarung nicht berühren; der Patient kann unter Berufung auf Satz 4 eine Kopie der Vereinbarung auch nachträglich jederzeit anfor-

## § 2

dern.

### **8. Vorformulierte Vereinbarungstexte und AGB-Gesetz**

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 30.10.1991 (NJW 1992, 746) die Reichweite formularmäßig abgeschlossener Honorarvereinbarungen drastisch reduziert. Bei der Entscheidung ging es um die Klage einer privaten Versicherungsgesellschaft auf Rückerstattung bezahlter Behandlungshonorare, welche die Versicherungsnehmer an die Gesellschaft abgetreten hatten. Der Beklagte hatte Formularvordrucke für die Honorarvereinbarungen verwendet, nach denen für die "persönlichen ärztlichen Grund- und Sonderleistungen" das ... fache der Gebühren berechnet wird und "für die übrigen Leistungen" (Abschnitte A, E, M und O) das ....fache. Handschriftlich wurde in acht Fällen bei der persönlichen Leistung das 4,5-fache und in zwei Fällen das 6-fache eingetragen, für die sonstigen Leistungen das 2,5-fache. Das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht erklärte sie auf Berufung der Klägerin dem Grunde nach für gerechtfertigt.

Die Revision des Beklagten hatte keinen Erfolg. Der BGH bestätigte die Auffassung des Oberlandesgerichts, daß die benutzten Vordrucke Vertragsbedingungen sind, die der Beklagte in einer Vielzahl von Fällen verwendet habe und die deshalb Allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz darstellen. Daß die Honorarvereinbarungen oder die handschriftlich eingetragenen Steigerungssätze im einzelnen mit dem Patienten ausgehandelt wurden, habe der Beklagte nicht vorgetragen.

Die Formularvereinbarungen seien zwar nicht ungewöhnlich und die Abweichung von der GOÄ für die Patienten nicht überraschend, so daß sie nicht an § 3 AGB-Gesetz scheiterten. Eine Inhaltskontrolle (§§ 9 bis 11 AGB-Gesetz) ergebe jedoch, daß sie die Patienten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligten, weil sie mit dem Leitbild der GOÄ nicht vereinbar seien. Eine Überschreitung des Rahmens des § 5 Abs. 2 Satz 4 GOÄ (Regel-

spanne) sei nur zulässig, wenn Besonderheiten der Bemessungskriterien dies rechtfertigen. Die Unterscheidung zwischen durchschnittlichen Leistungen und solchen, die aufgrund besonderer Umstände eine höhere Vergütung rechtfertigen, gehöre zu den tragenden Grundsätzen des Gebührenrechts der Ärzte. Der Patient werde deshalb unangemessen benachteiligt, wenn für durchschnittliche Leistungen die gleichen Steigerungssätze in Ansatz gebracht werden sollen wie für besonders schwierige und besonders zeitaufwendige.

Weiter seien die Honorarvereinbarungen auch deshalb unwirksam, weil der Multiplikationsfaktor über den in § 1 Abs. 1 Satz 1 GOÄ bestimmten Höchstwerten liege. Da es Ziel des Verordnungsgebers sei, eine angemessene und leistungsgerechte, aber auch ausreichende Vergütung sicherzustellen, bedürfe die Abweichung von den mit der GOÄ vorgegebenen Leitlinien der Rechtfertigung durch besondere Interessen des AGB-Verwenders. Dazu reichten Hinweise des Verwenders auf seine herausragende akademische Qualifikation oder auf seinen hervorragenden Ruf auf bestimmten Teilgebieten der Urologie nicht aus, da sie bei der Honorarbemessung keine Rolle spielen dürften. Ein berechtigtes Interesse des Beklagten an eine über den Sätzen der GOÄ liegende Vergütung könnte allenfalls bejaht werden, wenn ihm ausschließlich besonders schwierige und zeitaufwendige Fälle anvertraut würden.

### **9. Individuelle Honorarvereinbarungen**

#### **9.1 Vorgaben der GOÄ**

Seit dem eben zitierten Urteil haben sich die Anforderungen an die Inhalte einer Honorarvereinbarung und das Verfahren bei ihrem Abschluß so verschärft, daß nur noch wenig Spielraum für formularmäßige Vereinbarungen bleibt. Die persönliche Absprache im Einzelfall zwischen Arzt und Zahlungspflichtigem, die Absatz 2 Satz 1 fordert, deckt sich sinngemäß mit § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz. Danach liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht vor, soweit die "Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzel-

nen ausgehandelt sind".

Beim Aushandeln der Vertragsbedingungen steht ausschließlich der Steigerungssatz zur Disposition. Alle übrigen Inhalte der Vereinbarung sind durch Absatz 2 Satz 2 zwingend vorgegeben; darüber hinausgehende Erklärungen darf die Vereinbarung nicht enthalten.

### 9.2 Grenzen der Individualvereinbarung

Auch die Individualvereinbarung hat Grenzen. Sie muß sich an den allgemeinen Rechtsgrundsätzen messen lassen. Nichtig ist nach § 138 Abs. 1 BGB ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt. Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die in einem auffälligen Mißverhältnis zur Leistung stehen (§ 138 Abs. 2 BGB).

Für einen offensichtlichen Fall, in dem der Patient nicht mehr frei entscheiden kann und andererseits der Arzt, sei es aus seiner Garantenstellung oder der allgemeinen Hilfeleistungspflicht heraus das Beste, das Wirksamste für ihn zu tun hat, nämlich in Notfällen und bei akuter Schmerztherapie, bestimmt § 2 Abs. 1 Satz 4 GOÄ ausdrücklich, daß sie nicht von einer Honorarvereinbarung abhängig gemacht werden dürfen.

### 9.3 Vereinbarung unangemessener Vergütungen

Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 der Musterberufsordnung muß die Honorarforderung angemessen sein. Für die Bemessung ist die GOÄ die Grundlage, soweit nicht andere gesetzliche Vergütungsregelungen gelten.

Zieht man zur Auslegung des Begriffes "angemessen" das oben zitierte Urteil des Bundesgerichtshofes zu Rate, bei dem es allerdings um vorformulierte Verträge ging, die dem AGB-Gesetz unterfallen, so ist nicht auszuschließen, daß die Rechtsprechung jede deutliche Überschreitung der durch § 5 GOÄ vorgegebenen

Höchstsätze als unangemessene Benachteiligung des Patienten wertet. In Verbindung mit dem Gebot der Musterberufsordnung könnte sich die Folgerung ergeben, daß auch die Individualvereinbarung, falls sie die Höchstsätze überschreitet, gegen die guten Sitten verstößt und nichtig ist.

Die Rechtsprechung geht überwiegend davon aus, daß nicht jeder Verstoß gegen Landesrecht die Anwendung des § 138 BGB rechtfertigt (BGH 132, 236). Sittenwidrig ist das Rechtsgeschäft aber dann, wenn es neben Landespflichten zugleich Werte der Rechts- und Sittenordnung verletzt.

Rechtlich unbedenklich sind danach auch Individualvereinbarungen nur dann, wenn es um ausgesprochen schwierige und zeitaufwendige Fälle geht oder wenn der Patient in jeder Hinsicht frei in seiner Entscheidung ist. Läßt man die ausgesprochen schwierigen und zeitaufwändigen Fälle außer Betracht, so kann als Faustregel folgende Abwägung dienen:

Die Chancen, daß eine Honorarvereinbarung rechtlich Bestand hat, sind um so höher, je weniger notwendig und dringlich die ärztliche Leistung ist, je maßvoller die Steigerungssätze überschritten werden, je konsequenter sich die Überschreitung auf eine oder einzelne Leistungen beschränkt und je genauer der Patient die finanziellen Auswirkungen der Vereinbarungen aufgrund des ärztlichen Kostenvoranschlags abzuschätzen vermag.

Die günstigste Ausgangssituation besteht - auch für den Anästhesisten - danach bei Leistungen auf Verlangen des Patienten, die weder notwendig noch dringlich sind, wie vor allem der rein ästhetische/kosmetische Eingriff. Der Patient steht hier nicht unter Druck, er hat die volle freie Wahl, ob er sich dem Eingriff unterziehen soll, welchem Arzt er sich dafür anvertraut und welchen finanziellen Aufwand ihm die Behandlung durch diesen Arzt wert ist.

Auch bei der individuellen Vereinbarung sind die Vorgaben des § 2 zum Schutz des Patienten zu

## § 2

beachten: Vereinbarung auf einem Schriftstück, Unterschrift von Arzt und Patient, Aufnahme der in § 2 Abs. 2 vorgesehenen Mindestinhalte und Verzicht auf weitere Erklärungen.

### **10. Rechnung (§ 12)**

Würde eine Honorarvereinbarung (§ 2) getroffen, hätten aber auch die Schwierigkeit, der Zeitaufwand und/oder die Umstände bei der Ausführung die Überschreitung des Schwellenwertes gerechtfertigt, so ist diese Überschreitung nach § 12 Abs. 3 Satz 3 auf Verlangen des Zahlungspflichtigen zu begründen.