

2. Kapitel: Vertragliche Qualifikation und Abschluss einer wirksamen IGeL-Vereinbarung

Schon die Vorstellung des IGeL-Konzepts ließ erkennen, dass Rechte und Pflichten von Arzt und Patient bei der Behandlung mit unterschiedlichen Regelungskomplexen in Berührung stehen.

Bei der klassischen Heilbehandlung ist das Verhältnis zwischen Kassenpatient und Vertragsarzt in ein „subtil organisiertes öffentlich-rechtliches System“¹ von Vertrags- und Leistungsbeziehungen nach dem Sozialgesetzbuch eingebettet.² Die bislang im Sozialrecht überwiegend vertretene Ansicht verneinte deshalb das Bestehen eines zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses zwischen Arzt und Patient und suchte Patientenrechte vorrangig aus dem Vertragsarztrecht herzuleiten.³ Entgegen dieser Auffassung folgt nach dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG)⁴ nun auch der Gesetzgeber in § 630a Abs. 1 BGB⁵ der Annahme des Bundesgerichtshofs (BGH)⁶ und nahezu des gesamten zivilrechtlichen Schrifttums,⁷ dass die Pflichtenstellung des Arztes gegenüber dem Kassenpatienten sich grundsätzlich nicht unterscheiden soll von derjenigen gegenüber seinen Privatpatienten und deshalb beiden Rechtsverhältnissen einheitlich das zivilrechtliche Vertrags- und Deliktsrecht zugrunde liegt.⁸ Auch die ärztliche Behandlung von Kassenpatienten basiert also auf einem zivilrechtlichen Behandlungsvertrag, einzig das Vergütungs- oder Abrechnungsverhältnis ist sozialrechtlich determiniert.

¹ BVerfGE 11, 30 = NJW 1960, 715.

² Näher dazu *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, S. 94 ff.

³ BSGE 33, 158, 160 f.; 59, 172, 177; *Krauskopf/Clemens*, in: *Laufs/Kern*, Hdb. ArztR, § 27, Rdnr. 6 ff.; *Krauskopf*, in: FS *Lange*, 1992, S. 523, 536; *Höfler*, in: KK, § 15 SGB V, Rn. 23; *Sodan*, S. 127 ff.; *Schmidt-De Caluwe*, VSSR 1998, 207 (224 ff.); *Isensee*, VSSR 1995, 321 (330 f.); *Schnapp/Düring*, NJW 1989, 2913, 2916 f.; *Krause*, SGB 1982, 425, 429 ff.; *Eberhardt*, AcP 171 (1971), 289, 296 ff.; *Haueisen*, NJW 1956, 1745, 1746; auch *Schmid*, S. 69 ff.; *Zuck*, in: *Quaas/Zuck*, *Medizinrecht*, § 8, III.1., Rn. 55, S. 148 f.; *Wigge*, in: *Schnapp/Wigge*, Hdb. VertragsarztR, § 2, VI.2., Rn. 89, S. 51 spricht von einem subjektiv-öffentlichen Rahmenrecht des Kassenpatienten.

⁴ BVerfG NJW 2005, 1103, 1104 = MedR 2005, 91.

⁵ S. die RegBegr. zu § 630a BGB, BT-Drs. 17/10488, S. 18 f.

⁶ BGHZ 47, 75, 78 f.; 76, 259, 261; 85, 327, 332; 89, 250, 252; 96, 360, 363; 97, 273, 276; 100, 363, 367; 163, 42; BGH, NJW 2000, 3429, 3430.

⁷ *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, A.IV.2., Rn. 79, S. 57; *Giesen*, *Arzthaftungsrecht*, Einf., I., Rn. 5, S. 5; *Lipp*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, Kap. III, A., Rn. 1, S. 60 f.; *Kern*, in: *Laufs/Kern*, Hdb. ArztR, § 40, Rn. 2, 7 ff.; *Quaas*, in: *Quaas/Zuck*, *Medizinrecht*, § 13, I.1.b), Rn. 4 f., S. 259 f.; ausführl. *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, S. 94, m. zahlr. w.N., Fn. 122, S. 96; *ders.*, JZ 2005, 951, 952.

⁸ Vgl. BGH NJW 2000, 3429, 3430: Wo der Leistungsumfang der Kassen aufhört, vermag das Sozialrecht den zivilen Behandlungsvertrag nicht mehr zu überlagern; abgesehen davon, dass der Arzt gegenüber dem Kassenpatienten das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 Abs. 1 SGB V zu beachten hat u. seine Honorarforderung sich gegen die KV statt gegen den Patienten richtet, gibt es keinen sachlichen Grund für eine unterschiedliche Behandlung von gesetzlich u. privat Versicherten, vgl. *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, S. 97 m.w.N.

Auch das Arzt-Patient-Verhältnis bei privaten Zusatzleistungen weist Berührungspunkte zum Sozialrecht auf, ist von „Individuellen Gesundheitsleistungen“ doch definitionsgemäß nur bei Kassenpatienten die Rede. Dennoch weicht die Situation bei IGeL von derjenigen bei der klassischen Heilbehandlung insoweit ab, als das Gesetzliche Krankenversicherungsrecht Zusatzleistungen gesetzlich aus dem Sachleistungs- und Versorgungskonzept gerade ausschließt.⁹ Aus Sicht der im Sozialrecht herrschenden Ansicht können Zusatzleistungen anders als die originäre Heilbehandlung also schon begrifflich nicht Gegenstand einer öffentlich-rechtlichen Arzt-Patient-Beziehung sein,¹⁰ so dass Rechte und Pflichten im Verhältnis zwischen Arzt und Patient bei IGeL unstreitig allein nach Bürgerlichem Recht zu beurteilen sind.¹¹

Anders als im Sozialrecht steht im Zivilrecht nicht das abstrakte Problem gesamtgesellschaftlich befriedigender Ressourcenverteilung im Mittelpunkt. Das Zivilrecht regelt vielmehr die konkret-individuelle Rechtsbeziehung zwischen Arzt und Patient, wobei Rechte der Parteien sich insbesondere aus deren vertraglichen Vereinbarungen ergeben. Das Zivilrecht beruht dabei auf den Axiomen der Privatautonomie und – soweit gesetzlich vorgesehen – der Vertragsparität.¹² Wo also zwei geschäftsfähige und ihrer Verhandlungsmacht nach ebenbürtige Parteien in ihrem freien Willen übereinstimmend ein Rechtsverhältnis eingegangen sind, genießt dessen Ausgestaltung die Akzeptanz des Zivilrechts und ist verfassungsrechtlich vor Eingriffen und Paternalismus des Staates geschützt.¹³

⁹ Eingehend 1. Kap., B., S. 7 ff.; s. § 3 Abs. 1 S. 3 BMV-Ä u. § 2 Abs. 11 S. 3 EKV-Ä.

¹⁰ Wigge, in: Schnapp/Wigge, Hdb. VertragsarztR, § 2, VI.2., Rn. 89, S. 51 spricht regelrecht von einem „Erbringungs- und Kostenübernahmeverbot“ für IGeL im GKV-Bereich u. weist gleichzeitig darauf hin, dass dem Arzt freigestellt ist, IGeL anzubieten. Diese Diskrepanz verdeutlicht die rein kostenzentrierte Perspektive des Sozialrechts. Das faktische Arzt-Patient-Verhältnis, das sämtliche denkbaren Arztleistungen – auch IGeL – enthalten kann, vermag das Sozialrecht anders als das Zivilrecht auf diese Weise nicht vollständig zu erfassen. An der sozialrechtlichen Konzeption vom allein öffentlich-rechtlichen Arzt-Patient-Verhältnis lässt dieser Befund zweifeln.

¹¹ In § 3 Abs. 1 S. 3 BMV-Ä u. § 2 Abs. 11 S. 3 EKV-Ä ist etwas undeutlich die Rede von „Privatbehandlung“; ebenso Hess, in: Hess/Klakow-Franck, S. 61; Krieger, ZMGR 2005, 173, 175; allg. auch Höfler, in: KK, § 15 SGB V, Rn. 21 f.

¹² Zur Privatautonomie Medicus, BGB AT, § 17, Rn. 172 ff., S. 78 ff.; Wolf/Neuner, BGB AT, § 10, II., Rn. 27 ff., S. 98 ff. m.w.N.; zur Vertragsparität Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, § 1, I.1., Rn. 4 ff., S. 3 f.; zu deren Begriff, Bedeutung u. Entwicklung in historischer Hinsicht Zöllner, AcP 196 (1996), 1, 15 ff.; zur Diskussion um Reichweite u. Grenzen der Privatautonomie insb. bei Paritätsstörungen Dauner-Lieb, in: Schmoeckel/Kanzleiter, Vertragskontrolle, S. 51 ff. m.w.N.

¹³ Vgl. BVerfG NJW 2007, 286, 287 zum AGB-Recht bei Verbraucherverträgen; auch unter Anerkennung eines Kompensationsbedarfs für die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers im Lichte eines sozialen Verbraucherschutzmodells lassen sich mit der geltenden Rechts- u. Wirtschaftsordnung dirigistische staatliche Markteingriffe nicht vereinbaren, Dauner-Lieb, S. 141 ff., 150; dies., in: Schmoeckel/Kanzleiter, Vertragskontrolle, S. 51, 55.

A. IGeL als Bestandteil des ärztlichen Behandlungsvertrages nach §§ 630a ff. BGB

Die spezifischen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien ergeben sich aus dem Inhalt des geschlossenen Vertrages und dessen Zuordnung zu den einschlägigen vertragstypischen Bestimmungen des Schuldrechts.

Für sämtliche Verträge, welche Arbeitsleistungen eines anderen zum Gegenstand haben, stellt sich bei der rechtlichen Qualifizierung die Frage, ob sie dem Werk-, Dienst- oder nunmehr dem Behandlungsvertragsrecht unterfallen. Nach ganz überwiegender Ansicht ist der Arztvertrag grundsätzlich nicht als Werkvertrag zu bewerten (§§ 631 ff. BGB),¹⁴ sondern als spezieller Dienst-, namentlich Behandlungsvertrag (§§ 630a ff. BGB)¹⁵ über höhere Dienste, die der Patient dem Arzt aufgrund besonderen Vertrauens übertragen hat (§§ 627, 630b BGB).¹⁶ Entscheidend für diese Einordnung ist, dass der Arzt den Behandlungserfolg nicht garantieren kann und will, weil die Heilung des Patienten nicht nur von seiner Tätigkeit abhängt, sondern von vielen Faktoren. Auch heute sind diese nur teilweise durch die Medizin beherrschbar, häufig nicht einmal vollständig bekannt.¹⁷ Eine Gesundungs- oder sonstige Erfolgsgarantie widerspräche der Funktion des Arztvertrages in der sozialen Wirklichkeit¹⁸ und belastete den Arzt mit einem unüberschaubaren Haftungsrisiko.¹⁹ Auch wissen Arzt und Patient, dass der Behandlungsausgang nicht „von der ärztlichen Kunst allein [abhängt], sondern ebenso von der besonderen, vom Arzt nur beschränkt beeinflussbaren physischen und psychischen Konstitution des Patienten“.²⁰

¹⁴ Dafür aber *Jakobs*, NJW 1975, 1437; z.T. ähnlich *Richardi*, in: *Staudinger*, Vor §§ 611 ff. BGB, Rn. 53 f. u. 1268; *Sprau*, in: *Palandt*, Vor § 631 BGB, Rn. 18. Zum Meinungsstand bei besonderen Formen des Arztvertrages (z.B. Zahnarztvertrag, kosmetische Behandlung, Sterilisation) vgl. die Darstellung von *Kern*, in: *Laufs/Kern*, Hdb. ArztR, § 38, Rdnr. 16 ff. m.w.N.; spez. zum Zahnarztvertrag *Schinnenburg*, MedR 2000, 185 f.; *F. Mohr*, MedR 2001, 38 f.

¹⁵ So nun das am 26.2.2013 in Kraft getretene Patientenrechtegesetz, s. RegE u. -Begr., BT-Drs. 17/10488, S. 5, 10 ff.

¹⁶ St. Rspr.: BGHZ 63, 306, 309 ff. = NJW 1975, 305, 506; BGHZ 76, 259, 261 = NJW 1980, 1452, 1453; BGHZ 97, 273, 277; BGH NJW 1981, 630; 1981, 2002; 1990, 761; aus der Lit. vgl. nur *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 99 ff.; *Lipp*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. III, D., Rn. 26 ff., S. 73 ff.; *Kern*, in: *Laufs/Kern*, Hdb. ArztR, § 39, Rn. 9 ff. m.w.N.; *Spickhoff*, VersR 2013, 267, 268 f.

¹⁷ RGZ 78, 432, 435; 165, 336, 338 f.; *Weyers*, Gutachten 52. DJT, A 14; *Anders/Gehle*, in: RGRK, § 611, Rn. 165.

¹⁸ Vgl. nur *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 99: Gegenüber einer ausdrücklichen Zusage des Heilungserfolges bestehen standesrechtliche u. standesethische Bedenken. Ein solches Versprechen ist unärztlich, vgl. *Laufs*, in: FS *Weitnauer*, 1980, S. 363, 377, m. Verw. auf den Hippokratischen Eid: „[...] der Schwörende verpflichtet sich, soweit seine Kräfte reichen. Niemals kann und darf der Arzt den Erfolg versprechen, sondern nur den Dienst nach besten Kräften.“

¹⁹ *Anders/Gehle*, in: RGRK, § 611, Rn. 165; näher zur Argumentation u. zum Ganzen *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 99 ff.; *Kern*, in: *Laufs/Kern*, Hdb. ArztR, § 39, Rdnr. 9.

²⁰ BGHZ 63, 306, 310 f.; *Peters/Jacoby*, in: *Staudinger*, Vor § 631 BGB, Rn. 34 a.E.

Die IGeL-Behandlung lässt sich dem Arztvertragsrecht dabei aber nicht völlig unproblematisch zuweisen: Während das Arztvertragsrecht zentral auf die Heilbehandlung fokussiert ist, haben sich einige IGeL-Angebote davon schon weitgehend selbstständig. Viele Methoden betreffen die Lebensgestaltung Gesunder,²¹ einige bedürfen auf Erbringerseite kaum mehr als biologisch-physiologischer Allgemeinkenntnisse, insbesondere soweit sie reine Fitness und Wellness betreffen.²² Bei einer Vielzahl von IGeL ist offen oder umstritten, ob ihre Durchführung medizinisch notwendig ist.

Es stellt sich also die Frage, inwieweit IGeL überhaupt Gegenstand eines Arztvertrages sein können, ob nicht vielmehr ganz allgemeine Dienst- oder teilweise sogar Kaufverträge²³ beim Vertragsschluss über IGeL vorliegen. Auch ist zu klären, ob und gegebenenfalls inwieweit sich das sozial- und berufsrechtlich präeterminierte Maß der medizinischen Notwendigkeit einer vereinbarten Behandlung auf die zivilrechtliche Beurteilung des Vertragsverhältnisses auswirkt.

Unstreitig liegt ein Arztvertrag vor, soweit die von den Parteien vereinbarte Tätigkeit eine Heilbehandlung darstellt. Der enge frühere Heilbehandlungsbegriff umfasste dabei nur diejenigen Eingriffe und Behandlungen, die durch einen Arzt am Körper eines Menschen vorgenommen werden, um Krankheiten,²⁴ Leiden,²⁵ Körperschäden,²⁶ körperliche Beschwerden²⁷ oder seelische Störungen nicht-krankhafter Natur²⁸ zu verhüten, erkennen, zu heilen oder zu lindern.²⁹ Weil diese Begriffsbestimmung jedoch einige bedeutende Aspekte ärztlicher Tätigkeit außer Acht ließ,³⁰ hat sich der Begriff der ärztlichen Behandlung und damit der Inhalt des Behandlungsvertrages inzwischen nachhaltig gewandelt. Auch ärztliche Eingriffe, die nicht unmittelbar dem Heilzweck dienen oder im strengen Sinne überhaupt nicht medizinisch indiziert sind, können nach heutigem Verständnis Gegenstand eines Behandlungsvertrages sein.³¹ Dieser kann also in weitem Sinne jede

²¹ Insb. IGeL der Kategorie 1 – u.a. ästhetisch-kosmetische Maßnahmen, vgl. die Abbildung und Erläuterung im 1. Kap., B., S. 8 f.; so auch *Schuldzinski*, VuR 2007, 428, 430.

²² Etwa Anti-Aging-Behandlung, Bach-Blüten-Therapie, Nahrungsergänzungsmittel, krit. u. m.w.Bsp. Eberbach, MedR 2008, 325.

²³ Soweit die Abgabe von Heil- u. Hilfsmitteln sowie Medizinprodukten in der Praxis den zentralen Vertragsgegenstand bildet, z.B. bei Nahrungsergänzungsmitteln oder i.R.d. Behandlung verwendete Akupunktur-Nadeln.

²⁴ D.h. physische u. psychische Störungen pathologischer Art.

²⁵ D.h. länger andauernde körperliche o. seelische Beeinträchtigungen des Wohlbefindens.

²⁶ D.h. nicht-krankhafte Entstellungen, Schielen etc.

²⁷ D.h. nicht unbedingt krankhafte, vorübergehende Beeinträchtigungen des Wohlbefindens wie z.B. Menstruations- o. Schwangerschaftsbeschwerden.

²⁸ D.h. Triebstörungen, Neurosen, schwere Affekte etc.

²⁹ So statt vieler *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Hdb. ArztR, ³2002, § 39, Rn. 16, Fn. 58; § 44, Rn. 1. Notwendige Voraussetzungen waren danach die objektive u. subjektive Heiltendenz.

³⁰ Z.B. Impfungen, Organtransplantation im Hinblick auf den Spender, Geschlechtsumwandlung, Kastration, In-vitro-Fertilisation, künstliche Fremdinsemination, Schwangerschaftsabbruch, kosmetische Operationen, Befundfeststellung u. -sicherung, pränatale Diagnostik, umstritten: medizinisches Doping.

³¹ Vgl. *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Hdb. ArztR, ³2002, § 51, Rn. 4 ff.

ärztliche Maßnahme enthalten, die der Verhütung oder Feststellung von Krankheiten, der Fertilisation oder Empfängnisverhütung, der Sterilisation oder des Schwangerschaftsabbruchs, der Früherkennung von Krankheiten sowie deren Behandlung einschließlich der Rehabilitation oder der individuellen Gesundheitsverbesserung dient.³²

Das zivilrechtliche Behandlungsvertragsrecht greift dabei mit Rücksicht auf Privatautonomie, ärztliche Therapie- und Methodenfreiheit sowie die Selbstbestimmung des Patienten die sozialrechtliche Beschränkung auf das allgemein Anerkannte und medizinisch Notwendige nicht auf, sondern geht weit darüber hinaus.³³ Auch Maßnahmen jenseits der medizinisch notwendigen Behandlung³⁴ und sogar allgemein nicht anerkannte Methoden können Inhalt des Behandlungsvertrages sein.³⁵ Dasselbe gilt im Grundsatz auch für Außenseitermethoden, Heilversuche und klinische Experimente,³⁶ während diese im Sozialrecht von der Leistungspflicht der GKV i.d.R. schon deshalb ausgeschlossen sind, weil sie nach § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V nicht dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen

³² Uhlenbruck/Laufs, *ibid.*, § 44, Rn. 1 a.E., § 52, Rn. 1 f.

³³ Missverständnis insoweit das Erfordernis einer besonderen Vereinbarung nach § 630a Abs. 2 BGB, zur Kritik Katzenmeier, *MedR* 2012, 756, 579; *ders.*, *NJW* 2013, 817, 818. Es gelten die bereits zum Gebührenrecht erwähnten Maßstäbe, st. Rspr. vgl. nur BGHZ 133, 208, 212 ff. = *MedR* 1997, 172, 173 = *NJW* 1996, 3074, 3075: Als medizinisch notwendig anzusehen ist, was „nach den objektiven medizinischen Befunden und Erkenntnissen im Zeitpunkt der Vornahme der ärztlichen Behandlung vertretbar“ erscheint (Hervorhebung d. Verf.). Das Sozialrecht hingegen restringiert die Leistungspflicht der GKV in § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V auf den „allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse“, wonach die konkrete Behandlung nach dem Maßstab des von der deutlichen Mehrheit der Ärzte akzeptierten Erkenntnisstandes *generell* geeignet sein muss, bei bestimmten Indikationen klinisch relevante Wirkungen zu erzielen, Scholz, in: *Becker/Kingreen*, § 2 SGB V, Rn. 3; das Erfordernis der „ausreichenden“ Leistung nach § 12 Abs. 1 SGB V erfüllen nur Maßnahmen, die nach Umfang u. Qualität hinreichende Chancen für einen Heilerfolg bieten, BSGE 55, 188; Höfler, in: *KK*, § 12 SGB V, Rn. 22; Scholz, in: *Becker/Kingreen*, § 12 SGB V, Rn. 7. Schließlich beschränkt auch das bereits oben behandelte Wirtschaftlichkeitsgebot das Maß des medizinisch Notwendigen – § 12 Abs. 1 SGB V. Zum Ganzen einschl. der Spruchpraxis des BSG s. Katzenmeier, *NVersZ* 2002, 537 ff.; *ders.*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, Kap. X, D.IV.4.a), Rn. 81, S. 350.

³⁴ OLG Stuttgart *VersR* 2003, 992, 993 (Naturheilkunde); Uhlenbruck/Laufs, in: *Laufs/Uhlenbruck*, *Hdb. ArztR*, ³2002, § 44, Rn. 6 f.; § 52 Rn. 2 a.E.

³⁵ BGHZ 113, 297, 300 f. = *MedR* 1991, 195 = *NJW* 1991, 1535, 1536 zur Ozon-Sauerstofftherapie; Katzenmeier, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, Kap. X, D.II., Rn. 64 a.E., S. 342; Spickhoff, in: *Soergel*, § 823 BGB, Anh. I, Rn. 86 a.E.; zu Außenseitermethoden im strafrechtlichen Kontext ärztlicher Therapiefreiheit vgl. Tamm, S. 150 ff. m.w.N.

³⁶ In diese Richtung bereits BGHZ 20, 61, 66 = *NJW* 1956, 629; näher – auch zu Grenzen u. Besonderheiten i.E. – Kern, in: *Laufs/Kern*, *Hdb. ArztR*, § 38, Rn. 63 ff.; Laufs, *ibid.*, § 130, Rn. 5 ff.; weil der Arzt bei IGeL eine auf den konkreten Vertragspartner bezogene diagnostische oder therapeutische Absicht u. nicht in erster Linie ein allg. wissenschaftliches Interesse verfolgt, ist die IGeL-Behandlung zu unterscheiden vom klinischen Experiment, für das ggf. Zusatzvoraussetzungen – etwa nach §§ 40 ff. AMG, § 20 MPG – gelten, s. zur Abgrenzung bereits Giesen, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes bei neuen Behandlungsmethoden u. Experimenten, S. 18, 22 f.; D. Bender, *MedR* 2005, 511.

Erkenntnisse entsprechen.³⁷ Entscheidend ist vielmehr lediglich, dass es sich um eine typische berufliche Leistung eines Arztes handelt.³⁸ Als solche kommen jedenfalls auch Maßnahmen am gesunden Menschen in Betracht, die methodisch der ärztlichen Krankenbehandlung verwandt sind und ärztliche Fachkenntnisse voraussetzen.³⁹ Zunächst ist also ganz allgemein festzustellen, dass IGeL – ohne Rücksicht auf sozialrechtliche Wertungen – zum Bestandteil eines medizinischen Behandlungsvertrages gemacht werden können.⁴⁰

Im Einzelnen richtet sich die Rechtsnatur des IGeL-Behandlungsvertrages wie eingangs erwähnt nach der Einordnung insbesondere als Dienst-, Behandlungs- oder Werkvertrag. Diese Abgrenzung erfolgt grundsätzlich nach Gesichtspunkten der Vertragsauslegung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des konkreten Vertragsschlusses.⁴¹ Abgesehen von den (wohl seltenen) Fällen, in denen Arzt und Patient Werkvertragsrecht (§§ 631 ff. BGB) ausdrücklich vereinbart haben,⁴² ist dessen Anwendung bei ärztlichen Leistungen nicht abschließend geklärt. Weitgehend anerkannt ist zwar, dass rein technische Leistungen wie die Herstellung und Lieferung von Schuheinlagen, Korsetts und (Zahn-)Prothesen nach Werkvertragsrecht zu behandeln sind, weil es zu ihrer Ausübung nicht der Heilkunde bedarf.⁴³ Doch schon der Vertrag, der solche medizinische Einzelleistungen umschließt, unterliegt an sich Dienst- und nunmehr speziell Behandlungsvertragsrecht.⁴⁴

³⁷ Vgl. RegE-GRG, BT-Drs. 11/2237, S. 157: „Der ‚allgemein anerkannte Stand der medizinischen Kenntnisse‘ schließt Leistungen aus, die mit wissenschaftlich nicht anerkannten Methoden erbracht werden. Neue Verfahren, die nicht ausreichend erprobt sind, oder Außenseitermethoden (paramedizinische Verfahren), die zwar bekannt sind, aber sich nicht bewährt haben, lösen keine Leistungspflicht der Krankenkasse aus. Es ist nicht Aufgabe der Krankenkassen, die medizinische Forschung zu finanzieren. Dies gilt auch dann, wenn neue Methoden im Einzelfall zu einer Heilung der Krankheit oder Linderung der Krankheitsbeschwerden führen.“

³⁸ So erschließt sich die Anknüpfung des § 1 GOÄ an „berufliche Leistungen der Ärzte.“

³⁹ In diese Richtung BGH MedR 2006, 424, 425 zur Schönheitsoperation nach § 1 GOÄ.

⁴⁰ Lipp, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. III, C., Rn. 20, S. 70 f.; Kern, in: *Laufs/Kern*, Hdb. ArztrR, § 42, Rn. 7 f.

⁴¹ BGHZ 151, 330, 332 = NJW 2002, 3323, 3324; Busche, in: MK, § 631 BGB, Rn. 16; Peters/Jacoby, in: *Staudinger*, Vor § 631 BGB, Rn. 26 ff.

⁴² Beachte Fn. 18, S. 21; dafür genügen jedoch allg. Zusicherungen wie „Sie bekommen eine wunderschöne gerade Nase“ nicht, OLG Köln VersR 1988, 1049 = MedR 1988, 216; ähnlich OLG Hamburg, MDR 2006, 873; vgl. generell auch *Laufs*, Arztrecht, ⁵1993, § 3, Rn. 101; Kern, in: *Laufs/Kern*, Hdb. ArztrR, § 38, Rn. 11 f.; ausführl. *Lorz*, S. 69 ff., 79.

⁴³ RGZ 95, 322, 325; OLG Karlsruhe ZGS 2007, 319; tw. a.A. *Richardi*, in: *Staudinger*, Vor §§ 611 ff. BGB, Rn. 53 f., 1268; a.A. *Ebermayer*, Der Arzt im Recht, S. 72; umstritten ist die Anfertigung von Röntgenaufnahmen, die grds. Dienst-, nunmehr Behandlungsvertragsrecht folgen soll (BGH NJW 1963, 389; a.A. *Spickhoff*, VersR 2013, 267, 269; *Sprau*, in: *Palandt*, Vor § 631 BGB, Rn. 18), während bei einer entspr. Anweisung unter Ärzten selbst Werkvertragsrecht zugrunde gelegt wird (OLG Düsseldorf MDR 1985, 1028; diff. *Daniels*, NJW 1976, 345); ähnlich Labortests: unter Ärzten wohl Werkrecht, OLG Stuttgart NVwZ-RR 2006, 6; *Sprau*, a.a.O.; verallgemeinernd *Spickhoff*, a.a.O.

⁴⁴ S. noch zu § 611 BGB OLG Naumburg NJW-RR 2008, 1056; OLG Oldenburg VersR 2008, 781; OLG Zweibrücken MedR 2002, 201: keine werkvertragliche Gewährleistung bei Mängeln an festem Zahnersatz.

Äußerst umstritten und deshalb im Einzelfall besonders sorgfältig abzugrenzen ist die Lage bei den auch als IGeL relevanten ästhetisch-kosmetischen Eingriffen.⁴⁵ Weil sie vielfach nicht im strengen Sinne medizinisch-kurativ indiziert sind und der Patient sich solchen Eingriffen deshalb nicht aus medizinischer Gebotenheit, sondern gerade im besonderen Vertrauen auf den vom Arzt in Aussicht gestellten konkreten Behandlungsausgang unterzieht, werden ästhetisch-kosmetische Eingriffe bisweilen dem Werkvertragsrecht unterworfen.⁴⁶ Für diese Qualifizierung werden im Bereich der wunscherfüllenden Medizin mitunter auch ausdrücklich rechtspolitische Absichten angeführt: Die drohende Herrschaft einer Machbarkeitsideologie gelte es zu verhindern,⁴⁷ die fortschreitende Kommerzialisierung des Arztberufes sei durch die verschärfte werkrechtliche Arzthaftung wirksam zu beschränken.⁴⁸ Eine solche – in ethischer Hinsicht durchaus wohlmeinende – ergebnisorientierte Argumentation trägt jedoch methodisch zur Abgrenzung von Werk- und Dienst- sowie Behandlungsvertragsrecht wenig bei.⁴⁹ Überdies steht sie in ihrer paternalistischen Raison in grundsätzlichem Widerspruch zur Privatautonomie der Vertragsparteien.

Die überwiegende Gegenauffassung, die bei der Beurteilung der medizinischen Indikation bereits den modernen, extensiven Krankheits- und Behandlungsbegriff zugrunde legt,⁵⁰ wendet deshalb auch bei ästhetisch-kosmetischen Eingriffen Behandlungsvertragsrecht an. Diese Anschauung fußt auf denselben durchgreifenden Argumenten wie die grundsätzliche Einordnung des Arztvertrages:⁵¹ Das kaum beherrschbare Risiko bei Eingriffen in den menschlichen Organismus besteht auch bei rein ästhetisch-kosmetischer Behandlung und schließt die Annahme aus, der

⁴⁵ Vgl. *Krieger/Küntzel*, in: HK-AKM, Nr. 2990, Rn. 8 f.; *Eberbach*, MedR 2008, 325, 334; *Stock*, S. 327 ff.

⁴⁶ *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, § 83 IV 2, Rn. 1132; *Looschelders*, Schuldrecht BT, § 30, I., Rn. 613, S. 210; *Busche*, in: MK, § 631 BGB, Rn. 239; *Nüßgens*, in: RGRK, § 823 Anh. II, Rn. 11; vorbehaltlich hinzutretender besonderer Umstände auch *Müller-Glöge*, in: MK, § 611 BGB, Rn. 79; *Voit*, in: *Bamberger/Roth*, BGB § 631, Rn. 11e; *Eberbach*, MedR 2008, 325, 334 f.; tw. gehen die Autoren explizit davon aus, dass der Arzt bei kosmetischen Eingriffen anders als bei medizinisch indizierten Maßnahmen die Erfolgsherbeiführung beherrscht. Auch nicht-ärztlich erbrachten ästhetischen Eingriffen wird vielfach Werkrecht zugrunde gelegt, vgl. AG Heidelberg NJW-RR 2003, 19: Tätowierung (bestätigt durch LG Heidelberg, Urt. v. 19.7.2002, Az. 5 S 42/02, n.v.); genauso LG Kassel NJW-RR 2009, 1685 (ohne nähere Begründung).

⁴⁷ In diese Richtung *Eberbach*, MedR 2008, 325, 336 m. Verw. auf *Maio*; zu ethischen Erwägungen vgl. diesbzgl. auch *Maio*, in: *Katzenmeier/Bergdolt*, S. 21, 24 f.

⁴⁸ *Eberbach*, MedR 2008, 325, 335.

⁴⁹ So auch *Kern/Richter*, in: *Wienke/Eberbach/Kramer/Janke*, S. 129, 138.

⁵⁰ Vgl. dazu aus der Ärzteschaft bereits Fn. 27 f., 1. Kap., S. 5; speziell im Kontext kosmetischer Behandlung *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Hdb. ArztR, ³2002, § 39, Rn. 30; näher zur Indikation als Haftungskriterium auch 3. Kap., 2. Abschn., B.I.2, S. 70 ff.

⁵¹ So zum vor Einführung der §§ 630a ff. BGB geltenden Dienstrecht OLG Celle NJW 1987, 2304, 2306; OLG Frankfurt MedR 2006, 294, 295; OLG Hamburg MDR 2001, 799; MDR 2006, 873; OLG Köln VersR 1988, 1049 = MedR 1988, 216; VersR 1998, 1510; OLG Stuttgart VersR 2003, 463, 463; *Fuchs*, in: *Bamberger/Roth*, § 611 BGB, Rn. 16; ausführl. *Lorz*, S. 69 ff., 78 f. m.w.N.

Arzt verspreche mit der Behandlung einen bestimmten Erfolg im werkvertragsrechtlichen Sinne.⁵² Eine Betrachtung der Rechtsbehelfe und Rechtsfolgen bei Leistungsstörungen – insb. der Regelung des Entgeltrisikos – bestätigt, dass das Behandlungsvertragsrecht zu sachgerechten Ergebnissen führt.⁵³

Zusammenfassend ist festzustellen, dass auch der über IGeL geschlossene Vertrag grundsätzlich als Dienst-, nunmehr speziell als Behandlungsvertrag einzustufen ist.⁵⁴ Dies gilt vorbehaltlich abweichender ausdrücklicher Vereinbarungen⁵⁵ oder besonderer Einzelfallumstände⁵⁶ auch für diejenigen IGeL, die ihrem Inhalt nach einen konkretisierbaren Behandlungsausgang⁵⁷ versprechen und für die deshalb auch Werkvertragsrecht in Betracht kommen könnte.⁵⁸

Die Gerichte wenden schließlich Behandlungsvertragsrecht auch in Fällen an, in denen Heil- oder Hilfsmittel sowie Medizinprodukte im Rahmen einer medizinischen Behandlung an den Patienten abgegeben werden,⁵⁹ obwohl in solchen Konstellationen durchaus an eine partielle Geltung kaufrechtlicher Gewährleis-

⁵² OLG Celle, NJW 1987, 2304, 2306; *Schütz/Dopheide*, VersR 2006, 1440; *Lorz*, S. 74. Die Rspr. zur Einordnung der Tätowierung im Werkrecht, vgl. Fn. 46, S. 25, steht dazu nicht im Widerspruch: Ärztlich durchgeführte kosmetische Eingriffe sind i.d.R. weit invasiver u. unterliegen mehr als die Tätowierung den unwägbaren Einflüssen des Organismus. Der durch medizinisches Fachwissen zu dieser Erkenntnis befähigte Arzt wird deshalb kaum leichtfertig einen konkreten Behandlungsausgang zusichern.

⁵³ Näher dazu insb. 7. Kap., S. 177 ff.; grds. *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 101 f. m.w.N.; *Schiemann*, JuS 1983, 649, 651; zur Schönheitsoperation ausführl. *Lorz*, S. 76 ff.; die Rspr. billigt bei fehlgeschlagenen ästhetischen Eingriffen u.U. dem Geschädigten abweichend von den sonstig gültigen Grundsätzen sogar Schadensersatz für fiktive Kosten einer Korrektur- also quasi Nacherfüllungsoperation zu, vgl. OLG Hamburg MDR 2006, 873.

⁵⁴ Zum Behandlungsvertrag nach dem PatRG s. RegE, BT-Drs. 17/10488, S. 5 ff.

⁵⁵ Dazu OLG Köln VersR 1988, 1049; OLG Hamburg MDR 2006, 873.

⁵⁶ Wie z.B. bei geringfügigen u. überschaubaren Routineeingriffen, vgl. *Lorz*, S. 78 f.

⁵⁷ Z.B. dauerhafte Haarentfernung durch Photoepilation, dazu AG Hohenstein-Ernstthal, VersR 2007, 1705 u. *Teumer/Stamm*, VersR 2008, 174; Rhinoplastik, Ohrmuschelplastik etc.; Entfernung von Tätowierungen; Piercing, dazu OLG Nürnberg Urte. v. 28.9.2006, Az. 2 U 1145/06, n.v.

⁵⁸ Für einen Werkvertrag können demnach sprechen der Wille der Parteien, die konkrete Risikoverteilung oder ein fest umrissenes Pflichtenprogramm, vgl. BGHZ 151, 330, 332 f. = NJW 2002, 3323, 3324; *Kötz*, Vertragsrecht, § 9, Rn. 651 f.; aus denselben Gründen wie bei rein technischen Leistungen dürfte den stationären Wahlleistungen Werkrecht zugrunde liegen, soweit sie allein organisatorische Maßnahmen betreffen; anders als noch von *Larenz*, Schuldrecht II/1, § 52, I., S. 310 f. angenommen, liegt insgesamt auch bei technischen Vertragsbestandteilen wie Zahnersatz kein gemischter Vertrag vor; näher zum Ganzen *Schellenberg*, VersR 2007, 1343.

⁵⁹ OLG Naumburg GesR 2008, 591: Abgabe von Titannadeln i.R.d. Akupunktur-Therapie; zu den berufs- u. wettbewerbsrechtlichen Grenzen der Produktabgabe in Arztpraxen vgl. auch BGH NJW 2005, 3422 = MedR 2005, 717 (Diabetes-Teststreifen) m. krit. Anm. *Graf Kerssenbrock*, MedR 2006, 199; zuvor OLG Köln MedR 2003, 347 u. OLG Naumburg, GRUR-RR 2003, 114; BGH MedR 2008, 613, 615 = NJW 2008, 2850, 2851 f.: keine Wettbewerbs- u. Berufswidrigkeit der Ernährungsberatung in Praxisräumen außerhalb der Sprechstunde wegen zeitlicher, organisatorischer, wirtschaftlicher u. rechtlicher Trennung dieser freiberuflichen Tätigkeit von der sonstigen ärztlichen Berufsausübung.

tungsvorschriften im ansonsten dienstvertraglichen Kontext zu denken wäre – ähnlich wie bei der werkvertraglichen Behandlung rein technischer Leistungen.⁶⁰

B. Anforderungen an die Wirksamkeit eines Vertragsschlusses über IGeL

Medizinische Behandlungsverträge – und damit auch die Vereinbarung von IGeL zwischen Arzt und Patient – kommen grundsätzlich durch korrespondierende Willenserklärungen zustande, nämlich durch Angebot (§ 145 BGB) und Annahme (§ 147 ff. BGB).⁶¹

I. Vereinbarung aller wesentlichen Vertragsbestandteile

Hinsichtlich des erforderlichen Mindestinhaltes einer wirksamen und bindenden vertraglichen Übereinkunft fordert die zivilrechtliche Rechtsgeschäftslehre, dass sich die Parteien über die wesentlichen Vertragsbestandteile (*essentialia negotii*) geeinigt haben, bei synallagmatischen Rechtsverhältnissen also über Leistung und Gegenleistung (vgl. §§ 154, 155 BGB).

1. Einigung über die ärztliche Leistungspflicht – die IGeL-Erbringung

Im allgemeinen arztrechtlichen Schrifttum findet sich zum Vertragsschluss zu- meist nur der knappe Hinweis, dieser komme „dadurch zustande, dass sich der Patient in Behandlung begibt und der Arzt die Behandlung übernimmt“. ⁶² Diese generalisierende Aussage mag für die konventionelle Behandlung zutreffen, bei welcher der Patient den Arzt zur Heilung eines konkreten Leidens aufsucht. Doch Abschlussumstände jenseits dieser archetypischen Konstellation kann eine solch unterschiedslose Feststellung kaum miterfassen.

Entscheidend für den zivilrechtlichen Vertragsschluss ist der Zeitpunkt, in dem die Vertragspartner sich über alle vertragswesentlichen Inhalte einig sind.⁶³ Je nach Vertragsgegenstand ist deshalb mit Rücksicht auf den Einzelfall näher zu untersuchen, wann genau Arzt und Patient einen Behandlungsvertrag eingegangen sind, und, ob zu diesem Zeitpunkt alle etwa bestehenden Wirksamkeitsvoraussetzungen vorlagen.

⁶⁰ Eine Klärung dieser Frage erübrigt sich i.d.R. deshalb, weil § 3 Abs. 2 MBO – neben § 128 Abs. 1 SGB V – dem Arzt die Abgabe von Waren u. Gegenständen an Patienten untersagt u. eine Zuwiderhandlung den gesamten Behandlungsvertrag nach § 134 BGB nichtig macht, OLG Naumburg, GesR 2008, 591. Bewegt sich die Abgabe jedoch im Einklang mit § 3 Abs. 2 MBO im Rahmen der erforderlichen Therapie – vgl. z.B. zur Abgabe diätetischer Lebensmittel LG Braunschweig GesR 2009, 333, 334 – wird sie dieser auch rechtlich zuzuordnen sein u. in den übergeordneten dienstrechtlichen Behandlungsvertrag fallen.

⁶¹ Kern, in: *Laufs/Kern*, Hdb. ArztR, § 40, Rn. 12 ff., 15.

⁶² Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, Kap. A, I.1.a), Rn. 2, S. 3 f.; Müller-Glöße, in: MK, § 611 BGB, Rn. 87; Quaas/Zuck, *Medizinrecht*, § 13, I.1.a), Rn. 2, S. 258.

⁶³ Kern, in: *Laufs/Kern*, Hdb. ArztR, § 40, Rn. 15.

Insbesondere bei der Vereinbarung spezieller Individueller Gesundheitsleistungen, die über das Maß einer ärztlichen Grundversorgung im Rahmen der GKV hinausgehen, lässt sich nicht pauschal konstatieren, wann Arzt und Patient einen Vertrag abschließen. Ausgehend von verschiedenen denkbaren Sachverhaltskonstellationen lassen sich gleichwohl Anhaltspunkte abstrahieren:

Zunächst erscheint denkbar, dass der Patient den Arzt gezielt um einer bestimmten Individuellen Gesundheitsleistung willen aufsucht und sich möglicherweise schon im Vorfeld ansatzweise über diese informiert hat.⁶⁴ Handelt es sich um einen vorhersehbaren, konventionellen Eingriff – wie beispielsweise eine Reiseimpfung –, kann schon die Einigung der Sprechstundenhilfe mit dem Patienten zum Abschluss eines entsprechenden Behandlungsvertrages führen.⁶⁵ Komplexere Eingriffe mögen hingegen näherer Erörterung des Patienten mit dem Arzt bedürfen, bevor sich beide Seiten über die vertragswesentlichen Pflichten einig sind.

Auch wenn der Arzt aus einem bereits im Rahmen der GKV bestehenden Behandlungsverhältnis heraus eine IGeL anbietet,⁶⁶ lässt sich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht pauschal bestimmen. Weil der Vertrag über die GKV-Behandlung keine IGeL einschließt, lässt sich auf dessen Abschlusszeitpunkt jedenfalls nicht zurückgreifen. Vielmehr müssen Arzt und Patient darüber fraglos eine gesonderte Einigung erzielen, für die es abermals auf die Übereinkunft beider Seiten hinsichtlich der wesentlichen Vertragsbestandteile ankommt. Regelmäßig wird dazu in dieser Konstellation ein ausdrückliches Angebot des Arztes erforderlich sein, so dass ein konkludenter Übergang aus dem konventionellen Behandlungsvertrag in die IGeL-Vereinbarung nicht in Betracht kommt.⁶⁷

Der Umstand und die damit verbundene Ungewissheit, dass ein Arztvertrag je nach den genannten Begleitumständen in unterschiedlichen Phasen der Beziehung zwischen Arzt und Patient zustande kommen kann, hat im medizinrechtlichen Schrifttum vereinzelt Unbehagen ausgelöst: Käme der Arztvertrag erst nach bereits erfolgter Aufklärung zustande, führe dies zu deren unsachgemäßer Herabstufung zu einer bloß vorvertraglichen Pflicht, während eine vertragliche Bindung vor Abschluss der Aufklärung gerade bei komplexen Eingriffen für den Patienten mit einer Abwertung seines Selbstbestimmungsrechts einhergehen könne.⁶⁸ Sinn-

⁶⁴ I.e. Fallgruppe 1: Selbstständige IGeL-Behandlung, insb. vorstellbar bei ästhetischen Eingriffen oder Impfungen u. anderen Leistungen der Kategorie 1.

⁶⁵ In diese Richtung bereits *Kölsch*, NJW 1985, 2172, 2173, Fn. 4. Neben rechtsgeschäftlicher Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB kann sich dies auch aus einer Anwendung der Grundsätze der Anscheins- u. Duldungsvollmacht oder jedenfalls einer entspr. Botenstellung ergeben, vgl. *Bohmeier/Schmitz-Luhn/Streng*, MedR 2011, 704, 708.

⁶⁶ I.e. Fallgruppe 2: IGeL-Erbringung parallel oder in Ergänzung zu einer GKV-Behandlung.

⁶⁷ Zu diesem praktischen Ergebnis wird grds. schon die wirtschaftliche Aufklärungspflicht des Arztes bei IGeL führen. Deshalb ist nach Austausch entspr. Äußerungen von Arzt u. Patient auch davon auszugehen, dass das „Verlangenserfordernis“ der GOÄ erfüllt ist, dessen Zweck wohl allein darin besteht, eine konkludente Vereinbarung auszuschließen.

⁶⁸ Vgl. *Lorz*, S. 59 f., die auch eine mögliche Aufspaltung der Aufklärungspflicht in einen vorvertraglichen u. einen vertraglichen Teil im Fall eines Vertragsschlusses während der Aufklärungsphase kritisiert.

Individuelle Gesundheitsleistungen (IGeL)
im Rechtsverhältnis von Arzt und Patient
Voigt, T.

2013, XVII, 243 S. 1 Abb., Hardcover

ISBN: 978-3-642-36114-2