

Gericht: Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt 1. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 08.12.2016
Aktenzeichen: 1 U 100/16
ECLI: ECLI:DE:OLGNAUM:2016:1208.1U100.16.00
Dokumenttyp: Urteil
Quelle: 

Normen: § 305 Abs 1 S 1 BGB, § 611 Abs 1 BGB

**Honorarvertrag zwischen einem Facharzt und einem Krankenhaus-
träger: Rechtliche Einordnung einer Vertragsbestimmung über die
Verwirkung von Ansprüchen aus der honorarärztlichen Tätigkeit**

Leitsatz

Die Vertragsbestimmung in einem Honorarvertrag zwischen einem Facharzt und einem Krankenhausträger, wonach Ansprüche aus der honorarärztlichen Tätigkeit des Facharztes "von beiden Parteien innerhalb von drei Monaten nach Vertragsbeendigung geltend gemacht werden [müssen]; andernfalls sind sie verwirkt", ist keine vom Krankenhausträger verwendete Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB, wenn der Vertragstext von einer Vermittlungsagentur stammt, bei der der klagende Facharzt geführt wurde, und dem klägerischen Vorbringen nicht zu entnehmen ist, dass der Krankenhausträger im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Absicht hatte, den Vertragstext auch im Verhältnis zu Dritten zu verwenden. In diesem Fall kann von einer Vertragsausfertigung und einer Vorlage zur Unterschrift *durch den Krankenhausträger* – und damit von einem "Stellen" der Klausel durch den Krankenhausträger – keine Rede sein, wenn beiden Vertragsparteien der Vertragstext von der Vermittlungsagentur zur Prüfung und Unterschrift übersandt worden war. Dem Umstand der letztendlich durch den Krankenhausträger erfolgten Zahlung einer "Vermittlungsprovision" an die Vermittlungsagentur kommt bei der Bewertung des "Stellens" der Vertragsbedingungen keine rechtserhebliche Bedeutung zu.(Rn.40)

Verfahrensgang

vorgehend LG Halle (Saale), 13. Juli 2016, 6 O 272/15

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 13. Juli 2016 verkündete Urteil des Landgerichts Halle (Az. 6 O 272/15) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

Dieses und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Schuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 120 Prozent des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn

nicht die Gläubigerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

- 1 Der Kläger, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, macht aus einem mit der Beklagten geschlossenen Vertrag einen Honoraranspruch für Tätigkeiten in einer Klinik der Beklagten geltend.
- 2 Über die Vermittlungsagentur www. ... de kam der Kontakt zwischen der Beklagten und dem Kläger zustande, so dass die Parteien unter dem 31. März 2011 einen als "Honorarvertrag" bezeichneten Vertrag abschlossen, der eine Tätigkeit des Klägers auf Honorarbasis in der Zeit vom 02. Mai 2011 bis 31. Mai 2011 in der Klinik der Beklagten in Q. vorsah. Das Honorar des Klägers beträgt demnach 90,00 Euro je Stunde, für Bereitschaftsdienst 75,00 Euro je Stunde.
- 3 Unter Nr. 13 des Vertrages vereinbarten die Parteien:
- 4 "Ansprüche aus der Tätigkeit müssen von beiden Parteien innerhalb von drei Monaten nach Vertragsbeendigung geltend gemacht werden; andernfalls sind sie verwirkt."
- 5 Im Übrigen wird auf die Vertragsurkunde Bezug genommen (Anlage K1 - 15).
- 6 Die Beklagte zahlte der Vermittlungsagentur eine Provision. Die Vertragsbestimmungen wurden nicht von der Beklagten erstellt, sondern stammten von der Vermittlungsagentur.
- 7 Mit Schreiben vom 7. Dezember 2012 (Anlage K2 - 17) rechnete der Kläger unter Beifügung eines von ihm handschriftlich ausgefüllten Vordrucks mit dem Titel "Arbeitsnachweis" Leistungen im Umfang von 31.293,75 Euro ab (Anlage K3 - 18), und zwar 183,75 Stunden zu je 90,00 Euro und 184,75 Stunden zu je 75,00 Euro. Der Abrechnungsbogen

wurde vom Kläger unterzeichnet. Im Feld "Unterschrift Einrichtung" ist keine Unterschrift vorhanden. Die Beklagte lehnte eine Zahlung ab.

- 8 Am 31. Dezember 2014 hat der Kläger den Erlass eines Mahnbescheids gegen die Beklagte über 31.293,75 Euro beantragt. Nach Erlass des Mahnbescheids durch das Zentrale Mahngericht Berlin-Brandenburg und dessen Zustellung am 12. Januar 2015 wurde das Verfahren nach Widerspruch der Beklagten an das Landgericht Halle abgegeben.
- 9 Die Beklagte bestreitet nicht, dass der Kläger im Hause der Beklagten tätig war. Zwischen den Parteien ist aber streitig, in welchem Umfang der Kläger eine Tätigkeit für die Beklagte entfaltete.
- 10 Der Kläger hat behauptet, für die Beklagte im abgerechneten Umfang tätig gewesen zu sein. Mit seinem "unmittelbaren Vorgesetzten" im Hause der Beklagten, Herrn Chefarzt Dr. R. , der am 28. Februar 2015 verstarb, sei mündlich vereinbart worden, dass er, der Kläger, seinen Abrechnungsbogen zur Unterschrift übersenden solle, wozu es aber nicht gekommen sei. Einige Monate später habe er den Bogen wieder aufgefunden und Ende 2012 eine Rechnung gestellt. Der Vermittlungsagentur habe er den Stundenbogen sofort geschickt. Die Agentur habe dann den Stundenbogen mit seiner Rechnung der Beklagten übersandt, und zwar direkt an die Personalabteilung und nicht erst zum Chefarztsekretariat. Im Dezember 2012 habe es Telefonate zwischen ihm und dem Leiter der Personalabteilung gegeben, in denen versucht worden sei, die "Stundenzahl zu drücken". Im Dezember 2014 habe der Kläger vor Ort noch einmal mit dem Chefarzt gesprochen und diesen darüber in Kenntnis gesetzt, dass die Beklagte nicht zahlen wolle. Der Chefarzt habe sich erinnern können und zugesagt, die Angelegenheit mit dem Geschäftsführer der Beklagten zu besprechen.
- 11 Außerdem habe er im Hinblick auf seine ärztliche Tätigkeit umfassenden Weisungen des Chefarztes und zweier weiterer Ärzte in der Klinik des Beklagten unterlegen. Er habe sich während seiner Einsatzzeit abstimmen müssen. Er hat gemeint, in einem arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnis tätig gewesen zu sein.
- 12 Nr. 13 des Vertrages sei unwirksam. Es handele sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die ihn, den Kläger, überraschend getroffen und unangemessen benachteiligt habe. Der Kläger habe die Abrechnung mündlich vornehmen können, was erfolgt sei. Die Vermittlungsagentur sei Erfüllungsgehilfin der Beklagten gewesen, deren Kenntnis die Beklagte sich daher habe zurechnen lassen müssen.
- 13 Die Beklagte hat sich durch Erhebung der Verjährungseinrede verteidigt und außerdem Verwirkung eingewandt. Eine Abrechnung hätte bis zum 31. August 2011 erfolgen müs-

sen. Ein Anspruch des Klägers bestehe nicht, weil der Kläger nicht innerhalb der vereinbarten Ausschlussfrist abgerechnet habe. § 13 des Vertrages sei wirksam.

- 14 Der zum frühen ersten Termin vor dem Landgericht am 17. März 2016 ordnungsgemäß geladene und durch einen Unterbevollmächtigten vertretene Prozessbevollmächtigte des Klägers hat in dem Termin keinen Antrag gestellt, so dass das Landgericht die Klage mit am Ende der Sitzung verkündetem Versäumnisurteil antragsgemäß abgewiesen hat (65).
- 15 Gegen das ihm zugestellte Versäumnisurteil hat der Kläger mit am 31. März 2016 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Einspruch eingelegt und beantragt,
- 16 das Versäumnisurteil aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag in Höhe von 31.293,75 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21. Dezember 2015 zu bezahlen.
- 17 Die Beklagte hat beantragt,
- 18 das Versäumnisurteil aufrecht zu erhalten.
- 19 Eine Reihe von Behauptungen des Klägers hat die Beklagte mit Nichtwissen bestritten, u.a. die behauptete Vereinbarung zwischen dem Kläger und dem Chefarzt (Übersendung des Abrechnungsbogens) sowie von dem Kläger in das Wissen der Zeugin H. gestellte Behauptungen.
- 20 Mit am 13. Juli 2016 verkündetem Urteil hat die Einzelrichterin des Landgerichts das Versäumnisurteil aufrechterhalten und einen Anspruch des Klägers verneint. In der Zeit vom 02. Mai bis 31. Mai 2011 sei der Kläger weder im Angestelltenverhältnis noch in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis für die Beklagte tätig geworden. Der Anspruch des Klägers sei verwirkt. Ziffer 13 des Honorarvertrages sei keine Allgemeine Geschäftsbedingung. Die Parteien hätten wirksam eine Ausschlussklausel vereinbart. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Urteilsgründe Bezug genommen (163).
- 21 Hiergegen wendet sich der Kläger mit dem Rechtsmittel der Berufung. Mit ihr strebt er unter Aufhebung des Versäumnisurteils vom 17. März 2016 die antragsgemäße Verurteilung der Beklagten zur Zahlung an. An seinem erstinstanzlichen Vortrag, in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zur Beklagten gestanden zu haben, hält er im Berufungsverfahren nicht mehr fest. Zu Unrecht habe das Landgericht die Ausschlussklausel nach Ziffer 13 des Vertrages für wirksam erachtet. Es handele sich um eine Allgemeine Ge-

schäftsbedingung, die die Beklagte dem Kläger gestellt habe. Die Klausel verstoße gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, weil sie mit einem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar sei. Das Landgericht habe die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Unwirksamkeit von Ausschlussklauseln nicht beachtet. Fälschlicherweise sei das Landgericht davon ausgegangen, dass der Kläger einen Nachweis für den Umfang der von ihm erbrachten Tätigkeit nicht geführt habe. Die Beklagte habe die Behauptungen des Klägers pauschal und mit Nichtwissen unzulässig bestritten, so dass das Landgericht wesentliche Dienstzeiten als erbracht anzusehen und der Klage daher stattzugeben gehabt habe. Wäre das Landgericht hingegen von einem wirksamen Bestreiten ausgegangen, so hätte es zum Umfang der Tätigkeit den Beweisangeboten des Klägers nachgehen müssen.

22 Der Kläger beantragt,

23 das angefochtene Urteils des Landgerichts Halle vom 13. Juli 2016, Az. 6 O 272/15, abzuändern, auf den Einspruch des Klägers vom 31. März 2016 das Versäumnisurteil des Landgerichts Halle vom 17. März 2016 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, an ihn 31.271,25 Euro zzgl. Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21. Dezember 2015 zu zahlen.

24 Die Beklagte beantragt,

25 die Berufung zurückzuweisen.

26 Sie verteidigt das angefochtene Urteil und wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen.

27 Wegen des weitergehenden Berufungsvorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der Berufungsbegründung vom 14. Oktober 2016 (191), der Berufungserwiderung vom 09. November 2016 (217) sowie auf die Schriftsätze vom 02. Dezember 2016 (238) und 05. Dezember 2016 (234) verwiesen.

II.

28 Die nach §§ 517, 519, 520 Abs. 3 ZPO form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg. Ein durchsetzbarer Zahlungsanspruch des Klägers gegen die Beklagte besteht nicht. Die Berufung zeigt weder Rechtsfehler (§§ 513 Abs. 1, 1. Fall, 546 ZPO) noch nach § 529 ZPO zu berücksichtigende Tatsa-

chen auf, die eine Abänderung des angefochtenen Urteils rechtfertigen (§ 513 Abs. 1, 2. Fall ZPO).

- 29 1. Der ordentliche Rechtsweg ist nach § 13 GVG eröffnet. Fernab des Umstandes, dass der Kläger die Berufung nicht auf eine Unzuständigkeit des Gerichts des ersten Rechtsweges stützen kann (§ 513 Abs. 2 ZPO) und mit seiner Berufungsbegründung vom 14. Oktober 2016 auch nicht gestützt hat, ist der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten auch nicht eröffnet. Die Voraussetzungen von § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe a) ArbGG liegen nicht vor, was das Landgericht mit bindender Wirkung festgestellt hat. Die Gerichte für Arbeitssachen sind ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern aus einem Arbeitsverhältnis. Der Kläger ist kein Arbeitnehmer. Der "Honorarvertrag" vom 31. März 2011 hat ein Arbeitsverhältnis nicht begründet. Der Senat kann dahinstehen lassen, ob die in erster Instanz erhobene Behauptung zutrifft, der Chefarzt und zwei weitere Ärzte im Hause der Beklagten hätten dem Kläger "umfassende Anweisungen bezüglich seiner Tätigkeit" erteilt. Dieses Vorbringen wie auch der übrige Vortrag des Klägers zu einem vermeintlichen Angestelltenverhältnis oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zur Beklagten ist vage und nicht hinreichend mit Substanz unterlegt und steht zudem im Widerspruch zum Inhalt der vom Kläger zur Begründung seines geltend gemachten Anspruchs vorgelegten Vertragsurkunde (Anlage K1 - 15). Angesichts der darin definierten Rechte und Pflichten der Vertragsparteien (vom Landgericht zutreffend unter Bezugnahme auf Ziffer 2 der "Honorarvereinbarung" ausgeführt) stellen sich die Behauptungen im Schriftsatz vom 03. Mai 2016 als substanzlos dar. Wenn der Kläger allgemein und vage vorträgt, "umfassenden Anweisungen" unterlegen zu haben, dann ist diesem Vortrag ohne konkrete Benennung von Anweisungen und des Inhalts dieser vermeintlichen Anweisungen nicht nachzugehen.
- 30 Soweit der Kläger in der Berufungsinstanz vom Inhalt seines ursprünglichen Vortrags abrücken und nunmehr offenbar behaupten möchte, dass er für die Beklagte nicht etwa aufgrund des von ihm vorgelegten Honorarvertrages, sondern von diesem losgelöst faktisch durch Dienstantritt am 02. Mai 2011 tätig geworden sei, gilt zweierlei: Zum einen handelt es sich um neuen, nach § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht berücksichtigungsfähigen Vortrag. Zum anderen stünde dieses Vorbringen zum bisherigen Verhalten des Klägers, der sich bei der Beklagten ein Vertragsexemplar verschafft hat, um seinen behaupteten Vergütungsanspruch gegen die Beklagte darzulegen, in krassem Widerspruch; erstinstanzlich hat der Kläger eine Vertragsgrundlage unter Vorlage und Inbezugnahme der Urkunde in Anlage K1 dargetan, auf der er nunmehr nicht tätig geworden sein möchte.
- 31 2. Zu Recht hat das Landgericht mit dem angefochtenen Urteil das Versäumnisurteil vom 17. März 2016 aufrechterhalten. Ein durchsetzbarer Honoraranspruch des Klägers besteht nicht.

- 32 a) Anspruchsgrundlage für die Honorarforderung des Klägers bildet die Vereinbarung unter Nr. 8 des Honorarvertrags vom 31. März 2011 (Anlage K2 - 15) in Verbindung mit § 611 Abs. 1 BGB. Danach war die Tätigkeit des Klägers zu honorieren.
- 33 b) Anders als die Beklagte meint, ist der Honoraranspruch des Klägers nicht verjährt. Es kann dahinstehen, ob die dreijährige Verjährungsfrist (§ 195 BGB) in Übereinstimmung mit § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB bereits am 01. Januar 2012 oder erst mit schriftlicher Abrechnung der behaupteten Leistungen mit Schreiben vom 07. Dezember 2012 zu laufen begann. Der Kläger reichte nämlich unter dem 31. Dezember 2014 einen Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids bei Gericht ein, der zusammen mit dem später erlassenen Mahnbescheid nach § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB geeignet war, den Lauf der Verjährungsfrist vor deren Ablauf zu hemmen. Abweichend von § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB kommt es für den Eintritt der Hemmungswirkung nicht auf den Zeitpunkt der Zustellung, sondern auf den vorgelagerten Zeitpunkt des Antragseingangs an, wenn - wie hier der Fall - die Zustellung des beantragten und erlassenen Mahnbescheids "demnächst" im Sinne von § 167 ZPO erfolgt. Dem Beklagten wurde der Mahnbescheid am 12. Januar 2015 "demnächst" zugestellt. Ob Mitarbeiter der Beklagten von dieser Zustellung Kenntnis nahmen, ist unerheblich. Die unabhängig vom Fristbeginn bei Eingang des Antrags noch nicht abgelaufene Verjährungsfrist ist deshalb seitdem gehemmt.
- 34 c) Eine Vergütung für seine abgerechnete Tätigkeit am 01. Juni 2011 kann der Kläger nicht verlangen, weil die vertragliche Vereinbarung hierfür eine Vergütungspflicht nicht vorsieht. Nach Nr. 7 der Vereinbarung endete das Vertragsverhältnis am 31. Mai 2011. Eine Vertragsänderung, die die Vertragslaufzeit bis einschließlich 01. Juni 2011 verlängerte und deshalb zu einer Vergütungspflicht für die für diesen Tag abgerechneten Arbeitsstunden führt, ist nicht zu erkennen. Dass der seinerzeitige Chefarzt oder ein anderer Mitarbeiter der Beklagten (ausgenommen den Geschäftsführer) zu einer Vertragsänderung befugt war und die dafür erforderliche Vertretungsmacht besaß, ist nicht dargelegt. Es versteht sich von selbst, dass nicht jeder Mitarbeiter im Hause der Beklagten Vertretungsmacht besitzt, um honorarvertragliche (Änderungs-) Vereinbarungen mit externen Medizinern treffen zu können. Die in der Rechtsform der GmbH organisierte Beklagte wurde allein von deren Geschäftsführer gesetzlich vertreten, der zu einer Vertragsänderung befugt gewesen wäre. Ungeachtet dessen ist nicht ersichtlich, dass sich die Parteien auf eine von Nr. 18 des Vertrages abweichende Änderung in *mündlicher* Form verständigt hätten. Dass eine Vertragsänderung zwischen den Parteien schriftlich erfolgte, ist nicht vorgetragen. Dass die Vertragsänderung wirksam mündlich erfolgen konnte, ist nicht dargelegt. Namentlich fehlt jeder Vortrag zu einer beiderseits verbindlich gewollten Aufhebung des vertraglich vereinbarten Schriftformzwangs und einer diesbezüglichen Mitwirkung eines vertretungsberechtigten Organs der Beklagten (vgl. dazu auch: Palandt-*Ellenberger*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 125, Rn. 19).
- 35 d) Für die Zeit vom 02. bis 31. Mai 2011 steht dem Kläger ein durchsetzbarer Anspruch auf Vergütung nicht zu, weil dieser Anspruch nach Nr. 13 des Vertrages verwirkt ist. Die

Ausschlussfrist ist wirksam vereinbart; eine Abrechnung innerhalb der Frist ist nicht erfolgt.

- 36 aa) Anders als der Kläger meint, handelt es sich bei Nr. 13 des Vertrages nicht um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB. Die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB sind demzufolge nicht anwendbar. Deshalb findet insbesondere eine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 BGB nicht statt.
- 37 (1.) Allerdings ist dem Landgericht nicht darin beizutreten, dass eine AGB-Eigenschaft deshalb zu verneinen sei, weil es sich um "Vertragstext" handele. Das Ausgangsgericht hat hierbei offenbar auf die textliche Aufbereitung der Klausel abstellen wollen. Indes kommt es auf die textliche Aufbereitung einer Klausel nicht an. Eine Allgemeine Geschäftsbedingung kann auch vorliegen, wenn sie in den Vertragstext integriert und nicht gesonderter Bestandteil der vertraglichen Vereinbarung geworden ist (vgl. nur Palandt-Grüneberg, BGB, 75. Aufl. 2016, § 305, Rn. 14).
- 38 (2.) Eine Allgemeine Geschäftsbedingung ist aber zu verneinen, weil der Kläger nicht dargelegt hat, dass ihm die Klausel von der Beklagten "gestellt" worden ist.
- 39 Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages "stellt", § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Allgemeinen Geschäftsbedingung trifft denjenigen, der sich auf den Schutz der §§ 305 ff. BGB beruft (Basedow, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. 2012, § 305, Rn. 45; Palandt-Grüneberg, BGB, 75. Aufl. 2016, § 305, Rn. 23; Schlosser, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2013, § 305, Rn. 51). Das ist der Kläger. Den damit verbundenen Anforderungen an den Vortrag zu den Begriffsmerkmalen des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB wird dessen Vorbringen nicht gerecht.
- 40 (a) Es ist schon nicht vorgebracht und ersichtlich, dass die Klausel Nr. 13 für eine "Vielzahl von Verträgen" bestimmt gewesen ist. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Ausformulierung einer Vertragsbedingung für einen einzigen geplanten Vertragsabschluss nicht genügt. Es kommt zwar nicht darauf an, wie oft eine Klausel verwendet wird. Es ist vielmehr die Absicht des Verwenders notwendig (und ausreichend), die Vertragsbedingung nicht nur einmal, sondern mehrfach zu verwenden (u.a. BGH, Urteil vom 13. September 2001, Az. VII ZR 487/99, Rn. 24 m.N. - zitiert nach juris). Zugunsten desjenigen, der sich auf die Absicht einer mehrfachen Verwendung beruft, kann dabei ein Anschein sprechen (BGH, Urteil vom 27. November 2003, Az. VII ZR 53/03, Rn. 24 m.N. - zitiert nach juris). Wird ein- und dieselbe Klausel mehreren Geschäften zugrunde gelegt, spricht eine Vermutung für die Absicht zur mehrfachen Verwendung (BGH, Urteil vom 26. September 1996, Az. VII ZR 318/95, Rn. 8 - zitiert nach juris). Das ist bei dreimaliger Verwendung regelmäßig der Fall (BGH, Urteil vom 27. September 2001, Az. VII

ZR 388/00, Rn. 21), und zwar nicht unbedingt nur bei der Verwendung gegenüber demselben Vertragspartner (BGH, Urteil vom 11. Dezember 2003, Az. VII ZR 31/03, Rn. 18 - zitiert nach juris). Dem klägerischen Vortrag ist allerdings nicht zu entnehmen, dass die Beklagte, in der der Kläger die Verwenderin sieht, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses überhaupt die Absicht hatte, den vorgedruckten Vertragstext und damit Nr. 13 des Vertrages nicht nur im Verhältnis zum Kläger, sondern - unter vorheriger Anpassung der Parteibezeichnungen in der Urkunde - auch im Verhältnis zu Dritten zu verwenden. Es mag zwar sein, dass der Kontakt zwischen der Beklagten und dem Kläger über eine Vermittlungsagentur, bei der der Kläger registriert war, zustande kam. Daraus folgt indes nicht, dass die Beklagte auch mit weiteren (bei der Vermittlungsagentur registrierten?) Personen einen Honorarvertrag mit dem Inhalt schließen wollte, wie er sich aus Nr. 13 der Vertragsurkunde vom 31. März 2011 ergibt.

- 41 (b) Überdies ist die Beklagte nicht als Verwenderin anzusehen. Nr. 13 des Vertrages ist dem Kläger nicht "gestellt" worden. Die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB kommen nur zur Anwendung, wenn eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei eine Vertragsbedingung als Ausdruck ihrer Vertragsgestaltungsmacht einseitig auferlegt, d.h. "stellt" (*Basedow*, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. 2012, § 305, Rn. 21). Beruht die Entscheidung für eine Vertragsbestimmung auf dem freien Willen beider Vertragsparteien, fehlt es an einer inneren Rechtfertigung, hierauf Sonderbestimmungen anzuwenden. Das gilt auch, falls unklar bleibt, ob beide Vertragsparteien Verwender sind oder keiner der beiden Verwender ist (BGH, Urteil vom 17. Februar 2010, Az. VIII ZR 67/09, Rn. 18 ff. - zitiert nach juris). Auch bei einem neutralen Dritten, der - wie etwa ein Notar oder ein Makler - Einfluss auf den Wortlaut des Vertrages nimmt, liegt regelmäßig keine einseitige Auferlegung vor (*Basedow*, aaO., § 305, Rn. 22).
- 42 Von letzterem ist auszugehen. Nach dem Vorbringen der Beklagten mit Schriftsatz vom 25. April 2016 stammte der Vertrag von der Vermittlungsagentur, die den Kläger in ihrer Datei führte (85). Letzterem ist der Kläger nicht entgegengetreten. Er meint aber, die Beklagte habe ihm den Vertrag mit den Bedingungen "gestellt", weil die Beklagte den Vertrag ausgefertigt und dem Kläger zur Unterschrift vorgelegt habe (vgl. Schriftsatz vom 15. Juni 2016 - 157). Träfe dies zu, so könnten die Voraussetzungen für eine einseitige Auferlegung vorliegen. Die dem zugrunde liegende Behauptung des Klägers trifft aber nicht zu. Sie steht im Widerspruch zum Inhalt der vom Kläger selbst vorgelegten und zum Inhalt seines Parteivorbringens gemachten Anlage K7 (131). Hierbei handelt es sich um den Ausdruck einer E-Mail vom 20. Mai 2016, mit welcher sich der Kundenbetreuer der Vermittlungsagentur an den Kläger wendet und diesem u.a. mitteilt:
- 43 *"Der Honorarvertrag zu diesem Einsatz wurde beiden Vertragspartnern zur Prüfung und Unterschrift zur Verfügung gestellt. Am 05.04.2011 um 09.43 Uhr erhielten wir den am 31.03.2011 von L. P. , Geschäftsführer, unterzeichneten Honorarvertrag per Fax von der Klinik zurück. Ein von Herrn Dr. Sch. gegengezeichneter Vertrag liegt uns nicht vor."*

- 44 Diese Angaben machen deutlich, dass der Vereinbarung ein Vertragsexemplar zugrunde gelegen hat, das *die Agentur beiden* Vertragsparteien - und nicht nur einseitig einer Vertragspartei - zur Unterschriftsleistung übersandt hatte. Von einer Vertragsausfertigung durch die Beklagte und Vorlage zur Unterschrift durch den Kläger kann demnach keine Rede sein. Dass die Initiative allein von der Beklagten ausging, lässt sich danach nicht annehmen (zumal angesichts des originären Ausgangspunktes, der eigeninitiierten Registrierung des Klägers bei der Vermittlungsagentur). Der Kläger hat auch nicht in Abrede genommen, dass ihm ein Vertragsexemplar übersandt wurde. Bei dem vom Kläger vorgelegten Exemplar der Anlage K2 (15) handelt es sich exakt um dasjenige Exemplar, das die Beklagte der Vermittlungsagentur unterschrieben zurückgesandt hatte. Auf dem Exemplar sind die Sendedaten des Faxgerätes der Beklagten abgedruckt, die mit den Angaben des Kundenbetreuers in der zitierten E-Mail übereinstimmen. Außerdem beinhaltet die Urkunde allein die Unterschrift des damaligen Geschäftsführers der Beklagten, was der Sachverhaltsschilderung des Kundenbetreuers in Anlage K7 entspricht. Übersendung "zur Prüfung" bedeutet nichts anderes, als dass die Vertragsbedingungen von einem Dritten - der Vermittlungsagentur - vorgeschlagen wurden, was kein "Stellen" durch eine Vertragspartei bedeutet (vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 76. Aufl. 2016, § 305, Rn. 12). Das Vorgehen der Vermittlungsagentur ist vergleichbar einem Notar, der Vertragsbedingungen den Parteien vorschlägt und dessen Handeln regelmäßig nicht einer Partei als ein "Stellen" zugerechnet werden kann. Demzufolge machte die Beklagte gerade nicht einseitig von einer Vertragsgestaltungsmacht Gebrauch, trat also nicht als Verwenderin im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB auf.
- 45 (c) Ein "Stellen" von Vertragsbedingungen folgt auch nicht aus dem Umstand, dass die Beklagte der Vermittlungsagentur eine Provision zahlte. Die Provisionszahlung lässt nicht den Schluss zu, zwischen dem Dritten und einer Vertragspartei habe es eine besondere Nähebeziehung gegeben, die eine Zurechnung des Handelns des Dritten - § 166 BGB wird hierbei analog angewendet (Schlosser, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2013, § 305, Rn. 28; BGH, Urteil vom 07. Dezember 1983, Az. Iva ZR 54/82, Rn. 44 - zitiert nach juris) - rechtfertigen könnte. Steht der Dritte einer Vertragspartei besonders nahe, neigt die Rechtsprechung zwar dazu, ein "Stellen" zu bejahen, wenn der Dritte die Klausel aufgrund einer Sonderbeziehung zur Verfügung stellt (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 1994, Az. VII ZR 116/93, Rn. 24 - zitiert nach juris), insbesondere im Fall eines sog. "Hausnotars", der regelmäßig für eine Vertragspartei tätig wird und in deren Auftrag Vertragsklauseln entwickelt hat (Nachweise bei Basedow, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. 2012, § 305, Rn. 23). Der Bundesgerichtshof hat aber der Ansicht widersprochen, eine "Verwendung" sei schon dann anzunehmen, wenn eine Vertragsbestimmung eine Partei lediglich begünstigt (BGH, Urteil vom 17. Februar 2010, Az. VIII ZR 67/09, Rn. 15 - zitiert nach juris; Schlosser, in: Staudinger, aaO., § 305, Rn. 26). Danach bestehen hier keine Anhaltspunkte für eine die Zurechnung rechtfertigende Nähe zwischen der Agentur und der Beklagten. Fernliegend ist der von Klägerseite vertretene Gedanke, die Agentur sei "Erfüllungsgehilfin" der Beklagten. Hierfür besteht kein Anhalt. Die Inanspruchnahme des Vermittlungsdienstes genügt nicht zur Begründung einer besonderen Nähe, zumal - wie bereits erwähnt - der Kläger sich hat vermitteln lassen wollen und deshalb bei der Agentur registriert war. Daher brauchte das Landgericht auch nicht dem Beweisangebot des Klägers für die Behauptung nachzugehen, die Beklagte habe die Arbeitskraft des Klägers "angefordert". Bei einer von vornherein gewollten Vermittlung liegt es in der Natur der

Sache, dass ein Kunde (hier die Beklagte) Dienste bei der Vermittlungsagentur abfordert. Eine Nähe zur Agentur in dem zuvor beschriebenen Sinn wird dadurch nicht begründet. Ist der Kläger registriert gewesen, um sich über dieselbe Agentur mehrfach und wiederholt an Krankenhäuser und andere Einrichtungen für die Ausübung seines Arztberufes vermitteln zu lassen, dann spricht dieser Umstand vielmehr eher für die gegenteilige Betrachtung, nämlich dafür, dass eine besondere Nähe der Agentur zum Kläger bestand.

- 46 (3.) Selbst wenn man unterstellte, dass eine Allgemeine Geschäftsbedingung vorliegt (was nicht der Fall ist, wäre Nr. 13 des Vertrages nicht als eine überraschende Klausel im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB anzusehen. Ausschlussklauseln sind im Geschäftsleben gerichtsbekanntermaßen üblich. Es besteht auch ein einleuchtendes, *beiderseitiges* Interesse der Vertragsparteien eines kurzzeitigen, auf Honorarbasis stattfindenden Einsatzes eines Arztes in einem Krankenhaus, zeitnah über das Bestehen wechselseitiger Ansprüche nach Vertragsbeendigung Klarheit zu gewinnen. Es ist also schlechterdings nicht ungewöhnlich und überraschend, mit einer derartigen Klausel konfrontiert zu werden, zumal mit dem Landgericht die inhaltliche Einbettung und Positionierung der Vertragsbestimmung Nr. 13 keinen Überraschungseffekt hervorzurufen vermochte.
- 47 (4.) Ob Nr. 13 des Vertrages im Lichte der Rechtsprechung einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB oder § 309 Nr. 7 b) BGB standhielte, kann letztlich dahinstehen. Der Senat neigt sehr stark dazu, diese Frage zu bejahen (vgl. dazu auch: Palandt-Grüneberg, BGB, 76. Aufl. 2017, § 309, Rn. 45 m. w. N.).
- 48 bb) Der Kläger hat nicht innerhalb der 3-Monats-Frist abgerechnet, und zwar weder mündlich noch schriftlich.
- 49 (1.) Eine *schriftliche* Abrechnung gegenüber der Beklagten bis zum 31. August 2011 wird nicht behauptet. Eine (unterstellt) fristgerechte schriftliche Abrechnung gegenüber der Vermittlungsagentur genügt den Bestimmungen der Ausschlussklausel nicht. Das folgt zwangsläufig aus deren Wortlaut. Die Klausel verlangt eine "Geltendmachung", die den-
knotwendig nur gegenüber dem Vertragspartner und nicht gegenüber einem vermittelnden Dritten erfolgen kann. Dass die Vermittlungsagentur selbst ein Interesse daran hatte, die Höhe der Vergütung zu erfahren, um die eigene Vermittlungsprovision zu berechnen, hat sie nicht automatisch zum vertragsgemäßen Adressaten einer Abrechnung werden lassen. Aus der E-Mail vom 20. Mai 2016 (Anlage K7) ergibt sich außerdem, dass die Agentur den Arbeitsnachweis des Klägers erst am 07. Dezember 2012 erhielt. Die Behauptung des Klägers, er habe "sofort" den Arbeitsnachweis an die Agentur geschickt, kann deshalb keinesfalls dahingehend verstanden werden, diese Übersendung sei innerhalb der Frist geschehen. In der Folge kann auch nicht die weitere Behauptung des Klägers zutreffen, die Agentur habe den Arbeitsnachweis nebst Rechnung innerhalb der Frist an die Beklagte übersandt.

- 50 (2.) Eine *mündliche* Abrechnung ist ebenfalls nicht erfolgt, nicht einmal außerhalb der vertraglichen Ausschlussfrist. Der Vortrag des Klägers lässt nicht erkennen, dass er gegenüber irgendeinem Mitarbeiter der Beklagten überhaupt je eine Abrechnung seiner insgesamt zur Abrechnung gestellten Arbeitsstunden vornahm. Gegenüber dem Chefarzt erfolgte eine solche nicht, wie der Kläger selbst vorträgt. Soweit er Arbeitsstunden behauptet und deren Erbringung in das Wissen von Zeugen stellt, liegt darin keine *Abrechnung*. Allein der Umstand, dass einzelne Mitarbeiter Wahrnehmungen zu einem Teil der behaupteten Arbeitsstunden gemacht haben sollen, ergibt - für wahr unterstellt - keine Abrechnung aller vorgeblich geleisteten Arbeitsstunden. Darüber hinaus fehlt es an Vorbringen dazu, dass die vom Kläger benannten Zeugen berechtigt waren, für die Beklagte eine Abrechnung entgegenzunehmen.
- 51 e) Es bedarf keines vertieften Eingehens auf den weiteren Berufungsangriff des Klägers, wonach das Landgericht seine Behauptungen zu den von ihm erbrachten Arbeitsleistungen als nach § 138 Abs. 3 ZPO zugestanden habe behandeln müssen. Auf diese Frage kommt es nicht an, weil selbst bei - für wahr unterstellten - Arbeitsstunden in dem geltend gemachten Umfang keine (zeitgerechte) Abrechnung gegenüber der Beklagten erfolgte.
- 52 Nach alledem steht dem Kläger kein durchsetzbarer Honoraranspruch zu.

III.

- 53 Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 709, 711 ZPO.
- 54 Gründe, die Revision zuzulassen (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO), bestehen nicht.
- 55 gez. Dr. Holthaus gez. Haberland gez. Dr. Hoppe