

5 U 171/19

3 O 62/18

LG Köln



Anlage zum Protokoll  
vom 10.06.2020  
verkündet am 10.06.2020  
[REDACTED], Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle

# OBERLANDESGERICHT KÖLN

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

Beklagten und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]

gegen

[REDACTED]

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]

hat der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln

im schriftlichen Verfahren nach Lage der Akten am 29.04.2020

durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht [REDACTED], die Richterin am  
Oberlandesgericht [REDACTED] und die Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED]

f ü r R e c h t e r k a n n t :

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Köln vom  
23.07.2019 – 3 O 62/18 - abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte. [REDACTED]

Das vorliegende Urteil und die angefochtene Entscheidung sind vorläufig  
vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

## G r ü n d e

### I.

Die Klägerin ist ein zahnärztliches Abrechnungsunternehmen und macht aus abgetretenem Recht des Zahnarztes [REDACTED] Honoraransprüche gegen die Beklagte geltend.

Die Beklagte war seit einigen Jahren Patientin des Zahnarztes [REDACTED], der im Jahr 2017 als angestellter Arzt bei dem Zedenten tätig war. Im Juni 2017 ließ die Beklagte durch Herrn [REDACTED] eine prothetische Neuversorgung des Ober- und Unterkiefers durchführen. Der zahnlose Oberkiefer wurde mit einer Totalprothese mit Modellgussverstärkung versorgt. Der ebenfalls zahnlose, aber mit fünf Implantaten versorgte Unterkiefer erhielt eine Implantat-Hybridprothese mit einem Stahlsteg und einer ausgeprägten PEEK-Matrize. Die Prothese im Unterkiefer löste von Beginn an Schmerzen bei der Beklagten aus. Als sie sich deswegen wenige Tage später in der Praxis erneut vorstellte, erfuhr sie, dass Herr [REDACTED] nicht mehr in der Praxis beschäftigt war und eine Behandlung durch den Zedenten [REDACTED] erfolgen sollte. Der Zedent besserte die Prothese mehrfach nach und kam schließlich zu dem Ergebnis, dass eine Neuherstellung erforderlich sei. Nach dem 10.07.2017 ließ sich die Beklagte nicht mehr durch den Zedenten, sondern anderenorts weiterbehandeln.

Auf Antrag der Beklagten vom 17.07.2018, gerichtet gegen die Zahnärzte in Gemeinschaftspraxis bestehend aus Herrn [REDACTED], Frau [REDACTED] und Herrn

■■■■■■■■■■, holte das Landgericht Köln im Wege des selbständigen Beweisverfahrens ein zahnmedizinisches Sachverständigengutachten von Prof. Dr. Dr. ■■■■■■ ein (LG Köln, 3 OH 13/17). Der Sachverständige kam in seinem schriftlichen Gutachten vom 05.06.2018 zu dem Ergebnis, dass der Steg im Unterkiefer im Prinzip in Ordnung sei, die bedeckende Prothese mit der PEEK-Matrize jedoch funktionell nicht zufriedenstellend und daher erneuerungsbedürftig sei. In zentraler Kondylenposition lägen okklusale Vorkontakte vor und der Biss sei partiell geöffnet. Aufgrund ästhetischer und funktionaler Gründe sei eine Neuversorgung von Ober- und Unterkiefer nach Neuaufstellung der Zähne sinnvoll.

Die Klägerin hat behauptet, die zahnärztlichen Leistungen des Zedenten seien medizinisch notwendig gewesen und mangelfrei erbracht worden.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 9.257,44 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.11.2017 sowie 24,-- EUR vorgerichtliche Mahnkosten und Rechtsanwaltskosten in Höhe von 745,40 EUR zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat sich auf die Unbrauchbarkeit des Zahnersatzes berufen und hilfsweise mit einem Anspruch auf Kostenerstattung für eine beabsichtigte Nachbehandlung sowie mit einem Schmerzensgeldanspruch aufgerechnet.

Wegen der Einzelheiten des streitigen Vorbringens der Parteien, der Klageanträge und der tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die Ausführungen in dem angefochtenen Urteil (Bl. 430 ff d.A.) Bezug genommen.

Das Landgericht hat das schriftliche Sachverständigengutachten von Prof. Dr. Dr. ■■■■■ gemäß § 411a ZPO verwertet und den Sachverständigen ergänzend mündlich angehört. Es hat die Beklagte zur Zahlung von 7.757,44 € nebst Zinsen sowie zur Erstattung vorgerichtlicher Mahnkosten und Rechtsanwaltskosten verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Der Honoraranspruch der Klägerin sei nicht wegen völliger Unbrauchbarkeit des Zahnersatzes entfallen, weil dieser bei der Beklagten noch eingegliedert sei. Der in Höhe von 9.257,44 € bestehende Honoraranspruch sei in Höhe eines Betrages von 1.500 € infolge der hilfsweise erklärten Aufrechnung mit einem Schmerzensgeldanspruch erloschen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass der Annahme einer völligen Unbrauchbarkeit der Zahnprothetik nicht entgegenstehe, dass diese noch in ihrem Mund eingegliedert sei. Sie habe keine andere Wahl gehabt, als die vollkommen unbrauchbare Prothetik zu tragen, da ein neuer Zahnersatz noch nicht hergestellt worden sei. Während des laufenden selbstständigen Beweisverfahrens sei kein Nachbehandler bereit gewesen, die alte Prothetik zu entfernen und einen neuen Zahnersatz anzufertigen. Abgesehen davon sei sie auch nicht in der Lage, neuen Zahnersatz zu finanzieren. Die Beklagte ist ferner der Auffassung, dass das von der Kammer zuerkannte Schmerzensgeld in Höhe von 1.500 € im Hinblick auf die erlittenen erheblichen Schmerzen entschieden zu niedrig bemessen sei.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Köln vom 23.07.2019, Az. 3 O 62/18 aufzuheben und die Klage insgesamt abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung und tritt dem Berufungsvorbringen im Einzelnen entgegen.

Die Beklagte trägt mit Schriftsätzen vom 08.01.2020, vom 11.02.2020 und vom 19.02.2020 vor, dass ihr nachbehandelnder Zahnarzt [REDACTED] am 17.12.2019 ein Implantat, welches von einer Periimplantitis betroffen war, entfernt habe und er eine Periimplantitisbehandlung an den übrigen vier Implantaten durchgeführt habe. Anschließend sei eine neue prothetische Versorgung im Unter- und Oberkiefer eingesetzt worden und hierfür Beträge i.H.v. 9.960,02 € (Unterkiefer) und 433,96 € (Oberkiefer) in Rechnung gestellt worden.

Die Klägerin rügt das Vorbringen der Klägerin als verspätet.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## II.

Die Berufung ist begründet.

Der Klägerin steht kein Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von Zahnarztvergütung aus §§ 611, 398 BGB zu.

Der Vergütungsanspruch des Zahnarztes kann nach § 628 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 630b BGB entfallen, soweit die fehlerhaft erbrachte Leistung infolge einer Kündigung des Vertrages für den Patienten kein Interesse mehr hat. Voraussetzung hierfür ist, dass die zahnärztliche Leistung für den Patienten vollkommen unbrauchbar ist. Es genügt nicht, dass sie objektiv wertlos ist, wenn der Patient sie gleichwohl nutzt (BGH, Urteil vom 29.03.2011 - VI ZR 133/10 – Rn. 18; Beschlüsse des Senates vom 19.10.2015 - 5 U 44/15 - Rn. 2; vom 30.03.2015 - 5 U 139/14 - Rn. 3; vom 27.08.2012 - 5 U 52/12 - Rn. 2 -, zitiert nach juris).

Der Senat hat unlängst in einer Entscheidung zu der Frage, wann eine "schädliche" Nutzung von Zahnersatz vorliegt, Stellung genommen (Urteil vom 12.02.2020, Az. 5 U 43/18, bislang nicht veröffentlicht) und dabei wie folgt ausgeführt:

*„.... Eine tatsächliche Nutzung der Versorgung, die einem Entfallen des Honoraranspruchs entgegenstehen würde, liegt nicht vor. Tatsächliche Nutzung liegt nicht schon dann vor, wenn ein Patient die Versorgung für einen noch so kurzen Zeitraum im Mund trägt. Eine derartige Situation ist schlechthin unvermeidbar und würde darauf hinauslaufen, dass eine objektive völlige Unbrauchbarkeit niemals den Honoraranspruch entfallen lassen könnte. Tatsächliche Nutzung liegt vielmehr dann vor, wenn der Patient die Versorgung auch tatsächlich als Versorgung nutzen will, obwohl er eine reelle und zumutbare Möglichkeit hat, sie nicht zu nutzen. Sie liegt nach der neueren BGH-Rechtsprechung nicht vor, wenn sie nur als Notmaßnahme zur Vermeidung eines eventuell noch größeren Übels weiterverwendet wird (BGH aaO, BGHZ 219, 298 ff., Rn. 29). Sie muss letztlich Ausdruck dessen sein, dass der Patient noch ein gewisses „Interesse“ an ihr hat. Ein solches Nutzungsinteresse, das über die Situation einer Notmaßnahme hinaus geht, wird etwa anzunehmen sein, wenn über einen längeren Zeitraum keinerlei Anstrengungen unternommen werden, die die ernste Absicht einer Neuversorgung erken-*

nen lassen, etwa die Erstellung eines Heil- und Kostenplans durch einen Nachbehandler. Es wird ferner gegeben sein, wenn eine behauptete und womöglich zunächst auch in die Wege geleitete Neuversorgungsabsicht über einen unverhältnismäßig langen Zeitraum hinweg nicht ernsthaft weiterverfolgt wird (was sich zum Zeitpunkt einer letzten mündlichen Verhandlung im Normalfall wird beurteilen lassen). Maßstab hierfür ist das Handeln eines vernünftig denkenden Menschen, dessen Motivation primär an seiner Gesundheit ausgerichtet ist und der von dem Willen getragen ist, so schnell wie objektiv möglich und gesundheitlich wie rechtlich wie wirtschaftlich zumutbar den Zustand einer brauchbaren Versorgung zu erlangen. Letztlich werden hierfür die Umstände des einzelnen Falles eine wertende Gesamtbetrachtung erforderlich machen. Die Beurteilung dessen, was als tatsächliche Nutzung einzuschätzen ist und was als im Rahmen des Zumutbaren noch zu tolerierendes zeitweiliges Belassen, wird sich einer klaren kasuistischen Einordnung entziehen. Der vorliegende Fall gibt dem Senat auch keinen Anlass, schon bei der Vielzahl relativ typischer Fallkonstellationen eine genaue Grenzziehung aufzuzeigen. Allerdings neigt der Senat dazu, dem Patienten eine den Umständen nach angemessene Frist (von wenigen Monaten) zur Einleitung einer Beweissicherung zuzubilligen, weil ihm nicht zuzumuten ist, seine Rechtspositionen gegenüber dem Zahnarzt von vornherein signifikant zu verschlechtern oder ganz aufzugeben. Bis zur Vorlage einer aussagekräftigen Begutachtung (gleichgültig, ob Privatgutachten, Kassengutachten oder gerichtliches Gutachten) wird der Zeitraum, den das entsprechende Vorgehen notwendigerweise benötigt, als für den Patienten unschädlich zu werten sein. An die Unzumutbarkeit aus rein wirtschaftlichen Erwägungen dürften demgegenüber strenge Voraussetzungen zu stellen sein. Der bloße Hinweis des Patienten, für eine Neuversorgung fehle ihm das Geld, dürfte regelmäßig nicht ausreichen; substantiierter Vortrag, dass trotz



*aller zumutbaren Anstrengungen (einschließlich etwaiger Darlehensaufnahme) eine Neuversorgung nicht habe angegangen werden können, wird regelmäßig zu fordern sein. Gleiches gilt für den typischen Einwand, man habe keinen zur Nachbehandlung bereiten Zahnarzt gefunden, solange ein Rechtsstreit noch schwebt. Soweit der Senat in früheren Entscheidungen eine für den Patienten strengere Auffassung vertreten hat, wird daran nicht mehr festgehalten.*

*Für den hier zu beurteilenden Fall kann von einer von Nutzungsinteresse getragenen tatsächlichen Nutzung danach nicht ausgegangen werden. Die Patientin hat die Versorgung zu keinem Zeitpunkt akzeptiert, hat sich sofort in die Hände eines Nachbehandlers begeben, dort einen Kostenvoranschlag erstellen lassen, hat sofort rechtlichen Rat gesucht und in denkbar kurzer Zeit (zweieinhalb Monate nach Behandlungsende) das Beweisverfahren eingeleitet .... Zu keinem Zeitpunkt hat sie auch nur andeutungsweise erkennen lassen, dass sie eventuell doch bereit wäre, die Versorgung zu belassen. Zu jedem Zeitpunkt war vielmehr klar, dass sie zum nächstmöglichen Zeitpunkt eine Neuversorgung anstrebe. Die Alternative wäre gewesen, entweder für unbestimmte Zeit unversorgt herumzulaufen, was – dies bedarf keiner weiteren Begründung – von ihr nicht zu fordern war, oder sich ohne die Chance einer Beweissicherung und unter der realen Gefahr, ihre berechtigten Ansprüche zu verlieren oder aufzugeben, die Neuversorgung durchführen zu lassen, was ihr in der gegebenen Situation nicht zumutbar war. ...“*

An den vorstehenden Ausführungen hält der Senat weiter fest.

Auch im vorliegenden Fall kann von einer von Nutzungsinteresse getragenen tatsächlichen Nutzung der Prothetik nicht die Rede sein. Die Beklagte hat die streitgegenständliche Versorgung zu keinem Zeitpunkt akzeptiert, sondern von Anfang an eine

Neuversorgung angestrebt. Dass zwischen der Eingliederung der streitgegenständlichen Prothetik Ende Juni 2017 und der im Januar 2020 eingegliederten Neuversorgung insgesamt zweieinhalb Jahre vergangen sind, lag nicht daran, dass die Beklagte eine Neuversorgung nicht mit der notwendigen Stringenz verfolgt hätte. Im Gegenteil: Die Beklagte hat so schnell wie möglich versucht, unter gleichzeitiger Sicherung ihrer Rechte eine Neuversorgung zu erlangen. Sie hat bereits eine Woche nach der letzten Behandlung durch den Zedenten einen Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens beim Landgericht Köln eingereicht. Im September und Oktober 2017 haben die Beklagte und der Zedent miteinander verhandelt, wobei von Anfang an Einigkeit zwischen den Beteiligten darüber bestand, dass in jedem Fall eine Neuversorgung erfolgen sollte. Ein Einigung scheiterte schließlich daran, dass nach den Vorstellungen des Zedenten die Beklagte die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens übernehmen sollte und auch keine Einigung über das zu beauftragende Zahnlabor erzielt werden konnte. Im Februar 2018 wurde die Beklagte durch den Gerichtssachverständigen Prof. Dr. Dr. ██████ untersucht. Zu seinem am 05.06.2018 erstattete Gutachten nahmen die Verfahrensbeteiligten im Juli bzw. August 2018 Stellung. Im November 2018 bestimmte die Kammer einen Termin zur Anhörung des Sachverständigen auf den 21.05.2019. Im Februar 2019 unterrichtete die Beklagte ihren damaligen Verfahrensbevollmächtigten, sie habe eine Zahnarztpraxis mit der Erstellung eines Kostenvoranschlages für eine neue Unter- und Oberkieferprothese entsprechend den schriftlichen Empfehlungen des Gerichtsgutachters beauftragt. Ende April 2019 unterrichtete die Beklagte ihren Rechtsanwalt darüber, dass sie ein Erstgespräch mit einem Zahnarzt gehabt habe und sie sich dort behandeln lassen wolle. Sie habe sich auch mit ihrer privaten Zusatzversicherung in Verbindung gesetzt und nachgefragt, ob diese eine zweite Neuversorgung finanziere, da sie die Behandlung selbst nicht bezahlen könne. Anfang Mai 2019 erhielt die Beklagte durch ihren Nachbehandler Dr. ██████ in Köln einen Heil- und Kostenplan. Nachdem der Sachverständige Prof. Dr. ██████ im Rahmen seiner mündlichen Anhörung am 21.05.2019 geäußert hatte, dass der durch den Zahnarzt ██████ eingesetzte Steg belassen werden könne, führte die Beklagte weitere Gespräche mit ihrem Zahnarzt über die Frage, ob der Steg, der auf-

grund seines tiefen Sitzes schlecht zu reinigen war, belassen oder neu angefertigt werden sollte. Dr. [REDACTED] riet der Beklagten schließlich, eine neue Stegkonstruktion mit zwei Riegeln anfertigen zu lassen. Die Beklagte musste eine Übernahme der mit etwa 10.000 € veranschlagten Gesamtkosten durch den privaten Krankenversicherer abklären. Nachdem die Beklagte mit den Krankenversicherern eine Kostenübernahme geklärt hatte, beauftragte sie Dr. [REDACTED] mit der prothetischen Neuversorgung. Nach Entfernung eines Implantats und Durchführung einer Periimplantitisbehandlung im Dezember 2019 wurden die Prothesen in Unter- und Oberkiefer im Januar 2020 eingesetzt.

Die Beklagte ist mit ihrem Vorbringen zu der im Januar 2020 eingegliederten Prothetik, welches sie durch Vorlage zweier Rechnungen ausreichend belegt hat, nicht wegen Verspätung ausgeschlossen. Sind Angriffs- und Verteidigungsmittel nach der letzten mündlichen Verhandlung in erster Instanz entstanden, konnte keine Partei sie im ersten Rechtszug einführen. Es beruht daher nicht auf Nachlässigkeit, dass diese nicht im ersten Rechtszug geltend gemacht wurden, § 531 Abs. 2 Nr. 3 (vgl. Münchener Kommentar/*Rimmelspacher*, 5. Auflage 2016, § 531 ZPO, Rn. 25).

Auf das von Anfang an ausgesprochene und stetig wiederholte Angebot des Zedenten, eine Neuherstellung der Prothetik in seiner Zahnarztpraxis vornehmen zu lassen, musste sich die Beklagte nicht einlassen. Eine Behandlung durch den Zedenten war zwar nicht bereits deswegen unzumutbar, weil die Beklagte kein Vertrauen in die Qualität der Leistungen haben konnte. Der Zedent hat bereits mit Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 15.09.2017 erklärt, dass er weder mit dem Zahnarzt [REDACTED] noch mit dem Zahnlabor weiter zusammenarbeite. Die Unzumutbarkeit ergibt sich jedoch daraus, dass der Zedent eine Neuversorgung von unzulässigen Bedingungen abhängig gemacht hat. So sollte der Zedent die Neuversorgung mit der Krankenkasse bzw. mit der Beklagten abrechnen dürfen und die Beklagte sollte den Antrag auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens zurücknehmen und die entstandenen Kosten tragen. Zur Übernahme von Behandlungs- und Verfahrenskosten

war die Beklagte aufgrund der mangelhaften Behandlungsleistung jedoch nicht verpflichtet. Hinzu kam, dass der Zedent sich nicht auf die Herstellung der Prothetik in einem bestimmten Zahnlabor festlegen konnte bzw. wollte. Die Wahl des Zahnlabors war für die Beklagte aber aus nachvollziehbaren Gründen von besonderer Bedeutung. Nach den Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Dr. [REDACTED] waren die Probleme mit dem Zahnersatz in erster Linie zahntechnischer Art. Dass die Beklagte Vertrauen in das Zahnlabor des Zedenten [REDACTED] GmbH verloren hatte, war für den Sachverständigen aufgrund der festgestellten zahntechnischen Mängel nachvollziehbar.

Da der Klageanspruch nicht besteht, kommt es auf die Frage, ob und in welcher Höhe der Beklagten Gegenansprüche zustehen, mit denen sie hilfsweise aufrechnen könnte, nicht an.

Mangels Hauptanspruch bestehen auch keine Ansprüche auf Zahlung von Zinsen oder auf Erstattung vorgerichtlicher Mahn- und Rechtsanwaltskosten.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die streitentscheidenden Fragen hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden.

Berufungsstreitwert: 9.257,44 €



als Urkundsgamlin der Geschäftsstelle

*[Handwritten signature]*

**Abschrift**

5 U 171/19  
3 O 62/18  
Landgericht Köln



**Oberlandesgericht Köln**

**Beschluss**

In dem Rechtsstreit

der Frau [REDACTED]

Beklagten und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]  
gegen

[REDACTED]  
Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]  
wird der Tenor des Urteils des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 10.06.2020, 10:00 Uhr gemäß § 319 ZPO wegen offenbarer Unrichtigkeit dahingehend berichtigt, dass die Kostenentscheidung wie folgt lautet:

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

**Gründe:**

Der Kostentenor des Urteils des Senates vom 10.06.2020, nach dem die Beklagte die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen hat, ist offenbar unrichtig und beruht auf einem Diktatversehen. Die Klägerin ist im Rechtsstreit in vollem Umfang unterlegen. Sie hat daher die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Köln, 17.06.2020

5. Zivilsenat

