

NJW

Neue Juristische Wochenschrift

In Verbindung
mit dem Deutschen Anwaltverein
und der Bundesrechtsanwaltskammer
herausgegeben von
den Rechtsanwälten
Prof. Dr. Peter Bräutigam
Prof. Dr. Wolfgang Ewer
Prof. Dr. Rainer Hamm
Dr. Hilke Herchen
Dr. Ulrich Karpenstein
Dr. Nathalie Oberthür

Mit Beilage:
NJW-Spezial Heft 8/2020



C.H. BECK

17/2020

16. April 2020
73. Jahrgang S. 1169–1248
www.njw.de

Aus dem Inhalt

- S. Sittner*
Mietrechtspraxis unter Covid-19 1169
- E. Vetter / J. Tielmann*
Unternehmensrechtliche Änderungen im „Corona-Gesetz“ 1175
- C. Burkićzak*
„Hartz IV“ in Zeiten von Corona 1180
- T. Kulhanek*
Saalöffentlichkeit unter dem Infektionsschutzgesetz 1183
- H.-B. Ziegler*
Beweislast bei wirtschaftlicher Aufklärung des Patienten 1187
- H. Siebert*
Die Entwicklung des Erbrechts 1190
- BGH*
Familiengerichtliche Genehmigung von Namens-
änderungsantrag für Pflegekind (Anm. B. Kienemund) 1220
- BGH*
Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln
(Anm. M. T. Oğlakcioğlu) 1233
- VGH München*
Vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der
Corona-Pandemie 1236
- BAG*
Kündigung transformierter Inhaltsnormen einer Betriebs-
vereinbarung durch Erwerber (Anm. W. Schulte) 1243

Aus NJW-aktuell

Interview

Anwälte in der
Corona-Krise

Forum

Home Office und
Geheimnisschutz

Report

Rechte
Roben



0150202017

Zur Rechtsprechung

die Auswahl durch die Journalisten angewiesen und dürfte nicht wie üblich selbst entscheiden, welches Verfahren er seiner Beachtung unterwirft. An dieser Stelle ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz eben gerade nicht im Interesse des Einzelnen besteht, sondern im Dienste der Rechtsgemeinschaft als Souverän der Staatsgewalt.⁵⁶ Auch in üblichen Zeiten besteht daher etwa keine Garantie auf konkrete, zeitliche wie örtliche, Terminankündigungen.⁵⁷ Ein Vorziehen der Verhandlung vor den ursprünglich angesetzten Termin ist zulässig, selbst wenn nicht auszuschließen ist, dass sich eine Person exakt pünktlich einfindet.⁵⁸

IV. Fazit: Notwendiger Erhalt der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege

Nicht nur, aber auch in Krisenzeiten muss der Rechtsstaat ein verlässlicher Grundpfeiler der demokratischen, liberalen Gemeinschaft sein. Dabei ist es bedeutsam, dass anerkannte Verfahrensgrundsätze trotz etwaiger Schwierigkeiten nicht ausgesetzt werden, sondern gleichwohl dogmatisch präzise Anwendung und Verwirklichung finden. Die Wahrung der Gerichtsöffentlichkeit nach § 169 I 1 GVG ist dabei durch die aktuellen gesundheitspolitischen Anordnungen durchaus diskussionsbedürftig, lässt sich über eine mehrteilige argumentative Abstützung im Ergebnis aber bejahen. Die Öffentlichkeitsmaxime ist ein tragender Wesenszug strafrechtlicher Hauptverhandlungen, steht indessen nicht außer Konkurrenz.⁵⁹ Das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG bewahrt in mindestens gleicher Weise die Funktionstüchtigkeit der

Strafrechtspflege als hohes Allgemeingut und Ausprägung des Gewaltmonopols.⁶⁰ Und hierbei ist diese mit dem Beschleunigungsgebot dahingehend verknüpft, dass der staatliche Strafanspruch nicht nur überhaupt zu verwirklichen, sondern innerhalb so kurzer Zeit durchzusetzen ist, dass die öffentliche Rechtsgemeinschaft die ausgeurteilte Strafe als wirkungsvolle, angemessene Reaktion auf das geschehene Unrecht wahrnimmt.⁶¹

Demnach ist vorliegend ein realer Kompromiss dahingehend geboten, dass in Anbetracht der zu erhaltenden Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, der weiter bestehenden Saalöffentlichkeit durch Medienvertreter samt medial vermittelter Öffentlichkeitswirkung sowie einer transparent und willkürfrei agierenden Justiz der Öffentlichkeitsgrundsatz des § 169 I 1 GVG nicht verletzt ist. ■

- 56 *BayVerfGH* VerwRspr 1952, 798 (806 f.); *Kissel/Mayer*, § 169 Rn. 53.
 57 *BVerfG* NJW 2002, 814; *MüKoStPO/Kulhanek*, § 169 GVG Rn. 14; *Quentin* in *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, § 169 GVG Rn. 12.
 58 *BGH* NSTZ 1984, 134 (135); *BeckOK GVG/Walther*, 6. Ed. 1.2.2020, § 169 Rn. 4; *Schmidt* in *Heidelberger Kommentar zur StPO*, 6. Aufl. 2019, § 169 GVG Rn. 4; *MüKoStPO/Kulhanek*, § 169 GVG Rn. 14; aA *Kissel/Mayer*, § 169 GVG Rn. 48; *Wickern* in *Löwe/Rosenberg*, § 169 GVG Rn. 22; *SK-StPO/Velten*, 5. Aufl. 2016, § 169 GVG Rn. 35.
 59 *Wickern* in *Löwe/Rosenberg*, § 169 GVG Rn. 12.
 60 *BVerfGE* 46, 214 = NJW 1977, 2355 (2356); *BVerfGE* 122, 248 = NJW 2009, 1469 Rn. 72; *KMR-StPO/Eschelbach/Kett-Straub*, 72. EL Mai 2014, Einl. Rn. 24; *MüKoStPO/Kudlich*, Einl. Rn. 87; vertiefend *Landau* NSTZ 2007, 121.
 61 *BVerfGE* 122, 248 = NJW 2009, 1469 (1474) Rn. 73.

Zur Rechtsprechung

Rechtsanwalt Dr. Hans-Berndt Ziegler*

Beweislast bei wirtschaftlicher Aufklärung im Arzthaftungsrecht

I. Einleitung

Neben der Pflicht zur Aufklärung vor einer Behandlung (§ 630 e BGB) trifft den Arzt auch die Pflicht, seinen Patienten über wirtschaftliche Konsequenzen der Behandlung zu informieren. Diese Informationspflicht ist in § 630 c III 1 BGB geregelt.

Im ersten Leitsatz der Entscheidung des *BGH* vom 28.1.2020 wird die Pflicht zur Aufklärung des Patienten über die wirtschaftlichen Folgen einer Behandlung zu Recht nicht als solche, sondern als Pflicht des Behandlers zur wirtschaftlichen Information bezeichnet. Sie soll den Patienten vor finanziellen Überraschungen schützen. Systematisch handelt es sich nicht um eine Aufklärungspflicht, sondern um eine Behandlungspflicht.¹ Verstöße führen daher also nicht zur Rechtswidrigkeit der Behandlung, sondern begründen einen Schadensersatzanspruch.²

II. Die Entscheidung des BGH

Im zugrunde liegenden Fall forderte der Kläger vom behandelnden Arzt aus abgetretenem Recht Rückzahlung einer Vergütung für eine nach einer neuen Methode bei seiner Ehefrau durchgeführten Krampfaderverödung, bei der die Venen nach der „VenaSeal Closure-Methode“ verklebt wurden. Die Vergütung war von dieser verauslagt worden, wur-

de aber von ihrer privaten Krankenkasse nicht erstattet, da es sich um ein wissenschaftlich nicht etabliertes Verfahren handelte. Der Arzt wandte ein, genügend wirtschaftlich aufgeklärt zu haben. Die Vorinstanzen gaben dem Kläger Recht.³ Der *BGH* hob die Entscheidung des *LG Berlin* auf und verwies dorthin zurück. Er entschied den Fall nach Beweislastregeln.

Die Verletzung der Pflicht zur wirtschaftlichen Information lag nach der Entscheidung des *BGH* auf der Hand. Der behandelnde Arzt hatte unstreitig nicht über die genaue Höhe der zu erwartenden Kosten aufgeklärt, was er nach § 630 c III 1 BGB hätte tun müssen. Diesbezüglich führt der *BGH* aus, der Beklagte habe die ihm obliegende Pflicht zur wirtschaftlichen Information der Patientin verletzt. Er habe es unterlassen, ihr die voraussichtlichen Behandlungskosten

* Der Autor ist Fachanwalt für Medizinrecht in seiner Kanzlei Ziegler & Kollegen in Marburg; er vertritt ausschließlich Patienten. – Besprechung von *BGH* Ur. v. 28.1.2020 – VI ZR 92/19, NJW 2020, 1211 (unter Nr. 7 in diesem Heft).

- 1 *Spickhoff* in *Laufs/Kern/Rehborn*, HdB des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 64; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. A 770; *BeckOK BGB/Katzenmeier*, 53. Ed. 1.2.2020, § 630 c Rn. 16; *OLG Köln* Ur. v. 23.3.2005 – 5 U 144/04, BeckRS 2005, 10362.
- 2 *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 79. Aufl. 2020, § 630 c Rn. 12 unter Berufung auf die Rechtsprechung des *BGH*.
- 3 *AG Berlin-Mitte* Ur. v. 15.11.2017 – 15 C 161/17; *LG Berlin* Ur. v. 7.2.2019 – 6 S 9/17.

in der gebotenen Textform mitzuteilen (Rn. 22).⁴ Auch die übrigen Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch der Patientin aus § 280 I BGB lagen vor, nämlich ein Behandlungsvertrag, das Verschulden des Arztes sowie ein Schaden in Höhe der gezahlten Vergütung.

Offen blieb aber, ob die Patientin auch bei ordnungsgemäßer Information über die Kosten in die Behandlung eingewilligt hätte, ob also die Pflichtverletzung für den Schaden der Patientin kausal war.

Der BGH verneinte dies. Er verwarf die Beweislastumkehr, die das Berufungsgericht für das gegenteilige Ergebnis bemüht hatte. Das Berufungsgericht hielt den beklagten Arzt dafür beweisbelastet, dass die Patientin in Kenntnis der von ihr letztlich privat zu tragenden Kosten den Eingriff ebenfalls hätte durchführen lassen.

Anlass dafür gab die Rechtsprechung des für Kapitalanleger zuständigen XI. Zivilsenats.⁵ Dieser hatte zuvor entschieden, dass in Kapitalanlagefällen bereits bei feststehender Aufklärungspflichtverletzung – unabhängig davon, ob es für den Anleger vernünftigerweise nur eine oder mehrere Handlungsalternativen gab – eine Beweislastumkehr eintritt („Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“).⁶ Er hat dies mit dem besonderen Schutzzweck der Aufklärungspflicht gerechtfertigt, dem Anleger durch eine ordnungsgemäße Aufklärung eine sachgerechte Entscheidung über den Abschluss bestimmter Anlagegeschäfte zu ermöglichen. Dieser Schutzzweck werde nur erreicht, wenn Unklarheiten die durch eine Aufklärungspflichtverletzung bedingt seien, zulasten des Aufklärungspflichtigen gingen, dieser die Nichtursächlichkeit seiner Pflichtverletzung also zu beweisen habe.⁷

Der Schutzzweckgedanke, der für vermögensrechtliche Fallgestaltungen nach Ansicht des VI. Zivilsenats des BGH entscheidend sei, zumal es dabei um die Hauptpflicht des Kapitalanlageanbieters gehe, spiele bei der medizinischen Behandlung nur eine untergeordnete Rolle und betreffe hier nur eine vertragliche Nebenpflicht (Rn. 34).⁸ Bei der medizinischen Behandlung gelte es körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu erkennen, zu heilen oder zu lindern (Rn. 32). Bei dieser Problematik stehe nicht die wirtschaftliche Disposition im Vordergrund, sondern die von einer Vielzahl von Faktoren abhängige und nur vom Patienten individuell, unter Berücksichtigung seiner persönlichen Vorstellungen, Wünsche und Prioritäten, zu beantwortenden Frage, ob ihm die ins Auge gefasste Behandlung so viel wert ist, dass er sie trotz des Umstands in Anspruch nehmen möchte, dass eine vollständige Übernahme der Behandlungskosten durch einen Dritten nicht gesichert sei. In diese Entscheidung fließen typischerweise auch medizinische Gesichtspunkte ein, wie beispielsweise die Dauer und Intensität des Leidensdrucks, die Ausschöpfung anderer Behandlungsmöglichkeiten ebenso wie verfügbare Behandlungsalternativen und die mit ihnen verbundenen Nachteile.

Wegen der unterschiedlichen Interessenlagen hat der BGH die vom LG noch befürwortete Beweislastumkehr abgelehnt und der Revision des beklagten Arztes stattgegeben. Die Sache wurde zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

III. Folgerungen

Das Urteil beschäftigt sich mit einer Reihe von vermeintlich ähnlichen Fallgestaltungen aus diversen anderen Bereichen (Rn. 32), insbesondere aus dem Kapitalanlagerecht, die dann

aber doch nicht auf den vorliegenden Fall der wirtschaftlichen Aufklärung im Arzthaftungsrecht übertragen werden. Letztlich bleibt es dabei, dass der Kläger alle anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen muss und eine Ausnahme von dieser allgemeinen Beweislastregel nicht eingreift.

Die an sich einfache Struktur der Beweislastverteilung wird wegen der zahlreichen Verweise auf andere Fallgestaltungen erst auf den zweiten Blick deutlich:

Grundsätzlich obliegt die Darlegungs- und Beweislast im Zivilprozess derjenigen Partei, die aus ihrem Vortrag für sie günstige Rechtsfolgen abzuleiten beabsichtigt.⁹ Dass der Kläger die seinen Anspruch begründenden Tatsachen darlegen und beweisen muss, ergibt sich nicht aus der ZPO, sondern nach der Rosenberg'schen Formel aus den Beweislastregeln des BGB.¹⁰ Diese wird dort in wenigen Vorschriften ausnahmsweise umgekehrt, beispielsweise in § 280 I 2 und § 630 h II 1 BGB. Wenn in diesen Vorschriften bestimmt ist, dass die Beweislast (ausnahmsweise) der Schuldner trägt, folgt daraus im Umkehrschluss, dass sie im Allgemeinen der Gläubiger bzw. der Kläger trägt. Da gesetzliche Vorschriften, mit denen im vorliegenden Fall die Beweislast umgekehrt ist, nicht eingreifen und die Rechtsprechung aus anderen Bereichen¹¹ nicht übertragbar ist, bleibt es bei der konventionellen Beweislastverteilung. Das heißt, der Patient muss alle anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen. Wenn er das nicht kann, verliert er den Prozess. Genau an diese vorgegebenen Bahnen hat sich der BGH mit seiner Entscheidung und auch im Aufbau seiner Begründung gehalten. Das Urteil ist daher konsequent und verdient im Grundsatz Zustimmung.

Der BGH hat allerdings nicht ausgeführt, ob es sich bei der vorliegenden Lösung um eine Einzelfallentscheidung handeln soll. Die angeführten Gründe erwecken zwar den Anschein, dass hier die Anwendbarkeit der im Kapitalanlagerecht entwickelten Beweislastumkehr nicht nur im vorliegenden Fall, sondern für das gesamte Arzthaftungsrecht abzulehnen sei. Die vom BGH herangezogenen Unterscheidungsmerkmale zwischen Arzthaftung und Kapitalanlage lassen bei genauerer Betrachtung aber durchaus noch Ausnahmen zu.

Es trifft zwar zu, dass bei der Entscheidung des Patienten für eine bestimmte Behandlung die wirtschaftliche Disposition

4 § 630 c III 1 BGB fordert Textform. Zudem ist eine – im Gegensatz zu Wahlleistungsvereinbarungen, wo es ausreichend ist, den Steigerungssatz anzugeben – konkrete Bezifferung der voraussichtlichen Kosten erforderlich.

5 BGHZ 166, 56 = NJW 2006, 1429; BGHZ 193, 159 = NJW 2012, 2427 Rn. 27, 28.

6 Vgl. BGHZ 193, 159 = NJW 2012, 2427 Rn. 28, 30, 33 f.; BGH NJW-RR 2016, 1187 = WM 2016, 780 Rn. 17; BKR 2017, 164 Rn. 10; vgl. auch BGHZ 211, 216 = NZG 2017, 542 Rn. 20 f.

7 BGH NZG 2017, 542 Rn. 30; BGHZ 193, 159 = NJW 2012, 2427 Rn. 33 ff.; BGH BKR 2014, 295 Rn. 9; aA BGHZ 186, 152 = NJW 2010, 3292 Rn. 20; BGH NJW-RR 2011, 1139 Rn. 13; NJW 2016, 3024 Rn. 22: tatsächliche Vermutung; BGHZ 123, 311 = NJW 1993, 3259; BGH NJW 2014, 2795 = VersR 2015, 69 Rn. 2, jeweils für die Rechts- und Steuerberaterhaftung: Anscheinsbeweis; BGH NJW 2010, 2506 = ZIP 2010, 1397 Rn. 17 f. für fehlerhafte Prospektangaben: tatsächliche Vermutung.

8 Anders Spickhoff VersR 2013, 267 (271).

9 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 116 Rn. 7; Foerste in Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 286 Rn. 35; stRspr, etwa BGHZ 113, 222 = NJW 1991, 1052; BGH NJW 2005, 2395.

10 Rosenberg, Beweislast, 5. Aufl. 1965, § 9 II, § 12 II; Spickhoff in Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 630 BGB Rn. 1; vgl. auch Begründung zum Entwurf des PatRG, BT-Drs. 17/10488, 11 und 28; Ziegler/Ziegler GesR 2019, 206.

11 S. o. Fn. 5 und 6.

in der Regel nicht im Vordergrund steht. Aber insbesondere bei Privatversicherten oder bei Behandlungen außerhalb der kassenärztlichen Versorgung können die Kosten der jeweiligen Behandlung ein entscheidender Faktor bei der Entscheidung des Patienten sein. Dafür, dass der *BGH* diesen Aspekt nicht übersehen hat, spricht seine Aussage, es stehe „nicht die wirtschaftliche Disposition im Vordergrund, sondern die (...) Frage, ob ihm die ins Auge gefasste Behandlung so viel wert ist, dass der Patient sie trotz des Umstands in Anspruch nehmen möchte, dass eine vollständige Übernahme der Behandlungskosten durch einen Dritten nicht gesichert ist“ (Rn. 32). Dass dieser „Wert“ gemessen an der finanziellen Belastung durch Behandlungskosten auch ein wirtschaftlicher sein kann und in der Praxis auch häufig ist, wurde jedoch nicht weiter erörtert. Der *BGH* führt aus, dass in die Entscheidung des Patienten „typischerweise auch medizinische Gesichtspunkte“ einfließen. Das ist zweifellos richtig, sagt aber nichts darüber aus, welche weiteren Gesichtspunkte erheblich waren und ob die medizinischen Gesichtspunkte im konkreten Einzelfall vorrangig bzw. entscheidend waren. Angesichts der unüberschaubaren Fülle möglicher Verletzungen, Krankheiten und Behandlungsmethoden¹² sind insbesondere Fälle denkbar, in denen bei mehreren möglichen Behandlungsalternativen mit vergleichbaren medizinischen Aspekten (Heilungsdauer, Schmerzbelastung etc.) erheblich unterschiedliche Behandlungskosten entstehen. In diesen Fällen dürften regelmäßig wirtschaftliche Faktoren ausschlaggebend sein. Dann bestünde aber auch eine vergleichbare Interessenlage mit Fällen von Aufklärungsfehlern bei Kapitalanlagen, so dass die von der Rechtsprechung entwickelte Beweislastumkehr wieder im Raum stünde.

Im Ergebnis bleibt es also eine Frage des Einzelfalls; die vorliegende Entscheidung schließt die Anwendbarkeit der kapitalanlagerechtlichen Beweislastumkehr im Arzthaftungsrecht nicht allgemein aus.

Darüber hinaus weist die Entscheidung eine Reihe von Besonderheiten auf, die zu der Frage führen, ob der *BGH* nicht bei weiterreichendem Parteivortrag in den Vorinstanzen die Revision hätte verwerfen müssen.¹³

Der *BGH* ist gem. § 559 II ZPO an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen gebunden. Revisionsrechtlich ist lediglich zu überprüfen, ob sich der Tatrichter mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt.¹⁴ Er darf diese, sofern die Feststellungen ordnungsgemäß getroffen wurden, nicht ändern. Deshalb ist in der Entscheidung auch kein Wort dazu zu finden, ob überhaupt ein wirksamer Vertrag zwischen Patientin und Behandler angenommen werden kann. Das haben die Vorinstanzen nicht bezweifelt, obwohl im Hinblick auf die *essentialia negotii*¹⁵ Bedenken hätten aufkommen können. Aus der Entscheidung ergibt sich mittelbar, dass weder über die genaue Höhe der Vergütung noch über die Erstattung durch die Krankenkasse eine Einigung getroffen wurde. Zwar gilt nach § 630 b iVm § 612 II BGB die taxmäßige bzw. die übliche Vergütung als vereinbart, wenn eine Vergütungsvereinbarung fehlt. Die GOÄ ist auf den Fall aber nicht direkt anwendbar. Eine Abrechnungsziffer für die neue Methode ist in ihr nicht enthalten. Zudem konnte wegen der Neulandmethode auch nicht von einer üblichen Vergütung ausgegangen werden. Deshalb hätte man bei entsprechendem Vortrag auch zu dem Ergebnis kommen können, dass es an einer Einigung über die Vergütung fehlt und ein Vertrag gar nicht zustande kam.

Auch hat sich der *BGH*, weil dies nicht Gegenstand des Vortrags in den Vorinstanzen war, nicht mit der Frage beschäftigt, ob die vom Behandler verwendete „Einverständniserklärung, Behandlungsvertrag für neue Therapieverfahren“ überhaupt einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle standgehalten hätte.¹⁶ Denn in der patientenschützenden Vorschrift des § 630 c III 1 BGB ist geregelt, dass der Behandler vor Beginn der Behandlung in Textform über etwaige Zusatzkosten zulasten des Patienten zu informieren hat. Mit der vorbenannten Erklärung bestätigte die Patientin, dass sie willens und in der Lage sei, etwaige Zusatzkosten für die Behandlung selbst zu tragen und gleichzeitig darüber aufgeklärt worden zu sein, dass ihre private Krankenversicherung die Rechnung möglicherweise nicht vollumfänglich anerkennen und somit gegebenenfalls nur teilweise erstatten würde. Gemäß § 309 Nr. 12 b BGB sind aber Bestimmungen unwirksam, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, insbesondere indem er den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt.

Nach einer Entscheidung des *LG Düsseldorf*¹⁷ zu dieser Frage im Zusammenhang mit der Pflicht zur therapeutischen Aufklärung iSd § 630 c II 1 BGB sind bereits solche allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, die nicht nur die Beweislast zulasten des Verbrauchers umkehren, sondern auch solche, die ihn lediglich in der Beweisführung benachteiligen. Davon ist hier auszugehen. Denn wenn die Patientin wegen Verstößen gegen die Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung Ansprüche geltend machen will und der Behandler im Rahmen der Beweisaufnahme eine von ihr unterzeichnete Erklärung (Urkunde) vorlegen kann, wird damit zumindest ein Indiz für die behauptete wirtschaftliche Aufklärung begründet.¹⁸ Diese Aufklärungsbestätigung kann sich bei der freien tatrichterlichen Würdigung negativ für die Patientin auswirken. Die durch den Beklagten verwendete Erklärung war nach der Entscheidung des *LG* deshalb unwirksam und hätte bei der Beweiswürdigung unberücksichtigt bleiben müssen, § 306 I BGB. Letztlich muss hier jedoch festgehalten werden, dass nach der Entscheidung des *BGH* die Beweislast ohnehin den Patienten trifft und seine schlechte Position durch die eingebrachten AGB nicht noch schlechter werden konnte.

Offen geblieben ist wegen § 559 II ZPO auch die Frage, ob die Informationspflichtverletzung nicht als grob einzustufen ist. Immerhin verstößt die verwandte Erklärung nach dem *LG Düsseldorf*¹⁹ nicht nur gegen AGB-rechtliche Bestimmungen (§ 309 Nr. 12 b BGB), sondern enthält auch nicht

12 Ziegler GesR 2014, 647.

13 Durch die Zulassung der Revision durch das *LG* konnte hier auch ein Fall des *AG* unterhalb des Schwellenwerts des „BGH-Entlastungsgesetzes“ zum *BGH* gelangen.

14 Vgl. *BGH* NJW 1981, 2002; NJW 1985, 1399 sowie NJW 2014, 1527 = GesR 2014, 227 Rn. 11; jew. mwN; *OLG Hamm* VersR 2011, 625 (626) mwN; *Zöller/Hesler*, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 546 Rn. 13; *Scherzberg ZZZ* 117 (2004), 182 mit Hinweis auf Parallelen zum Rechtsinstitut des Beurteilungsspielraums; vgl. auch *MiKoZPO/Krüger*, 5. Aufl. 2016, § 557 Rn. 21 und § 559 Rn. 8; vgl. *BGH* NJW 1981, 2002.

15 Im Behandlungsverhältnis: Behandlung (Leistung), Behandlungskosten (Gegenleistung) und Parteien; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 37 Rn. 4; *Palandt/Ellenberger*, § 145 Rn. 3.

16 Formulärmäßige Aufklärungsbestätigungen sind der AGB-Kontrolle zu unterziehen, dh es bedarf insbesondere einer inhaltlichen Überprüfung, vgl. *Gödicke*, Formularerklärungen in der Medizin, 2008, Fn. 103 sowie allgemein zur Unwirksamkeit von Aufklärungsklauseln *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, Rn. A 711 mwN; *BGH* NJW 2013, 1671 Rn. 28; *BeckOGK/Weiler*, 1.10.2019, § 309 BGB Nr. 12 Rn. 23, 72.

17 *LG Düsseldorf* UrT. v. 7.12.2016 – 12 O 75/16, BeckRS 2016, 125148.

18 Vgl. zur Indizwirkung von Aufklärungsbögen *BGH* NJW 2014, 1527.

19 *LG Düsseldorf* UrT. v. 7.12.2016 – 12 O 75/16, BeckRS 2016, 125148.

die ausdrücklich geforderte Bezifferung.²⁰ Würde man deshalb einen groben Informationsfehler annehmen, läge die Beweislast für die Kausalität gem. § 630h V 1 BGB wieder beim Behandler.

Auch ein weiterer Aspekt erscheint im Urteil nicht: Die ständige Rechtsprechung des BGH zu den Aufklärungsanforderungen von Außenseitermethoden. Nach seiner aktuellen Entscheidung vom 15.10.2019²¹ erfordert die Anwendung einer nicht allgemein anerkannten Methode zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten dessen Aufklärung über das Für und Wider dieser Methode.²² Dem Patienten müssen nicht nur die Risiken und Gefahren eines Misserfolgs des Eingriffs erläutert werden, sondern er ist auch darüber aufzuklären, dass der geplante Eingriff (noch) nicht dem medizinischen Standard entspricht. Der Patient muss wissen, auf was er sich einlässt, um abwägen zu können, ob er die Risiken einer (eventuell nur relativ indizierten) Behandlung im Hinblick auf deren Erfolgsaussichten und auf seine Befindlichkeit vor dem Eingriff eingehen will.²³ Im vorliegenden Fall blieb offen, ob die Patientin angesichts des

Kostenrisikos nicht doch lieber die Standardmethoden der Schulmedizin für ihre Behandlung gewählt hätte. Die Frage, ob hier wirtschaftliche Aufklärung und Eingriffsaufklärung ineinander wirken, wurde mangels diesbezüglichen Vortrags zu Recht vom BGH nicht entschieden. Möglicherweise hätte er bei ausreichendem Vortrag darüber entscheiden müssen.

IV. Fazit

In der Entscheidung wird das Recht nicht fortgebildet, sondern bewahrt. Sie zeigt aber, dass umfassender tatsächlicher und rechtlicher Vortrag in den Vorinstanzen die Chancen, auch diesbezüglich gehört und überprüft zu werden, deutlich erhöht. ■

20 Die pauschale Information über mögliche Mehrkosten reicht nicht aus, vgl. Wever in Bergmann/Paugel/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 630 c Rn. 10.

21 BGH Urt. v. 15.10.2019 – VI ZR 105/18, BeckRS 2019, 28977.

22 Knauer/Brose in Spickhoff, Medizinrecht, § 223 StGB Rn. 44.

23 Vgl. BGHZ 172, 1 = NJW 2007, 2767 Rn. 31 f. – Medikament gegen Epilepsie.

Bericht

Rechtsanwalt Holger Siebert*

Die Entwicklung des Erbrechts im zweiten Halbjahr 2019

Das Erbrecht gewinnt in der Rechtspraxis immer mehr an Bedeutung. Es bietet Schnittstellen zu vielen anderen Rechtsgebieten (zB Familienrecht, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht). Durch die zunehmende Globalisierung nimmt auch die Zahl der grenzüberschreitenden Erbrechtsfälle deutlich zu, was sich naturgemäß auch in der Anzahl der aus diesem Bereich veröffentlichten gerichtlichen Entscheidungen widerspiegelt. Im Zuge der Anwendbarkeit der EuErbVO ist zu bemerken, dass das europäische Recht das nationale Recht zunehmend dominiert, was letztlich zu einer weiteren Rechtsvereinheitlichung beiträgt. Dieser aktuelle Bericht knüpft an die Darstellung von Siebert NJW 2019, 2905 an.

I. Gesetzliche Erbfolge

Nachdem der EuGH mit seiner Entscheidung vom 1.3.2018¹ die Vorschrift des § 1371 I BGB entgegen der in Deutschland vertretenen herrschenden Meinung² als erbrechtliche Vorschrift qualifiziert hatte, ist das gesetzliche Ehegattenerbrecht bei Zugewinnsgemeinschaft in grenzüberschreitenden Fällen wieder in den Fokus geraten. Nunmehr hat das OLG München³ befunden, dass es bei Erbfällen vor dem 17.8.2015 (Inkrafttreten der EuErbVO), bei denen das Erbrechts- und das Güterrechtsstatut auseinanderfallen, bei der vom BGH⁴ angenommenen güterrechtlichen Einordnung von § 1371 I BGB verbleibt.

Um den Ausschluss des gesetzlichen Ehegattenerbrechts ging es in einer Entscheidung des OLG Düsseldorf.⁵ Hiernach ist das Erbrecht des überlebenden Ehegatten nicht gem. § 1933 BGB ausgeschlossen, wenn im Zeitpunkt des Todes des Erblassers, der die Scheidung beantragt hatte, nicht mit hinreichender Sicherheit zu erwarten war, er und seine Ehefrau würden die eheliche Lebensgemeinschaft endgültig nicht wiederherstellen (hier: fehlende endgültige Distanzierung von

der Ehe mit Blick auf die Pflege vonseiten der Ehefrau und deren Annahme durch den Erblasser).

Die gesetzliche Erbfolge der §§ 1924 ff. BGB stellt, worauf das OLG Rostock⁶ hinweist, auf die rechtliche Vaterschaft und nicht auf die tatsächliche biologische Vaterschaft ab. Für die gerichtliche Entscheidung über die Vaterschaft gem. § 1592 Nr. 3 BGB sei das Familiengericht zuständig, so dass eine Überprüfung des Statusbeschlusses im Erbscheinverfahren nicht zu erfolgen habe.

II. Testament

1. Testamentserrichtung

Auch ein handschriftlich verfasstes Schriftstück, das der Erblasser mit „Entwurf Testament“ überschrieben hat, kann eine gültige letztwillige Verfügung darstellen. Allerdings muss in einem solchen Fall feststehen, dass das Schriftstück nach dem Willen des Erblassers als wirksame Verfügung von Todes wegen gelten soll. Daran hat es jedoch in einem Fall des OLG Frankfurt a. M.⁷ letztlich gefehlt.

Mit dem Begriff Behindertentestament sind erbrechtliche Regelungen gemeint, die dem behinderten Kind zu seinen Leb-

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht sowie für Steuerrecht in Berlin.

1 EuGH ECLI:EU:C:2018:138 = NJW 2018, 1377 – Mahnkopf.

2 OLG Stuttgart NJW-RR 2005, 740 = NJW 2005, 2164 Ls.; OLG Schleswig NJW 2014, 88; BGHZ 205, 289 = NJW 2015, 2185; OLG Düsseldorf BeckRS 2015, 6780 = ZEV 2015, 305 Ls.; aA Siebert EE 2018, 131.

3 OLG München NJW-RR 2019, 1481.

4 BGH NJW 2015, 2185.

5 OLG Düsseldorf NJW-RR 2020, 198.

6 OLG Rostock BeckRS 2019, 33909 = ZEV 2020, 122 Ls.

7 OLG Frankfurt a. M. ErbR 2020, 48 = BeckRS 2019, 21533.