

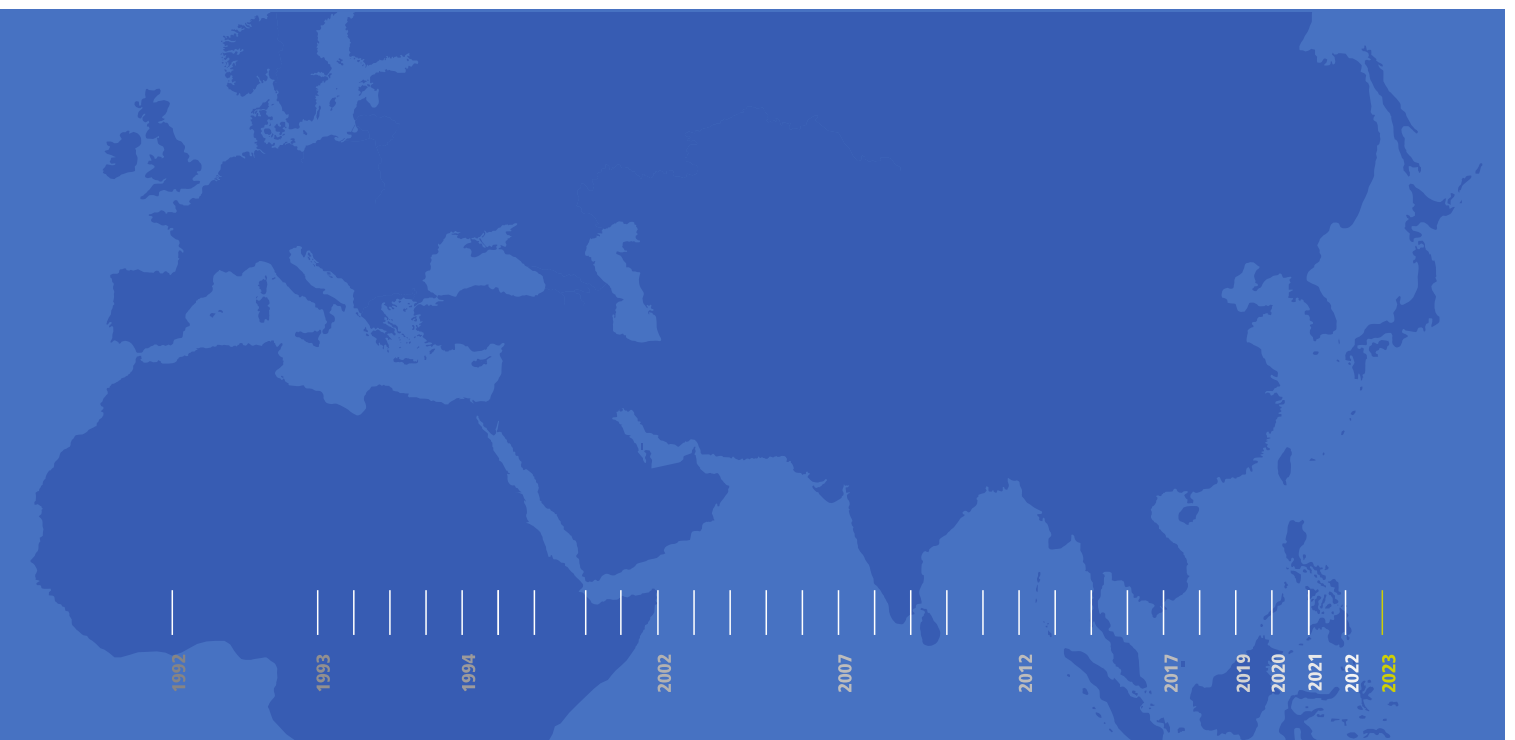
# Publikationen

zur rechtlichen Zusammenarbeit

3/2023

შედარებითი სამართლის  
ქართულ - გერმანული ჟურნალი

Deutsch-Georgische Zeitschrift  
für Rechtsvergleichung



Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



3/2023

Deutsch-Georgische  
ZEITSCHRIFT FÜR  
RECHTSVERGLEICHUNG

შედეგობითი  
სამართლის

ქართულ-გერმანული ჟურნალი



Juristische Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis

Die vorliegende Publikation wird durch finanzielle Unterstützung der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V (IRZ) herausgegeben.

Seit ihrer Gründung im Jahr 1992 berät die Deutsche Stiftung für internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) ihre Partnerstaaten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Reformierung ihrer Rechtssysteme und der Justizwesen. Rechtsstaatlichkeit und Demokratisierung sind Voraussetzung, um grundrechtliche Freiheiten zu wahren, stabile staatliche und gesellschaftliche Strukturen zu stärken sowie wirtschaftliches Wachstum anzuregen. Diesen Entwicklungsprozess zu unterstützen ist Aufgabe der IRZ, wobei die Bedürfnisse des jeweiligen Partnerstaats immer im Mittelpunkt stehen.

Die Zusammenarbeit mit Georgien basiert auf einer gemeinsamen Erklärung zwischen dem georgischen Justizministerium und dem Bundesministerium der Justiz von 2005 und wurde im Jahr 2006 aufgenommen. Die Schwerpunkte der Tätigkeit liegen in der Umsetzung internationaler Abkommen in georgisches Recht, in der Beratung im Straf- und Strafvollzugsrecht sowie der Aus- und Fortbildung von Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwendern.

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR  
INTERNATIONALE RECHTLICHE  
ZUSAMMENARBEIT E.V.



Gefördert durch:



Bundesministerium  
der Justiz

aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



**BSH**  
Think Legally.

**MG**  
LAW

in collaboration with  
Andersen Global in Georgia

ISSN 2587-5191 (print)

ISSN 2667-9817 (online)

© Juristische Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis, 2023

© Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) 2023

© Autoren, 2023

[www.lawjournal.ge](http://www.lawjournal.ge)

## **Schriftleitung**

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Assoz. Prof. Lado Sirdadze

Prof. Dr. Olaf Muthorst

Assoz. Prof. Dr. Tamar Zarandia

## **Herausgeber**

Prof. Dr. Dr. hc Tiziana J. Chiusi

Prof. Dr. Olaf Muthorst

Notar Justizrat Richard Bock

Richter Wolfram Eberhard

Prof. Dr. Arkadiusz Wudarski

Richter Dr. Timo Utermark

Rechtsanwalt Dr. Max Gutbrod

Prof. Tanel Kerikmäe

Prof. Dr. Giorgi Khubua

Prof. Dr. Lasha Bregvadze

Prof. Dr. Irakli Burduli

Prof. Dr. Zviad Gabisonia

Frank Hupfeld

Khatuna Diasamidze

Assoz. Prof. Dr. Sulkhan Gamqrelidze

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Assoz. Prof. Dr. Shalva Papuashvili

Assoz. Prof. Lado Sirdadze

David Maisuradze

Rechtsanwalt Giorgi Zhorzholiani

Rechtsanwalt Temur Bigvava

Rechtsanwalt Zviad Batiashvili

Khatia Papidze

Dr. Archil Chochia

Rechtsanwalt Gocha Oqreshidze

Demetre Egnatashvili

Rechtsanwalt Ketevan Buadze

Rechtsanwalt Nikoloz Sheqiladze

Tornike Darjania

Assist. Prof. Dr. Temur Tskitishvili

Razhden Kuprashvili

Sulkhan Gvelesiani

Natali Gogishvili

## **Technische Unterstützung und Layout**

David Maisuradze

## **Arbeitsgruppe**

Sopo Zarandia

Nino Kavshbaia

Tatia Jorbenadze

Ana Baiadze

Tilman Sutor



# Inhaltsverzeichnis

## AUFSÄTZE

<b>Berechnung des materiellen Schadens bei Verkehrsunfällen in Deutschland</b>	7
<i>Ulrich Hagenloch</i>	
<b>Unzulässige Rechtsausübung und Schadenersatz bei einer über den Norm- bzw. Vertragszweck hinausgehenden Verfolgung von Rechten</b>	36
<i>Giorgi Rusiashvili / Ulrich Hagenloch</i>	
<b>Ärztliche Aufklärung in Deutschland</b>	58
<i>Ulrich Hagenloch</i>	
<b>Subjects of legalization of illegal income</b>	117
<i>Zurab Gogshelidze</i>	



# Berechnung des materiellen Schadens bei Verkehrsunfällen in Deutschland

Ulrich Hagenloch

Präsident des Oberlandesgerichts Dresden im Ruhestand

## I. Vergleich der gesetzlichen Regelungen in Georgien und Deutschland

### 1. Kurzer Überblick über die Anspruchsgrundlagen im deutschen Recht

Für die (in diesem Aufsatz nicht näher behandelten) tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Deliktshaftung und für die Haftungsabwägung bei Verursachungsbeiträgen mehrerer Unfallbeteiligter gibt es in Deutschland im Straßenverkehrsgesetz (StVG) besondere Bestimmungen, sofern an dem Unfall ein Kraftfahrzeug beteiligt ist. Von besonderer Bedeutung ist dabei die in §§ 7, 19 StVG geregelte **Halterhaftung**. Nach dieser ist der Halter eines Kraftfahrzeugs (§ 7 StVG) oder eines Anhängers (§ 19 StVG) zum Schadenersatz verpflichtet, wenn bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs oder Anhängers ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt werden.

Als **Halter** wird jene natürliche oder juristische Person verstanden, die ein solches Fahrzeug auf **eigene Rechnung** in Gebrauch hat und die **tatsächliche Verfügungsgewalt** besitzt, die ein solcher Gebrauch voraussetzt.<sup>1</sup> Maßgebend ist also nicht das Eigentum, sondern die Intensität der tatsächlichen, in erster Linie wirtschaftlichen Beziehung zum Betrieb des Fahrzeugs.<sup>2</sup> **Ausgeschlossen** ist diese Ersatzpflicht nur, wenn der Unfall durch **höhere Gewalt** verursacht worden ist oder wenn sich der Unfall bei einer sog.

unverschuldeten Schwarzfahrt ereignet hat, etwa nach dem Diebstahl eines hinreichend gegen den unberechtigten Zugriff Dritter geschützten Kraftfahrzeugs (zur Haftung bei Schwarzfahrten näher § 7 Abs. 3 StVG).

Beim **Betrieb** des Fahrzeugs hat sich ein Unfall ereignet, wenn die Schadensursache in einem nahen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einem bestimmten Betriebsvorgang oder mit einer bestimmten Betriebseinrichtung des Kraftfahrzeugs steht.<sup>3</sup> Der Betrieb dauert dabei fort, solange der Fahrer das Fahrzeug im Verkehr belässt und die dadurch geschaffene Gefahrenlage fortbesteht (sog. **verkehrstechnische Auffassung**).<sup>4</sup>

Auch die Haftung des Fahrers eines Kraftfahrzeugs ist im StVG insoweit abweichend vom Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt, als der Fahrer darzulegen und zu beweisen hat, dass ihn an dem Unfall kein Verschulden trifft (§ 18 StVG). Es kann daher dazu kommen, dass der Halter haftet, weil er das Vorliegen einer höheren Gewalt nicht beweisen kann, sich aber der (vom Halter personenverschiedene) Fahrer exkulpieren kann und damit nicht schadenersatzpflichtig ist.

Das StVG enthält des Weiteren Sonderregelungen zur **Abwägung der Verursachungsbeiträge** bei meh-

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 26. November 1996 - VI ZR 97/96 - NJW 1997, 660, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 3. Dezember 1991 - VI ZR 378/90 - BGHZ 116, 200, juris Rn. 18.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 22. März 1983 - VI ZR 108/81 - BGHZ 87, 133, juris Rn. 12.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 7. Februar 2023 - VI ZR 87/22 - openJur 2023, 3630, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 24. Januar 2023 - VI ZR 1234/20 - openJur 2023, 3338, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 20. Oktober 2020 - VI ZR 319/18 - VersR 2021, 597, juris Rn. 7.

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 7. Februar 2023 - VI ZR 87/22 - openJur 2023, 3630, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 11. Februar 2020 - VI ZR 286/19 - VersR 2020, 782, juris Rn. 10.



rerer Unfallbeteiligten, insbesondere in § 17 StVG. Diese Regelungen haben stets Vorrang vor den korrespondierenden Bestimmungen des BGB, also etwa zur Abwägung von Mitverschuldensbeiträgen.<sup>5</sup> Dessen ungeachtet lehnen sich diese Bestimmungen und die zu ihnen ergangene Rechtsprechung inhaltlich in etwa an die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Haftungsabwägung beim Mitverschulden bzw. beim Zusammentreffen von Gefährdungs- und Verschuldenshaftung an. Im Ergebnis ergeben sich daher im Regelfall durch diese Sonderregelungen gegenüber den im Bürgerlichen Gesetzbuch niedergelegten allgemeinen Prinzipien zur Haftungsabwägung keine größeren Abweichungen. Entscheidend bleiben bei der Gewichtung der Verursachungsbeiträge vor allem ein etwaiges Verschulden von Unfallbeteiligten und dessen Schwere sowie ggf. eine von einem unfallbeteiligten Fahrzeug ausgehende spezifische Gefahrenlage, wie etwa eine Überbreite beim streifenenden Zusammenstoß im Begegnungsverkehr. Trifft den Fahrer bzw. Halter eines Kraftfahrzeugs kein Verschulden, wird dessen objektiver Verursachungsbeitrag (umgangssprachlich oft „**Betriebsgefahr**“<sup>6</sup> genannt) daher nicht selten gegenüber einem erheblichen Verschulden des anderen Unfallbeteiligten vollständig zurücktreten.<sup>7</sup>

Ein wesentlicher Unterschied zum georgischen Recht liegt zudem darin, dass in Deutschland für Kraftfahrzeuge eine **Haftpflichtversicherung** abgeschlossen werden muss (sog. Pflichtversicherung) und dass dem Geschädigten bei einer Haftung des Halters und/oder Fahrers eines Kraftfahrzeugs (nicht gegen den Haftpflichtversicherer eines Radfahrers oder Fußgängers) ein **Direktanspruch gegen die Versicherer** zusteht (§ 115 des Versicherungsvertragsgesetzes - VVG). Angesichts dieses Direktanspruchs kann in der Folge meist inzident „und/oder dessen Haftpflichtversicherer“ mitgelesen werden, wenn der „Schädiger“ erwähnt wird. Sonderregelungen bestehen,

wenn ein Kraftfahrzeug, für das pflichtwidrig (und strafbar) kein Versicherungsschutz besteht, in einen Unfall verwickelt ist, wenn Kraftfahrzeuge mit ausländischer Zulassung unfallbeteiligt sind oder wenn bei einer Unfallflucht der Unfallbeteiligte nicht zu ermitteln ist (§§ 12 ff. Pflichtversicherungsgesetz). Einzelheiten hierzu können (auch in englischer Sprache) der Homepage des Vereins der Verkehrsofferhilfe e.V. entnommen werden.<sup>8</sup>

## 2. Kurzer Überblick über die Schadensfragen

Für den im Rahmen dieses Aufsatzes behandelten Umfang des Schadenersatzanspruchs enthält das Straßenverkehrsgesetz zwar einige Bestimmungen, insbesondere zum Schadenersatz bei einer Verletzung von Körper oder Gesundheit. Diese stimmen aber weitgehend mit den korrespondierenden Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs überein. Im Rahmen dieses Aufsatzes werden daher ausschließlich die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs genannt.

### a) Vorrang und Formen der Naturalrestitution

Ist es technisch möglich, einen Fahrzeugschaden zu beseitigen, ist in der georgischen und in der deutschen Rechtsordnung die Naturalrestitution (Art. 408 Nr. 1 ZGB; § 249 Abs. 1 BGB), also der **Schutz des Integritätsinteresses**, das Grundprinzip. Diese hat mithin Vorrang vor einer rein **vermögensmäßigen (bilanziellen) Kompensation** nach § 251 BGB (dazu unten I. 2. b) cc)), korrespondierend Art. 409 ZGB.<sup>9</sup> Als Form der Naturalrestitution kommen die **Reparatur** oder die **Beschaffung eines gleichwertigen Fahrzeugs** in Betracht.

Die Naturalrestitution erfolgt in Deutschland nahezu stets durch den Geschädigten, nicht durch den Schädiger. Dieses - von der gesetzlichen Grundkonzeption abweichende - Vorgehen beruht darauf, dass der Geschädigte in aller Regel selbst darüber bestim-

<sup>5</sup> vgl. BGH, Urteil vom 18. November 1993 - III ZR 178/92 - NJW-RR 1994, 603, juris Rn. 11.

<sup>6</sup> Gemeint im Sinne der von dem Betrieb eines Kraftfahrzeuges ausgehenden Gefahr.

<sup>7</sup> vgl. Überblick über die Abwägungskriterien bei: Scholten in: Freyermann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 17 StVG (Stand: 14.04.2023) Rn. 48 ff.

<sup>8</sup> <https://www.verkehrsofferhilfe.de/en/compensation-fund/>.

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 23. Mai 2017 - VI ZR 9/17 - NJW 2017, 2401, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 9. Juni 2009 - VI ZR 110/08 - BGHZ 181, 242, juris Rn. 15.

men will, in wessen Hände (etwa in eine Kraftfahrzeugwerkstatt seines Vertrauens) er die Schadensbeseitigung legen will oder welches zu beschaffende Fahrzeug er für sich als Ersatz auswählen möchte. Hierzu eröffnet § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB dem Geschädigten die Befugnis, an Stelle einer Schadensbeseitigung durch den Schädiger von diesem Geldersatz zu verlangen (sog. **Ersetzungsbefugnis**). Dieser Anspruch auf Geldersatz bleibt dennoch eine **Form der Naturalrestitution**.<sup>10</sup> Er wandelt sich nur von dem ursprünglichen Anspruch auf gegenständliche Wiederherstellung in einen Anspruch auf Ersatz der Wiederherstellungskosten um.<sup>11</sup>

### b) Ersatz der Wiederherstellungskosten

Hierdurch unterscheidet sich der Anspruch aus § 249 Abs. 2 BGB von dem Anspruch auf Geldersatz bei einer Unmöglichkeit der Wiederherstellung nach § 251 Abs. 1 BGB, korrespondierend Art. 409 ZGB, der ausschließlich auf den Ausgleich des erlittenen Vermögensnachteils gerichtet ist.

#### aa) technischer Totalschaden

Eine Unmöglichkeit der Wiederherstellung liegt vor, wenn eine Reparatur einer vollständigen Neuherstellung gleichkäme<sup>12</sup> und damit ein aliud entstünde, das dem Unfallfahrzeug baulich-technisch und wirtschaftlich-funktionell nicht gleichwertig ist.<sup>13</sup> Ein solcher sog. technischer Totalschaden tritt zudem ein, wenn eine Reparatur zwar mit keiner vollständigen Neuherstellung verbunden wäre, aber jedenfalls die gebotene Verkehrssicherheit des Fahrzeugs nicht mehr verlässlich sicherzustellen ist und damit durch eine Reparatur zumindest keine funktionelle Gleichwertigkeit erreicht werden kann.<sup>14</sup>

#### bb) Unverhältnismäßiger Aufwand, Sonderfahrzeuge

Einem technischen Totalschaden steht gemäß § 251 Abs. 2 BGB gleich, dass eine Wiederherstellung nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist. Die hierfür entscheidende Relation von Verkehrswert/Wiederbeschaffungswert einerseits und Wiederherstellungskosten andererseits ist insbesondere bei Fahrzeugen problematisch, die entweder als Art „Unikat“ gebaut oder umgebaut wurden<sup>15</sup> oder besondere Umrüstungen oder Sonderausstattungen erfahren haben.<sup>16</sup>

Bei „Unikaten“, für die es keinen Markt gibt, ist die rechnerische Bezugsgröße für die Ermittlung der Unverhältnismäßigkeit nicht, welchen Aufwand der Geschädigte für Material und Arbeitszeit erbringen musste, sondern welchen Marktwert ähnliche, wenn auch nicht gleichwertige Produkte haben.<sup>17</sup> Bei derartigen „Liebhaberobjekten“ kann eine Wiederherstellung daher gemäß § 251 Abs. 2 BGB verweigert werden, wenn der hierfür erforderliche Aufwand in keiner angemessenen Relation zum Marktwert vergleichbarer Fahrzeuge liegt, also eine Unangemessenheit zwischen dem Aufwand und der durch ihn objektiv erzielbaren Wertschöpfung besteht. Unabhängig hiervon kann bei einer vom Geschädigten tatsächlich durchgeführten Reparatur ein Ersatz der den Marktwert vergleichbarer Produkte übersteigenden Aufwendungen auch an der 130%-Grenze scheitern (dazu unten II. 2. a) aa) (1.2.2)).

Handelt es sich hingegen um bloße **Umrüstungen oder Sonderausstattungen** an sich marktgängiger Fahrzeuge, stellen die zusätzlich notwendigen Umbaumaßnahmen bloße Rechnungsposten bei der Ermittlung des Wiederherstellungsaufwands dar. Ohne

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 12. Oktober 2021 - VI ZR 513/19 - NJW 2022, 543, juris Rn. 16 f.; BGH, Urteil vom 15. Oktober 1991 - VI ZR 67/91 - BGHZ 115, 375, juris Rn. 10.

<sup>11</sup> Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 249 BGB (Stand: 22.02.2023) Rn. 75.

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 10. Juli 1984 - VI ZR 262/82 - BGHZ 92, 85, juris Rn. 10.

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 25. Oktober 1996 - V ZR 158/95 - NJW 1997, 520, juris Rn. 6, für Bauwerk

<sup>14</sup> vgl. Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-

Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 249 BGB (Stand: 22.02.2023) Rn. 88.

<sup>15</sup> vgl. etwa BGH, Urteil vom 2. März 2010 - VI ZR 144/09 - NJW 2010, 2121, juris Rn. 7, für ein vom Eigentümer als „Gesamtkunstwerk“ eingestuftes Fahrzeug.

<sup>16</sup> vgl. etwa BGH, Urteil vom 23. Mai 2017 - VI ZR 9/17 - NJW 2017, 2401, juris Rn. 10, für Taxi-Ausstattung.

<sup>17</sup> dazu umfassend: BGH, Urteil vom 10. Juli 1984 - VI ZR 262/82 - BGHZ 92, 85, juris Rn. 7 ff., insb. Rn. 17, für ein in „liebvoller Bastlerarbeit“ gefertigtes Modellboot.

Belang ist hierbei, ob diese Umrüstungen oder Sonderausstattungen ihrerseits typisiert sind oder Sonderfertigungen darstellen, die auf einen spezifischen Nutzungszweck zugeschnitten sind. Das bedeutet zum einen, dass diese Aufwendungen erforderlich - und damit erstattungsfähig - sind, um überhaupt eine Gleichwertigkeit der Ersatzbeschaffung herbeiführen zu können. Zum andern folgt daraus aber, dass diese zusätzlichen Aufwendungen von vornherein in die Ermittlung der Relation von Wiederbeschaffungswert und Wiederherstellungskosten (auch im Rahmen der Errechnung der 130%-Grenze) einzustellen sind. Hier von betroffen sind etwa die Umrüstkosten bei Sonderausstattungen oder Sonderfahrzeugen (behindertengerechte Ausstattung des Fahrzeugs, Taxi etc.) oder die von einem Unternehmen als Teil der Corporate Identity verwendeten Sonderlackierungen bzw. Werbedesigns.<sup>18</sup> Bei einem reinen Fahrzeug-Tuning wird in der Rechtsprechung teilweise zwischen einer Unangemessenheit der Aufwendungen für die Reparatur des Fahrzeugs als solcher und einer Unangemessenheit der Aufwendungen für die getunten Fahrzeugteile differenziert, so etwa für die Airbrushlackierung bei einem eher alten Fahrzeug.<sup>19</sup> Eine derartige Aufspaltung zwischen einer Reparatur des Fahrzeugs als solchem und einem Wertersatz für die (wegen eines unverhältnismäßigen Aufwandes nicht wiederhergestellten) getunten Teilen dürfte allerdings nicht dem Umstand Rechnung tragen, dass sich ein getuntes Fahrzeug für den Geschädigten als funktionale Einheit darstellt.<sup>20</sup>

Besteht für Sonderfahrzeuge ein eigenständiger Markt, etwa weil sie (wie Omnibusse oder Feuer-

wehrrfahrzeuge) von vornherein als solche produziert werden und ihrer Art nach nicht umrüstbar sind, ergeben sich keine rechtlichen Besonderheiten, allenfalls besondere praktische Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Wiederbeschaffungswerts.

### cc) Vermögenskompensation

Wie bereits erwähnt (oben I. 2. a)), schützt der Anspruch aus § 251 BGB nicht das Integritätsinteresse. Er dient vielmehr dem Schutz des allgemeinen Vermögensinteresses, indem er Wertersatz für die eingetretene Vermögensminderung gewährt<sup>21</sup> und damit auf eine Schadensberechnung auf der Basis des Wiederbeschaffungsaufwandes gerichtet ist.

### c) Leasingfahrzeuge

Bei geleasteten Kraftfahrzeugen stellen sich zusätzliche Problemstellungen, da durch den Schadensfall sowohl der Leasinggeber als Eigentümer als auch der Leasingnehmer als berechtigter Besitzer in ihren geschützten Rechten verletzt sind<sup>22</sup> und damit beide als Gläubiger von Schadenersatzansprüchen in Betracht kommen.

Zu einer derartigen **Anspruchskonkurrenz** kommt es zwar nicht, soweit der allein beim Leasingnehmer eingetretene Nutzungsschaden betroffen ist, wie etwa bei den Mietwagenkosten oder beim Nutzungsausfall (dazu unten II. 2. d) dd)). Beim Sachschaden entstünde aber ein Nebeneinander der Ansprüche jedenfalls dann, wenn - was bislang in der deutschen Rechtsprechung nicht entschieden ist - auch der berechnete Besitzer Ersatz des Substanzschadens begehren könnte.<sup>23</sup>

In der Praxis reduzieren sich die hieraus abstrakt folgenden Problemstellungen zwar deutlich dadurch,

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 23. Mai 2017 - VI ZR 9/17 - NJW 2017, 2401, juris Rn. 10, für Umrüstung eines Ersatzfahrzeugs mit einer Taxi-Ausstattung; OLG Hamm, Urteil vom 24. Juni 2022 - I-7 U 30/21 - NJW 2023, 22, juris Rn. 53, für Kanalinspektionsfahrzeug; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 18. Juni 2020 - 4 U 90/19 - juris Rn. 28, für behindertengerechte Ausstattung eines Fahrzeugs; OLG Düsseldorf, Urteil vom 31. August 2021 - I-1 U 173/20 - DAR 2022, 27, juris Rn. 25 ff., für Bodykit.

<sup>19</sup> Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 16. März 2017 - 1 U 493/16 - NJW 2017, 3008, juris Rn. 11 f.

<sup>20</sup> So im Ergebnis auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 31. August 2021 - I-1 U 173/20 - DAR 2022, 27, juris Rn. 25 ff. für sog. Bodykit.

<sup>21</sup> BGH, Urteil vom 23. Mai 2017 - VI ZR 9/17 - NJW 2017, 2401, juris Rn. 6; Staudinger/Höpfner (2021) BGB § 251 Rn. 2; Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 249 BGB (Stand: 22.02.2023) Rn. 75.

<sup>22</sup> vgl. zum Schutz des berechtigten Besitzers: BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 481/17 - NJW 2019, 1669, juris Rn. 14.

<sup>23</sup> umfassende Darstellung der Problem- und Meinungslage hierzu bei: BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 481/17 - NJW 2019, 1669, juris Rn. 16 ff.

dass in den Leasingverträgen Regelungen enthalten sind, die bei vertragsmäßigem Vorgehen zu einer einheitlichen Form der Schadensbeseitigung führen. Übt aber der berechtigte Besitzer hinsichtlich seiner eigenen Rechte die Ersetzungsbefugnis aus § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB eigenmächtig, also ohne Zustimmung des Leasinggebers und ev. unter Verstoß gegen seine vertraglichen Pflichten aus dem Leasingvertrag, aus, haben die Konkurrenzprobleme praktische Auswirkungen.

Die Rechtsprechung versagt es dann dem Leasingnehmer hinsichtlich eines ihm etwa zustehenden Schadenersatzanspruchs aus Besitzrechtsverletzung ohne Zustimmung des Leasinggebers die **Ersetzungsbefugnis** aus § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB im Sinne eines Ersatzes der fiktiven Herstellungskosten auszuüben.<sup>24</sup> Erst recht muss dies gelten, wenn der Leasingnehmer eine Naturalrestitution in der Form einer Ersatzbeschaffung, gar noch bei einer fiktiven Abrechnung, begehren sollte.

Im Kern begründet der Bundesgerichtshof diese Auffassung überzeugend damit, dass bei einem Substanzschaden die (naturgemäß einheitliche) Entscheidung über die Ausübung der Ersetzungsbefugnis dem Eigentümer zukommen müsse, da er gegenüber dem berechtigten Besitzer hinsichtlich der Dispositionsbefugnis über die Sache der Inhaber des umfassenderen Herrschaftsrechtes ist.<sup>25</sup>

## II. Berechnungsfragen

### 1. Allgemeine Prinzipien

#### a) Wirtschaftlichkeitsgebot/subjektbezogene Schadensbetrachtung

##### aa) Grundsatz des Wirtschaftlichkeitsgebots

Die Kosten der Schadensbeseitigung bemessen sich nach jenem **Aufwand, der vom Standpunkt eines**

**verständigen, wirtschaftlich denkenden Menschen in der Lage des Geschädigten zur Behebung des Schadens zweckmäßig und notwendig erscheint.**<sup>26</sup> Dem Geschädigten ist mithin der zur Wiederherstellung objektiv erforderliche Geldbetrag zu erstatten.<sup>27</sup> Das Gebot zu wirtschaftlich vernünftiger Schadensbehebung verlangt vom Geschädigten jedoch nicht, sich in jedem Fall so zu verhalten, als ob er den Schaden selbst zu tragen hätte.<sup>28</sup>

Bei den insoweit den Geschädigten treffenden Obliegenheiten ist auf dessen Situation, insbesondere auf seine Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten sowie auf die möglicherweise gerade für ihn bestehenden Schwierigkeiten, Rücksicht zu nehmen (sog. subjektbezogener Schadensbegriff bzw. sog. **subjektbezogene Schadensbetrachtung**).<sup>29</sup> Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Geschädigte bei der Schadensbehebung von Dritten abhängig ist, die er zur Instandsetzung des Unfallfahrzeugs und für andere Maßnahmen der Schadensbeseitigung heranziehen muss.<sup>30</sup> Bei dem an das Verhalten des Geschädigten anzulegenden Maßstab muss ggf. zudem bedacht werden, dass er sich in einer Not- oder Eilsituation befinden<sup>31</sup> (vgl. bei Abschleppkosten unten II. 2. f)) oder durch Verletzungen und Erkrankungen in seinen Handlungsmöglichkeiten eingeschränkt sein kann.<sup>32</sup>

<sup>24</sup> BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 481/17 - NJW 2019, 1669, juris Rn. 20 ff.

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 481/17 - NJW 2019, 1669, juris Rn. 23.

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 7. Februar 2023 - VI ZR 137/22 - openJur 2023, 4229, juris Rn. 52; BGH, Urteil vom 26. April 2022 - VI ZR 147/21 - NJW 2022, 2840, juris Rn. 12.

<sup>27</sup> BGH, Urteil vom 7. Februar 2023 - VI ZR 137/22 - openJur 2023, 4229, juris Rn. 52; BGH, Urteil vom 26. April 2022 - VI ZR 147/21 - NJW 2022, 2840, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 17. Dezember 2019 - VI ZR 315/18 - NJW 2020, 1001, juris Rn. 14.

<sup>28</sup> BGH, Urteil vom 15. Oktober 1991 - VI ZR 314/90 - BGHZ 115, 364, juris Rn. 13.

<sup>29</sup> zum Ganzen: BGH, Urteil vom 7. Februar 2023 - VI ZR 137/22 - openJur 2023, 4229, juris Rn. 53; BGH, Urteil vom 13. Dezember 2022 - VI ZR 324/21 - NJW 2023, 1057, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 22. Juli 2014 - VI ZR 357/13 - NJW 2014, 3151, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 4. April 2014 - V ZR 275/12 - BGHZ 200, 350, juris Rn. 17.

<sup>30</sup> BGH, Urteil vom 26. April 2022 - VI ZR 147/21 - NJW 2022, 2840, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 29. Oktober 1974 - VI ZR 42/73 - BGHZ 63, 182, juris Rn. 9.

<sup>31</sup> BGH, Urteil vom 9. März 2010 - VI ZR 6/09 - NJW 2010, 2569, juris Rn. 16.

<sup>32</sup> Zur Berücksichtigung individueller Schwierigkeiten allgemein: BGH, Urteil vom 7. Februar 2023 - VI ZR 137/22 - openJur

### bb) Verhältnis von subjektbezogener Schadensbetrachtung zum Mitverschulden

In Folge der Subjektbezogenheit der Schadensbetrachtung überlagern sich bei der Ermittlung des zu erstattenden Schadens Aspekte der unfallursächlichen Schadenshöhe mit jenen der Minderung eines (das Entstehen eines höheren Schadens voraussetzenden) Schadenersatzanspruchs wegen einer Verletzung der Schadensminderungspflicht aus § 254 Abs. 2 BGB (korrespondierend Art. 415 Abs. 2 ZGB). Dies führt zu teilweise fließenden Übergängen und gewissen dogmatischen Unschärfen.<sup>33</sup> Grundsätzlich erfolgt die Abgrenzung aber dergestalt, dass die eher allgemeingültigen Aspekte, wie etwa der Standpunkt eines wirtschaftlich denkenden Betrachters (in der konkreten Situation des Geschädigten), auf der Ebene des Wirtschaftlichkeitsgebots und die spezifisch einzelfallbezogenen Gesichtspunkte, wie etwa die Möglichkeit eines atypisch günstigen Wegs der Schadensbeseitigung, auf der Ebene der Schadensminderungspflicht angesiedelt werden.<sup>34</sup>

### cc) Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots

Verstößt der Geschädigte bei der Schadensbeseitigung gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot, so entfällt sein Ersatzanspruch nicht, sondern ist nur der Höhe nach auf den nach Maßgabe des Wirtschaftlichkeitsgebots erforderlichen niedrigeren Betrag beschränkt.<sup>35</sup>

Wenn sich der Schadenersatzanspruch aus verschiedenen Schadensposten zusammensetzt, kann ggf. erst bei einer Gesamtsaldierung ermittelt werden, ob der Geschädigte überhaupt gegen das Wirt-

schaftlichkeitsgebot verstoßen hat und wie hoch ggf. der Differenzbetrag ist. Hat beispielsweise die vom Geschädigten gewählte Reparatur für sich gesehen höhere Kosten ausgelöst als notwendig, war sie aber schneller durchzuführen als die kostengünstigere Variante, muss in die Vergleichsberechnung eingestellt werden, dass die teurere Reparatur zu geringeren Mietwagenkosten, zu einem geringeren Nutzungsausfall (dazu jeweils unten II. 2. d) und e)) und/oder zu einem geringeren entgangenen Gewinn geführt haben kann. Nur wenn sich bei einer Gesamtsaldierung ein höherer Gesamtaufwand ergibt, kann bei solchen Fallgestaltungen überhaupt eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots in Betracht gezogen werden. Als Folge der Subjektbezogenheit der Schadensbetrachtung wird aber selbst dann die Schadensersatzpflicht auf den niedrigen Gesamtsaldo nur begrenzt, wenn der Geschädigte diese tatsächlichen Schadensverläufe und ihre Wechselwirkungen bei seiner prognostischen ex-ante Einschätzung auch hinreichend verlässlich hätte erkennen können.

### b) Zeitpunkt der Schadensbetrachtung

Da die Schadensentwicklung ein dynamischer Prozess ist, muss bei einer in Geld erfolgenden Leistung von Schadenersatz die Schadensbemessung nicht auf den Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses bezogen werden, sondern nach den konkreten Schadensverläufen **im Zeitpunkt der vollständigen Erfüllung des Anspruchs**. Ist die Schadensentwicklung noch nicht vollständig beendet, muss im Rechtsstreit auf den prozessual letztmöglichen Beurteilungszeitpunkt, regelmäßig also auf den Schluss der mündlichen Verhandlung in den Tatsacheninstanzen, abgestellt werden.<sup>36</sup> Diese Grundsätze gelten auch für die Abrechnung fiktiver Reparatur- oder Wiederbeschaffungskosten. Lediglich bei einer konkreten Schadensabrechnung ist jener Zeitpunkt maßgebend, in dem der frühere Zustand im Sinne von § 249 BGB wiederhergestellt worden ist.<sup>37</sup>

2023, 4229, juris Rn. 53; BGH, Urteil vom 13. Dezember 2022 - VI ZR 324/21 - NJW 2023, 1057, juris Rn. 11.

<sup>33</sup> beispielhaft: BGH, Urteil vom 12. Februar 2019 - VI ZR 141/18 - NJW 2019, 2538, juris Rn. 21, zur Nutzung des „günstigsten“ Mietwagentarifs; vgl. Wern, ZfSch 2015, 304 unter A I. 1.

<sup>34</sup> vgl. etwa: BGH, Urteil vom 29. April 2003 - VI ZR 398/02 - BGHZ 155, 1, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 26. Mai 2020 - VI ZR 321/19 - NJW 2021, 234, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 25. September 2018 - VI ZR 65/18 - NJW 2019, 852, juris Rn. 6.

<sup>35</sup> BGH, Urteil vom 12. Oktober 2021 - VI ZR 513/19 - NJW 2022, 543, juris Rn. 17; BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 - VI ZR 363/11 - NJW 2013, 1151, juris Rn. 12.

<sup>36</sup> BGH, Urteil vom 12. Oktober 2021 - VI ZR 513/19 - NJW 2022, 543, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 20. Juli 2021 - VI ZR 533/20 - NJW 2021, 3594, juris Rn. 29; BGH, Urteil vom 20. Juli 2021 - VI ZR 575/20, juris Rn. 30.

<sup>37</sup> BGH, Urteil vom 12. Oktober 2021 - VI ZR 513/19 - NJW 2022,

Folge dieses Grundsatzes ist des Weiteren, dass zwischen dem Schadensereignis und der Schadensbeseitigung entstehende Preissteigerungen zu Lasten des Schädigers gehen;<sup>38</sup> es sei denn, dass die Verzögerungen auf einer vom Geschädigten zu verantwortenden Obliegenheitsverletzung beruhen (dazu unten II. 2. j)).

### c) Darlegungs- und Beweislast

Gemäß den allgemeinen Grundsätzen haben der Geschädigte die anspruchsbegründenden und der Schädiger die anspruchvernichtenden oder anspruchsmindernden Tatsachen darzulegen und zu beweisen.

Die Erforderlichkeit und die Zweckmäßigkeit der zur Schadensbehebung (in der konkreten Situation des Geschädigten) ergriffenen Maßnahmen stellen vom Geschädigten darzulegende und zu beweisende Anspruchsvoraussetzungen dar; und zwar auch, soweit spezifisch subjektbezogene Aspekte betroffen sind (dazu oben II. 1 a) bb)).<sup>39</sup> Das Auslassen einer dem Geschädigten zumutbaren Möglichkeit einer typisch günstigen Schadensbeseitigung sowie andere Verletzungen der Schadensminderungspflicht sind hingegen vom Schädiger darzutun.<sup>40</sup>

### d) Zusammenfassung wichtiger Grundsätze der Rechtsprechung

Bevor im Folgenden die Grundsätze der deutschen Rechtsprechung dargestellt werden, soll als erster grober Überblick auszugsweise aus einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs zitiert werden, in der einige wichtige Aspekte zusammengefasst sind:<sup>41</sup>

*„....Gemäß § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB ist der Geschädigte, der es nach einem Sachschaden selbst in die Hand nimmt, den früheren Zustand herzustellen, berechtigt, vom Schädiger den dazu erforderlichen Geldbetrag zu verlangen. Der Schädiger kann ihn auf eine Entschädigung in Geld für den erlittenen Wertverlust nur dann verweisen, wenn und soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung nicht genügend ist (§ 251 Abs. 1 BGB) oder unverhältnismäßige Aufwendungen erfordert (§ 251 Abs. 2 Satz 1 BGB). Erst die Unverhältnismäßigkeit bildet also bei möglicher Naturalrestitution die Grenze, ab welcher der Ersatzanspruch des Geschädigten sich nicht mehr auf Herstellung (Naturalrestitution), sondern allein noch auf Wertausgleich des Verlustes in der Vermögensbilanz (Kompensation) richtet. Insoweit hat Naturalrestitution Vorrang vor Kompensation (BGH, Urteil vom 15. Oktober 1991 - VI ZR 314/90, BGHZ 115, 364, 367; BGH, Urteil vom 15. Februar 2005 - VI ZR 70/04, BGHZ 162, 161, 163 f.).*

*Bei einem Schaden an einem Kraftfahrzeug kann der Geschädigte grundsätzlich auf zweierlei Weise Naturalrestitution erreichen: Er kann die Kosten für die Reparatur oder für die Anschaffung eines (gleichwertigen) Ersatzfahrzeugs verlangen. Auch die letztere Art der Schadensbeseitigung ist, wie der Senat wiederholt ausgesprochen hat und woran er weiter festhält, eine Form der Naturalrestitution (BGH, Urteil vom 15. Oktober 1991 - VI ZR 67/91, BGHZ 115, 375, 378 mwN; BGH, Urteil vom 29. April 2003 - VI ZR 393/02, BGHZ 154, 395, 397). Denn das Ziel der Restitution beschränkt sich nicht auf eine (Wieder-) Herstellung der beschädigten Sache; es besteht in umfassenderer Weise gemäß § 249 Abs. 1 BGB darin, den Zustand herzustellen, der, wirtschaftlich gesehen, der ohne das Schadensereignis bestehenden Lage entspricht (BGH, Urteil vom 15. Oktober 1991 - VI ZR 314/90, BGHZ 115, 364, 368; BGH, Urteil vom 15. Februar 2005 - VI ZR 70/04, BGHZ 162, 161, 164; BGH, Urteil vom 6. März 2007 - VI ZR 120/06, BGHZ 171, 287 Rn. 6). Der Geschädigte ist aufgrund seiner nach anerkannten schadensrechtlichen Grundsätzen bestehenden Dispositionsfreiheit auch in der Verwendung*

543, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 18. Februar 2020 - VI ZR 115/19, VersR 2020, 770, Rn. 13.

<sup>38</sup> BGH, Urteil vom 18. Februar 2020 - VI ZR 115/19 - NJW 2020, 1795, juris Rn. 11.

<sup>39</sup> zum Ganzen: BGH, Urteil vom 26. Mai 2020 - VI ZR 321/19 - NJW 2021, 234, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 9. April 2019 - VI ZR 89/18 - NJW 2021, 234, juris Rn. 26.

<sup>40</sup> BGH, Urteil vom 25. September 2018 - VI ZR 65/18 - NJW 2019, 852, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 7. Februar 2017 - VI ZR 182/16 - NJW 2017, 2182, juris Rn. 7; BGH, Urteil vom 28. April 2015 - VI ZR 267/14 - NJW 2015, 2110, juris Rn. 10.

<sup>41</sup> Auszug aus BGH, Urteil vom 23. Mai 2017 - VI ZR 9/17 - NJW

2017, 2401, juris Rn. 6 ff., Zitate leicht verändert.

der Mittel frei, die er vom Schädiger zum Schadensausgleich beanspruchen kann. Er ist daher weder dazu verpflichtet, sein Fahrzeug reparieren zu lassen noch tatsächlich eine Ersatzbeschaffung vorzunehmen (...BGH, Urteil vom 5. vom 29. April 2003 - I ZR 393/02, BGHZ 154, 395, 398; BGH, Urteil vom 15. Februar 2005 - VI ZR 70/04, BGHZ 162, 161, 165 f.; BGH, Urteil vom 9. Juni 2009 - VI ZR 110/08, BGHZ 181, 242 Rn. 13).

2. Entscheidet sich der Geschädigte - wie hier - für eine Abrechnung auf Gutachtenbasis in Höhe der Kosten einer fiktiven Ersatzbeschaffung, bemisst sich sein Ersatzanspruch nach ständiger Rechtsprechung ... auf den Wiederbeschaffungsaufwand, d.h. auf die Differenz zwischen dem Wiederbeschaffungswert des Unfallwagens in unbeschädigtem Zustand und dem Restwert des beschädigten Fahrzeugs (...). Maßgebliche Bezugsgröße der Schadensberechnung ist mithin der Wiederbeschaffungswert. Dies ist der nach den Verhältnissen auf dem Gebrauchtwagenmarkt zu ermittelndem Preis eines gebrauchten Kraftfahrzeugs, den der Geschädigte aufwenden muss, um von einem seriösen Händler einen dem Unfallfahrzeug entsprechenden Ersatzwagen zu erwerben (...). Dabei kommt es allein auf eine wirtschaftliche Gleichwertigkeit der Ersatzbeschaffung unter objektiven Gesichtspunkten an. Entscheidend ist daher nicht, wie gerade der Geschädigte den Wert seines alten und den Wert eines Ersatzfahrzeugs ansetzt, sondern ob eine Schätzung unter objektiven Wertmaßstäben zur Feststellung einer wirtschaftlichen Gleichwertigkeit führt (...). Auf bestimmte Ausstattungsmerkmale und Sonderfunktionen kann es daher grundsätzlich nur ankommen, soweit sie auf dem Markt objektiv werterhöhend wirken. Auf der anderen Seite ist gerade eine wirtschaftliche Gleichwertigkeit im Rahmen der subjektbezogenen Schadensbetrachtung nur gegeben, wenn das Ersatzfahrzeug das beschädigte Fahrzeug in seiner konkreten, ihm vom Geschädigten in objektiv nachvollziehbarer Weise zgedachten und wirtschaftlich relevanten Funktion ersetzen kann.

Maßgebend ist nach all dem und im Unterschied zur bloßen Wertkompensation nach § 251 BGB weder der Abschreibungswert noch der Preis, den der Geschädigte beim Verkauf des Unfallfahrzeugs in unbe-

schädigtem Zustand erzielt hätte (Zeit- oder Veräußerungswert), sondern der - bei Fehlen eines funktionierenden Marktes unter Umständen höhere - Preis, den der Geschädigte beim Kauf eines gleichwertigen Fahrzeugs aufwenden müsste.“

## 2. Ersatz der zur Schadensbeseitigung veranlassenen oder erforderlichen Aufwendungen

### a) Sachschaden am Fahrzeug

Soweit die Schadensbeseitigung nach den vorrangigen Grundsätzen der Naturalrestitution erfolgt (dazu oben I. 2. a)), darf der Geschädigte grundsätzlich jenen Weg einschlagen, der aus seiner Sicht seinen Interessen am besten dient. Denn Ziel des Schadenersatzrechts ist es, denjenigen Zustand wiederherzustellen, der wirtschaftlich gesehen der hypothetischen Lage ohne das Schadensereignis entspricht.<sup>42</sup> Bei der **Reparatur** des Unfallfahrzeugs einerseits und der Anschaffung eines „gleichwertigen“ **Ersatzfahrzeugs** andererseits handelt es sich deshalb um **rechtlich gleichwertige Methoden der Schadensbeseitigung** bzw. der Schadensberechnung.<sup>43</sup>

Ob bei der Ausübung der Ersetzungsbefugnis nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB (dazu oben I. 2. a)) der zur Herstellung des früheren Zustands erforderliche Geldbetrag auf Ersatzbeschaffungs- oder auf Reparaturkostenbasis berechnet wird, betrifft lediglich die **Abrechnungsmodalität**. Nur um eine solche handelt es sich auch bei der Frage, ob fiktiv nach den Feststellungen eines Sachverständigen, also auf sog. Gutachtenbasis, oder konkret nach den tatsächlich aufgewendeten Kosten abgerechnet wird.

Allerdings dürfen diese beiden Abrechnungsarten nicht im Sinne eines „Rosinenpickens“ miteinander

<sup>42</sup> BGH, Urteil vom 7. Februar 2023 - VI ZR 137/22 - openJur 2023, 4229, juris Rn. 52; BGH, Urteil vom 13. Dezember 2022 - VI ZR 324/21 - NJW 2023, 1057, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 17. Dezember 2019 - VI ZR 315/18 - NJW 2020, 1001, juris Rn. 14.

<sup>43</sup> vgl. BGH, Urteil vom 12. Oktober 2021 - VI ZR 513/19 - NJW 2022, 543, juris Rn. 16 f.; BGH, Urteil vom 17. Oktober 2006 - VI ZR 249/05 - BGHZ 169, 263, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 77/06 - NJW 2007, 588, juris Rn. 9.

vermengt werden (sog. **Kombinationsverbot**). Alternative Berechnungsweisen - und die Wahl des jeweils günstigeren Weges - sind aber selbst innerhalb eines gerichtlichen Verfahrens möglich (dazu unten II. 2. a) aa) (2.1)).<sup>44</sup> Dieses Kombinationsverbot betrifft nicht nur die eigentlichen Reparatur- und Wiederbeschaffungskosten, sondern umfasst alle Folgeschäden. Ein Geschädigter, der auf der Basis der fiktiven Kosten abrechnet, kann deshalb beispielsweise den Ersatz von Mietwagenkosten oder eine Nutzungsentschädigung (dazu unten II. 2. d) und e)) nur für die Dauer einer fiktiv (üblicherweise) notwendigen Schadensbeseitigung verlangen, nicht aber für einen tatsächlich eingetretenen längeren Entzug der Nutzungsmöglichkeit.<sup>45</sup> Auch bei den Überführungskosten (dazu unten II. 2. f)) und bei den Kosten der Ersatzbeschaffung (dazu unten II. 2. k)) muss sich der Geschädigte für einen einheitlichen Weg der Schadensberechnung entscheiden.<sup>46</sup>

Als der rechtlichen Gleichwertigkeit, der zur Schadensbeseitigung in Betracht kommenden Methoden folgt allerdings nicht, dass dem Geschädigten ein nach Belieben ausübbares Wahlrecht zustünde.<sup>47</sup> Vielmehr hat der Geschädigte grundsätzlich diejenige Form der Schadensbeseitigung zu wählen, die den geringeren Aufwand erfordert. Durch dieses **Zusammenwirken von Wirtschaftlichkeitsgebot und Kombinationsverbot** soll verhindert werden, dass sich der Geschädigte unter Missachtung des schadensrechtlichen **Bereicherungsverbots** die ihm vorteilhaften einzelnen Elemente der jeweiligen Berechnungsart aus sucht und damit insgesamt betrachtet aus dem Schadensereignis einen Gewinn ziehen kann. Zudem kann nur so die innere Kohärenz der jeweiligen Berech-

nungsmethoden sichergestellt werden.<sup>48</sup>

### aa) Reparaturkosten

#### (1) Ersatz tatsächlich angefallener Reparaturkosten

##### (1.1) Reparaturkosten übersteigen den Wiederbeschaffungswert nicht

Lässt der Geschädigte das Fahrzeug tatsächlich reparieren, kann er Ersatz der Reparaturkosten verlangen, soweit diese den Wiederbeschaffungswert nicht übersteigen.<sup>49</sup> **Hierbei ist unerheblich, ob der Geschädigte ein Integritätsinteresse besitzt oder nicht. Deshalb kann er eine solche Methode der Schadensberechnung selbst dann wählen, wenn er das Fahrzeug nach Durchführung der Reparatur nicht mehr selbst nutzt, sondern veräußert.**<sup>50</sup>

##### (1.2) Reparaturkosten übersteigen den Wiederbeschaffungswert

Übersteigen die Kosten einer Reparatur den Wiederbeschaffungswert, sind hingegen die für die Reparatur entstandenen Aufwendungen grundsätzlich nicht erstattungsfähig. In einem solchen Fall ist das Kraftfahrzeug nicht mehr reparaturwürdig ist, so dass der Geschädigte vom Schädiger grundsätzlich nur den Ersatz der **Wiederbeschaffungskosten, also den Wiederbeschaffungswert abzüglich des Restwerts**, verlangen kann.<sup>51</sup>

#### (1.2.1) Grundsatz

Das § 249 BGB, korrespondierend Art. 408 ZGB, immanente Wirtschaftlichkeitsgebot beschränkt die Erstattungsfähigkeit von Reparaturkosten mithin stärker als die der Naturalrestitution durch § 251 Abs. 2 BGB, korrespondierend Art. 409 ZGB, generell gesetz-

<sup>44</sup> vgl. BGH, Urteil vom 5. April 2022 - VI ZR 7/21 - NJW 2022, 1884, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 12. Oktober 2021 - VI ZR 513/19 - NJW 2022, 543, juris Rn. 18; BGH, Urteil vom 2. Oktober 2018 - VI ZR 40/18 - NJW-RR 2019, 144, juris Rn. 7; BGH, Urteil vom 17. Oktober 2006 - VI ZR 249/05 - BGHZ 169, 263, juris Rn. 15.

<sup>45</sup> LG Saarbrücken, Urteil vom 15. Mai 2015 - 13 S 12/15 - NJW-RR 2015, 143, juris Rn. 28.

<sup>46</sup> BGH, Urteil vom 30. Mai 2006 - VI ZR 174/05 - NJW 2006, 2320, juris Rn. 11.

<sup>47</sup> BGH, Urteil vom 17. Oktober 2006 - VI ZR 249/05 - BGHZ 169, 263, juris Rn. 14.

<sup>48</sup> vgl. BGH, Urteil vom 5. April 2022 - VI ZR 7/21 - NJW 2022, 1884, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 12. Oktober 2021 - VI ZR 513/19 - NJW 2022, 543, juris Rn. 18.

<sup>49</sup> BGH, Urteil vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 77/06 - NJW 2007, 588, juris Rn. 9. f.

<sup>50</sup> BGH, Urteil vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 77/06 - NJW 2007, 588, juris Rn. 9 f.

<sup>51</sup> BGH, Urteil vom 17. Oktober 2006 - VI ZR 249/05 - BGHZ 169, 263, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 30. November 1999 - VI ZR 219/98 - BGHZ 143, 189, juris Rn. 22.



te Schranke der Unverhältnismäßigkeit. Zu dieser Abgrenzungsproblematik führt der Bundesgerichtshof u.a. aus:<sup>52</sup>

„a) Der Geschädigte, der es nach einem Sachschaden selbst in die Hand nimmt, den früheren Zustand herzustellen, ist gemäß § 249 Satz 2 BGB (Hinweis: Die Entscheidung betrifft die frühere gesetzliche Fassung von § 249 BGB; inhaltlich beziehen sich die Ausführungen auf § 249 Abs. 2 BGB der jetzigen Fassung) berechtigt, vom Schädiger den dazu erforderlichen Geldbetrag zu verlangen. Der Schädiger kann ihn nur dann auf eine Entschädigung in Geld für den erlittenen Wertverlust verweisen, wenn und soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung nicht genügend ist (§ 251 Abs. 1 BGB) oder unverhältnismäßige Aufwendungen erfordert (§ 251 Abs. 2 Satz 1 BGB). Erst die Unverhältnismäßigkeit bildet also bei möglicher Naturalrestitution die Grenze, ab welcher der Ersatzanspruch des Geschädigten sich nicht mehr auf Herstellung (Naturalrestitution), sondern allein noch auf Wertausgleich des Verlustes in der Vermögensbilanz (Kompensation) richtet. Insoweit hat Naturalrestitution Vorrang vor Kompensation.

b) Aus diesem System des Schadensrechts kann allerdings nicht hergeleitet werden, daß bei der Beschädigung eines Kraftfahrzeugs der Geschädigte sein Fahrzeug stets mit einem Aufwand bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit auf Kosten des Schädigers reparieren lassen dürfe. Der Vergleich zwischen den Restitutionskosten und dem bloßen Wert der beschädigten Sache als Posten in der Vermögensbilanz des Geschädigten ist nach § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB zwar von Bedeutung für die obere Grenze, bis zu welcher der Schädiger dem Geschädigten die Kosten für eine Herstellung abzunehmen hat (...). Bei der Beantwortung der hier entscheidungserheblichen Frage, ob und ggf. mit welchem höheren Aufwand der Geschädigte sein Fahrzeug zu Lasten des Schädigers reparieren lassen darf, wenn er sich mit geringeren Kosten ein gleichwertiges Ersatzfahrzeug beschaffen kann, geht es jedoch, wie sogleich näher auszuführen sein wird, nicht um die Schnittlinie zwischen Restitution und

Kompensation. Deshalb bildet hier auch nicht erst die Unverhältnismäßigkeit in dem von § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB verlangten Vergleich die Schranke für den Reparaturaufwand; dessen Grenze wird bereits durch das Ziel der Herstellung in § 249 Satz 1 BGB und die Erforderlichkeit in § 249 Satz 2 BGB (Hinweis: jetzt § 249 Abs. 1 BGB und § 249 Abs. 2 BGB) gezogen.“

### (1.2.2) 130%-Grenze

Das Wirtschaftlichkeitsgebot erfährt aber nach ständiger Rechtsprechung zum Schutz des Integritätsinteresses des Geschädigten eine Modifikation dahin, dass **der Geschädigte tatsächlich angefallene Reparaturkosten bis zu einem Betrag, der 30 % über dem Wiederbeschaffungswert liegt, vom Schädiger ersetzt verlangen kann.**<sup>53</sup>

#### (1.2.2.1) Spezifischer Schutz des Integritätsinteresses

Mit diesem spezifischen Schutz des Integritätsinteresses wird dem Umstand Rechnung getragen, dass ein Kraftfahrzeug vom Geschädigten typischerweise nicht als ein beliebig austauschbares Wirtschaftsgut verstanden wird, dessen Wert sich für ihn rein vermögensmäßig vermittelt.

Zum einen ist jedes Kraftfahrzeug in irgendeiner Weise individuell und mehr oder weniger stark nach den persönlichen Vorstellungen des Nutzers erworben. Zum andern entsteht ein spezifischer Bezug dadurch, dass jedes Kraftfahrzeug seine Eigenheiten - im Guten wie im Schlechten - hat, auf die sich der Geschädigte bzw. der Nutzer eingestellt haben und mit denen sie umgehen können. Dies führt dazu, dass eine bilanziell betrachtet gleichwertige Ersatzbeschaffung vom Geschädigten nicht ohne Weiteres als für ihn gleichwertig empfunden wird, da ihm bzw. dem Nutzer das Ersatzfahrzeug zunächst „fremd“ ist.

Diese Gesichtspunkte gebieten, das Integritätsinteresse besonders zu schützen und es in einen angemessenen Ausgleich mit dem Wirtschaftlichkeitsge-

<sup>52</sup> Auszug aus BGH, Urteil vom 15. Oktober 1991 - VI ZR 314/90 - BGHZ 115, 364, juris Rn. 9 f.; Zitate sind weggelassen.

<sup>53</sup> BGH, Urteil vom 16. November 2021 - VI ZR 100/20 - NJW 2022, 539, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 2. Juni 2015 - VI ZR 387/14 - NJW 2015, 2958, juris Rn. 6; BGH, Beschluss vom 18. November 2008 - VI ZB 22/08 - BGHZ 178, 338, juris Rn. 12 ff.

bot zu bringen. Diesen Ausgleich nimmt die Rechtsprechung dahin vor, dass das Integritätsinteresse überwiegt, wenn die Kosten einer fachgerechten Reparatur maximal 130% des Wiederbeschaffungswerts betragen.<sup>54</sup> Die Bemessung dieser Grenze ist in der Rechtsprechung fest etabliert, aber betragsmäßig eher pauschal „gegriffen“.<sup>55</sup> Der Richtwert von 130% kann im Einzelfall zwar über- oder unterschritten werden,<sup>56</sup> wird aber in der gerichtlichen Praxis nahezu stets konsequent angewandt.

Diesen besonderen Schutz genießt das **Integritätsinteresse** jedoch nur, wenn es **tatsächlich besteht und verwirklicht wird**. Dies erfordert zum einen, dass das Fahrzeug fachgerecht repariert, also gegenständlich in seinen früheren Zustand versetzt wird.<sup>57</sup> Zum andern setzt eine Schadensberechnung auf dieser Basis voraus, dass der Geschädigte den Willen hat, das Fahrzeug nach der Reparatur weiter zu nutzen.<sup>58</sup> Da Feststellungen zu einem solchen Willen häufig schwierig sind, hat die Rechtsprechung eine Beweisregel dahin entwickelt, dass im Regelfall ein der Reparatur nachfolgender Nutzungszeitraum von sechs Monaten erforderlich, aber zugleich ausreichend ist, um ein nachhaltiges Integritätsinteresse zu belegen (sog. **Haltefrist**).<sup>59</sup> Die Wahrung dieser sechsmonatigen Haltefrist ist aber ein bloßes Indiz für das Vorliegen eines Integritätsinteresses,<sup>60</sup> also keine Voraus-

setzung für die Fälligkeit des den Wiederbeschaffungswert übersteigenden Teils der Reparaturkosten.<sup>61</sup>

Die Rechtsprechung zur § 130%-Grenze ist für Kraftfahrzeuge entwickelt worden, wird aber inzwischen in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung teilweise auf Fahrräder erstreckt.<sup>62</sup>

### (1.2.2.2) Berechnungsweise

Von erheblicher praktischer Auswirkung ist, dass bei der Berechnung des Wiederbeschaffungswerts **der Restwert des beschädigten Fahrzeugs nicht zu berücksichtigen** ist. Dieser stellt bei einer tatsächlich erfolgten Reparatur lediglich einen hypothetischen Rechnungsposten dar, den der Geschädigte nicht realisiert und der sich daher in der Schadensbilanz nicht niederschlagen darf.<sup>63</sup> Gegen eine Berücksichtigung des Restwerts spricht zudem, dass dieser im Regelfall mit von den Reparaturkosten abhängig ist. Hingegen ist ein nach der Reparatur etwa verbleibender **merkantiler Minderwert** (dazu unten II. 2. g)) bei der Ermittlung der 130%-Grenze zu berücksichtigen, so dass die Reparaturkosten zuzüglich eines merkantilen Minderwerts maximal 30 % über dem Wiederbeschaffungswert liegen dürfen.<sup>64</sup>

Überschreiten die Reparaturkosten die 130%-Grenze, kann der Geschädigte vom Schädiger selbst bei einer tatsächlich von ihm durchgeführten Repara-

<sup>54</sup> BGH, Urteil vom 16. November 2021 - VI ZR 100/20 - NJW 2022, 539, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 9. Juni 2009 - VI ZR 110/08 - BGHZ 181, 242, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 15. November 2011 - VI ZR 30/11 - VersR 2012, 75, juris Rn. 5.

<sup>55</sup> so auch BGH, Urteil vom 15. Oktober 1991 - VI ZR 314/90 - BGHZ 115, 364, juris Rn. 19.

<sup>56</sup> BGH, Urteil vom 15. Oktober 1991 - VI ZR 314/90 - BGHZ 115, 364, juris Rn. 19.

<sup>57</sup> BGH, Urteil vom 16. November 2021 - VI ZR 100/20 - NJW 2022, 539, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 9. Juni 2009 - VI ZR 110/08 - BGHZ 181, 242, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 15. November 2011 - VI ZR 30/11 - VersR 2012, 75, juris Rn. 5.

<sup>58</sup> BGH, Urteil vom 16. November 2021 - VI ZR 100/20 - NJW 2022, 539, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 9. Juni 2009 - VI ZR 110/08 - BGHZ 181, 242, juris Rn. 15; BGH, Beschluss vom 18. November 2008 - VI ZB 22/08 - BGHZ 178, 338, juris Rn. 12.

<sup>59</sup> BGH, Urteil vom 23. November 2010 - VI ZR 35/10 - NJW 2011, 667, juris Rn. 7; BGH, Beschluss vom 18. November 2008 - VI ZB 22/08 - BGHZ 178, 338, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 23. Mai 2006 - VI ZR 192/05 - BGHZ 168, 43, juris Rn. 11.

<sup>60</sup> BGH, Beschluss vom 18. November 2008 - VI ZB 22/08 - BGHZ

178, 338, juris Rn. 14.

<sup>61</sup> BGH, Beschluss vom 18. November 2008 - VI ZB 22/08 - BGHZ 178, 338, juris Rn. 13; BGH, Beschluss vom 26. Mai 2009 - VI ZB 71/08 - RuS 2009, 434, juris Rn. 5; insoweit allerdings in einer die dortige Entscheidung nicht tragenden Passage wohl abweichend: BGH, Urteil vom 23. November 2010 - VI ZR 35/10 - NJW 2011, 667, juris Rn. 8 f.

<sup>62</sup> OLG München, Urteil vom 16. November 2018 - 10 U 1885/18 - MDR 2019, 286, juris Rn. 8; AG Berlin-Mitte, Urteil vom 4. September 2006 - 105 C 3504/05 - juris Rn. 3.

<sup>63</sup> BGH, Urteil vom 2. Juni 2015 - VI ZR 387/14 - NJW 2015, 2958, juris Rn. 7; BGH, Urteil vom 15. Oktober 1991 - VI ZR 314/90 - BGHZ 115, 364, juris Rn. 18; BGH, Urteil vom 29. April 2003 - VI ZR 393/02 - BGHZ 154, 395, juris Rn. 13; BGH, Beschluss vom 18. November 2008 - VI ZB 22/08 - BGHZ 178, 338, juris Rn. 11 f.

<sup>64</sup> BGH, Urteil vom 16. November 2021 - VI ZR 100/20 - NJW 2022, 539, juris Rn. 7; BGH, Urteil vom 2. Juni 2015 - VI ZR 387/14 - NJW 2015, 2958, juris Rn. 6.

tur grundsätzlich nur den Ersatz des Wiederbeschaffungsaufwands, also den Wiederbeschaffungswert abzüglich des Restwerts, verlangen. Die Reparaturkosten können dann nicht in einen vom Schädiger auszugleichenden Teilbetrag von 130% des Wiederbeschaffungswerts und einen vom Geschädigten selbst zu tragenden überschießenden Betrag aufgespalten werden.<sup>65</sup>

### **(1.2.2.3) Prognoserisiko**

Überlagert werden diese Prinzipien allerdings von den dargelegten Grundsätzen der subjektbezogenen Schadensbetrachtung (dazu oben II. 1. a)).

Deshalb kann die 130%-Grenze überschritten werden, wenn der Geschädigte auf der Grundlage eines entsprechenden Gutachtens den Weg einer Reparatur mit einem vermeintlich 130% des Wiederbeschaffungswerts nicht übersteigenden Aufwand wählt und die Reparatur teurer wird, ohne dass den Geschädigten hieran ein (Auswahl-) Verschulden zur Last fällt.<sup>66</sup> Spiegelbildlich hierzu kann der Geschädigte die Reparaturkosten vollständig ersetzt verlangen, wenn deren Kosten zwar vom Sachverständigen mit mehr als 130% des Wiederbeschaffungswerts ermittelt wurden, es dem Geschädigten aber tatsächlich gelungen ist, eine vollständige und fachgerechte Reparatur in einem Bereich innerhalb der 130%-Grenze durchführen zu lassen.<sup>67</sup>

### **(1.2.3) Verbleibender Anwendungsbereich der Schwelle der Unverhältnismäßigkeit**

Dies besagt allerdings nicht, dass damit bei einem innerhalb der 130%-Grenze liegenden Reparaturaufwand die Schwelle der Unverhältnismäßigkeit (§ 251 Abs. 2 BGB, korrespondierend Art. 409 ZGB) ohne jeden Belang wäre.

Wegen der typisierenden Betrachtung dieser Be-

<sup>65</sup> BGH, Urteil vom 16. November 2021 - VI ZR 100/20 - NJW 2022, 539, juris Rn. 7; BGH, Urteil vom 2. Juni 2015 - VI ZR 387/14 - NJW 2015, 2958, juris Rn. 7.

<sup>66</sup> BGH, Urteil vom 16. November 2021 - VI ZR 100/20 - NJW 2022, 539, juris Rn. 7; BGH, Urteil vom 15. Oktober 1991 - VI ZR 314/90 - BGHZ 115, 364, juris Rn. 15.

<sup>67</sup> BGH, Urteil vom 16. November 2021 - VI ZR 100/20 - NJW 2022, 539, juris Rn. 10.

rechnungsweise kann es nämlich ausnahmsweise dazu kommen, dass die durch eine Reparatur insgesamt entstehenden Aufwendungen doch unverhältnismäßig werden, etwa weil sie mit atypisch hohen Nebenkosten verbunden sind (etwa: eine Reparatur dauert sehr lange und löst zusätzliche Mietwagenkosten erheblichen Umfangs aus) oder weil die bei diesem Berechnungsmodell unterbleibende Berücksichtigung des Restwerts (dazu oben II. 2. a) aa) (1.2.2.2)) im Einzelfall zu erheblichen Unterschieden zwischen den in Betracht kommenden Berechnungsweisen führt. Solche seltene Ausnahmesituationen führen aber nicht dazu, dass an Stelle einer Naturalrestitution gemäß § 251 Abs. 2 BGB eine Vermögenskompensation tritt. Vielmehr ist ihre Folge nur, dass dem Geschädigten innerhalb der im Rahmen der Naturalrestitution grundsätzlich zur Verfügung stehenden Vorgehensweisen nur die Ersatzbeschaffung verbleibt.<sup>68</sup>

Zudem kann es bei erheblich vorgeschädigten Fahrzeugen ausnahmsweise zu Situationen kommen, bei denen jede Form der Naturalrestitution unverhältnismäßig wird und daher von vornherein nur eine Kompensation des Vermögensnachteils, der dann durchaus „Null“ betragen kann, verbleibt (dazu unten II. 2. aa) (1.4)).

### **(1.3) Höhe der Reparaturkosten, prozessuale Darlegungslast**

#### **(1.3.1) Wahl des Reparaturbetriebes/Fachwerkstatt**

Bei den Reparaturkosten hat sich eine gefestigte Rechtsprechung dahin entwickelt, dass der Schädiger dem Geschädigten die Reparaturkosten grundsätzlich in vollem Umfang zu erstatten hat, wenn der Geschädigte das beschädigte Fahrzeug an eine Fachwerkstatt zur Instandsetzung übergeben hat.

##### **(1.3.1.1) Allgemeine Obliegenheiten**

Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der Geschädigte bei der Beauftragung und Überwachung der Reparaturwerkstatt wirtschaftlich vernünftig vor-

<sup>68</sup> vgl. BGH, Urteil vom 15. Oktober 1991 - VI ZR 314/90 - BGHZ 115, 364, juris Rn. 9 ff., insb. Rn. 14

gegangen ist, also den Interessen des Schädigers an einer Geringhaltung des Herstellungsaufwands Rechnung getragen hat.<sup>69</sup> Er ist jedoch nicht verpflichtet, eine Art Marktforschung zu betreiben, um die günstigste Fachwerkstatt ausfindig zu machen.<sup>70</sup>

Generell gelten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs folgende Prinzipien:<sup>71</sup>

*„Nach der Rechtsprechung besteht in der Regel ein Anspruch des Geschädigten auf Ersatz der in einer markengebundenen Fachwerkstatt anfallenden Reparaturkosten unabhängig davon, ob der Geschädigte das Fahrzeug tatsächlich voll, minderwertig oder überhaupt nicht reparieren lässt (st. Rspr., vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 7. Februar 2017 - VI ZR 182/16 - NJW 2017, 2183, juris Rn. 7). .... Begehrt er den Ersatz fiktiver Reparaturkosten, genügt es im Allgemeinen, dass er den Schaden auf der Grundlage eines von ihm eingeholten Sachverständigengutachtens berechnet, sofern das Gutachten hinreichend ausführlich ist und das Bemühen erkennen lässt, dem konkreten Schadensfall vom Standpunkt eines wirtschaftlich denkenden Betrachters gerecht zu werden (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2003 - VI ZR 398/02 - BGHZ 155, 1). Gleichwohl muss sich der Geschädigte, der mühelos eine ohne weiteres zugängliche günstigere und gleichwertige Reparaturmöglichkeit hat, unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht gemäß § 254 Abs. 2 BGB auf diese verweisen lassen (BGH, Urteil vom 29. April 2003 - VI ZR 398/02 - BGHZ 155, 1; BGH, Urteil vom 20. Oktober 2009 - VI ZR 53/09 - BGHZ 183, 2, juris Rn. 9; ...). So entspricht es der gefestigten Rechtsprechung des Senats, dass sich der Geschädigte auf die günstigere Reparatur in einer mühelos und ohne weiteres zugänglichen freien Fachwerkstatt verweisen lassen muss, wenn der*

*Schädiger darlegt und ggf. beweist, dass eine Reparatur in dieser Werkstatt vom Qualitätsstandard her der Reparatur in einer markengebundenen Fachwerkstatt entspricht, und wenn er ggf. vom Geschädigten aufgezeigte Umstände widerlegt, die diesem eine Reparatur außerhalb der markengebundenen Fachwerkstatt unzumutbar machen (BGH, Urteil vom 7. Februar 2017 - VI ZR 182/16 - NJW 2017, 2182, juris Rn. 7; BGH, Urteil vom 28. April 2015 - VI ZR 267/14 - VersR 2015, 861, juris Rn. 9 f.; BGH, Urteil vom 15. Juli 2014 - VI ZR 313/13 - NJW 2014, 3236, juris Rn. 8; ...).“*

In einer nachfolgenden Entscheidung hat der Bundesgerichtshof diese Ausführungen bekräftigt und betont, dass der Geschädigte auf eine günstigere Reparaturmöglichkeit in einer mühelos und ohne Weiteres zugänglichen freien Fachwerkstatt zu verweisen sei, soweit diese vom Qualitätsstandard her der Reparatur in einer markengebundenen Fachwerkstatt entspreche und auch ansonsten zumutbar sei.<sup>72</sup> In einem weiteren Urteil hat der Bundesgerichtshof diese Grundsätze dahin konkretisiert, dass eine Reparatur in einer freien Fachwerkstatt für den Geschädigten im Allgemeinen dann unzumutbar sei, wenn das beschädigte Fahrzeug im Unfallzeitpunkt nicht älter als drei Jahre war. Bei Fahrzeugen, die älter als drei Jahre sind, könne der Verweis auf eine technisch gleichwertige Reparaturmöglichkeit in einer freien Fachwerkstatt insbesondere dann unzumutbar sein, wenn der Geschädigte konkret darlegt, dass er sein Fahrzeug bisher stets in einer markengebundenen Fachwerkstatt hat warten und reparieren lassen. Bei einem über neun Jahre alten und nur verhältnismäßig leicht beschädigten Fahrzeug sei der Verweis auf eine freie Fachwerkstatt hingegen in der Regel selbst dann zumutbar, wenn zwar frühere Reparaturen in einer markengebundenen Fachwerkstatt durchgeführt worden seien, das Fahrzeug in dieser aber in den letzten Jahren vor dem Unfall nicht mehr gewartet worden sei.<sup>73</sup>

Auf einen eher als Bastlerwerkstatt ausgestalteten

<sup>69</sup> vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2022 - VI ZR 147/21 - NJW 2022, 2840, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 29. Oktober 1974 - VI ZR 42/73 - BGHZ 63, 182, juris Rn. 12.

<sup>70</sup> so für Sachverständigen: BGH, Urteil vom 5. Juni 2018 - VI ZR 171/16 NJW 2019, 430, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 11. Februar 2014 - VI ZR 225/13 - NJW 2014, 1947, juris Rn. 7; BGH, Urteil vom 23. Januar 2007 - VI ZR 67/06 - NJW 2007, 1450, juris Rn. 17.

<sup>71</sup> Auszug aus BGH, Urteil vom 25. September 2018 - VI ZR 65/18 - NJW 2019, 852, juris Rn. 6; Zitate leicht verändert.

<sup>72</sup> BGH, Urteil vom 18. Februar 2020 - VI ZR 115/19 - NJW 2020, 1795, juris Rn. 8.

<sup>73</sup> BGH, Urteil vom 7. Februar 2017 - VI ZR 182/16 - NJW 2017, 2182, juris Rn. 8 und 12.

„Hinterhof-Betrieb“ muss sich der Geschädigte hingegen selbst dann nicht verweisen lassen, wenn es sich um ein eher altes und ungepflegtes Fahrzeug handelt und/oder wenn sich der Geschädigte bei einem von ihm selbst zu tragenden Aufwand eines solchen Betriebs bedient hätte. Wie bereits erwähnt, muss sich der Geschädigte trotz der in treffenden Pflicht zu einer wirtschaftlich vernünftigen Schadensbehebung nicht immer so zu verhalten hat, als ob er den Schaden selbst tragen müsste.<sup>74</sup> Er darf daher der Fachgerechtigkeit der Reparatur, auch wegen der ansonsten bei der Verkehrssicherheit des Fahrzeugs ggf. drohenden Restrisiken, Vorrang vor einer Kostenersparnis einräumen; und zwar selbst dann, wenn er diese Risiken bei ihm selbst treffenden Kosten in Kauf genommen hätte.

### (1.3.1.2) Werkstattisiko

Ist der Geschädigte diesen Obliegenheiten nachgekommen, sind die angefallenen Reparaturkosten vom Schädiger selbst dann zu erstatten, wenn sie auf Grund einer unsachgemäßen oder unwirtschaftlichen Arbeitsweise der Reparaturwerkstatt unangemessen hoch sind. Das sog. Werkstattisiko verbleibt damit beim Schädiger.<sup>75</sup>

Vom Geschädigten wird in einer solchen Situation daher im Regelfall nicht gefordert, dass er einen Streit über die Angemessenheit der in Rechnung gestellten Reparaturkosten mit dem Inhaber der Werkstatt im eigenen Namen austrägt.<sup>76</sup> Es wäre unangebracht, ihm die Mühen und Risiken einer Auseinandersetzung aufzubürden, deren Ausgangspunkt in der Herbeiführung des Schadensfalles liegt. Hinzu kommt, dass ein derartiger Streit ggf. ein bis dahin bestehendes Vertrauensverhältnis zwischen dem Geschädigten und dem Inhaber des Reparaturbetriebs belasten könnte.

Begleitet der Geschädigte den Rechnungsbetrag trotz gewisser Zweifel an dessen Angemessenheit, hat er aber nach den Grundsätzen des Vorteilsausgleichs an den Schädiger bzw. an dessen Haftpflichtversicherer die ihm gegen den Inhaber der Reparaturwerkstatt etwa zustehenden Ansprüche abzutreten.<sup>77</sup> Dem Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherer bleibt es dann unbenommen, auf ihre prozessualen Risiken und mit ihren Mühen den streitigen Differenzbetrag zurückzuverlangen.

Um einerseits die verbleibenden Risiken des Geschädigten abzuwenden und andererseits den Schädiger vor objektiv überhöhten Kosten zu schützen, hat sich in Deutschland bei den Reparaturkosten folgende (hier verkürzt wiedergegebene) verbreitete Praxis der Schadensabwicklung entwickelt:

Angesichts der bestehenden Pflichtversicherung und des Direktanspruchs gegen den Haftpflichtversicherer erfolgt die Schadensabwicklung bei den Reparaturkosten (aber auch bei den anderen Schadensposten) weitgehend unmittelbar zwischen dem Geschädigten und dem Haftpflichtversicherer des Schädigers. Teilweise tritt der Geschädigte zudem seine Ansprüche gegen den Schädiger und dessen Haftpflichtversicherer an den Inhaber der Reparaturwerkstatt ab, so dass dieser faktisch den Schaden unmittelbar mit dem Haftpflichtversicherer abrechnet.<sup>78</sup> In der Regel wenden sich der Geschädigte bzw. der von diesem beauftragte Rechtsanwalt oder die Reparaturwerkstatt zudem (jedenfalls bei nicht nur geringfügigen Schäden) vor einer Vergabe des Reparaturauftrages an den Versicherer und legen entweder einen Kostenvoranschlag für die Reparatur oder, vor allem bei größeren Schäden (meist nach vorheriger Rücksprache mit dem Versicherer), ein Sachverständigen-gutachten vor. Der Versicherer prüft dann intern den

<sup>74</sup> BGH, Urteil vom 15. Oktober 1991 - VI ZR 314/90 - BGHZ 115, 364, juris Rn. 13.

<sup>75</sup> zum Ganzen: BGH, Urteil vom 26. April 2022 - VI ZR 147/21 - NJW 2022, 2840, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 16. November 2021 - VI ZR 100/20 - DAR 2022, 84, juris Rn. 7; BGH, Urteil vom 15. Oktober 2013 - VI ZR 528/12 - VersR 2013, 1590, juris Rn. 31

<sup>76</sup> BGH, Urteil vom 26. April 2022 - VI ZR 147/21 - NJW 2022, 2840, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 29. Oktober 1974 - VI ZR 42/73 - BGHZ 63, 182, juris Rn. 13.

<sup>77</sup> BGH, Urteil vom 26. April 2022 - VI ZR 147/21 - NJW 2022, 2840, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 29. Oktober 1974 - VI ZR 42/73 - BGHZ 63, 182, juris Rn. 13.

<sup>78</sup> Der Geschädigte selbst kann dann den Schadenersatzanspruch nur noch mit Ermächtigung des Inhabers des Reparaturbetriebs gemäß den Grundsätzen der gewillkürten Prozessstandschaft gerichtlich geltend machen: BGH, Urteil vom 26. April 2022 - VI ZR 147/21 - NJW 2022, 2840 - juris Rn. 6.

Kostenvoranschlag bzw. das Sachverständigengutachten und erteilt entweder eine „Reparaturfreigabe“ oder erhebt Einwendungen gegen die beabsichtigte Art der Schadensbeseitigung bzw. gegen die Höhe der veranschlagten Kosten.

Ein solches einvernehmliches Vorgehen bei der Schadensabwicklung ist grundsätzlich sinnvoll, weil es spätere Streitigkeiten über die Höhe der zu erstattenden Reparaturkosten und über die sachgerechte Reparatur des Unfallschadens vermeiden kann. Allerdings besteht keine Verpflichtung zur Einholung einer solchen „Reparaturfreigabe“, so dass hierdurch bei der Schadensbeseitigung eintretende Verzögerungen in der Risikosphäre des Geschädigten liegen, sofern der Versicherer nicht bittet, mit der Erteilung des Reparaturauftrages bis zur Prüfung des Kostenvoranschlags bzw. des Sachverständigengutachtens zuzuwarten.<sup>79</sup>

### (1.3.2) Anforderungen an Darlegungs- und Beweislast

Den Geschädigten trifft als Gläubiger des Anspruchs die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des erforderlichen Herstellungsaufwands (dazu oben II. 1. c)).<sup>80</sup>

Dieser Darlegungslast genügt der Geschädigte regelmäßig durch Vorlage einer (von ihm beglichenen) Rechnung des von ihm beauftragten Reparaturbetriebs. Ein einfaches Bestreiten reicht dann grundsätzlich nicht aus, um die Angemessenheit der geltend gemachten Schadenshöhe in Frage zu stellen.<sup>81</sup> Dies gilt umso mehr, als das Werkstatttrisiko den Schädiger trifft und damit nur jene Aufwendungen nicht zu erstatten sind, die selbst unter Berücksichtigung der

subjektbezogenen Schadensbetrachtung nicht zur Schadensbeseitigung erforderlich waren. An diesem Grundsatz ändert nichts, dass der Schadenersatzanspruch nicht auf den Ausgleich von Rechnungsbeträgen gerichtet ist,<sup>82</sup> sondern auf den Ersatz des erforderlichen Aufwandes.

Für dessen Bestimmung bilden nämlich als Folge der subjektbezogenen Schadensbetrachtung die tatsächlich erbrachte Zahlung des Geschädigten und die ihr zu Grunde liegende (ggf. konkludent getroffene) Preisvereinbarung mit dem Reparaturbetrieb, und damit auch die auf dieser Basis erstellte **Rechnung, einen Anhalt von indiziellem Charakter**. Will ein Schädiger die Erforderlichkeit dieses Aufwandes bestreiten, muss er deshalb substantiiert darlegen, weshalb der (dem Rechnungsbetrag entsprechende) tatsächlich erbrachte Aufwand unter Berücksichtigung der Umstände des Geschädigten und dessen möglicherweise beschränkten Erkenntnismöglichkeiten nicht erforderlich gewesen sein soll.<sup>83</sup> Bestreitet der Geschädigte - hieran gemessen - substantiiert die Erforderlichkeit der Reparaturmaßnahme oder deren Zusammenhang mit dem Schadensereignis, verbleibt die Darlegungs- und Beweislast für die Unfallursächlichkeit beim Geschädigten.<sup>84</sup>

Bestehen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass das Unfallereignis in einem **kollusiven Zusammenwirken** zwischen dem Geschädigten und dem Inhaber des Reparaturbetriebs genutzt wurde, um nicht unfallursächliche Vorschäden oder Abnutzungen beheben zu lassen, kommen dem Geschädigten die Vorteile der Rechtsprechung zum Werkstatttrisiko nicht zugute. Ihn trifft dann von vornherein uneingeschränkt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die vorgenommenen Reparaturmaßnahmen tatsächlich unfallbedingt

<sup>79</sup> vgl. etwa OLG Celle, Urteil vom 1. Dezember 2021 - 14 U 83/21 - NJW-RR 2022, 464, juris Rn. 8 und 10.

<sup>80</sup> BGH, Urteil vom 5. Juni 2018 - VI ZR 171/16 - NJW 2019, 430, juris 16; vgl. BGH, Urteil vom 26. Mai 2020 - VI ZR 321/19 - NJW 2021, 234, juris Rn 10; BGH, Urteil vom 9. April 2019 - VI ZR 89/18 - NJW 2021, 234, juris Rn. 26.

<sup>81</sup> BGH, Urteil vom 5. Juni 2018 - VI ZR 171/16 - NJW 2019, 430, juris 16; BGH, Urteil vom 24. Oktober 2017 - VI ZR 61/17 - NJW 2018, 693, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 19. Juli 2016 - VI ZR 491/15 - NJW 2016, 3363 Rn. 20; für Sachverständigenkosten.

<sup>82</sup> BGH, Urteil vom 7. Februar 2023 - VI ZR 137/22 - openJur 2023, 4229, juris Rn. 52; BGH, Urteil vom 26. April 2022 - VI ZR 147/21 - NJW 2022, 2840, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 17. Dezember 2019 - VI ZR 315/18 - NJW 2020, 1001, juris Rn. 14.

<sup>83</sup> BGH, Urteil vom 5. Juni 2018 - VI ZR 171/16 - NJW 2019, 430, juris 16; BGH, Urteil vom 24. Oktober 2017 - VI ZR 61/17 - NJW 2018, 693, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 19. Juli 2016 - VI ZR 491/15 - NJW 2016, 3363 Rn. 20; für Sachverständigenkosten.

<sup>84</sup> vgl. LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 29. Juli 2022 - 8 O 4151/21 - RuS 2023, 91, juris Rn. 38.

und objektiv erforderlich waren.<sup>85</sup>

Um die Vornahme nicht erforderlicher Reparaturarbeiten bereits in Vorfeld vermeiden bzw. erfolgte Manipulationen im Nachhinein erkennen zu können, ist der Schädiger ggf. berechtigt, das verunfallte Fahrzeug vor und ggf. auch nach der Reparatur durch einen von ihm beauftragten Sachverständigen **besichtigen zu lassen**. Dies setzt allerdings nach weit überwiegender Auffassung konkrete Anhaltspunkte dafür voraus, dass entweder das vom Geschädigten in Auftrag gegebene Gutachten Mängel aufweist oder dass es bei der Reparatur zu Auffälligkeiten gekommen sein kann,<sup>86</sup> etwa zu gewissen Diskrepanzen zwischen dem äußeren Schadensbild oder den Feststellungen im eingeholten Gutachten einerseits und den in Rechnung gestellten Reparaturarbeiten andererseits. Erst recht verbleibt die Beweislast hinsichtlich der Erforderlichkeit der ergriffenen Maßnahmen beim Geschädigten, wenn zusätzlich konkrete Anhaltspunkte für einen sog. fingierten oder manipulierten Verkehrsunfall bestehen.<sup>87</sup>

<sup>85</sup> vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 7. Juni 2004 - 16 U 195/03 - ZfSch 2005, 69, juris Rn. 26; LG Frankenthal, Urteil vom 9. Juni 2021 - 1 O 4/20 - VersR 2022, 574, juris Rn. 39.

<sup>86</sup> OLG Celle, Urteil vom 1. Dezember 2021 - 14 U 83/21 - NJW-RR 2022, 464, juris Rn. 9 f., mit umfassender Begründung; weiterhin: OLG Düsseldorf, Urteil vom 16. Oktober 2018 - 1 U 162/17 - juris Rn. 61; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Beschluss vom 29. Mai 2018 - 4 W 9/18 - NJW-RR 2018, 1043, juris Rn. 14; LG Potsdam, Urteil vom 3. März 2015 - 11 O 166714 - juris Rn. 47.

<sup>87</sup> OLG Frankfurt, Urteil vom 7. Juni 2004 - 16 U 195/03 - ZfSch 2005, 69, juris Rn. 26. Bei diesen fingierten Verkehrsunfällen provozieren die Beteiligten einen vermeintlich fremdverschuldeten Unfall mit geringer Verletzungsgefahr, etwa als Auffahrunfall durch Abbremsen, beim Spurwechsel auf mehrspurigen Straßen, in Parkhäusern oder auf Parkplätzen, um anschließend eine allenfalls oberflächliche Reparatur durchzuführen, aber die objektiv für eine fachgerechte Reparatur erforderlichen Kosten abzurechnen; vgl. zu den typischen Abläufen: Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 20. Februar 2023 - 7 U 170/22 - juris Rn. 20; OLG Hamm, Urteil vom 21. Oktober 2022 - I-7 U 96/21 - VersR 2023, 171, juris Rn. 10 ff.; OLG Hamm, Anerkenntnisurteil vom 12. Februar 2020 - 11 U 44/19 - juris Rn. 33 ff.; OLG Dresden, Urteil vom 23. Oktober 2018 - 4 U 187/18 - NJW-RR 2019, 230, juris Rn. 21; OLG Stuttgart, Beschluss vom 21. September 2018 - 10 U 137/18, juris Rn. 10.

#### (1.4) Reparaturkosten bei Vorschäden

Zur schadensrechtlichen Behandlung von nicht oder nicht fachgerecht reparierten Vorschäden gibt es in Deutschland eine kaum mehr überschaubare Vielzahl von instanzgerichtlichen Entscheidungen,<sup>88</sup> aber keine „Leitscheidung“ des Bundesgerichtshofs. Dies beruht letztlich darauf, dass die Schadensermittlung angesichts der in Deutschland durch § 287 ZPO eröffneten Schätzung eine tatrichterliche Komponente enthält, welche die revisionsrechtliche Prüfungskompetenz des Bundesgerichtshofs begrenzt. Im Kern geht es dabei um folgende Fragenkreise:

##### (1.4.1) Vorschäden an nicht unmittelbar vom Schadensereignis betroffenen Fahrzeugteilen

Rechtlich eher unproblematisch, und daher im Folgenden nicht weiter vertieft, sind jene Konstellationen, in denen zwischen dem Vorschaden und dem Unfallschaden keinerlei Bezug besteht. Bei derartigen Fallgestaltungen vermindert der Vorschaden allein den Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs<sup>89</sup> und wirkt sich daher, wie jeder andere wertbildende Umstand, lediglich als Bemessungskriterium bei der Ermittlung der 130%-Grenze bei einer Reparatur bzw. des Wiederbeschaffungswerts bei einer Ersatzbeschaffung (dazu unten II. 2. a) bb) (1.1)) aus. Als grundsätzlich geklärt erscheint zudem, dass sich nach den Grundsätzen des Vorteilsausgleichs (dazu unten II. 2. h) bb)) beantwortet, ob und ggf. in welchem Umfang sich auf die Höhe des Schadenersatzanspruchs auswirkt, dass im Zuge der Reparatur des Unfallschadens zwangsläufig Vorschäden an nicht unmittelbar vom streitgegenständlichen Schadensereignis betroffenen Fahrzeugteilen mit behoben werden müssen.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> Zusammenfassungen etwa bei: Hanseatisches Oberlandesgericht Bremen, Urteil vom 30. Juni 2021 - 1 U 90/19 - NJW-RR 2021, 1468, juris Rn. 19 ff., KG Berlin, Urteil vom 27. August 2015 - MDR 2015, 1128 - 22 U 152/14 - juris Rn. 33 ff.; Nußgel, ZfSch 2020, 490.

<sup>89</sup> vgl. dazu OLG Hamm, Beschluss vom 26. Mai 2021 - I-7 U 55/20 - MDR 2021, 1192, juris Rn. 16; OLG Hamm, Beschluss vom 16. Oktober 2019 - 31 U 115/19 - juris Rn. 1.

<sup>90</sup> OLG Stuttgart, Urteil vom 16. Februar 2023 - 2 U 226/21 - openJur 2023, 3947, juris Rn. 24 f.; OLG Hamm, Urteil vom 28.

## **(1.4.2) deckungsgleicher Vorschaden**

### **(1.4.2.1) Vortrags- und Beweislast**

Soweit ein Schädiger behauptet, dass die vom Streitgegenständlichen Unfallereignis betroffenen Fahrzeugteile an einem nicht oder nicht vollständig reparierten Vorschaden gelitten haben (sog. deckungsgleicher Vorschaden), verbleibt es nach der Rechtsprechung bei dem allgemeinen Grundsatz, dass der Geschädigte die Darlegungs- und Beweislast für die Höhe des unfallursächlichen Schadens trifft (dazu oben II .1. c)). Deshalb hat der Geschädigte darzutun, dass ein solcher Vorschaden nicht bestand bzw. den Wiederbeschaffungswert geringer reduziert hat als vom Schädiger behauptet.<sup>91</sup> An diese Darlegungs- und Beweislast, die auf eher schwer zu beweisende negative Tatsachen (das Nichtvorhandensein eines tatsächlichen Umstandes, hier eines Vorschadens)<sup>92</sup> gerichtet ist, sollten allerdings (entgegen gelegentlich zu beobachtender gerichtlicher Tendenzen) zumindest dann keinen überzogenen Anforderungen gestellt werden, wenn Hinweise auf gezielte Manipulationen nicht bestehen.<sup>93</sup>

### **(1.4.2.2) Vorrang der Naturalrestitution**

Zu der Schadensermittlung bei deckungsgleichen Vorschäden finden sich in gerichtlichen Entscheidungen gelegentlich Ausführungen, die in etwa dahin gehen, dass ein Schaden nicht entstehe, wenn ein Fahrzeugteil wegen eines Vorschadens bereits vor dem Streitgegenständlichen Schadensereignis wertlos ge-

wesen sei.<sup>94</sup> Ein solche Argumentation begegnet rechtsdogmatisch gewissen Bedenken. Zum einen stellt sie für die Schadensbetrachtung auf ein isoliertes Fahrzeugteil, also etwa eine demolierte Stoßstange, ab. Ein solches Fahrzeugteil ist aber in der Regel (von dem einen oder anderen Zubehör abgesehen) nicht gesondert eigentumsfähig, sondern wesentlicher Bestandteil des Fahrzeugs in seiner funktionalen Einheit. Beschädigt ist also rechtlich betrachtet das Fahrzeug, so dass bei der gesamten Schadensbetrachtung auf dieses abzustellen ist. Die Wiederbeschaffungswert eines Fachzeugs kann aber durchaus gemindert werden, wenn ein zwar völlig demoliertes (und damit isoliert betrachtet wertloses), aber noch funktionstaugliches Fahrzeugteil in Folge des Streitgegenständlichen Unfalls seine Funktionstauglichkeit verliert, etwa die zuvor total verbogene Stoßstange jetzt auf der Straße liegt. Zum anderen - und vor allem - ist eine solche Sicht rein bilanziell. Sie übergeht damit das schadensrechtliche Prinzip des Vorrangs der Naturalrestitution, das eine rein vermögensmäßige Betrachtung nur zulässt, wenn die Schadensbeseitigung mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden ist.

Rechtlich vorzugswürdig ist daher eine schadensrechtliche Betrachtung, welche die Problematik der Vorschäden allein an Hand der dargelegten allgemeinen Grundsätze, insbesondere der 130%-Grenze und der Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen (§ 251 Abs. 2 BGB) sowie den Prinzipien des Vorteilsausgleichs (dazu unten II. 2. h) bb)) bewältigt.<sup>95</sup>

## **(2) Ersatz fiktiver Reparaturkosten**

Bei einem reparaturwürdigen Fahrzeug kann der Geschädigte seinen Schaden bei einer Abrechnung auf Reparaturkostenbasis grundsätzlich sowohl an Hand der konkret angefallenen Reparaturkosten, als auch abstrakt auf Gutachtenbasis ermitteln.

Juni 2022 - I-7 U 45/21 - NJW 2023, 615, juris Rn. 8 f.

<sup>91</sup> BGH, Beschluss vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 377/18 - NJW 2020, 393, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 9. Juni 1992 - VI ZR 215/91 - NJW-RR 1992, 1214, juris Rn. 12 f.; OLG Celle, Urteil vom 1. März 2023 - 14 U 149/22 - juris Rn. 25.

<sup>92</sup> dazu Hagenlocher, Kommentar zu der georgischen Zivilprozessordnung, Tbilisi 2020, Art. 102 Abschnitt 3. b) aa) (3.1), [http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ\\_CivilProcedureCode\\_Commentary.pdf](http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ_CivilProcedureCode_Commentary.pdf).

<sup>93</sup> so auch: OLG Celle, Urteil vom 1. März 2023 - 14 U 149/22 - juris Rn. 26; OLG Hamm, Urteil vom 11. April 2022 - I-7 U 9/22 - NJW-RR 2022, 1336, juris Rn. 5; Übersicht über die deutsche Rechtsprechung bei: Hanseatisches Oberlandesgericht Bremen, Urteil vom 30. Juni 2021 - 1 U 90/19 - NJW-RR 2021, 1468, juris Rn. 19 ff.

<sup>94</sup> siehe etwa OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. März 2019 - 1 U 84/18 - juris Rn. 21.

<sup>95</sup> so im Kern auch die Berechnungsweise bei OLG Hamm, Beschluss vom 11. April 2022 - I-7 U 33/21 - NJW-RR 2022, 1616, juris Rn. 5.



### (2.1) Reparaturkosten übersteigen Wiederbeschaffungskosten nicht

Übersteigen die Reparaturkosten nicht die Wiederbeschaffungskosten, ist eine Abrechnung auf der **Gutachtenbasis** unabhängig davon möglich, ob der Geschädigte das Fahrzeug überhaupt nicht oder nur teilweise repariert, ob der den Schaden selbst beseitigt bzw. welche Dritten er zur Schadensbeseitigung beauftragt oder ob er sich ein Ersatzfahrzeug beschafft.<sup>96</sup> Er schuldet zudem keine Rechenschaft darüber, wofür er die auf einer Gutachtenbasis erlangten Schadenersatzzahlungen verwenden will oder verwendet hat.<sup>97</sup>

Die Abrechnung auf der Basis fiktiver Reparaturkosten hat der Art dieser Abrechnungsmethode gemäß stets **mit den Nettokosten** zu erfolgen.<sup>98</sup> Dies beruht darauf, dass die Mehrwertsteuer als Rechnungsposten des Schadenersatzanspruches nur zu berücksichtigen ist, wenn sie tatsächlich anfällt (§ 249 Abs. 2 Satz 2 BGB).

Hieran hat es angesichts der Konzeption dieser Berechnungsmethode, die auf einer Fiktion und nicht auf einer tatsächlichen Leistung beruht, selbst dann zu verbleiben, wenn die Reparatur durchgeführt wurde, für sie tatsächlich Mehrwertsteuer angefallen und der Geschädigte nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt ist.<sup>99</sup> Da es dem Geschädigten in Anbetracht des Kombinationsverbots verwehrt ist, die beiden Abrechnungsmodelle zu vermengen (dazu oben II. 2. a)), gilt dies selbst dann, wenn eine Teilreparatur durchgeführt wurde. Das heißt, dass der Geschädigte nicht den vorgenommenen Teil der Schadensbeseitigung

konkret, also einschließlich der angefallenen Mehrwertsteuer, und den nicht reparierten Schaden auf Gutachtenbasis abrechnen kann.<sup>100</sup>

Da für die Schadensbemessung auf den letztmöglichen Zeitpunkt abzustellen ist (dazu oben II. 1. b)), bleibt es dem Geschädigten aber unbenommen, innerhalb der durch das Verfahrensrecht und die Verjährungsregeln gezogenen Grenzen von der einen in die andere Berechnungsmethode zu wechseln und die ihm jeweils günstigere Berechnungsmethode zu wählen.<sup>101</sup>

### (2.2) Ermittlung der Höhe der fiktiven Reparaturkosten

Die praktischen Schwierigkeiten der Abrechnung auf der Basis von fiktiven Reparaturkosten liegen weniger in den rechtlichen Prinzipien als auf tatsächlicher Ebene, da die gesamte Berechnungsmethode auf prognostischen Einschätzungen - in der Praxis durch Sachverständige - beruht. Die damit verbundenen Unwägbarkeiten betreffen zum einen die Frage, welche tatsächlichen Maßnahmen erforderlich sind, um den Schaden vollständig zu beseitigen. Zum anderen gibt es bei den Kraftfahrzeug-Werkstätten, aber auch bei den Ersatzteilen, teils recht unterschiedliche Preisgestaltungen, so dass zwischen Geschädigtem und Schädiger streitträchtig ist, wie die fiktiven Kosten zu ermitteln sind.

Im Grundsatz gelten aber dieselben Kriterien, wie bei einer tatsächlich ausgeführten Reparatur (dazu oben II. 2. a) aa) (1.3)).

### (2.3) Fiktive Abrechnung bei tatsächlich günstiger durchgeführter Reparatur

Hat der Geschädigte die Reparatur in einem Fachbetrieb vollständig und fachgerecht durchführen lassen und liegen die hierfür aufgewandten Kosten unter den sich bei einer Abrechnung auf Gutachtenbasis ergebenden, beschränkt sich der erstattungsfähige Be-

<sup>96</sup> BGH, Urteil vom 5. April 2022 - VI ZR 7/21 - NJW 2022, 1884, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 12. Oktober 2021 - VI ZR 513/19 - NJW 2022, 543, juris Rn. 17; BGH, Urteil vom 17. September 2019 - VI ZR 396/18 - NJW 2020, 236, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 3. Dezember 2013 - VI ZR 24/13 - NJW 2014, 535, juris Rn. 9.

<sup>97</sup> BGH, Urteil vom 7. Februar 2023 - VI ZR 137/22 - openJur 2023, 4229, juris Rn. 41.

<sup>98</sup> BGH, Urteil vom 5. April 2022 - VI ZR 7/21 - NJW 2022, 1884, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 12. Oktober 2021 - VI ZR 513/19 - NJW 2022, 543, juris Rn. 20; BGH, Urteil vom 13. September 2016 - VI ZR 654/15 - NJW 2017, 1310, juris Rn. 11.

<sup>99</sup> BGH, Urteil vom 5. April 2022 - VI ZR 7/21 - NJW 2022, 1884, juris Rn. 13.

<sup>100</sup> BGH, Urteil vom 5. April 2022 - VI ZR 7/21 - NJW 2022, 1884, juris Rn. 13.

<sup>101</sup> BGH, Urteil vom 5. April 2022 - VI ZR 7/21 - NJW 2022, 1884, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 12. Oktober 2021 - VI ZR 513/19 - NJW 2022, 543, juris Rn. 20.

trag auf die tatsächlich angefallenen Bruttokosten. Dies heißt, dass dem Geschädigten zwar eine Abrechnung auf Gutachtenbasis nicht versagt wird, er aber bei dieser Berechnungsweise eine Kappungsgrenze hinnehmen muss:

Wie dargelegt, ist der Geschädigte gehalten, ihm mögliche und zumutbare Möglichkeiten einer atypisch günstigen, aber dennoch vollständigen und fachgerechten Reparatur zu nutzen. Erst recht muss deshalb der Schadenersatzbetrag entsprechend begrenzt werden, wenn der Geschädigte tatsächlich geringere Kosten aufgewandt hat, als im Gutachten des Sachverständigen prognostiziert.<sup>102</sup> Eine abweichende Betrachtung würde dazu führen, dass der Geschädigte an dem Schadensfall verdient, was dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot widerspräche.<sup>103</sup>

Deshalb beschränkt sich im Rahmen einer Abrechnung auf Gutachtenbasis der zur Wiederherstellung erforderliche Geldbetrag auf die tatsächlich angefallenen **Bruttokosten**. Wegen des Kombinationsverbots hat der Geschädigte in diesem Fall auch keinen Anspruch auf Zahlung des vom Sachverständigen angesetzten Nettobetrags zuzüglich der tatsächlich gezahlten Umsatzsteuer, soweit diese Summe die tatsächlich gezahlten Brutto-Reparaturkosten übersteigt.<sup>104</sup>

Dem Geschädigten soll allerdings nicht die prozessuale Verpflichtung obliegen, eine derartige von ihm wahrgenommene günstigere Reparaturmöglichkeit im Rechtsstreit vorzutragen.<sup>105</sup> Hierzu dürfte aber angesichts der allgemeinen Grundsätze zur sekundä-

ren Darlegungslast<sup>106</sup> eine gegenteilige Auffassung in Betracht kommen. Für eine solche sprechen zudem Gerechtigkeitsaspekte, da die von der überwiegenden Rechtsprechung vertretene Sicht letztlich dazu führt, dass ein Geschädigter die kostengünstige Reparatur verschweigen und damit den erzielten Gewinn (entgegen dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot) behalten darf, während bei dem überobligationsmäßig „ehrlichen“ Geschädigten der Vermögenszuwachs abgeschöpft wird. Diese Auffassung erscheint auch mit Blick darauf nicht übermäßig konsequent, dass einem Geschädigten andererseits (zu Recht) die Verpflichtung auferlegt wird, sowohl einen Sachverständigen als auch das Gericht über einen vorhandenen Vorschaden zu unterrichten.<sup>107</sup>

### bb) Ersatzbeschaffung

Eine Naturalrestitution im Sinne einer Wiederherstellung des bisherigen Zustandes (§ 249 Abs. 1 BGB, korrespondierend Art. 408 Nr. 1 ZGB) kommt bei Kraftfahrzeugen (und anderen vertretbaren Sachen) nicht nur durch eine - faktisch so gut wie nicht mögliche - Beschaffung eines gegenständlich identischen Fahrzeugs in Betracht. Vielmehr genügt eine **wirtschaftlich-funktionale Gleichwertigkeit** zwischen dem beschädigten und dem an seiner Stelle beschafften Fahrzeug.<sup>108</sup>

<sup>102</sup> BGH, Urteil vom 3. Dezember 2013 - VI ZR 24/13 - NJW 2014, 535, juris Rn. 11 f.

<sup>103</sup> BGH, Urteil vom 3. Dezember 2013 - VI ZR 24/13 - NJW 2014, 535, juris Rn. 11 f.; zum Bereicherungsverbot allgemein: BGH, Urteil vom 17. Januar 2023 - VI ZR 316/20 - MDR 2023, 494, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 5. April 2022 - VI ZR 7/21 - NJW 2022, 1884, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 29. April 2003 - VI ZR 393/02 - BGHZ 154, 395, juris Rn. 8.

<sup>104</sup> BGH, Urteil vom 3. Dezember 2013 - VI ZR 24/13 - NJW 2014, 535, juris Rn. 11 f.

<sup>105</sup> so ausdrücklich OLG München, Urteil vom 17. Dezember 2020 - 24 U 4397/20 - NJW-RR 2021, 340, juris Rn. 12 ff.; KG Berlin, Urteil vom 14. Dezember 2017 - 22 U 177/15, juris Rn. 9; wohl auch: BGH, Urteil vom 17. September 2019 - VI ZR 396/18 - NJW 2020, 236, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 12. Oktober 2021 - VI ZR 513/19 - NJW 2022, 543, juris Rn. 19.

<sup>106</sup> dazu Hagenlocher, Kommentar zu der georgischen Zivilprozessordnung, Tbilisi 2020, Art. 102 Abschnitt 2. b) aa) (3.2);

[http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ\\_CivilProcedureCode\\_Commentary.pdf](http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ_CivilProcedureCode_Commentary.pdf)

<sup>107</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 2. September 2022 I-26 U 67/22 - juris Rn. 9; OLG Frankfurt, Urteil vom 21. April 2020 - 8 U 33/19 - juris Rn. 37.

<sup>108</sup> BGH, Urteil vom 23. Mai 2017 - VI ZR 9/17 - NJW 2017, 2401, juris Rn. 6 ff., insb. Rn. 7; BGH, Urteil vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 77/06 - NJW 2007, 588, juris Rn. 9; Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 249 BGB (Stand: 22.02.2023) Rn. 78; so für Bauwerke: BGH, Urteil vom 25. Oktober 1996 - V ZR 158/95 - NJW 1997, 520, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 25. Juni 1992 - III ZR 101/91 - NJW 1992, 2884, juris Rn. 13; vgl. für ein Pferd: BGH, Urteil vom 9. November 2021 - VI ZR 87/20 - NJW-RR 2022, 401, juris Rn. 8.

## **(1) Abrechnung auf der Basis einer Beschaffung eines gleichwertigen Fahrzeugs**

Einem Geschädigten ist es grundsätzlich eröffnet, eine Naturalrestitution in der Form der Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs vorzunehmen und in Ausübung seiner Ersetzungsbefugnis aus § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB (dazu oben I. 2. a)) vom Schädiger Ersatz in Geld zu verlangen.<sup>109</sup>

### **(1.1) Berechnungsweisen**

Für die Bemessung dieses Geldanspruchs, der Naturalrestitution bleibt, stehen dem Geschädigten in gleicher Weise wie bei der Ermittlung der Reparaturkosten zwei Berechnungsmodelle zur Verfügung. Er kann zum einen den Schaden konkret ermitteln, also an Hand der Wiederbeschaffungskosten eines tatsächlich erworbenen wirtschaftlich-funktional gleichwertigen Fahrzeugs. Er kann sich aber auch einer abstrakten Berechnungsmethode auf der Basis der fiktiven Wiederbeschaffungskosten eines gleichwertigen Fahrzeugs bedienen, also auf Gutachtenbasis abrechnen.<sup>110</sup> Letzteres kommt darüber hinaus in Betracht, wenn sich der Geschädigte entschließt, eine Ersatzbeschaffung überhaupt nicht vorzunehmen oder den Schadensfall zu nutzen, um sich ein nicht gleichwertiges anderes Fahrzeug anzuschaffen.

### **(1.2) Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs und konkrete Abrechnung**

Beschafft sich der Geschädigte ein Ersatzfahrzeug, kann er den hierfür angefallenen Aufwand konkret abrechnen, sofern das Fahrzeug gleichwertig ist.

Dabei kommt es allein auf eine wirtschaftlich-funktionale Gleichwertigkeit der Ersatzbeschaffung an. Entscheidend ist zum einen, dass eine Schätzung

unter objektiven Wertmaßstäben eine **wirtschaftliche Gleichwertigkeit** ergibt. Auf bestimmte Ausstattungsmerkmale und Sonderfunktionen kommt es dabei grundsätzlich nur an, soweit diese auf dem Markt objektiv werterhöhend wirken. Zum anderen muss die Ersatzbeschaffung als Folge der subjektbezogenen Schadensbetrachtung das beschädigte Fahrzeug in seiner konkreten, ihm vom Geschädigten in objektiv nachvollziehbarer Weise zgedachten und wirtschaftlich relevanten Funktion ersetzen könne,<sup>111</sup> mithin eine **funktionale Gleichwertigkeit** bestehen. Dies ist beispielsweise nicht der Fall, wenn es sich bei dem verunfallten Fahrzeug um ein neuwertiges Mittelklassefahrzeug gehandelt hat, während die Ersatzbeschaffung mit einem (wenn auch wertmäßig gleichwertigen) eher alten Fahrzeug der Luxusklasse oder mit einem Sport-Cabrio erfolgt.

Fällt für eine solche (tatsächlich vorgenommene) Ersatzbeschaffung eines gleichwertigen Fahrzeugs **Mehrwertsteuer** an, ist diese zu ersetzen. Erfolgt die Ersatzbeschaffung, etwa beim Kauf von privat, ohne Umsatzsteuer, ist diese nicht fiktiv erstattungsfähig.<sup>112</sup>

### **(1.3) Abrechnung auf Basis einer konkreten Ersatzbeschaffung bei gebotener Reparatur**

Rechnet der Geschädigte auf der Basis einer tatsächlich erfolgten Ersatzbeschaffung ab, obwohl das Wirtschaftlichkeitsgebot eine Reparatur geboten hätte, ist gemäß den bereits dargelegten Grundsätzen sein Schadenersatzanspruch auf jenen Betrag beschränkt, der sich bei einer Reparatur ergäbe.<sup>113</sup> Soweit bei der Ersatzbeschaffung Mehrwertsteuer angefallen ist, kann er deren Erstattung nur in Höhe jenes Betrages verlangen, der bei Durchführung einer Reparatur entstanden wäre.<sup>114</sup>

<sup>109</sup> BGH, Urteil vom 23. Mai 2017 - VI ZR 9/17 - NJW 2017, 2401, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 15. Februar 2005 - VI ZR 70/04 - BGHZ 162, 161, juris Rn. 6 f.; BGH, Urteil vom 17. Oktober 2006 - BGH, Urteil vom 17. Oktober 2006 - VI ZR 249/05 - BGHZ 169, 263, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 9. November 2021 - VI ZR 87/20 - NJW-RR 2022, 401, juris Rn. 8, bei Tötung eines Pferdes.

<sup>110</sup> BGH, Urteil vom 23. Mai 2017 - VI ZR 9/17 - NJW 2017, 2401, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 12. Oktober 2021 - VI ZR 513/19 - NJW 2022, 543, juris Rn. 16 f.

<sup>111</sup> BGH, Urteil vom 23. Mai 2017 - VI ZR 9/17 - NJW 2017, 2401, juris Rn. 8.

<sup>112</sup> BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 - VI ZR 363/11 - NJW 2013, 1151, juris Rn. 16.

<sup>113</sup> BGH, Urteil vom 1. März 2005 - VI ZR 91/04 - BGHZ 162, 270, juris Rn 13; BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 - VI ZR 363/11 - NJW 2013, 1151, juris Rn. 12.

<sup>114</sup> BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 - VI ZR 363/11 - NJW 2013, 1151, juris Rn. 17.

#### (1.4) Berücksichtigung des Restwerts des verunfallten Fahrzeugs

Zudem muss bei einer derart konkreten Abrechnung stets der Restwert des verunfallten Fahrzeugs in die Schadensbilanz einbezogen, also schadensmindernd berücksichtigt werden. Insoweit wird auf die nachfolgenden Ausführungen zur Ermittlung des Restwerts bei einer Abrechnung der Ersatzbeschaffung auf Gutachtenbasis verwiesen.

#### (2) sog. Abrechnung auf Neuwagenbasis

In ähnlicher Weise wie bei der 130%-Grenze einer tatsächlich durchgeführten Reparatur (dazu oben II. 2. a) aa) (1.2.2.)) erfährt das Wirtschaftlichkeitsgebot nach ständiger Rechtsprechung eine gewisse Modifikation, wenn ein **Neuwagen** erheblich beschädigt wird und sich der Geschädigte für eine Ersatzbeschaffung durch einen anderen gleichwertigen Neuwagen entschließt. Die Kosten dieser Ersatzbeschaffung gelten selbst dann als „erforderlich“, wenn eine Reparatur wirtschaftlich günstiger wäre.

Der Grund hierfür liegt darin, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot in einer Wechselwirkung mit dem Integritätsinteresse des Geschädigten steht und es daher hinter diesem ausnahmsweise zurücktreten muss.<sup>115</sup> Wird ein fabrikneues Fahrzeug erheblich beschädigt und verliert es hierdurch selbst bei einer fachgerechten Reparatur den Charakter der Neuwertigkeit, kann der Geschädigte deshalb in den Grenzen des § 251 Abs. 2 BGB, der Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes, ausnahmsweise die im Vergleich zum Reparaturaufwand höheren Kosten für die Beschaffung eines Neuwagens beanspruchen.<sup>116</sup> Die Grenze für das Vorliegen eines solchen Neuwagens setzt die Rechtsprechung im Regelfall bei einer **Laufleistung bis 1.000 km** an.<sup>117</sup> Diese Schadenberechnungsweise ist dem Geschädigten allerdings - ihrem Zweck gemäß

- nur eröffnet, wenn er eine gleichwertige Ersatzbeschaffung durch ein Neufahrzeug tatsächlich vornimmt, mithin sein Integritätsinteresse verwirklicht.<sup>118</sup>

#### (3) Abrechnung einer fiktiven Ersatzbeschaffung auf Gutachtenbasis

##### (3.1) Händlerverkaufspreis als Bemessungsgrundlage

Bei Berechnung einer Ersatzbeschaffung auf Gutachtenbasis bemisst sich der Schaden nach dem **Wiederbeschaffungsaufwand, d.h. nach der Differenz zwischen dem Wiederbeschaffungswert des Unfallwagens in unbeschädigtem Zustand und dem Restwert des beschädigten Fahrzeugs**.<sup>119</sup> Hierbei wird jener Preis zu Grunde gelegt, den der Geschädigte nach den Verhältnissen auf dem Gebrauchtwagenmarkt aufbringen muss, um von einem seriösen Händler ein dem Unfallfahrzeug gleichwertiges Fahrzeug zu erwerben (sog. **Händlerverkaufspreis**).

##### (3.2) Restwert des verunfallten Fahrzeugs

In die Schadensbilanz ist anspruchsmindernd der Restwert des verunfallten Fahrzeugs einzustellen. Der Bundesgerichtshof führt hierzu aus:<sup>120</sup>

*„Nach ständiger Rechtsprechung ... kann der Geschädigte, der von der Ersetzungsbefugnis des § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB Gebrauch macht und den Schaden an seinem Fahrzeug nicht im Wege der Reparatur, sondern durch Beschaffung eines Ersatzfahrzeugs beheben will, nur den Wiederbeschaffungswert abzüglich des Restwerts, also den Wiederbeschaffungsaufwand ersetzt verlangen (BGH, Urteil vom 27. September 2016 - VI ZR 673/15, VersR 2017, 56 Rn. 8; BGH, Urteil vom 1. Juni 2010 - VI ZR 316/09, VersR 2010, 963 Rn. 6;...). Denn es ist zunächst nach sachgerech-*

<sup>115</sup> BGH, Urteil vom 9. Juni 2009 - VI ZR 110/08 - BGHZ 181, 242, juris Rn. 15.

<sup>116</sup> BGH, Urteil vom 9. Juni 2009 - VI ZR 110/08 - BGHZ 181, 242, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 4. März 1976 - VI ZR 14/75 - NJW 1976, 1202, juris Rn. 14 ff.

<sup>117</sup> BGH, Urteil vom 29. September 2020 - VI ZR 271/19 - NJW 2020, 3591, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 9. Juni 2009 - VI ZR 110/08 - BGHZ 181, 242, juris Rn. 18.

<sup>118</sup> BGH, Urteil vom 29. September 2020 - VI ZR 271/19 - NJW 2020, 3591, juris Rn. 8, BGH, Urteil vom 9. Juni 2009 - VI ZR 110/08 - BGHZ 181, 242, juris Rn. 26.

<sup>119</sup> BGH, Urteil vom 23. Mai 2017 - VI ZR 9/17 - NJW 2017, 2401, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 30. November 1999 - VI ZR 219/98 - BGHZ 143, 189, juris Rn. 22.

<sup>120</sup> Auszug aus BGH, Urteil vom 18. Juli 2017 - VI ZR 465/16 - NJW 2017, 3588, juris Rn. 9 (Zitate leicht verändert).

ten Kriterien festzustellen, in welcher Höhe dem Geschädigten angesichts des ihm verbliebenen Restwerts seines Fahrzeugs durch den Unfall überhaupt ein Vermögensnachteil erwachsen ist (...). Ob ein zu ersetzender Vermögensschaden vorliegt, ist nach der sogenannten Differenzhypothese grundsätzlich durch einen Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die sich ohne dieses Ereignis ergeben hätte, zu beurteilen (...). Unabhängig davon, wie der Geschädigte - was den Schädiger grundsätzlich nichts angeht ...) - nach dem Unfall mit dem Restwert verfährt, ist bei dem so gebotenen Vergleich der Vermögenslage vor und nach dem Unfall festzustellen, dass in Höhe des verbliebenen Restwerts kein Schaden entstanden ist (BGH, Urteil vom 7. Juni 2005 - VI ZR 192/04, BGHZ 163, 180, 185). Dies gilt auch im Fall eines wirtschaftlichen Totalschadens (BGH; Urteil vom 12. Juli 2005 - VI ZR 132/04, BGHZ 163, 362, 365; BGH, Urteil vom 30. November 1999 - VI ZR 219/98, BGHZ 143, 189, 193).“

Seinen Obliegenheiten bei der **Realisierung des Restwerts** genügt der Geschädigte, wenn er das verunfallte Fahrzeug zu einem Preis veräußert, den ein Sachverständiger anhand des regionalen Markts am Sitz des Geschädigten ermittelt.<sup>121</sup> Er ist grundsätzlich nicht verpflichtet, eine eigene Marktforschung zu betreiben, Angebote räumlich entfernter Kaufinteressenten einzuholen, den im Internet inzwischen etablierten Sondermarkt für Aufkäufer verunfallter Fahrzeuge zu analysieren oder dem Schädiger Gelegenheit zu geben, höhere Kaufangebote zu ermitteln.<sup>122</sup> Allerdings können besondere Umstände dem Geschädigten Veranlassung geben, günstigere Verwertungsmöglichkeiten wahrzunehmen; insbesondere wenn ihm der Schädiger solche Möglichkeiten konkret auf-

zeigt.<sup>123</sup>

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, der Geschädigte könne sich der Lästigkeit einer Verwertung des verunfallten Fahrzeugs entledigen, indem er es dem Schädiger zum Erwerb anbiete.<sup>124</sup> Die obergerichtliche Rechtsprechung hat diese (nicht fern liegenden) Überlegungen aber bislang nicht aufgegriffen.

### b) Beauftragung eines Sachverständigen

Um den seinen Interessen am besten entsprechenden Weg der Schadensbeseitigung einschlagen zu können, ist der Geschädigte grundsätzlich berechtigt, einen Gutachter seiner Wahl mit der Erstellung eines Schadensgutachtens zu beauftragen.<sup>125</sup> Erst mit den vom Sachverständigen gewonnenen tatsächlichen Erkenntnissen hat er im Regelfall eine hinreichende Grundlage für sein weiteres sachgerechtes Vorgehen bei der Schadensabwicklung. Hieran ändert sich nichts, wenn der Schädiger seinerseits einen Sachverständigen eingeschaltet hat; auf dessen Feststellungen muss sich der Geschädigte nicht verweisen lassen.<sup>126</sup>

Bei ohne Weiteres als solchen erkennbaren Bagatellschäden, deren Grenze bei etwa 800.- bis 1.000.-€ anzusiedeln ist,<sup>127</sup> ist der Geschädigte allerdings gehalten, sich mit einem günstigeren (im Falle einer späteren Beauftragung meist kostenlosen) Kostenvor-

<sup>121</sup> BGH, Urteil vom 14. April 2021 - IV ZR 105/20 – NJW-RR 2021, 75, juris Rn. 11.

<sup>122</sup> vgl. BGH, Urteil vom 14. April 2021 - IV ZR 105/20 - NJW-RR 2021, 75, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 25. Juni 2019 - VI ZR 358/18 - NJW 2019, 3139, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 27. September 2016 - VI ZR 673/15 - NJW 2017, 953, juris Rn. 8 ff.; BGH, Urteil vom 12. Juli 2005 - VI ZR 132/04 - BGHZ 163, 362, juris Rn 11 ff.

<sup>123</sup> BGH, Urteil vom 30. November 1999 - VI ZR 219/98 - BGHZ 143, 189, juris Rn. 24 ff.; BGH, Urteil vom 12. Juli 2005 - VI ZR 132/04 - BGHZ 163, 362, juris Rn 15.

<sup>124</sup> vgl. Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 249 BGB (Stand: 22.02.2023) Rn. 93; zur Problemlage: Lafontaine, ZfSch 2015, 125.

<sup>125</sup> BGH, Urteil vom 7. Februar 2023 - VI ZR 137/22 - openJur 2023, 4229, juris Rn. 52; BGH, Urteil vom 13. Dezember 2022 - VI ZR 324/21 - NJW 2023, 1057, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 17. Dezember 2019 - VI ZR 315/18 - NJW 2020, 1001, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 5. Juni 2018 - VI ZR 171/16 - NJW 2019, 430, juris Rn. 14.

<sup>126</sup> Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 249 BGB (Stand: 22.02.2023) Rn. 234.

<sup>127</sup> OLG Hamm, Urteil vom 28. Juni 2022 - I-7 U 45/21 - NJW 2023, 615, juris Rn. 12 ff.; Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 249 BGB (Stand: 22.02.2023) Rn. 235.

anschlag einer Fachwerkstatt zu begnügen.<sup>128</sup> Zudem kann bei eher moderaten Schäden die Einholung eines Gutachtens nicht erforderlich sein, wenn der Schädiger erklärt, dass er bereit ist, den Schaden auf der Grundlage eines Kostenvoranschlags der Fachwerkstatt zu regulieren.<sup>129</sup>

Für die Beauftragung des Sachverständigen, vor allem für die mit ihm vereinbarten Preise, gelten die bereits bei der Erteilung von Reparaturaufträgen dargelegten Vorgaben. Der Geschädigte ist demnach nicht verpflichtet, den ihm zugänglichen Markt zu erforschen, um einen möglichst preisgünstigen Sachverständigen ausfindig zu machen.<sup>130</sup> Ihm obliegt aber eine gewisse Plausibilitätskontrolle, um erkennbar deutlich überhöhte Preise zu vermeiden.<sup>131</sup>

### c) Rechtsverfolgungskosten

Zu den nach § 249 Abs. 1 BGB ersatzpflichtigen Aufwendungen des Geschädigten können die durch das Schadensereignis ausgelösten außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten zählen.<sup>132</sup>

Allerdings hat der Schädiger nicht schlechthin alle durch das Schadensereignis adäquat verursachten Rechtsanwaltskosten zu ersetzen, sondern nur solche, die aus Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren. Dabei ist gemäß dem Grundsatz der subjektbezogenen Schadensbetrachtung Rücksicht auf die spezielle

Situation des Geschädigten zu nehmen, wie etwa auf dessen Gewandtheit in geschäftlichen Dingen, auf dessen gesundheitliche Verfassung und auf dessen Ortsanwesenheit.<sup>133</sup> Insbesondere kommt es aber darauf an, ob die Haftung für den Schaden von vornherein nach Grund und Höhe derart klar ist, dass es zumindest für die erstmalige Geltendmachung des Schadens nicht erforderlich erscheint, einen Rechtsanwalt einzuschalten.<sup>134</sup> Handelt es sich hingegen nicht um einen eher einfach gelagerten Schadensfall, ist der Geschädigte, gleich ob Privatperson, Behörde oder Unternehmen, im Regelfall berechtigt, von vornherein einen Rechtsanwalt mit der Schadensabwicklung zu betrauen.<sup>135</sup> Dessen Einschaltung wird im Regelfall auch dann erforderlich, wenn der Schädiger nach einer vom Geschädigten selbst vorgenommenen ersten Schadensmeldung seine Eintrittspflicht dem Grunde oder der Höhe nach in Abrede stellt.

Diese Grundsätze sind entsprechend anwendbar, wenn der Geschädigte ein Inkassobüro einschaltet, um seinen Schadenersatzanspruch beim Schädiger beizutreiben.<sup>136</sup>

### d) Mietwagenkosten

Nach ständiger Rechtsprechung kann der Geschädigte vom Schädiger als erforderlichen Herstellungsaufwand grundsätzlich den Ersatz der für die Dauer der Schadensbeseitigung (Reparatur, Ersatzbeschaffung) angefallenen Mietwagenkosten verlangen. Voraussetzung hierfür ist, dass ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten die Anmietung eines Fahrzeugs für zweckmäßig und notwendig halten durfte.<sup>137</sup>

<sup>128</sup> BGH, Urteil vom 30. November 2004 - VI ZR 365/03 - NJW 2005, 356, juris Rn. 18; OLG Hamm, Urteil vom 28. Juni 2022 - I-7 U 45/21 - NJW 2023, 615, juris Rn. 13.

<sup>129</sup> vgl. OLG Hamm, Urteil vom 28. Juni 2022 - I-7 U 45/21 - NJW 2023, 615, juris Rn. 13; Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 249 BGB (Stand: 22.02.2023) Rn. 235.

<sup>130</sup> BGH, Urteil vom 7. Februar 2023 - VI ZR 137/22 - openJur 2023, 4229, juris Rn. 53, BGH, Urteil vom 13. Dezember 2022 - VI ZR 324/21 - NJW 2023, 1057, juris Rn. 11.

<sup>131</sup> BGH, Urteil vom 7. Februar 2023 - VI ZR 137/22 - openJur 2023, 4229, juris Rn. 53 f.; BGH, Urteil vom 13. Dezember 2022 - VI ZR 324/21 - NJW 2023, 1057, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 17. Dezember 2019 - VI ZR 315/18, NJW 2020, 1001, juris Rn. 15.

<sup>132</sup> BGH, Urteil vom 26. Mai 2020 - VI ZR 321/19 - NJW 2021, 234, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 29. Oktober 2019 - VI ZR 45/19 - NJW 2020, 144, juris Rn. 21; BGH, Urteil vom 11. Juli 2017 - VI ZR 90/17 - NJW 2017, 3527, juris Rn. 10.

<sup>133</sup> BGH, Urteil vom 29. Oktober 2019 - VI ZR 45/19 - NJW 2020, 144, juris Rn. 21; BGH, Urteil vom 11. Juli 2017 - VI ZR 90/17 - NJW 2017, 3527, juris Rn. 10.

<sup>134</sup> BGH, Urteil vom 29. Oktober 2019 - VI ZR 45/19 - NJW 2020, 144, juris Rn. 21.

<sup>135</sup> BGH, Urteil vom 29. Oktober 2019 - VI ZR 45/19 - NJW 2020, 144, juris Rn. 21.

<sup>136</sup> BGH, Urteil vom 10. Juni 2020 - VIII ZR 289/19 - ZIP 2020, 2068, juris Rn. 49.

<sup>137</sup> BGH, Urteil vom 12. Februar 2019 - VI ZR 141/18 - NJW 2019, 2538, juris Rn. 21; BGH, Urteil vom 26. April 2016 - VI ZR 563/15 - NJW 2016, 2402, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 - VI ZR 290/11 - NJW 2013, 1149, juris Rn. 13.

### aa) Wirtschaftlichkeitsgebot

Von mehreren auf dem örtlich relevanten Markt verfügbaren Mietwagentarifen sind (innerhalb eines gewissen Rahmens) nur die im günstigsten Bereich liegenden erforderlich, um die Mobilität in der bisherigen Weise wiederherzustellen.<sup>138</sup>

Der Geschädigte ist aber nicht gehalten, durch umfangreiche Recherchen den für ihn niedrigsten Tarif ausfindig zu machen. Erst recht angesichts des eher vielschichtigen (und nicht immer sehr transparenten) Tarifgefüges von Mietwagenunternehmen genügt es vielmehr, wenn der Geschädigte darlegt, dass es ihm in seiner konkreten Situation mit zumutbaren Anstrengungen nicht möglich gewesen wäre, einen wesentlich günstigeren Normaltarif erhalten zu können.<sup>139</sup> Dabei ist auch zu berücksichtigen, wie dringlich die Anmietung war und ob sich der Geschädigte in einer gewissen Notlage befunden hat.<sup>140</sup> Benennt der Schädiger (bzw. dessen Haftpflichtversicherer) eine besonders günstige Mietwagenkondition, ist der Geschädigte angesichts der ihn treffenden Schadensminderungspflicht grundsätzlich gehalten, diese Möglichkeit zu nutzen.<sup>141</sup> Des Weiteren ist nur die Anmietung eines vergleichbaren Wagentyps erforderlich.<sup>142</sup>

Bei einer geringen Fahrleistung kann die Anmietung eines Mietwagens unwirtschaftlich sein. Der Geschädigte ist dann ggf. auf eine pauschale Abrechnung nach den Grundsätzen der Nutzungsentschädi-

gung (dazu unten II. 2. e)) oder auf eine konkrete Abrechnung seines durch den Nutzungsausfall entstandenen Fahrt-Mehraufwands, etwa für Taxikosten, zu verweisen.<sup>143</sup>

Bei einer außergewöhnlich langen Dauer der Ersatzbeschaffung, etwa wegen einer langer Lieferzeit für das gekaufte Ersatzfahrzeug oder für ein zur Reparatur benötigtes Ersatzteil, kann es dem Geschädigten ausnahmsweise obliegen, für die Wartezeit kein Fahrzeug anzumieten, sondern ein anderes, kurzfristig verfügbares vergleichbares Fahrzeug als „Interimslösung“ zu erwerben.<sup>144</sup> Dies gilt allerdings im Regelfall nicht, wenn sich der Unfall während oder kurz vor Antritt einer längeren Reise ereignet hat und hierdurch faktisch ein Mietwagen weit länger genutzt werden muss, als für die eigentliche Reparatur erforderlich ist.<sup>145</sup>

### bb) Berechnungsfragen

In der gerichtlichen und anwaltlichen Praxis werden zur Ermittlung der erstattungsfähigen Mietwagenkosten als Orientierungshilfe häufig Listen und Tabellen herangezogen, in denen für jeden herkömmlichen Fahrzeugtyp die gleichwertigen Fahrzeugmodelle und deren üblichen Mietwagenkosten aufgeführt sind (etwa sog. „Schwacke-Mietpreisspiegel“ oder sog. „Fraunhofer-Liste“). Generelle Bedenken gegen eine Anwendung dieser Listen werden in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht erhoben, sofern keine Hinweise auf Mängel bei den Erhebungsgrundlagen dieser Listen vorhanden sind.<sup>146</sup>

Diese Tabellen und Listen ändern aber nichts daran, dass in gerichtlichen Verfahren nicht selten strei-

<sup>138</sup> BGH, Urteil vom 12. Februar 2019 - VI ZR 141/18 - NJW 2019, 2538, juris Rn. 21; BGH, Urteil vom 26. April 2016 - VI ZR 563/15 - NJW 2016, 2402, juris Rn. 6.

<sup>139</sup> BGH, Urteil vom 14. Oktober 2008 - VI ZR 210/07 - NJW-RR 2009, 318, juris Rn. 6.

<sup>140</sup> BGH, Urteil vom 5. März 2013 - VI ZR 245/11 - NJW 2013, 1870, juris Rn. 22; BGH, Urteil vom 14. Oktober 2008 - VI ZR 210/07 - NJW-RR 2009, 318, juris Rn. 6.

<sup>141</sup> BGH, Urteil vom 12. Februar 2019 - VI ZR 141/18 - NJW 2019, 2538, juris Rn. 21; BGH, Urteil vom 26. April 2016 - VI ZR 563/15 - NJW 2016, 2402, juris Rn. 7; BGH, Urteil vom 2. Februar 2010 - VI ZR 139/08 - NJW 2010, 1445, juris Rn. 12 und 18.

<sup>142</sup> BGH, Urteil vom 12. Februar 2019 - VI ZR 141/18 - NJW 2019, 2538, juris Rn. 21; BGH, Urteil vom 26. April 2016 - VI ZR 563/15 - NJW 2016, 2402, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 2. Juli 1985 - VI ZR 86/84 - NJW 1985, 2637, juris Rn. 18.

<sup>143</sup> BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 - VI ZR 290/11 - NJW 2013, 1149, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 10. März 2009 - VI ZR 211/08 - NJW 2009, 1663, juris Rn. 9.

<sup>144</sup> BGH, Urteil vom 14. April 2010 - VIII ZR 145/09 - NJW 2010, 2426, juris Rn. 32; Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 249 BGB (Stand: 22.02.2023) Rn. 180.

<sup>145</sup> BGH, Urteil vom 2. Juli 1985 - VI ZR 86/84 - NJW 1985, 2637, juris Rn. 9.

<sup>146</sup> im Einzelnen: BGH, Urteil vom 18. Dezember 2012 - VI ZR 316/11 - NJW 2013, 1539, juris Rn. 10; BGH, Versäumnisurteil vom 17. Mai 2011 - VI ZR 142/10 - NJW-RR 2011, 1109, juris Rn. 7 f.

tig ist, ob die konkret angefallenen Mietwagenkosten „erforderlich“ waren; und zwar nicht nur wegen der Höhe des vom Geschädigten gewählten Tarifs, sondern auch wegen von ihm gebuchter „Zusatzleistungen“, etwa für die Nutzung des Fahrzeugs durch mehrere Fahrer (Zusatzfahrerzuschlag),<sup>147</sup> für eine Vollkaskoversicherung des gemieteten Fahrzeugs<sup>148</sup> oder für dessen Ausstattung mit Winterreifen.<sup>149</sup>

Wegen der Anrechnung ersparter Eigenaufwendungen wird auf die Ausführungen unter II. 2. h) aa) verwiesen.

### cc) Zeitliche Grenzen

Der Anspruch auf Ersatz der Mietwagenkosten entfällt für jenen Zeitraum, um den sich die Schadensbeseitigung wegen einer Verletzung der den Geschädigten treffenden Obliegenheit zur zügigen Schadensbehebung (dazu unten II. 2. j)) verzögert.<sup>150</sup>

### dd) Leasingfahrzeug

Zur Geltendmachung des Ersatzes der Mietwagenkosten ist bei geleaseten Fahrzeugen der Leasingnehmer berechtigt. Dies folgt daraus, dass das Recht zur Nutzung des verunfallten Fahrzeugs nicht substanzwertbezogen ist, sondern dem berechtigten unmittelbaren Besitzer zusteht.<sup>151</sup>

<sup>147</sup> LG Wuppertal, Urteil vom 8. Juli 2021 - 9 S 41/21, juris Rn. 47 ff.

<sup>148</sup> dazu OLG Frankfurt, Beschluss vom 15. März 2021 - 7 U 214/20 - juris Rn. 23; OLG Dresden, Urteil vom 12. Juni 2020 - 4 U 2796/19 - juris Rn. 18; Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 249 BGB (Stand: 22.02.2023) Rn. 211; tendenziell wird diese als erstattungsfähig erachtet, da die Nutzung eines fremden und meist neuwertigen Mietwagens im Schadensfall ein erhöhtes wirtschaftliches Risiko mit sich bringt.

<sup>149</sup> dazu BGH, Urteil vom 5. März 2013 - VI ZR 245/11 - NJW 2013, 1870, juris Rn. 25; OLG Dresden, Urteil vom 12. Juni 2020 - 4 U 2796/19 - juris Rn. 19.

<sup>150</sup> für Nutzungsausfall: BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 - VI ZR 363/11 - NJW 2013, 1151, juris Rn. 22; allgemein BGH, Urteil vom 17. November 2020 - VI ZR 569/19 - NJW 2021, 694, juris Rn. 6 ff.

<sup>151</sup> vgl. im Einzelnen: BGH, Urteil vom 17. Januar 2023 - VI ZR 203/22 - VersR 2023, 468, juris Rn. 36; BGH, Urteil vom 24. Mai 2022 - VI ZR 1215/20 - NJW-RR 2022, 1386, juris Rn. 7; BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 481/17 - NJW 2019,

## e) Nutzungsausfall/Vorhaltekosten

### aa) privat genutzte Fahrzeuge

Der Geschädigte eines privat genutzten Kraftfahrzeugs, der für die Dauer der Reparatur oder Ersatzbeschaffung sein verletztes Nutzungsrecht nicht durch die Anmietung eines Mietwagens ausgleicht oder ausgleichen darf, ist berechtigt, für die entgangenen Nutzungen Wertersatz zu verlangen.

Diese ständige Rechtsprechung beruht auf der Erwägung, dass bei einer wertenden Betrachtung der deliktisch bedingte Entzug von Sachen, auf deren ständige Verfügbarkeit und Nutzbarkeit der Geschädigte für eine eigenbestimmte Lebensführung typischerweise angewiesen ist, einen Vermögensschaden auslösen kann.<sup>152</sup> Von diesem Grundsatz ausgehend ist ein Anspruch auf Nutzungsausfall bei privat genutzten Kraftfahrzeugen inzwischen gewohnheitsrechtlich anerkannt.<sup>153</sup>

#### (1) Allgemeine Voraussetzungen

Für den Eintritt und für die Erstattungsfähigkeit eines Nutzungsausfallschaden gelten die allgemeinen Grundsätze der subjektbezogenen Schadensbetrachtung, des Wirtschaftlichkeitsgebots und des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots.<sup>154</sup>

Der Geschädigte hätte deshalb **im Stande sein müssen, das Fahrzeug, ohne dessen Beschädigung während der Dauer der Reparatur oder Ersatzbeschaffung zu nutzen**. Hieran fehlt es, wenn der Ge-

1669, juris Rn. 13 ff.

<sup>152</sup> grundlegend: BGH, Beschluss vom 9. Juli 1986 - GSZ 1/86 - BGHZ 98, 212, juris Rn. 23 ff.; weiter: BGH, Urteil vom 11. Oktober 2022 - VI ZR 35/22 - NJW 2023, 47, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 23. Januar 2018 - VI ZR 57/17 - BGHZ 217, 218, juris Rn. 5; BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - VII ZR 285/17 - BGHZ 220, 270, juris Rn. 30; für Nutzung von Wohnung: BGH, Urteil vom 20. Februar 2014 - VII ZR 172/13 - BGHZ 200, 203, juris Rn. 28; BGH, Urteil vom 13. Mai 2022 - V ZR 231/20 - NJW 2022, 2328, juris Rn. 28.

<sup>153</sup> Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 249 BGB (Stand: 22.02.2023) Rn. 214 mwN.

<sup>154</sup> BGH, Urteil vom 10. März 2009 - VI ZR 211/08 - NJW 2009, 1663, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 - VI ZR 248/07 - NJW-RR 2008, 1198, juris Rn. 7.



schädigte das Fahrzeug allein genutzt hat und ihm eine solche Nutzung, etwa wegen einer Erkrankung, einschließlich einer unfallbedingten Verletzung,<sup>155</sup> oder wegen einer Ortsabwesenheit ohnehin nicht möglich gewesen wäre.<sup>156</sup> Eine (vom Geschädigten zu entkräftende) Vermutung für einen fehlenden Nutzungswillen besteht, wenn der Geschädigte mit der Ersatzbeschaffung eines nicht reparaturwürdigen Fahrzeugs mehrere Monate zuwartet.<sup>157</sup>

**Die Entbehrung der Nutzung muss darüber hinaus "fühlbar" geworden sein,** weil der Geschädigte das Fahrzeug mangels eines weiteren geeigneten Kraftfahrzeugs für seine alltägliche Lebensführung wirklich benötigt hätte.<sup>158</sup> Ein Anspruch auf Schadenersatz wegen der vorübergehenden Entziehung der Gebrauchsmöglichkeit eines Kraftfahrzeugs besteht deshalb nicht, wenn dem Geschädigten ein weiteres Fahrzeug zur Verfügung steht, dessen ersatzweise Nutzung ihm zumutbar ist.<sup>159</sup>

Bei Fahrzeugen, die reinen **Freizeit Zwecken** dienen, ist der Berechtigte nicht im dargelegten Sinne für seine Lebensführung auf die tägliche Nutzung angewiesen. Dies wird etwa angenommen, wenn dem Geschädigten neben dem verunfallten Wohnmobil<sup>160</sup> oder dem verunfallten Motorrad<sup>161</sup> zusätzlich ein Pkw zur regelmäßigen Nutzung zur Verfügung steht.<sup>162</sup>

In gleicher Weise lehnt der Bundesgerichtshof eine abstrakt zu bemessende Entschädigung des Nutzungsausfalls bei **gewerblich genutzten Kraftfahrzeugen** ab (dazu sogleich unter bb)).<sup>163</sup> Dies beruht darauf, dass der Betriebsbereitschaft eines ausschließlich gewerblich genutzten Fahrzeugs, also seiner ständigen Verfügbarkeit und Einsatzfähigkeit, kein eigenständiger Vermögenswert zukommt.<sup>164</sup> Bei einem erwerbswirtschaftlichen Einsatz eines Kraftfahrzeugs schlägt sich nämlich die fehlende Nutzungsmöglichkeit nicht im Verlust der generellen Verfügbarkeit und der damit verbundenen Lebensqualität nieder. Vielmehr ist ein gewerblich genutztes Fahrzeug ein bloßes Mittel, um die unternehmerische Absicht der Gewinnerzielung verwirklichen zu können. Diesem Nutzungszweck gemäß hat auch die Kompensation des Nutzungsausfalls beim erwerbswirtschaftlichen Einsatz von Wirtschaftsgütern durch den Ersatz des entgangenen Gewinns zu erfolgen.<sup>165</sup> Hierbei ist ohne Belang, ob das ausgefallene Fahrzeug unmittelbar der Gewinnerzielung dient, etwa weil der unternehmerische Ertrag allein mit Transportleistungen erzielt wird, oder es nur mittelbar eine andere gewerbliche Tätigkeit unterstützt oder ermöglicht.<sup>166</sup>

Entwickelt wurde diese Rechtsprechung anhand der Nutzungsmöglichkeiten bei Kraftfahrzeugen. Ihre Grundzüge werden in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung wegen der vergleichbaren Auswirkung auf die Mobilitätsmöglichkeiten aber teilweise auch bei Fahrrädern, die regelmäßig auf dem Weg zur Arbeit genutzt werden,<sup>167</sup> und bei Elektro-Rollstühlen<sup>168</sup> an-

<sup>155</sup> BGH, Urteil vom 7. Juni 1968 - VI ZR 40/67 - NJW 1968, 1778, juris Rn. 12 ff.; OLG Hamm, Beschluss vom 26. Juli 2022 - I-7 U 52/22 - NZV 2023, 171, juris unter Nr. 2.

<sup>156</sup> BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 - VI ZR 248/07 - NJW-RR 2008, 1198, juris Rn. 7.

<sup>157</sup> OLG Dresden, Beschluss vom 17. Mai 2021 - 4 U 382/21 - juris Rn. 5; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 14. September 2017 - 4 U 82/16 - RuS 2018, 329, juris Rn. 37, jeweils mwN.

<sup>158</sup> BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 - VI ZR 248/07 - NJW-RR 2008, 1198, juris Rn. 7.

<sup>159</sup> BGH, Urteil vom 11. Oktober 2022 - VI ZR 35/22 - NJW 2023, 47, juris Rn. 10 und 12, für zeitweilige Nutzung eines als Zweitwagen vorhandenen 3er BMW Kombi anstelle des verunfallten Porsche Turbo S Cabriolet; allerdings mangels Vergleichbarkeit dieser Fahrzeuge nicht zweifelsfrei

<sup>160</sup> BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 - VI ZR 248/07 - NJW-RR 2008, 1198, juris Rn. 10 ff.

<sup>161</sup> BGH, Urteil vom 23. Januar 2018 - VI ZR 57/17 - BGHZ 217, 218, juris Rn. 9.

<sup>162</sup> vgl. Rechtsprechungsübersicht bei BGH, Urteil vom 23. Januar

2018 - VI ZR 57/17 - BGHZ 217, 218, juris Rn. 7.

<sup>163</sup> BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - VII ZR 285/17 - BGHZ 220, 270, juris Rn. 27 ff.

<sup>164</sup> BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - VII ZR 285/17 - BGHZ 220, 270, juris Rn. 28 ff.; BGH, Urteil vom 26. März 1985 - VI ZR 267/83 - NJW 1985, 2471, juris Rn. 12.

<sup>165</sup> BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - VII ZR 285/17 - BGHZ 220, 270, juris Rn. 31.

<sup>166</sup> BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - VII ZR 285/17 - BGHZ 220, 270, juris Rn. 20.

<sup>167</sup> LG Lübeck, Urteil vom 8. Juli 2011 - 1 S 16/11 - juris Rn. 5, KG Berlin, Urteil vom 16. Juli 1993 - 18 U 1276/92 - NJW-RR 1993, 1438, Kurzwiedergabe bei juris; AG Frankfurt, Urteil vom 16. Februar 1990 - 32 C 5136/89 - NJW 1990, 1918, Kurzwiedergabe bei juris. Gleiches muss gelten, wenn das Fahrrad für den regelmäßigen Weg zur Schule, Universität

gewandt.

## (2) Bemessung des Nutzungsausfallschadens

Da der Ausfall der Nutzungsmöglichkeit als materieller Schaden verstanden wird, muss sich seine Bemessung nicht, wie beim immateriellen Schaden, an dem erlittenen „Leid“ orientieren, sondern an dem Vermögenswert der regelmäßigen Nutzungsmöglichkeit. Maßgebend für dessen Bemessung sind nicht die sog. Vorhaltekosten, mit denen sich der Geschädigte die Nutzungsmöglichkeit „erkauft“ hat und die sich für die Dauer des unfallbedingten Nutzungsentzugs als vergeblich erweisen (sog. Frustrationsschaden). Vielmehr wird in der Praxis ein Wert zwischen den Vorhaltekosten und den weit höheren Mietwagenkosten, meist pauschaliert in etwa der 3,5-fache Wert der Vorhaltekosten, angesetzt.<sup>169</sup> Für die Ermittlung dieses Betrages wird in der Praxis, in ähnlicher Weise bei der Ermittlung der marktüblichen Mietpreiskosten, meist eine Liste verwendet,<sup>170</sup> in der die herkömmlichen Kraftfahrzeuge in 11 Typenklassen eingeordnet sind. Für jede Typenklasse ist in dieser Liste ein bestimmter pauschalierter Nutzungswert ermittelt. Bei einem Alter von mehr als fünf Jahren wird das Kraftfahrzeug im Regelfall um eine Typenklasse abgestuft; bei einem Alter von über zehn Jahren ggf. um zwei Typenklassen. Die so ermittelte Bandbreite bewegt sich derzeit bei Pkws zwischen 23.- € täglich in der niedrigsten Typenklasse und 175.- € in der höchsten Typenklasse, bei Motorrädern zwischen 10.- € und 65.- €. „Mittelklassewagen“ sind meist im Bereich zwischen 38.- € und 50.- € täglich angesiedelt. Der Bundesgerichtshof hat eine solche Berechnungsweise als möglichen, nicht aber einzig denkbaren Weg der Schadensermittlung gebilligt.<sup>171</sup>

genutzt wird.

<sup>168</sup> LG Hildesheim, Beschluss vom 29. Juni 1990 - 5 O 57/90 - NJW-RR 1991, 798, Kurzwiedergabe bei juris.

<sup>169</sup> Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 249 BGB (Stand: 21.04.2023) Rn. 227.

<sup>170</sup> sog. Schwacke-Liste nach Sanden, Danner & Küppersbusch.

<sup>171</sup> BGH, Urteil vom 23. November 2004 - VI ZR 357/03 - BGHZ 161, 151, juris Rn. 6 ff.; BGH, Urteil vom 25. Januar 2005 - VI ZR 112/04 - NJW 2005, 1044, juris Rn. 6 ff.

## bb) gewerblich genutzte Fahrzeuge; Sonderfahrzeuge der öffentlichen Hand

Für die Dauer eines unfallbedingten Nutzungsausfalles eines gewerblich genutzten Fahrzeugs kann der Berechtigte den Schaden grundsätzlich nach den Mietkosten eines tatsächlich angemieteten Fahrzeugs, nach den Kosten des Erwerbs einer „Interimslösung“, nach den **Vorhaltekosten eines Reservefahrzeugs** oder **nach dem entgangenen Gewinn** ermitteln.<sup>172</sup> Das Wirtschaftlichkeitsgebot und die Schadensminderungspflicht erfordern allerdings, dass der Geschädigte die günstigste Vorgehensweise wählt. Dies wird im Regelfall dazu führen, dass bei der Beschädigung von marktgängigen Fahrzeugen, für die im Unternehmen keine Reservehaltung besteht, die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs, ggf. auch der Erwerb eines Interimfahrzeugs, erforderlich ist, um die Erwerbstätigkeit uneingeschränkt fortsetzen zu können bzw. den drohenden Gewinnausfall zu verhindern.<sup>173</sup> Ansonsten sind zwei Situationen zu unterscheiden:

### (1) vorhandenes Reservefahrzeug

Vor allem größere Unternehmen, die für ihre erwerbswirtschaftliche Betätigung auf den Einsatz von Sonderfahrzeugen (Omnibusse, Fahrzeuge der Müllentsorgung etc.) angewiesen sind, halten im Regelfall Reservefahrzeuge bereit, um bei einem Ausfall einzelner Fahrzeuge, einschließlich bei üblichen Wartungs- und Reparaturarbeiten, jederzeit die Betriebsbereitschaft sicherstellen zu können. Teilweise besteht eine derartige Fahrzeugflotte aber selbst für eher marktgängige Kraftfahrzeuge, etwa um zu gewährleisten, dass die eingesetzten Fahrzeuge stets der Corporate Identity des Unternehmens entsprechen.

Kommt es zu einem unfallbedingten Ausfall eines gewerblich genutzten Fahrzeugs, ist das Unternehmen, soweit konkret möglich, gehalten, für die Dauer

<sup>172</sup> BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - VII ZR 285/17 - BGHZ 220, 270, juris Rn. 12 ff.

<sup>173</sup> vgl. zum Ersatz der Mietwagenkosten bei gewerblicher Nutzung: BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - VII ZR 285/17 - BGHZ 220, 270, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 4. Dezember 2007 - VI ZR 241/06 - NJW 2008, 913, juris Rn. 10.

des unfallbedingten Nutzungsausfalls ein Fahrzeug aus dieser Reservehaltung einzusetzen. Die schadensrechtliche Problematik liegt dabei (wie generell bei Frustrationsschäden) u.a. darin, dass die Aufwendungen für diese Reservehaltung bereits vor dem konkreten Schadensereignis eingetreten sind und ohne das streitgegenständliche Unfallereignis in gleicher Weise entstanden wären.

Trotz dieser (streng betrachtet) fehlenden Kausalität zwischen den Aufwendungen und dem konkreten Schadensereignis eröffnet die Rechtsprechung dem Geschädigten grundsätzlich, die für die Reservehaltung pro Fahrzeug anfallenden Aufwendungen quotaal, pro Tag also mit 1/365 des jährlichen Aufwands, als Schaden geltend zu machen.<sup>174</sup> Allerdings setzt dies voraus, dass die Reservehaltung nicht nur die Fahrzeugausfälle durch Wartungsarbeiten oder schicksalhafte bzw. selbst verursachte Reparaturarbeiten ausgleichen soll, sondern mit Rücksicht auf fremdverschuldete Unfälle messbar erhöht ist.<sup>175</sup> Letzteres wird etwa im Regelfall bei großen Verkehrsbetrieben anzunehmen sein, bei denen statistisch betrachtet häufig ein gewisser Anteil der Fahrzeugflotte durch fremdverschuldete Unfälle nicht einsetzbar ist.

Hinter dieser Schadensbetrachtung steht der Grundgedanke, dass der getätigte Aufwand zwar zeitlich vor dem konkreten Schadensereignis liegt und diesem daher nicht unmittelbar zugeordnet werden kann. Ein genereller Bezug zu fremdverschuldeten Schadensfällen ist aber sehr wohl vorhanden, weil diese in die Zahl der in Reserve gehaltenen Fahrzeuge in spürbarer Weise einfließen. Wird zusätzlich bedacht, dass es die Schadensminderungspflicht<sup>176</sup> bzw. eine im öffentlichen Interesse liegende ständige Betriebsbereitschaft<sup>177</sup> sogar häufig gebieten, bei Son-

derfahrzeugen eine entsprechende Fahrzeugreserve vorzuhalten, ist es bei einer wertenden Betrachtung angemessen, die Erstattungsfähigkeit der anteiligen Vorhaltekosten nicht wegen der „Kausalitätsprobleme“ zu versagen.

Trotz der fehlenden Absicht der Gewinnerzielung dürften dieselben Grundsätze anwendbar sein, wenn die öffentliche Hand Sonderfahrzeuge in Reserve hält (und vorhalten muss), um jederzeit ihren Pflichten der Daseinsvorsorge uneingeschränkt nachkommen zu können.<sup>178</sup>

## (2) kein vorhandenes Reservefahrzeug

Ist ein Reservefahrzeug nicht vorhanden, kann der Schaden durch eine unfallbedingt ausgefallene Nutzung eines gewerblich genutzten (und nicht durch Miete oder Interimsbeschaffung zu ersetzenden oder ersetzten) Sonderfahrzeugs nur über den Gewinnentgang ermittelt werden. Die Vorhaltekosten des unfallbeschädigten Fahrzeugs sind dann weder kausal, noch stehen sie (anders als die Vorhaltekosten eines Fahrzeugs aus der Reservehaltung) in einem inneren Zusammenhang mit fremdverschuldeten Schadensfällen. Vielmehr bilden die Vorhaltekosten des unfallbeschädigten Fahrzeugs lediglich die Grundlage für dessen Einsatzfähigkeit und die mit diesem mittelbar oder unmittelbar erstrebte Gewinnerzielung.<sup>179</sup>

## f) Abschleppkosten/Verbringungskosten

Bei einem nicht mehr fahrbereiten oder verkehrssicheren Fahrzeug sind die Abschleppkosten zu erstatten.

Die erstattungsfähigen Aufwendungen beschränken sich im Regelfall auf einen direkten Transport von der Unfallstelle zur nächstgelegenen markengebundenen Fachwerkstatt.<sup>180</sup> Ist es aus Gründen der Ver-

<sup>174</sup> BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - VII ZR 285/17 - BGHZ 220, 270, juris Rn. 15 und 34; BGH, Urteil vom 26. März 1985 - VI ZR 267/83 - NJW 1985, 2471, juris Rn. 13.

<sup>175</sup> BGH, Urteil vom 10.01.1978 - VI ZR 164/75 - BGHZ 70, 199, juris Rn. 10; 201; OLG Koblenz, Urteil vom 01.09.2014 - 12 U 1136/12 - NJW-RR 2015, 85, juris Rn. 32; OLG Frankfurt, Urteil vom 31. August 2021 - 26 U 4/21 - DAR 2021, 691, juris Rn. 32.

<sup>176</sup> etwa bei einen durch den Nutzungsausfall drohenden Gewinnentgang erheblichen Umfangs

<sup>177</sup> etwa bei Fahrzeugen, die der Daseinsvorsorge dienen, wie

etwa Krankentransportfahrzeuge, Linienbusse, Fahrzeuge der Müllentsorgung usw.

<sup>178</sup> vgl. für polizeiliches Einsatzfahrzeug: OLG Hamm, Urteil vom 14. Dezember 2000 - 6 U 215/99 - OLGR Hamm 2002, 171, juris Rn. 9.

<sup>179</sup> BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - VII ZR 285/17 - BGHZ 220, 270, juris Rn. 33 f., für Kipplader mit Kranaufsatz.

<sup>180</sup> AG Osterode, Urteil vom 20. Juli 2021 - 2 C 5/21 - juris Rn. 19; AG Frankfurt/M, Urteil vom 12. März 2020 - 30 C 246/19, juris

kehrssicherheit erforderlich, die Unfallstelle schnellstmöglich zu beräumen, kann es ausnahmsweise erforderlich sein, das Fahrzeug zunächst nur zu bergen und an sicherer Stelle abzustellen und erst danach zur Fachwerkstatt zu verbringen.<sup>181</sup>

Das Wirtschaftlichkeitsgebot begrenzt den erstattungsfähigen Umfang im Regelfall auf die ortsübliche Vergütung. Die oft vorhandene Notlage bzw. Eilbedürftigkeit setzt aber den Erkundigungspflichten des Geschädigten Grenzen.<sup>182</sup>

Zu den Abschleppkosten können sog. Verbringungskosten hinzukommen, etwa wenn das Fahrzeug von der mit der Reparatur betrauten Fachwerkstatt in einen Lackierbetrieb transportiert werden muss.<sup>183</sup> Kosten für eine Verbringung des verunfallten, unreparierten Fahrzeugs zum Heimatort des Geschädigten sind hingegen im Regelfall nicht erstattungsfähig.<sup>184</sup> Die Überführungskosten des reparierten Fahrzeugs von der Reparaturwerkstatt an den Wohnort des Geschädigten sind hingegen grundsätzlich zu ersetzen, soweit der Geschädigte den Schaden konkret abrechnet<sup>185</sup> und das Wirtschaftlichkeitsgebot gewahrt wird. Auch bei einer fiktiven Abrechnung werden derartige Verbringungskosten nach herrschender Meinung als ersatzfähig angesehen, soweit sie in die Ermittlung des Reparaturaufwandes auf Gutachtenbasis eingeflossen sind und nach den örtlichen Gepflogenheiten bei einer Reparatur in einer markengebundenen

Fachwerkstatt angefallen wären.<sup>186</sup>

### g) merkantiler Minderwert

Selbst nach einer Beseitigung des Unfallschadens kann eine Wertminderung des Fahrzeugs dadurch verbleiben, dass es nach der Verkehrsanschauung als „Unfallfahrzeug“ eingestuft wird (sog. merkantiler Minderwert).<sup>187</sup>

Dem merkantilen Minderwert liegt die Überlegung zugrunde, dass trotz einer objektiv vollständigen und ordnungsgemäßen Instandsetzung eines erheblich beschädigten Kraftfahrzeugs bei einem großen Teil des Publikums eine den Wert beeinflussende Abneigung gegen den Erwerb eines derart beschädigten Kraftfahrzeugs besteht.<sup>188</sup> Dieser Vorbehalt rührt vor allem daher, dass verbreitet angenommen wird, verborgen gebliebene Schäden und damit das Risiko einer höheren Schadensanfälligkeit könnten bei einem „Unfallfahrzeug“ nicht ausgeschlossen werden. Diese Abneigung führt zu einer Verringerung des Wiederbeschaffungswerts und deshalb zu einem unmittelbaren Sachschaden.<sup>189</sup> Diese Zuordnung als Sachschaden, nicht als Nutzungsschaden, hat auch zur Folge, dass er bei einem Leasingfahrzeug ausschließlich die Rechtssphäre des Leasinggebers als Eigentümer betrifft (vgl. zu der Zuordnung der Schadensposten bei Leasingfahrzeugen oben I. 2. c) und II. 2. d) dd)).<sup>190</sup>

Da dieser Schaden Folge der Abneigung eines großen Teils potentieller Käufer ist, kann er seiner Art nach nicht mittels einer Naturalrestitution beseitigt

Rn. 12.

<sup>181</sup> AG Osterode, Urteil vom 20. Juli 2021 - 2 C 5/21 - juris Rn. 20.

<sup>182</sup> BGH, Urteil vom 9. März 2010 - VI ZR 6/09 - NJW 2010, 2569, juris Rn. 16; vgl. LG Landshut, Beschluss vom 29. April 2022 - 13 S 278/22 - juris Rn. 17, LG Freiburg, Urteil vom 20. März 2020 - 5 O 71/19 - juris Rn. 37; AG Stade, Urteil vom 10. Januar 2012 - 61 C 946/11 - juris Rn. 5.

<sup>183</sup> LG Kiel, Urteil vom 23. November 2021 - 17 O 249/20 - juris Rn. 32; LG Paderborn, Urteil vom 17. Dezember 2018 - 2 O 270/18 - juris Rn. 33; AG Bonn, Urteil vom 10. Januar 2023 - 114 C 119/21 - juris Rn. 47.

<sup>184</sup> Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 249 BGB (Stand: 21.04.2023) Rn. 271.

<sup>185</sup> LG Saarbrücken, Urteil vom 15. Mai 2015 - 13 S 12/15 - NJW-RR 2015, 1437, juris Rn. 23; vgl. zum Kombinationsverbot bei Nebenkosten: BGH, Urteil vom 30. Mai 2006 - VI ZR 174/05 - NJW 2006, 2320, juris Rn. 11.

<sup>186</sup> OLG Celle, Urteil vom 10. November 2021 - 14 U 136/20 - RuS 2022, 111, juris Rn. 30 mwN

<sup>187</sup> BGH, Urteil vom 20. Mai 2009 - VIII ZR 191/07 - BGHZ 181, 170, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 23. November 2004 - VI ZR 357/03 - BGHZ 161, 151, juris Rn. 16; BGH, Beschluss vom 26. April 2022 - VIII ZR 19/21 - openJur 2022, 20570, juris Rn. 32.

<sup>188</sup> BGH, Urteil vom 23. November 2004 - VI ZR 357/03 - BGHZ 161, 151, juris Rn. 16; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 15. September 2022 - 4 U 110/21 - NJW-RR 2023, 243, juris Rn. 61.

<sup>189</sup> BGH, Urteil vom 23. November 2004 - VI ZR 357/03 - BGHZ 161, 151, juris Rn. 16

<sup>190</sup> OLG München, Urteil vom 24. Februar 2021 - 10 U 6484/20, juris Rn. 11; OLG Düsseldorf, Urteil vom 2. April 2019 - I-1 U 108/18, juris Rn. 38; LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 5. Januar 2023 - 2 O 6786/21, juris Rn. 79.

werden. Es hat daher insoweit von vornherein eine reine Vermögenskompensation nach § 251 Abs. 1 BGB, korrespondierend Art. 409 ZGB, zu erfolgen.<sup>191</sup> Soweit der Geschädigte zum Vorsteuerabzug berechtigt ist, ist bei der Schadensermittlung nach herrschender Auffassung der Umsatzsteuerbetrag herauszurechnen, da die Berechnung des Wiederbeschaffungswerts (Händlerverkaufspreis) die Mehrwertsteuer als kalkulatorischen Faktor enthält und dieser damit rechnerisch auch in die Bemessung des merkantilen Minderwerts eingeht (vgl. im Einzelnen zuletzt: LG Dortmund, Urteil vom 8. November 2022 - 21 O 363/21 - juris Rn. 18 ff.).

Klarstellend sei angemerkt, dass dieser Schaden bereits mit dem Unfallereignis eintritt, nicht erst, wenn er für den Geschädigten bei einem Verkauf des verunfallten Fahrzeugs durch einen geringeren Erlös messbar wird. Nutzt der Geschädigte das Fahrzeug bis zu dessen bitterem Ende, verbleibt ihm daher der wegen des merkantilen Minderwerts erlangte Schadenersatzbetrag unabhängig davon, dass sich der eingetretene Wertverlust für den Geschädigten faktisch nicht realisiert hat. Dies beruht darauf, dass für die Bemessung des Schadens auf den Zeitpunkt seiner vollständigen Behebung bzw. der Leistung des Schadenersatzbetrags abzustellen ist (dazu oben II. 1. b)) und die weiteren Entwicklungen, einschließlich eines Abschmelzen des eingetretenen Vermögensverlusts, außer Betracht bleiben. Im Übrigen tritt eine solche Situation in gleicher Weise ein, wenn ein Geschädigter das verunfallte Fahrzeug nicht oder nicht vollständig reparieren lässt, seinen Schaden auf der Basis fiktiver Reparatur- oder Ersatzbeschaffungskosten abrechnet und dann das beschädigte Fahrzeug bis zu dessen Verschrottung weiter nutzt.

Zur Ermittlung des merkantilen Minderwerts gibt es in Deutschland verschiedene Berechnungsmodelle, die hier aber wegen des spezifischen Bezugs zum deutschen Gebrauchtwagenmarkt nicht in Einzelnen dargestellt werden sollen.<sup>192</sup> Die Tendenz dieser Be-

rechnungen geht dahin, dass bei Bagatellschäden (Reparaturkosten bis etwa 10 % des Wiederbeschaffungswerts) ein merkantiler Minderwert nicht eintritt und er ansonsten in einer Wechselwirkung mit der Schwere des Unfallschadens (Betroffenheit von tragenden Teilen oder reiner „Blechsaden“) sowie mit dem Zustand, dem Alter und der Laufleistung des Kraftfahrzeugs steht. Bei eher älteren Fahrzeugen mit hoher Laufleistung wird der Eintritt eines merkantilen Minderwerts in aller Regel abgelehnt.<sup>193</sup> Zur Veranschaulichung der Größenordnung sei angemerkt, dass beispielsweise für einen im Unfallzeitpunkt rund 3½ zugelassenen BMW X3, 265 kw, Laufleistung knapp 42.000 km, bei angefallenen Reparaturkosten von rund 8.000.- € ein merkantiler Minderwert von 900.- € ermittelt wurde.<sup>194</sup>

#### h) Vorteilsausgleich

Wie bei jedem anderen Schadensereignis kann es bei der unfallbedingten Beschädigung von Fahrzeugen dazu kommen, dass der Geschädigte durch den Schadensfall wirtschaftliche Vorteile erlangt.

Im rechtlichen Ausgangspunkt ist zweifelsfrei, dass die sich hieraus ergebenden Schadensfragen nach den allgemeinen, aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) folgenden Prinzipien des Vorteilsausgleichs zu beantworten sind. Maßgebliches Kriterium muss deshalb sein, ob die durch das Schadensereignis bedingten Nach- und Vorteile bei wertender Betrachtungsweise gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden sind. Anzurechnen ist der Vorteil deshalb, wenn dies mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, d.h. dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet.<sup>195</sup>

249 BGB (Stand: 21.04.2023) Rn. 171.

<sup>193</sup> vgl. Überblick über die deutsche Rechtsprechung bei: Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 249 BGB (Stand: 21.04.2023) Rn. 170 f.

<sup>194</sup> LG Heilbronn, Urteil vom 31. Januar 2023 - 5 O 84/22, juris Rn. 21 ff.

<sup>195</sup> BGH, Urteil vom 16. September 2021 - VII ZR 192/20 - NJW 2022, 321, juris Rn. 38; BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 - BGHZ 225, 316, juris Rn. 65.

<sup>191</sup> vgl. Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 249 BGB (Stand: 21.04.2023) Rn. 168.

<sup>192</sup> grober Überblick bei: Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., §

### aa) ersparte Aufwendungen bei Anmietung eines Ersatzfahrzeugs

Aus diesen allgemeinen Grundsätzen leitet die Rechtsprechung ab, dass sich ein Geschädigter, der für die Dauer der Reparatur seines unfallgeschädigten Fahrzeugs ein Ersatzfahrzeug anmietet, die ersparten variablen Eigenkosten anrechnen lassen muss. Hierzu gehören die anteiligen Kosten für Öl- und Schmierstoffe, für Bereifung sowie für Reparaturen und Inspektionen, nicht aber die laufenden Betriebskosten.<sup>196</sup> Ob durch den ersparten Verschleiß am eigenen Fahrzeug ein messbarer Vorteil entstanden ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere von der Größe der Fahrstrecke ab, für die der Wagen ausgefallen ist.<sup>197</sup>

Für die (in der Praxis stets pauschale) Berechnung dieser ersparten Aufwendungen gibt es unterschiedliche Modelle, die zu einer Bandbreite von etwa 3% bis 15% (schwerpunktmäßig 5% - 10%) der Mietwagenkosten führen.<sup>198</sup> Bei der Anmietung eines klassen-niedrigeren (und damit günstigeren) Fahrzeugs kann dieser Abzug für die Eigensparnis entfallen.<sup>199</sup>

### bb) Beseitigung von Abnutzungen und von Vorschäden bei Reparatur

Inwieweit sich der Geschädigte schadensmindernd anrechnen lassen muss, dass im Rahmen einer Reparatur teilweise abgenutzte oder vorgeschädigte Fahr-

zeugteile durch neue ersetzt werden, hängt von einer wertenden Betrachtung ab und lässt sich nicht allgemeingültig beantworten.

Einvernehmen besteht darüber, dass Voraussetzung für eine solche Anrechnung (sog. **Abzug „neu für alt“**) zumindest ist, dass der Geschädigte eine **messbare Vermögensmehrung** erfahren hat.<sup>200</sup> Damit scheidet die Anrechnung eines Vorteils von vornherein aus, wenn das durch ein Neuteil ersetzte, „alte“ Fahrzeugteil typischerweise eine höhere Haltbarkeit hat als das Fahrzeug selbst. Spiegelbildlich hierzu kann bei typischen Verschleißteilen eine messbare Vermögensmehrung durch die Verwendung eines Neuteils durchaus in Betracht kommen; so etwa, wenn ein sich bereits abzeichnender Austausch von Fahrzeugteilen, etwa abgefahrener Reifen,<sup>201</sup> entbehrlich wird und der Geschädigte damit in Folge der Schadensbeseitigung eigene anstehende Aufwendungen erspart.<sup>202</sup>

Bei jenen Fahrzeugteilen, die zwar einer Abnutzung unterliegen, aber nicht per se als Verschleißteile gelten, wird die Anrechnung eines etwaigen Vorteils im Regelfall ausscheiden.<sup>203</sup> Selbst wenn beispielsweise ein unfallbedingter Austausch eines eher alten Getriebes durch ein neues zu einer messbaren Vermögensmehrung führen sollte, wäre es unbillig, den Geschädigten mit einem solchen Vorteil zu belasten. Die vom Schädiger geschuldete Naturalrestitution ist nämlich auf Wiederherstellung des bisherigen Zustandes gerichtet, also auf den Einbau eines gleichwertigen **gebrauchten Ersatzteils**.<sup>204</sup> Ist ein solches auf dem Markt nicht vorhanden und erfolgt die Repa-

<sup>196</sup> BGH, Urteil vom 5. März 2013 - VI ZR 245/11 - NJW 2013, 1870, juris Rn. 25; BGH, Urteil vom 7. Mai 1996 - VI ZR 138/95, BGHZ 132, 373, juris Rn. 22; BGH, Urteil vom 19. Oktober 1993 - VI ZR 20/93 - NJW 1993, 3321, juris Rn. 16.

<sup>197</sup> BGH, Urteil vom 10. Mai 1963 - VI ZR 235/62 - NJW 1963, 1399, juris Rn. 6.

<sup>198</sup> vgl. BGH, Urteil vom 2. Februar 2010 - VI ZR 139/08 - NJW 2010, 1445, juris Rn. 20; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. Januar 2023 - 1 U 208/20 - juris Rn. 93; KG Berlin, Urteil vom 8. Mai 2014 - 22 U 119/13 - juris Rn. 19 ff.; Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 249 BGB (Stand: 22.02.2023) Rn. 212.

<sup>199</sup> BGH, Urteil vom 5. März 2013 - VI ZR 245/11 - NJW 2013, 1870, juris Rn. 26; OLG Köln, Urteil vom 14. März 2019 - I-15 U 109/18 - openJur 2020, 47529, juris Rn. 22; KG Berlin, Urteil vom 11. Juli 2019 - 22 U 160/17 - NJW 2019, 3390, juris Rn. 13 f., für Anmietung eines Ferrari California T bei einem verunfalltem Rolls Royce Ghost.

<sup>200</sup> OLG Hamm, Urteil vom 28. Juni 2022 - I-7 U 45/21 - NJW 2023, 615, juris Rn. 9.

<sup>201</sup> dazu OLG Köln, Urteil vom 26. August 2019 - 22 U 134/17 - openJur 2019, 34416, juris Rn. 12

<sup>202</sup> BGH, Urteil vom 4. April 2014 - V ZR 275/12 - BGHZ 200, 350, juris Rn. 20 f.

<sup>203</sup> vgl. zur Berücksichtigung der Lebensdauer bei der Beschädigung von Verkehrseinrichtungen: Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 25. November 2015 - 12 U 85/15 - openJur 2020, 27791, juris Rn. 32; OLG Zweibrücken, Urteil vom 13. August 2014 - 1 U 71/12 - VersR 2015, 723, juris Rn. 37.

<sup>204</sup> BGH, Urteil vom 13. Mai 2022 - V ZR 231/20 - NJW 2022, 2328, juris Rn. 18.

ratur daher aus Gründen, die in der Verantwortungssphäre des Schädigers liegen, mittels eines neuen Getriebe, ist eine hierin etwa liegende Vermögensmehrung nicht schicksalhaft („untrennbar“) mit der Reparatur verbunden, sondern dem Geschädigten aufgedrängt. Die Nach- und Vorteile sind damit in einer solchen Situation nicht zu einer Rechnungseinheit dergestalt verbunden, dass aus dem entstandenen Nachteil zwangsläufig auch ein Vorteil erwächst. Es wäre deshalb unbillig, den Geschädigten wegen des von ihm nicht erstrebten Wertzuwachses am Fahrzeug wirtschaftlich mit einem Teil der Reparaturkosten zu belasten. Dies gilt umso mehr, als dieser Wertzuwachs ein nur vorübergehender ist; er sich also mit zunehmender Nutzungsdauer verflüchtigt und damit vom Geschädigten nur bei einem kurzfristigen Verkauf des Fahrzeugs ganz oder teilweise realisiert werden kann.

Nach diesen Kriterien ist (entgegen einigen Tendenzen der Rechtsprechung) auch zu beantworten, ob und inwieweit anspruchsmindernd zu berücksichtigen ist, dass vorhandene Vorschäden im Rahmen der Reparatur des Unfallschadens zwangsläufig mit beseitigt wurden. Nach einhelliger Rechtsauffassung setzt eine solche Anrechnung jedenfalls voraus, dass durch die Beseitigung des Vorschadens überhaupt eine messbare Vermögensmehrung eintritt, also der Wiederbeschaffungswert in Folge der Reparatur höher liegt als vor dem streitgegenständlichen Unfall. Ist dies der Fall hat sich der Geschädigte nach verbreiteter Rechtsauffassung den Betrag der vor dem Unfall wegen des Vorschadens vorhanden gewesenen (und mit der Reparatur beseitigten) Wertminderung anrechnen zu lassen.<sup>205</sup>

Dies erscheint zwar grundsätzlich zutreffend, bedarf aber einer gewissen Differenzierung. Kein Geschädigter ist nämlich verpflichtet, im Zuge der Reparatur den nicht durch den Unfall verursachten Schaden beheben zu lassen<sup>206</sup>. Hätte er ohne den streitge-

genständlichen Unfall das Fahrzeug im vorgeschädigten Zustand weiter genutzt, ist ihm deshalb die durch die Reparatur erlangte Wertsteigerung des Fahrzeugs zumindest dann aufgedrängt, wenn erst der zusätzliche Unfall zur Funktionsuntauglichkeit des Fahrzeugteils geführt hat, also nunmehr eine Reparatur faktisch unausweichlich wurde. Dies gälte etwa, wenn eine zwar stark beschädigte, aber noch funktionstaugliche Fahrzeurtüre erst durch den streitgegenständlichen Unfall nicht mehr zu öffnen und zu schließen war oder wenn eine reichlich demolierte Stoßstange vor dem streitgegenständlichen Unfall einen leichten Anstoß noch abfangen konnte, jetzt aber auf der Straße liegt und nicht mehr montiert werden kann.

Der Anspruch auf Naturalrestitution wäre dann auf den Einbau einer gleichwertigen, mithin vorgeschädigten funktionsfähigen Türe gerichtet. Wird stattdessen, etwa weil eine solche Türe am Markt nicht verfügbar ist, eine unbeschädigte Türe eingebaut, ändert dies nichts daran, dass - ähnlich wie beim genannten Beispiel mit dem Getriebe - die Vermögensmehrung aufgedrängt ist. Dann fehlt es aber an einer rechnerischen Einheit von Nach- und Vorteil und ist es nicht angemessen, den Geschädigten an den Reparaturkosten wirtschaftlich zu beteiligen. Dem ist gleichzustellen, dass durch die Beseitigung des unfallursächlichen Schadens zwangsläufig ein Vorschaden mit behoben werden muss, der von streitgegenständlichen Schadensereignis nicht unmittelbar betroffen ist.

Von dieser Überlegung unberührt bleiben hingegen jene Schadensfälle, bei denen sich der Geschädigte entschließt, nicht den bisherigen (vorgeschädigten) Zustand wiederherzustellen, sondern „bei Gelegenheit“ des streitgegenständlichen Unfalls das Schadensbild vollständig beseitigen zu lassen. Hierunter fällt etwa, wenn im Beispielfall mit der beschädigten Türe eine gleichwertige vorgeschädigte Türe am Markt vorhanden und zumutbar zu erwerben ist, der Geschädigte aber eine vollständige Schadensbeseitigung mittels Einbaus einer neuen Türe veranlasst. Dann erscheint es nicht unbillig, ihm den erlangten

<sup>205</sup> Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 3. März 2022 - 12 U 194/20 - DAR 2022, 448, juris Rn. 4; LG Saarbrücken, Urteil vom 2. Mai 2014 - 13 S 198/13 - juris Rn. 20; OLG Düsseldorf, Urteil vom 14. Februar 2005 - I-1 U 146/04 - juris Rn. 44.

<sup>206</sup> so zutreffend: OLG Stuttgart, Urteil vom 16. Februar 2023 - 2

U 226/21 - openJur 2023, 3947, juris Rn. 26.

wirtschaftlichen Vorteil anzurechnen. Die rechnerische Einheit von Nach- und Vorteil ist dann zwar nicht von vornherein vorhanden, aber vom Geschädigten nachträglich herbeigeführt.

Auf diesem Weg lassen sich auch jene Fallgestaltungen sachgerecht bewältigen, bei denen der streitgegenständliche Unfall an dem vorgeschädigten Fahrzeug ausschließlich eine moderate Verschlechterung des zuvor bereits deutlich beeinträchtigten optischen Bildes herbeigeführt hat. Bei derartigen Konstellationen wird ein Anspruch auf eine tatsächliche Herstellung des ursprünglichen Zustandes häufig bereits an der 130%-Grenze scheitern. Zumindest aber wird eine Reparatur nicht selten wegen einer Unverhältnismäßigkeit des Aufwands verweigert werden können, sofern das streitgegenständliche Unfallereignis die Funktionstauglichkeit des betroffenen Fahrzeugteils nicht berührt und die Verschlechterung des optischen Bildes nicht erheblich ist. Im Ergebnis kann der Geschädigte dann jeweils ausschließlich Ersatz der Verminderung des Wiederbeschaffungswerts des Fahrzeugs (auf dieses, nicht auf den Wert des betroffenen Fahrzeugteils kommt es an) begehren. Diese Differenz kann, je nach Lage des Einzelfalls, durchaus auch „Null“ betragen.

### i) Zeitaufwand

Den mit der Ermittlung des Schadens und mit der Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs üblicherweise verbundenen eigenen Zeitaufwand kann der Geschädigte in aller Regel nicht als Schadensposten geltend machen.<sup>207</sup> Daran ändert sich nichts, wenn die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs für den Geschädigten mit einem messbaren finanziellen Aufwand verbunden ist, etwa wenn Unternehmen oder Behörden Mitarbeiter praktisch ausschließlich mit der Bearbeitung von Schadensfällen betrauen oder die Abwicklung von Schadensfällen gegen Entgelt an Tochtergesellschaften oder Dienstleis-

ter übertragen.<sup>208</sup> Hiervon unberührt bleibt allerdings die Befugnis, zu Lasten des Schädigers eine rechtliche Beratung einzuholen oder ggf. zur Beitreibung einer Forderung ein Inkassounternehmen einzuschalten, sofern der Geschädigte nicht selbst zur sachgerechten Rechtsverfolgung oder Beitreibung im Stande ist (dazu oben II. 2. c)).<sup>209</sup>

Diese Grundsätze begründet der Bundesgerichtshof mit dem Schutzzweck der Haftungsnorm sowie einer an Verantwortungsbereichen und Praktikabilität orientierten Wertung. Ausnahmen lässt er zu, wenn der im Einzelfall erforderliche Aufwand die im Rahmen des Üblichen typischerweise zu erbringender Mühewaltung überschreitet.<sup>210</sup> In der Praxis kommt es zu solchen Ausnahmesituationen aber so gut wie nie, da bei ihnen die Einschaltung eines Rechtsanwalts erforderlich wird und dann dessen Kosten abrechnungsfähig sind.

Diese Argumentation des Bundesgerichtshofs ist zwar insoweit folgerichtig, als ein beim Geschädigten selbst nicht ersatzfähiger Zeitaufwand nach dem Schutzzweck der haftungsrechtlichen Regelungen nicht dadurch erstattungspflichtig werden kann, dass er „ausgelagert“, also gegen Entgelt einem Dritten übertragen, wird und sich damit in einer Vermögensbilanz niederschlägt. Sie beantwortet aber nicht die Vorfrage, weshalb der Zeitaufwand des Geschädigten nicht zu kompensieren ist. Entscheidend hierfür ist, dass der Zeitaufwand bei einer rein vermögensmäßigen Betrachtung keinen Schaden auslöst und es deshalb mit einem grundlegenden Wandel der Wertvorstellungen sowie mit kaum überschaubaren Folgen verbunden wäre, wenn dem Einsatz von Zeit im Wege einer wertenden Betrachtung ein Vermögenswert beigemessen würde. Demgemäß hat der Bundesgerichtshof in einem etwas anderen Zusammenhang,

<sup>207</sup> BGH, Urteil vom 10. Juni 2020 - VIII ZR 289/19 - ZIP 2020, 2068, juris Rn. 45; BGH, Urteil vom 26. Juni 2019 - VIII ZR 95/18 - ZIP 2020, 323, juris Rn. 19; BGH, Beschluss vom 20. September 2016 - VIII ZR 239/15 - RdE 2017, 297, juris Rn. 7; BGH, Urteil vom 8. November 1994 - VI ZR 3/94 - BGHZ 127, 348, juris Rn. 10.

<sup>208</sup> BGH, Urteil vom 10. Juni 2020 - VIII ZR 289/19 - ZIP 2020, 2068, juris Rn. 49; BGH, Urteil vom 26. Juni 2019 - VIII ZR 95/18 - ZIP 2020, 323, juris Rn. 20; BGH, Urteil vom 8. November 1994 - VI ZR 3/94 - BGHZ 127, 348, juris Rn. 10.

<sup>209</sup> BGH, Urteil vom 10. Juni 2020 - VIII ZR 289/19 - ZIP 2020, 2068, juris Rn. 49.

<sup>210</sup> BGH, Urteil vom 10. Juni 2020 - VIII ZR 289/19 - ZIP 2020, 2068, juris Rn. 45; BGH, Urteil vom 26. Juni 2019 - VIII ZR 95/18 - ZIP 2020, 323, juris Rn. 19.



nämlich für die vermehrte elterliche Betreuung eines verunfallten Kindes, zu Recht ausgeführt, dass ein finanzieller Ersatz des zeitlichen Mehraufwands die Grenzen zwischen einem Vermögens- und einem Nichtvermögensschaden verwischen würde. Er würde letztlich Ersatz für die Verkürzung von Möglichkeiten der eigenbestimmten Lebensgestaltung gewähren, was mit den Grundsätzen eines konkreten, subjektbezogenen Schadensersatzes nicht zu vereinbaren wäre.<sup>211</sup>

#### j) Obliegenheit zur unverzüglichen Schadensbeseitigung/Finanzierung der Schadensbeseitigung

Verzögerungen bei der Schadensbeseitigung können deren Aufwand erhöhen, etwa indem für längere Zeit ein Mietwagen angemietet werden muss bzw. ein Nutzungsausfall entsteht, Kosten für das Abstellen des Fahrzeugs anfallen oder Preissteigerungen eintreten. Bei einem gewerblich genutzten Fahrzeug kann sich durch einen verlängerten Ausfall zudem der entgangene Gewinn erheblich erhöhen.

Es besteht deshalb in der Rechtsprechung Einvernehmen darüber, dass der Geschädigte auf Grund seiner Schadensminderungspflicht grundsätzlich gehalten ist, die Schadensbeseitigung unverzüglich durchzuführen.<sup>212</sup> Ihm sind allerdings gewisse **Überlegungsfristen** einzuräumen, da er ggf. wirtschaftlich eher weitreichende Entscheidungen, wie etwa über den Erwerb eines anderen Fahrzeugs, zu treffen hat und er bei einem übereilten Vorgehen zudem Gefahr läuft, ihm mögliche günstigere Wege der Schadensbeseitigung nicht zu erkennen. Als problematisch erweist sich jedoch, ob und ggf. inwieweit der Geschä-

digte gehalten ist, zur Beschleunigung der Schadensbeseitigung den für diese notwendigen finanziellen Aufwand aus eigenen finanziellen Mitteln oder über eine Kreditaufnahme **vorzufinanzieren** oder eine vorhandene Vollkaskoversicherung in Anspruch zu nehmen.<sup>213</sup>

Im Ausgangspunkt betont die Rechtsprechung, dass die Schadensbeseitigung Sache des Schädigers ist und dies deren Finanzierung einschließt.<sup>214</sup> Hieran ändert sich auch nichts dadurch, dass der Geschädigte von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch macht und die zur Reparatur des verunfallten Fahrzeuges oder die zum Erwerb eines Ersatzfahrzeuges erforderlichen Verträge im eigenen Namen abschließt. Der Geschädigte ist deshalb nicht ohne Weiteres gehalten sei, eine bestehende Vollkaskoversicherung in Anspruch zu nehmen (was in Deutschland auch Tarifnachteile zur Folge haben kann) oder die Kosten für die Schadensbeseitigung aus eigenen liquiden Mitteln oder gar über einen Kredit vorzufinanzieren.<sup>215</sup>

Allerdings kann dem Geschädigten ausnahmsweise als Verstoß gegen Treu und Glauben vorgeworfen werden, dass er eigene Finanzmittel nicht einsetzt.<sup>216</sup> Teilweise wird in der Rechtsprechung hieraus abgeleitet, dass der Geschädigte auf eine Vorfinanzierung verwiesen werden könne, wenn er sich einen Kredit ohne Schwierigkeiten beschaffen könne und durch die Rückzahlung nicht über seine wirtschaftlichen Verhältnisse hinaus belastet werde.<sup>217</sup> Diese Sicht er-

<sup>211</sup> BGH, Urteil vom 22. November 1988 - VI ZR 126/88 - BGHZ 106, 28, juris Rn. 10; vgl. BGH, Urteil vom 8. Juni 1999 - VI ZR 244/98 - NJW 1999, 2819, juris Rn. 10; mit dieser Begründung für Zeitaufwand bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen: OLG Oldenburg, Urteil vom 6. Februar 2008 - 5 U 34/07 - VersR 2009, 797, juris Rn. 57.

<sup>212</sup> vgl. OLG München, Urteil vom 11. Mai 2022 - 10 U 2165/21 - NJW-RR 2022, 1113, juris Rn. 26 f.; OLG Celle, Urteil vom 1. Dezember 2021 - 14 U 83/21 - NJW-RR 2022, 464, juris Rn. 9; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 27. Februar 2007 - 4 U 470/06 - MDR 2007, 1190, juris Rn. 25; vgl. BGH, Urteil vom 17. November 2020 - VI ZR 569/19 - NJW 2021, 694, juris Rn. 6.

<sup>213</sup> BGH, Urteil vom 13. September 2016 - VI ZR 654/15 - NJW 2017, 1310, juris Rn. 23; OLG München, Urteil vom 11. Mai 2022 - 10 U 2165/21 - NJW-RR 2022, 1113, juris Rn. 26; OLG Celle, Urteil vom 1. Dezember 2021 - 14 U 83/21 - NJW-RR 2022, 464, juris Rn. 9; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 4. Januar 2022 - 7 U 59/21 - juris Rn. 20.

<sup>214</sup> BGH, Urteil vom 17. November 2020 - VI ZR 569/19 - NJW 2021, 694, juris Rn. 8.

<sup>215</sup> BGH, Urteil vom 17. November 2020 - VI ZR 569/19 - NJW 2021, 694, juris Rn. 6 ff.; BGH, Urteil vom 18. Februar 2020 - VI ZR 115/19 - NJW 2020, 1795, juris Rn. 15.

<sup>216</sup> BGH, Urteil vom 17. November 2020 - VI ZR 569/19 - NJW 2021, 694, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 18. Februar 2020 - VI ZR 115/19 - NJW 2020, 1795, juris Rn. 15.

<sup>217</sup> OLG München, Urteil vom 11. Mai 2022 - 10 U 2165/21 - NJW-RR 2022, 1113, juris Rn. 27; OLG Dresden, Beschluss vom 17. Mai 2021 - 4 U 382/21 - juris Rn. 6; OLG Düsseldorf, Urteil

scheint aber wegen der wirtschaftlichen Folgen jedweden Kredits, und sei es auch nur wegen des dadurch eingengten allgemeinen Kreditrahmens, eher zweifelhaft. Im Regelfall dürfte daher vorzugswürdig sein, dem Geschädigten eine Vorfinanzierung nur mit frei verfügbaren und nicht anderweitig eingeplanten eigenen Finanzmitteln zuzumuten und ihm ansonsten die Obliegenheit aufzuerlegen, den Schädiger rechtzeitig auf die fehlende Möglichkeit einer Vorfinanzierung hinzuweisen.<sup>218</sup> Der Schädiger weiß dann, welche Folgen eine verzögerte Abwicklung des Schadensfalls für ihn hat und kann sich hierauf einstellen.

### k) sonstige Nebenkosten/Unkostenpauschale

Je nach Lage des Einzelfalls können weitere durch das Unfallereignis ausgelöste Aufwendungen zur Schadensbeseitigung zu erstatten sein. Dies gilt nicht nur für allgemeine Unkosten, wie etwa Porto oder Druckerkosten, sondern auch für notwendige Fahrten, wie etwa von der Unfallstelle nach Hause, für Besprechungen mit dem Rechtsanwalt, zur Anmietung und Rückgabe des Mietwagens oder zur Abholung des reparierten Fahrzeugs in der Reparaturwerkstatt. Zusätzliche Unkosten können durch die Ab- oder Ummeldung des Fahrzeuges bei der Zulassungsstelle oder durch den Erwerb neuer Kennzeichen für das Ersatzfahrzeug entstehen. Jedoch ist auch bei den Nebenkosten das Kombinationsverbot zu beachten, so

dass beispielsweise Nebenkosten für eine Ersatzbeschaffung (Ab- oder Ummeldung, neue Kennzeichen usw.) nur zu erstatten sind, wenn der Geschädigte auch die Ersatzbeschaffung konkret und nicht fiktiv abrechnet.<sup>219</sup>

In der Praxis verzichten die meisten Geschädigten, erst recht bei einer Schadensabwicklung durch Rechtsanwälte, auf eine mühsame Dokumentation und Zusammenstellung derartiger, meist niedriger Schadensposten. In aller Regel werden daher diese Aufwendungen ohne konkrete Abrechnung in einer sog. Unkostenpauschale zusammengefasst. Diese ist in der Rechtsprechung dem Grund nach anerkannt. Ihre Höhe hängt zwar mit vom Umfang des zur Schadensabwicklung bei grober Betrachtung erforderlichen Aufwandes ab. In der Regel werden aber ohne nähere Begründung (letztlich sehr moderate) Pauschalbeträge angesetzt, deren Rahmen sich meist zwischen 20.- € und 30.- € bewegt. Die meisten Gerichte dürften derzeit ohne nähere Darlegung des Aufwands 25.- € anerkennen.<sup>220</sup>

In der gerichtlichen Praxis wird diese Unkostenpauschale unabhängig davon zuerkannt, ob der Geschädigte den Schaden am Fahrzeug konkret oder fiktiv abrechnet. Innerhalb der Nebenkosten verbleibt es aber dabei, dass sich der Geschädigte zwischen einer konkreten Berechnung und einer pauschalen Abgeltung der Nebenkosten entscheiden muss.

vom 16. Oktober 2018 - 1 U 162/17 - juris Rn. 55 und Rn. 57.

<sup>218</sup> vgl. etwa: Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 4. Januar 2022 - 7 U 59/21 - juris Rn. 23; Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Beschluss vom 26. März 2019 - 1 U 1/19 - juris Rn. 50; OLG Köln, Urteil vom 14. März 2019 - I-15 U 109/18 - juris Rn. 27; OLG Düsseldorf, Urteil vom 24. Mai 2011 - I-1 U 220/10 - NJW-RR 2012, 30, juris Rn. 25.

<sup>219</sup> vgl. zum Kombinationsverbot bei Nebenkosten: BGH, Urteil vom 30. Mai 2006 - VI ZR 174/05 - NJW 2006, 2320, juris Rn. 11.

<sup>220</sup> vgl. (nicht mehr ganz aktueller) Überblick über die Beträge bei: Freymann/Rüßmann in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 249 BGB (Stand: 21.04.2023) Rn. 266; neuere obergerichtliche Entscheidungen: Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 24. März 2023 - 3 U 9/23 - juris Rn. 22 mit unstreitigen 25.- €; KG Berlin, Urteil vom 6. Juli 2022 - 25 U 139/21 - juris Rn. 44 mit 20.- €; OLG München, Urteil vom 11. Mai 2022 - 10 U 2165/21 - juris Rn. 31 mit 25.- €; OLG Celle, Urteil vom 30. März 2022 -14 U 143/21 - juris Rn. 24 mit 25.- €; OLG München, Beschluss vom 18. Oktober 2021 - 10 U 3808/21 - juris Rn. 46 mit 30.- €.

# Unzulässige Rechtsausübung und Schadenersatz bei einer über den Norm- bzw. Vertragszweck hinausgehenden Verfolgung von Rechten

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili  
Staatliche Universität Tbilisi

Ulrich Hagenloch  
Präsident des Oberlandesgerichts Dresden im Ruhestand

## A. Einleitung

Seit jeher ist in der Zivilrechtsordnung anerkannt, dass als Ausfluss des generellen Gebots von Treu und Glauben (Art. 8 Abs. 3 GZGB; § 242 BGB) jede Ausübung eines Rechts im Rechtsmissbrauch seine Grenzen findet. Hierzu zählen etwa die - hier nicht behandelten - Fallgruppen des widersprüchlichen Verhaltens, der *dolo-agit*-Einwendungen oder der Verwirkung. Einen weiteren Schwerpunkt bilden der durch Unredlichkeit erlangte Erwerb eines Rechts sowie dessen unredliche Geltendmachung.<sup>1</sup> Mit Teilaspekten der letztgenannten Fallgruppe befassen sich die nachfolgenden Ausführungen.

### I. Gegenstand der Ausarbeitung und Problemstellung

Schwerpunkt der Ausarbeitung ist, inwieweit der Berechtigte ein formal bestehendes Recht zu einem Zweck einsetzen darf, der über dessen gesetzliche oder vertragliche Zielsetzung hinausgeht oder ihr gar widerspricht und inwieweit im zweckwidrigen Einsatz eines Rechts eine zum Schadenersatz verpflichtende unerlaubte Handlung liegen kann. Die behandelte Thematik betrifft vor allem die durch den Rechts-

missbrauch gezogenen Schranken. Diese lassen sich aber nicht immer trennscharf von einer dem Recht immanenten Beschränkung abgrenzen, so dass an einigen Stellen auch sonstige Schutzzweckaspekte gestreift werden.

### 1. Missbräuchlicher Einsatz gerichtlicher und behördlicher Verfahren:

Jedermann hat die Befugnis, durch eine Strafanzeige den zuständigen Dienststellen Kenntnis von Vorgängen zu verschaffen, die aus seiner Sicht zu einer Strafverfolgung führen sollen (Art. 101 GEO-StPO; § 158 GER-StPO). Als Folge der staatlichen Schutzpflichten kann dieser strafprozessualen Befugnis ein subjektiv-öffentliches Recht auf eine effektive Strafverfolgung zu Grunde liegen. Dies gilt aber nur, soweit erhebliche Straftaten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter (Leben, körperliche Unversehrtheit, sexuelle Selbstbestimmung und Freiheit der Person) im Raum stehen und ein Verzicht auf die effektive Verfolgung solcher Taten zu einer Erschütterung des Vertrauens in das Gewaltmonopol des Staates und zu einem allgemeinen Klima der Rechtsunsicherheit und Gewalt führen können.<sup>2</sup> Strafanzeigen, die im Zusammenhang mit der Begründung oder Erfüllung

<sup>1</sup> Dazu Staudinger / Looschelders / Olzen (2019) BGB § 242 Rn. 213 ff.; Pfeiffer in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 242 BGB (Stand: 01.02.2023) Rn. 62 ff.; Böttcher in: Erman BGB, Kommentar, 16. Aufl., § 242 Rn. 101 ff.

<sup>2</sup> Vgl. zu Umfang und Grenzen eines subjektiv-öffentlichen Anspruchs auf eine wirkungsvolle Strafverfolgung: BVerfG, Beschl. v. 15. Januar 2020 - 2 BvR 1763/16 - NJW 2020, 675, juris Rn. 35 ff.; BVerfG, Beschl. vom 2. Juli 2018 - 2 BvR 1550/17 - juris Rn. 38.

geldwerter zivilrechtlicher Forderungen gestellt werden (Betrug, Untreue), sind jedoch nicht auf die Einleitung eines solchen Verfahrens gerichtet. Ihr Zweck kann deshalb nicht darin liegen, dem Anzeigenerstatter staatlichen Schutz bei der Verwirklichung derartiger zivilrechtlicher Forderungen zu gewähren.

Dessen ungeachtet liegt allerdings einem erheblichen Teil der angekündigten oder gestellten Strafanzeigen wegen des (tatsächlichen oder angeblichen) Verdachts eines Betruges oder einer Untreue in Wirklichkeit eine solche vom Normzweck nicht erfasste Zielsetzung zu Grunde. In nachgerade entlarvender Offenheit zeigt sich dies, wenn die tatsächlichen oder vermeintlichen Schuldner unter dem Druck einer gestellten Strafanzeige die behauptete Forderung erfüllen und die Anzeigenerstatter danach den Ermittlungsbehörden mitteilen, dass die Strafanzeige ihren „Zweck“ (!) erreicht habe und ein Interesse an einer Strafverfolgung nicht mehr bestehe.

Aus dem Fehlen eines subjektiv-öffentlichen Anspruchs auf eine effektive Strafverfolgung folgt aber nicht im Gegenschluss, dass es ohne weiteres rechtswidrig ist, wenn der tatsächliche oder vermeintliche Gläubiger einer Forderung Strafanzeigen stellt oder ankündigt, um seinem zivilrechtlichen Leistungsverlangen Nachdruck zu verleihen. Wie in Abschnitt C. für die georgische Rechtslage näher dargestellt wird, liegt ein rechtswidriges Handeln vielmehr im Regelfall nur vor, wenn der Anzeigenerstatter bewusst oder leichtfertig einen unzutreffenden Tatsachenvortrag unterbreitet. Was dort für die georgische Rechtslage ausgeführt ist, gilt im Ergebnis für die deutsche Rechtslage in ähnlicher, hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Aspekte sogar in gleicher Weise.

Eine vergleichbare Thematik stellt sich bei Maßnahmen, die auf die Einleitung eines gerichtlichen oder behördlichen Verfahrens, etwa der Gewerbeaufsicht, der Lebensmittelkontrolle oder der Steuerfahndung, gerichtet sind. Einerseits gilt auch hier, dass ausschließlich die in den jeweiligen gerichtlichen Prozessordnungen vorgesehenen Verfahren der Verwirklichung von zivilrechtlichen Ansprüchen dienen. Mit der „Androhung“ von behördlichen Verfahren mag

zwar, je nach deren Art, der tatsächliche oder vermeintliche Schuldner mehr oder weniger stark unter Druck gesetzt werden können. Der Zweck dieser Verfahren ist es aber nicht, den Schuldner zu einer Erfüllung zivilrechtlicher Forderungen zu bewegen. Allerdings muss auch berücksichtigt werden, dass der ungehinderte Zugang zu gerichtlichen oder behördlichen Verfahren als Teil des Rechtsstaatsprinzips verfassungsrechtlich gewährleistet ist und daher grundsätzlich weder unmittelbar beschränkt noch durch unverhältnismäßige Haftungsrisiken erschwert werden darf.<sup>3</sup>

Von daher wird die „Androhung“ solcher Verfahren nicht allein dadurch rechtswidrig, dass zumindest im engeren Sinne keine Mittel-Zweck-Relation besteht. Nimmt etwa der Gast eines Restaurants mit gutem Grunde an, dass er sich eine Lebensmittelvergiftung im Restaurant durch einen verdorbenen Fisch zugezogen habe, ist es nicht von vornherein rechtswidrig, wenn er dem Gastwirt eine Unterrichtung der Behörden der Lebensmittelkontrolle „ankündigt“, um seiner zivilrechtlichen Forderung Nachdruck zu verleihen. Zweck der öffentlich-rechtlichen Vorschriften über die Lebensmittelkontrolle ist zwar nicht, dem Gast die Verfolgung von zivilrechtlichen Ansprüchen aus einer Lebensmittelvergiftung zu erleichtern, so dass eine Mittel-Zweck-Relation im engeren Sinne nicht vorhanden ist. Ein gewisser innerer Zusammenhang zwischen der Lebensmittelvergiftung des Einzelnen und dem gesundheitlichen Schutz der Allgemeinheit besteht jedoch. Daher entscheiden letztlich die Umstände des Einzelfalles, insbesondere das „Wie“ der inhaltlichen Verknüpfung, darüber, ob es rechtswidrig ist, eine Verbindung zwischen dem zivilrechtlichen Anspruch und einer Unterrichtung der zuständigen Behörden herzustellen. Anderes gälte mangels jeglichen inhaltlichen Zusammenhangs von vornherein, wenn der Gast dem Gastwirt ankündigen würde, dass er ihm bei Nichterfüllung der Forderung „die Steuerfahndung auf den Hals schicken“ werde.

<sup>3</sup> BVerfG, Beschl. v. 15. Dezember 2008 - 1 BvR 1404/04 - juris Rn. 17; BVerfG, Beschl. v. 25. September 2006 - 1 BvR 1898/03 - NJW-RR 2007, 840, juris Rn. 8 ff.

## 2. Missbräuchlicher Einsatz von Schutzrechten:

Zum Schutz der Verbraucher sind in Georgien und in Deutschland für Haustürgeschäfte und für Fernabsatzgeschäfte Widerrufsrechte eingeführt worden (vgl. in Georgien Art. 336 GZGB; Art. 13 des Georgischen Gesetzes zum Verbraucherschutz; in etwa korrespondierend in Deutschland für Haustürgeschäfte § 312 Abs. 1 Satz 1 BGB und für Fernabsatzgeschäfte § 312b ff. BGB). Damit verbunden ist die Frage, inwieweit die Ausübung eines solchen Widerrufsrechts eröffnet ist, wenn es nicht den gesetzlichen Zwecken dient oder mit Folgen verbunden ist, die über den gesetzlichen Schutzzweck hinausgehen.

In Deutschland hat diese Thematik eine noch größere Relevanz als in Georgien, da - auf Grund europarechtlicher Vorgaben<sup>4</sup> - nach §§ 495, 355 BGB auch bei Verbraucherkreditverträgen und bei Teilzahlungsgeschäften ein 14-tägiges Widerrufsrecht besteht. Gleiches gilt gemäß § 650I BGB für Verbraucherverträge, gemäß § 485 BGB für Teilzeit-Wohnrechteverträge (Time-Sharing-Verträge bei Ferienwohnanlagen) und gemäß § 4 FernUSG (Fernunterrichtsschutzgesetz) für Fernunterrichtsverträge. Enthält die Vertragsurkunde eines Verbraucherkreditvertrages die nach § 492 Abs. 2 BGB, Artikel 247 §§ 6 bis 13 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) erforderlichen zahlreichen Pflichtangaben (etwa effektiver Jahreszins, Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung usw.) nicht bzw. sind die Angaben unzureichend oder unzutreffend, beginnt diese Frist nach § 496b BGB erst zu laufen, wenn die Pflichtangaben nachträglich mitgeteilt werden. Bei sog. verbundenen Geschäften, also etwa bei einem durch den Verkäufer finanzierten Kauf, erstrecken sich diese in die Vertragsurkunde aufzunehmenden Angaben gemäß Art. 247 § 12 Abs. 1 EGBGB, § 358 BGB auch auf bestimmte Umstände des finanzierten Geschäfts, wie etwa den Barzahlungspreis. Verstöße gegen diese Pflicht können deshalb grundsätzlich dazu führen, dass Widerrufsrechte noch Jahre nach Vertragsschluss ausgeübt werden können. Aber auch bei

den anderen Widerrufsrechten gehen die Informationspflichten des Unternehmers und insbesondere die Voraussetzungen für den Beginn der Widerrufsfrist über jene des georgischen Rechts hinaus (vgl. §§ 356a BGB bis § 356e BGB einerseits, Art. 13 Nr. 8 des Georgischen Gesetzes zum Verbraucherschutz andererseits).

Ein weiterer Problemkreis hat sich in Deutschland dadurch entwickelt, dass zur Stärkung des Diskriminierungsverbots<sup>5</sup> bei Rechtsverstößen schadensunabhängige Entschädigungszahlungen geschuldet werden. Diese bei einer Rechtsverletzung drohenden wirtschaftlichen Sanktionen haben zwar einerseits eine erhebliche prophylaktische Wirkung. Sie können aber andererseits auch Menschen dazu verleiten, sich in die Rolle des Opfers eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot gezielt zu begeben, um über die dann zu erlangenden Entschädigungszahlungen wirtschaftliche Vorteile zu erzielen.

Zudem gibt es Konstellationen, in denen gerichtliche Klagebefugnisse zu Zwecken eingesetzt werden, für die sie nicht ohne weiteres gedacht sind. So konnte etwa nach der früheren Rechtslage ein Kleinaktionär selbst durch eine erkennbar unbegründete Anfechtungsklage zumindest vorläufig die Sanierung einer in wirtschaftliche Schieflage geratenen Großbank blockieren. Einem geplanten industriellen Großbauvorhaben oder einem Infrastrukturprojekt der öffentlichen Hand (Bau einer Autobahn oder eines Flughafens etc.) kritisch gesonnene Bürger oder Verbände können Beteiligungsrechte am Verwaltungsverfahren und eine gerichtliche Klagebefugnis erlangen, indem sie das Eigentum an einem von dem Vorhaben betroffenen Grundstück erwerben.

## II. Allgemeine Grundsätze:

Bereits diese Vielfalt der Konstellationen zeigt, dass es keine allgemeingültige Antwort darauf geben kann, welche Schranken einer vom Schutzzweck des

<sup>4</sup> Dazu: *Hönninger* in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, *jurisPK-BGB*, 10. Aufl., § 355 BGB (Stand: 01.02.2023) Rn. 3.

<sup>5</sup> Teilweise auch des Datenschutzes und in Teilbereichen des Verbraucherschutzrechts, etwa bei Fluggastrechten.

Rechts nicht umfassten Rechtsausübung durch den Rechtsmissbrauch gezogen werden. Folgende Prinzipien sind aber vorhanden:

### 1. Aspekt der Unredlichkeit; Verfolgung eines Nebenzwecks der Regelung:

Begeht der Betroffene keine Rechtsverletzung, sondern steht lediglich im Raum, dass er ein Recht zu einem anderen als dem erstrebten Zweck einsetzt, führt dies nicht per se zu einer unzulässigen Rechtsausübung. Vielmehr ist für einen Missbrauch ein zusätzlicher Aspekt der Unredlichkeit oder der Unvereinbarkeit mit rechtlichen Grundwerten erforderlich. Soweit in der Literatur vereinzelt die Auffassung vertreten wird, jede Rechtsnorm trage durch ihre Rechtsidee, durch ihre Interessenlage und durch ihren Zweck eine bestimmte Geltungsschranke in sich und nur in diesem Rahmen sei die Berufung auf sie zulässig<sup>6</sup>, entspricht dies nicht der Rechtsprechung und der weit überwiegenden Meinung der Rechtswissenschaft.

Ein Rechtsmissbrauch liegt in aller Regel zumindest dann nicht vor, wenn der Berechtigte zwar nicht das mit dem Recht verfolgte Hauptziel verfolgt, wohl aber einen vom Normzweck erfassten Nebenzweck. So ist etwa der primäre Zweck von zivilrechtlichen Klagen, dass der Kläger durch das gerichtliche Verfahren einen seinen behaupteten Anspruch titulierende gerichtliche Entscheidung erlangt. Geht es dem Kläger aber gar nicht um die Erlangung eines Vollstreckungstitels, etwa weil er seine Rechte in einem anderen Verfahren verfolgen will oder muss (beispielsweise wegen einer Schiedsgerichtsvereinbarung), sondern ausschließlich um die verjährungshemmende Wirkung der Klageerhebung (§ 204 Abs. 1 BGB)<sup>7</sup>, begründet dies keinen Rechtsmissbrauch. Bei der Verjäh-

rungshemmung handelt es sich nämlich um eine mit der Klageerhebung verbundene Rechtsfolge, die als Nebenzweck Teil der normativen Zielsetzung ist,<sup>8</sup> sich also nicht als bloßen Rechtsreflex darstellt. Anderes kann allerdings gelten, wenn ein Kläger zum Zweck der Verjährungshemmung in regelmäßiger Folge mehrere gleichgerichtete Anträge einreicht und diese danach kurzfristig zurücknimmt<sup>9</sup>.

### 2. Auslegung der das Recht begründenden Norm oder Vereinbarung:

Dienen der geltend gemachte Anspruch oder eine erhobene Einwendung<sup>10</sup> weder dem Haupt- noch einem Nebenzweck des gesetzlichen oder vertraglichen Rechts, hängen die Voraussetzungen für einen Rechtsmissbrauch entscheidend davon ab, ob eine seiner Zielsetzung gemäße Ausübung des Rechts dessen Umfang inhaltlich begrenzen soll. Anders formuliert: Von entscheidender Bedeutung ist, ob der normative oder vertragliche Regelungszweck nur Anlass für die Begründung des Rechts ist, dieses aber - wenn es begründet ist - grundsätzlich unabhängig davon ausgeübt werden darf, ob es im konkreten Fall der Verwirklichung der Zielsetzung dient, über diese hinausgeht oder ihr gar widerspricht. Dies erfordert eine Auslegung der konkreten normativen oder vertraglichen Regelung.

Moderne Gesetze erleichtern häufig die Beantwortung dieser Frage, indem sie einerseits den Zweck des Gesetzes benennen und andererseits ausdrückliche Regelungen dazu enthalten, ob eine wirksame Ausübung der gesetzlich begründeten Rechte eine Darlegung entsprechender Gründe erfordert. Ein Beispiel hierfür ist das georgische Gesetz zum Verbraucherschutz. Es benennt in Abschnitt I den Zweck des Gesetzes und dessen Grundprinzipien. In Umsetzung

<sup>6</sup> Böttcher in: Erman BGB, Kommentar, 16. Aufl., § 242 Rn. 102 m. w. N.

<sup>7</sup> Ergänzender Hinweis: Die Rechtslage weicht insoweit in Deutschland etwas von der Georgischen ab, als seit der Novellierung des deutschen Schuldrechts eine Art. 140 ZGB korrespondierende Regelung im BGB nicht mehr enthalten ist, also die verjährungshemmende - früher verjährungsunterbrechende - Wirkung der Klageerhebung durch eine Klagerücknahme nicht mehr entfällt.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 - VI ZR 1118/20 - BGHZ 231, 1, Rn. 38 ff.

<sup>9</sup> So Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 31.08.2001, BT-Drucksache 14/6857, 44.

<sup>10</sup> Die Grundsätze des Rechtsmissbrauchs gelten für Einwendungen in gleicher Weise wie für Ansprüche. Aus Gründen der vereinfachten Darstellung wird hier aber nur auf Ansprüche eingegangen.

dieser generellen Zielsetzungen ist in Art. 13 Abs. 1 für bestimmte Fernabsatzgeschäfte ein Widerrufsrecht vorgesehen. Hierzu wird ausdrücklich vorgegeben, dass dessen Ausübung keiner Begründung bedarf, also in der Widerrufserklärung kein inhaltlicher Bezug zum Normzweck hergestellt werden muss. In grundsätzlich vergleichbarer Weise sind in Deutschland und in den anderen EU-Mitgliedsstaaten die sonstigen im Verbraucherschutzrecht vorgesehenen Widerrufsrechte ausgestaltet.

Vereinzelt ist die Ausübung von Rechten unmittelbar in gesetzlichen Regelungen begrenzt. So wird etwa in Art. 12 Abs. 5 der Datenschutz-Grundverordnung in Deutschland das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht u.a. bei seiner exzessiven Ausnutzung beschränkt. Dahinter steht die Erwägung, dass eine derartige Ausübung des Rechts nicht mehr vom Normzweck, also einer Unterrichtung des Betroffenen über seine gespeicherten personenbezogenen Daten, erfasst wird, sondern den Auskunftspflichten, tendenziell in Richtung Schikane gehend, nur noch belasten soll. § 8c des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (dazu unten B. 3. a)) beschränkt die Verfolgung von wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen, wenn es dem Kläger überwiegend nicht um den Schutz des Wettbewerbs, sondern um das Entstehen von anwaltlichen Honoraransprüchen geht.

### **3. Abgrenzung zwischen einer am Regelungszweck orientierten Auslegung und einem Rechtsmissbrauch:**

Im Regelfall enthalten allerdings weder die Rechtsnormen noch die vertraglichen Vereinbarungen ausdrückliche Ausführungen dazu, ob die in ihnen begründeten Rechte nach dem freien Belieben der Berechtigten ausgeübt werden dürfen oder nur Zwecken, die mit der - meist ebenso wenig ausdrücklich genannten - normativen oder vertraglichen Zielsetzung vereinbar sind oder dieser zumindest nicht widersprechen. Für die dann gebotene Auslegung gibt es keine generellen Grundsätze. Zudem sind bei derartigen Konstellationen die Übergänge zwischen einer sich durch eine teleologische Auslegung ergebenden inhaltlichen Beschränkung des Rechts und einer Be-

schränkung der Rechtsausübung durch die Grundsätze des Rechtsmissbrauchs nicht immer eindeutig, teilweise wohl auch eher fließend. Eine derartige Nahtstelle zwischen einer am Regelungszweck orientierten Auslegung und einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten bilden vor allem jene Fallgestaltungen, in denen der Begünstigte eine über den Regelungszweck hinausgehende Rechtsstellung nicht mehr oder weniger gezielt mit Missbrauchstendenzen herbeiführt, sondern eine solche Situation eher zufällig in der Art eines Windfall-Profits eintritt und diese schicksalhaft eingetretene Lage vom Berechtigten zu seinem Vorteil genutzt wird.

Dies gilt in besonderer Weise bei vertraglichen Ansprüchen aus Individualvereinbarungen. Gerade im Vertragsrecht geschieht es gar nicht so selten, dass sich die Dinge anders entwickeln als von den Vertragspartnern bei Vertragsschluss gedacht. Dies kann dazu führen, dass sich auch die Interessenlage umkehrt und eine Vertragsklausel, die zunächst dem Käufer günstig war und auf dessen Bestreben vereinbart wurde, auf Grund veränderter Verhältnisse plötzlich den Belangen des Verkäufers dient. Als Grundsatz kann hierbei gelten, dass eine irgendwie geartete immanente Begrenzung vertraglicher Ansprüche unter Schutzzweckaspekten nur ausnahmsweise in Betracht kommt und für sie in aller Regel konkrete Anhaltspunkte vorliegen müssen. Der Bundesgerichtshof führt hierzu aus:<sup>11</sup>

*„... Richtig ist zwar, dass die Berufung auf eine ausschließlich dem Schutz des anderen Vertragspartners dienende Vertragsklausel sich als treuwidrig (§ 242 BGB) erweisen kann. Die Annahme rechtsmissbräuchlichen Verhaltens bedarf jedoch konkreter Feststellungen. Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach sich eine Vertragspartei auf eine vertragliche Regelung nicht berufen kann, die den Schutz der anderen Vertragspartei bezweckt, gibt es nicht. Im Gegenteil ist eine nur einseitige Verbindlichkeit von vertraglichen Abreden, die nur oder vorrangig im Interesse eines Beteiligten liegen, dem Vertragsrecht fremd. Soll es einem Vertragspartner nicht gestattet sein,*

<sup>11</sup> Auszug aus BGH, Urt. v. 22. Oktober 2021 - V ZR 69/20 - BGHZ 231, 310 Rn. 47.

*sich auf eine zugunsten des anderen Vertragspartners getroffene Regelung zu berufen, muss sich dies entweder ausdrücklich aus der Vereinbarung selbst ergeben oder bedarf als Ergebnis einer Inhalts- oder Ausübungskontrolle besonderer Gründe.“*

Bereits diese Fallgestaltung verdeutlicht aber auch, dass die Übergänge von einer am Regelungs- und Normzweck orientierten teleologischen Auslegung und einer Begrenzung der Rechtsausübung durch die Grundsätze des Rechtsmissbrauchs, auch bei gesetzlichen Rechten, nicht immer zweifelsfrei sind. Einerseits kann diese Thematik mehr unter dem Aspekt betrachtet werden, dass das Recht bereits objektiv durch den Schutzzweck begrenzt wird, wie dies etwa im deutschen Recht bei Schadenersatzansprüchen (dazu unten 5.) und bei Verstößen gegen das Recht des unlauteren Wettbewerbs (dazu unten B. 2. b)) der Fall ist. Andererseits kann der Blick stärker auf die Grundsätze von Treu und Glauben (Art. 8 Abs. 3 GZGB; § 242 BGB) und die aus ihnen abgeleitete Begrenzung der Rechtsausübung wegen Rechtsmissbrauchs gerichtet werden.

Für gewisse Fallgruppen haben sich hierzu in der deutschen Rechtsprechung gewisse Grundprinzipien entwickelt, die unter B. dargestellt werden.

#### 4. Folgen des Rechtsmissbrauchs

Die hier erörterte Thematik wird in der deutschen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft verbreitet unter dem Stichwort „rechtsmissbräuchliche Klage“ behandelt. Diese Formulierung findet sich auch in anglo-amerikanischem Recht unter der Bezeichnung „tort of abuse of process“.

Diese Begrifflichkeiten sind aber insoweit etwas missverständlich, als die Treuwidrigkeit der Rechtsausübung im Regelfall eine Problematik des materiellen Rechts und nicht des Verfahrensrechts ist. Es ist also grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich, den Prozess zu führen, sondern das materielle Recht in missbräuchlicher Weise auszuüben. Dies gilt selbst dann, wenn gerichtliche oder behördliche Verfahren zweckwidrig eingesetzt werden. Auch dann ist im Re-

gelfall nicht die Klage unzulässig oder aus verfahrensrechtlichen Gründen eine Einwendung versagt. Anderes gilt nur, wenn der Betroffene unmittelbar das gerichtliche Verfahrensrecht missbraucht. Dies betrifft den Missbrauch einer Klagebefugnis bei der Geltendmachung von Wettbewerbsverstößen (dazu unten B. 3. a)), den missbräuchlichen Einsatz aktienrechtlicher Anfechtungsklagen (dazu unten B. 5.) sowie den Erwerb von sog. Sperrgrundstücken mit dem Ziel, hierdurch Planfeststellungsbeschlüsse gerichtlich anfechten zu können (dazu unten B. 6.).

#### 5. Abgrenzung zum Schutzzweckzusammenhang bei Schadenersatzansprüchen:

In der deutschen Rechtsordnung werden Fragen der Begrenzung des Schadenersatzanspruches durch den Schutzzweck der Norm oder des vertraglichen Rechts durchweg nicht dem Bereich des Rechtsmissbrauchs zugeordnet. Vielmehr wird es als eine dem Schadenersatzanspruch von vornherein immanente Schranke verstanden, dass zwischen der pflichtwidrig geschaffenen Gefahrenlage und dem konkreten Schadensereignis bei einer wertenden Betrachtung ein innerer, nicht nur „zufälligen“ Zusammenhang besteht.<sup>12</sup> Die Norm muss also den Schutz des verletzten Rechtsguts auch und gerade gegen die konkret eingetretene Schädigungsart bezwecken).<sup>13</sup> Diese Thematik wird daher im deutschen Recht dem Zurechnungszusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem schädigenden Ereignis, mithin der schadensrechtlichen Kausalität, zugeordnet. Auf sie wird daher im Rahmen dieser Ausarbeitung nicht weiter eingegangen.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 27. September 2022 - VI ZR 336/21 - NJW 2022, 3789, juris Rn. 12; BGH, Urt. v. 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747, juris Rn. 29; BGH, Urt. v. 22. Mai 2012 - VI ZR 157/11 - NJW 2012, 2024, juris Rn. 13 ff.; BGH, Urt. v. 22. September 2016 - VII ZR 14/16 - BGHZ 211, 375, juris Rn. 14.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 27. September 2022 - VI ZR 336/21 - NJW 2022, 3789, juris Rn. 12.



## **B. Unzulässige Rechtsausübung bei einer vom Norm- oder Vertragszweck nicht umfassten Geltendmachung von Rechten in Deutschland**

Im Folgenden werden einige für die deutsche Rechtspraxis wichtige Konstellationen näher dargestellt:

### **1. Missbräuchliche Ausübung eines Widerrufsrechts im Verbraucherschutzrecht**

Die wohl größte praktische Bedeutung erlangt die Frage einer durch den Schutzzweck beschränkten Ausübung von Rechten in Deutschland bei den in den Verbraucherschutzgesetzen enthaltenen Widerrufsrechten. Wie einleitend dargelegt, sind diese Widerrufsrechte in Deutschland wesentlich weitreichender als in Georgien. Da die juristische Thematik weitgehend dieselbe ist, sollen im Folgenden schwerpunktmäßig die auch im georgischen Recht bekannten Widerrufsrechte bei sog. Fernabsatzgeschäften (Art. 13 Abs. 1 des Georgischen Gesetzes zum Verbraucherschutz), ergänzend die im deutschen und europäischen Recht relevanten Widerrufsrechte bei Verbraucherkrediten und verbundenen Geschäften behandelt werden.

Zweck des Widerrufsrechts bei Fernabsatzgeschäften ist es im Wesentlichen, den Käufer vor den spezifischen Risiken zu schützen, die sich daraus ergeben, dass für ihn bei Vertragsschluss sowohl der Vertragspartner als auch das Produkt unsichtbar sind. Das Widerrufsrecht soll diesen Nachteil ausgleichen, indem es dem Verbraucher eine angemessene Bedenkzeit einräumt, während der er nach Erhalt der Kaufsache die Möglichkeit hat, diese zu prüfen und auszuprobieren.<sup>14</sup>

Die Widerrufsrechte bei Verbraucherkrediten und bei anderen Finanzdienstleistungen sollen es zum einen dem Verbraucher ermöglichen, den seinen Be-

dürfnissen am ehesten entsprechenden Vertrag auszuwählen. Er soll sich deshalb vom Vertrag lösen können, wenn sich innerhalb der ihm zur Überlegung zustehenden Widerrufsfrist herausstellt, dass der Vertrag nicht seinen Bedürfnissen entspricht.<sup>15</sup> Zum anderen soll das Widerrufsrecht durch seine sanktionierend-abschreckende Wirkung sicherstellen, dass der Verbraucher alle Informationen erhält, die erforderlich sind, um den Umfang seiner vertraglichen Verpflichtungen beurteilen können.<sup>16</sup>

Es gibt jedoch verschiedene Konstellationen, bei denen man sich fragt, ob das Widerrufsrecht auch ausgeübt werden darf, obwohl die Widerrufsgründe nicht vom gesetzlichen Schutzzweck umfasst sind. Hat der Käufer etwa eine Ware als Geschenk für seine Freundin erworben und geht die Beziehung vor Überreichung des Geschenks in die Brüche, läge dieser Zweckwegfall bei einem Kauf in den Geschäftsräumen des Verkäufers im alleinigen Risikobereich des Käufers. Ändert sich hieran etwas dadurch, dass das Geschenk im Rahmen eines Fernabsatzgeschäfts erworben wurde? Was geschieht, wenn ein Käufer ein von ihm nur einmal benötigtes Gerät, etwa eine Lautsprecheranlage, online erwirbt, um nach dessen Gebrauch sein Widerrufsrecht auszuüben oder wenn jemand bei jeder Party mit einem neuen Outfit erscheint, indem er jeweils kurz vor dem Event online eine zu diesem passende Bekleidung erwirbt und diese nach der Veranstaltung an den Verkäufer zurückschickt?

Wie bereits einleitend erwähnt, ist gesetzlich sowohl in Georgien und als auch in Deutschland ausdrücklich bestimmt, dass die Ausübung des Widerrufsrechts keiner Begründung bedarf. Müssen aber Gründe nicht mitgeteilt werden, weist dies darauf hin, dass solche auch tatsächlich nicht vorhanden sein müssen. Daher bildet die normative Zielsetzung nur

<sup>14</sup> EuGH, Urt. v. 3. September 2009 - C-489/07 - NJW 2009, 3015, juris Rn. 20; BGH, Urt. v. 3. November 2010 - VIII ZR 337/09 - BGHZ 187, 268, juris Rn. 23; BGH, Urteil vom 21. Oktober 2004 - III ZR 380/03 - BGHZ 160, 393, juris Rn. 21; BGH, Urt. v. 19. März 2003 - VIII ZR 295/01 - BGHZ 154, 239, juris Rn. 11.

<sup>15</sup> EuGH, Urt. v. 9. September 2021 - C-33/20, C-155/20 und C-187/20 - NJW 2022, 40, juris Rn. 123; EuGH, Urt. v. 19. Dezember 2019, C-355/18 bis C-357/18 und C-479/18 - NJW 2020, 667, juris Rn. 101; BGH, EuGH-Vorlage vom 31. Januar 2022 - XI ZR 113/21 - ZIP 2022, 472, juris Rn. 71.

<sup>16</sup> EuGH, Urt. v. 9. September 2021 - C-33/20, C-155/20 und C-187/20 - NJW 2022, 40, juris Rn. 124 f.; BGH, EuGH-Vorlage vom 31. Januar 2022 - XI ZR 113/21 - ZIP 2022, 472, juris Rn. 71.

den Anlass für die gesetzlichen Regelungen zum Widerrufsrecht. Dessen Ausübung steht hingegen im freien Belieben des Berechtigten, womit ein Rechtsmissbrauch nicht bereits darin liegen kann, dass die Ausübung des Widerrufsrechts nicht von dessen Normzweck umfasst wird.<sup>17</sup> Auch vom Zweck des Widerrufsrechts völlig losgelöste Gründe, wie etwa in dem Beispielsfall das Scheitern der Beziehung mit dem zu Beschenkenden, und sogar das Fehlen jeglicher Sachgründe, also etwa das ausgegebene Geld für andere Zwecke einsetzen zu wollen, führen daher zu keinem Rechtsmissbrauch.

Dies heißt allerdings nicht, dass die Ausübung des Widerrufsrechts durch die Grundsätze des Rechtsmissbrauchs überhaupt nicht begrenzt ist. In Betracht kommen vor allem reine Missbrauchsfälle, etwa wenn der Verbraucher bewiesenermaßen aus reiner Willkür mehrfach Bestellungen aufgibt, die er schon zu diesem Zeitpunkt zu widerrufen beabsichtigt.<sup>18</sup> Ausnahmsweise wird auch eine einmalige zweckwidrige Ausnutzung des Widerrufsrechts genügen, etwa wenn ein Produkt mit dem Ziel einer anlassbezogenen einmaligen Nutzung erworben und danach - wie von vornherein geplant - zurückgesandt wird (siehe obige Beispielsfälle). Die tatsächlichen Voraussetzungen hierfür sind aber für den Verkäufer praktisch so gut wie nicht zu beweisen. Gegen Missbrauchstendenzen kann sich der Verkäufer daher meist nur selbst schützen, indem er gegen den betreffenden Käufer eine Liefersperre ausspricht.<sup>19</sup>

Hingegen reicht für einen Rechtsmissbrauch von vornherein nicht aus, dass ein Käufer gehäuft nach zunächst (unwiderlegt) vorhandener Kaufabsicht be-

stellte Waren retourniert. Dies gilt umso mehr, als es von berechtigten Interessen des Käufers getragen sein kann, dass dieser eine höhere Anzahl von Artikeln kauft als benötigt, um sich nach deren Lieferung für die ihm geeignetste, aber auch für gar keine Ware entscheiden zu können. Ein solches Vorgehen gleicht letztlich nur die spezifischen Nachteile eines Fernabsatzgeschäftes aus, bei dem der Käufer - anders als beim Kauf im Geschäftslokal - nicht vor Vertragsabschluss verschiedene Produkte ansehen, ausprobieren oder anziehen kann, um sich danach von vornherein für die günstigste, aber auch für gar keine Ware entscheiden zu können.

Eine hiervon zu trennende Frage ist, wann ein derartiges Vorgehen über die entschädigungslos mögliche Prüfung der Beschaffenheit der Ware hinausgeht und daher gemäß § 357a Abs. 1 Nr. 1 BGB vom Käufer der Wertverlust zu erstatten ist.<sup>20</sup> So werden etwa das Anprobieren eines Bekleidungsgegenstandes oder die kurze Inbetriebnahme eines elektronischen Artikels der Prüfung dienen, ein längeres Tragen oder Nutzen aber nicht.<sup>21</sup>

Vielfach hatte sich die deutsche Rechtsprechung in den letzten Jahren im Zusammenhang mit dem sog. Dieselskandal<sup>22</sup> mit der Frage zu befassen, welche Grenzen einem Widerruf bei verbundenen Geschäften (Fahrzeugkauf und dessen Finanzierung durch einen Verbraucherkredit) gesetzt sind. Diese Thematik hängt aber weniger mit den hier erörterten Aspekten des Schutzzweckzusammenhangs, sondern jenen des widersprüchlichen Verhaltens und der Verwirkung zusammen, vor allem bei einer Weiternutzung oder Weiterveräußerung der gekauften Sache trotz eines Widerrufs.<sup>23</sup> Gleiches gilt für die Frage, unter welchen

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 12. Juli 2016 - XI ZR 564/15 - BGHZ 211, 123, juris Rn. 44 ff.; BGH, Urt. v. 12. Juli 2016 - XI ZR 501/15 - BGHZ 211, 105, juris Rn. 20 ff.; BGH, EuGH-Vorlage vom 31. Januar 2022 - XI ZR 113/21 - ZIP 2022, 472, juris Rn. 50.

<sup>18</sup> *Hönninger* in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 355 BGB (Stand: 01.02.2023) Rn. 65.

<sup>19</sup> Vgl. dazu sowie zu den damaligen - inzwischen veränderten - datenschutzrechtlichen Voraussetzungen für eine Speicherung entsprechender Daten: Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urt. v. 25. November 2004 - 5 U 22/04 - juris, insb. Rn. 44 ff. und Rn. 55 ff.

<sup>20</sup> Für die Befüllung eines Wasserbetts mit Wasser und dessen dreitägige Benutzung: BGH, Urt. v. 3. November 2010 - VIII ZR 337/09 - BGHZ 187, 268, juris Rn. 19 ff.

<sup>21</sup> *Hönninger* in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 357a BGB (Stand: 01.02.2023) Rn. 11 f.

<sup>22</sup> Einbau von Abschaltvorrichtungen in der Motorsteuerung von Diesel-Fahrzeugen, um hierdurch die Abgasnormen zu erfüllen.

<sup>23</sup> Dazu BGH, Urt. v. 21. März 2023 - XI ZR 42/22 - juris Rn. 21; BGH, EuGH-Vorlage vom 31. Januar 2022 - XI ZR 113/21 - ZIP

Voraussetzungen bei Teilzahlungsverträgen ein Widerruf auch noch Jahre nach vollständiger beiderseitiger Vertragserfüllung möglich ist.<sup>24</sup>

## 2. Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen wegen Verletzung des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots:

Nach § 15 Abs. 2 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) hat ein Arbeitgeber in Deutschland bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot dem Betroffenen neben dem Ersatz des konkreten Schadens (§ 15 Abs. 1 AGG) auch eine schadensunabhängige Entschädigung zu zahlen. Als ein solcher Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot gilt auch, wenn ein Bewerber aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung,<sup>25</sup> des Alters oder der sexuellen Identität benachteiligt wird. Die Höhe der Entschädigung beträgt bis zu drei Monatsgehältern.

Insbesondere die den Arbeitgebern zur Vermeidung einer Diskriminierung wegen des Alters, des Geschlechts oder der Schwerbehinderung<sup>26</sup> obliegenden Verhaltenspflichten haben ihre „Tücken“. Dies führt dazu, dass vor allem den nicht über eine hoch professionelle Personalabteilung verfügenden Arbeitgebern bei der Ausschreibung freier Stellen oder im Rahmen des Besetzungsverfahrens nicht selten Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot unterlaufen. Die dadurch entstehende Entschädigungspflicht kann Personen veranlassen, Ausschreibungen freier Stellen auszuwerten und sich, wenn sie mögliche Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot erkennen oder erahnen und dem vom Rechtsverstoß betroffenen Personenkreis zugehören, sich zu bewerben.

Wird ein solcher Bewerber abgelehnt, wird dessen anschließendes Entschädigungsverlangen nach gefestigter arbeitsgerichtlicher Rechtsprechung als rechtsmissbräuchlich bewertet, sofern der Bewerber nicht die freie Stelle erhalten wollte, sondern es ihm nur darum ging, wegen des dem Arbeitgeber unterlaufenen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot Ansprüche auf Entschädigung und/oder Schadenersatz geltend zu machen.<sup>27</sup> Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt der Arbeitgeber. Allerdings weist zumindest tendenziell auf eine solche Missbrauchsabsicht hin, wenn zwischen dem Anforderungsprofil der zu besetzenden Stelle und der Qualifikation des Bewerbers ein krasses Missverhältnis besteht, der Bewerber vielfach in entsprechender Weise in Erscheinung tritt, der Bewerber durch sein Verhalten im Bewerbungsverfahren eher den Eindruck erweckt, er wolle den Arbeitgeber abschrecken als in für sich zu gewinnen<sup>28</sup> oder sein „hohes Alter“, also den potentiell diskriminierenden Umstand, in den Bewerbungsunterlagen in auffälliger Häufigkeit und Deutlichkeit hervorhebt.<sup>29</sup>

## 3. Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung von Wettbewerbsverstößen:

a) Nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb sind zur Geltendmachung von Rechten wegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens u. a. bestimmte rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen berechtigt. Bei einer erfolgreichen Geltendmachung dieser Rechte, auch im Rahmen einer außergerichtlichen Abmahnung, steht diesen Verbänden ein Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen, einschließlich der Anwaltshonorare, zu. Hierdurch kann es vor allem für Verbände, die wirtschaftlich mit Rechtsanwälten ver-

2022, 472, juris Rn. 57 ff.

<sup>24</sup> Dazu: Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urt. v. 6. August 2015 - 4 U 156/14 - NJW-RR 2016, 630, juris Rn. 41 ff.; dort aus Gründen des Einzelfalles wegen eines *venire contra factum proprium* verneint.

<sup>25</sup> Vgl. auch Art. 164 Abs. 2 Satz 2 SGB (Sozialgesetzbuch) IX.

<sup>26</sup> Zu den besonderen verfahrensrechtlichen Pflichten von Arbeitgebern der öffentlichen Hand bei schwerbehinderten Bewerbern: § 165 SGB IX; BAG, Urt. v. 25. November 2021 - 8 AZR 313/20 - NZA 2022, 63, juris Rn. 18 ff.

<sup>27</sup> BAG, Urt. v. 19. Januar 2023 - 8 AZR 437/21 - NZA 2023, 688, juris Rn. 43 ff.; 7; BGH, Urt. v. 25. Oktober 2018 - 8 AZR 562/16 - NZA 2019, 527, juris Rn. 46 ff.; BAG, Urt. v. 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - BAGE 155, 149., juris Rn. 32 ff.

<sup>28</sup> Etwa zum Bildungsgrad des Bewerbers und dem Anforderungsprofil der zu besetzenden Stelle nicht passende (absichtliche?) Häufung orthographischer Fehler oder eher ungewöhnliche Vorstellungen über die von ihm erwarteten Arbeitsbedingungen.

<sup>29</sup> Vgl. etwa BAG, Urt. v. 31. März 2022 - 8 AZR 238/21 - NZA 2022, 1401, juris Rn. 44 ff.

bunden sind, attraktiv sein, nicht nur möglichst viele Verstöße tatsächlich festzustellen (etwa durch eine systematische Auswertung von Werbeaussagen) und danach zu rügen, sondern dies auch in einer Weise, die für den Rechtsanwalt oder den Verband gebührenrechtlich besonders günstig sind. Um der damit verbundenen Missbrauchsgefahr zu begegnen, enthält § 8c UWG folgende Regelung:

*„(1) Die Geltendmachung der Ansprüche aus § 8 Absatz 1 ist unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist.*

*(2) Eine missbräuchliche Geltendmachung ist im Zweifel anzunehmen, wenn*

*1. die Geltendmachung der Ansprüche vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder von Kosten der Rechtsverfolgung oder die Zahlung einer Vertragsstrafe entstehen zu lassen,*

*2. ein Mitbewerber eine erhebliche Anzahl von Verstößen gegen die gleiche Rechtsvorschrift durch Abmahnungen geltend macht, wenn die Anzahl der geltend gemachten Verstöße außer Verhältnis zum Umfang der eigenen Geschäftstätigkeit steht oder wenn anzunehmen ist, dass der Mitbewerber das wirtschaftliche Risiko seines außergerichtlichen oder gerichtlichen Vorgehens nicht selbst trägt,*

*3. ein Mitbewerber den Gegenstandswert für eine Abmahnung unangemessen hoch ansetzt,*

*4. offensichtlich überhöhte Vertragsstrafen vereinbart oder gefordert werden,*

*5. eine vorgeschlagene Unterlassungsverpflichtung offensichtlich über die abgemahnte Rechtsverletzung hinausgeht,*

*6. mehrere Zuwiderhandlungen, die zusammen hätten abgemahnt werden können, einzeln abgemahnt werden oder*

*7. wegen einer Zuwiderhandlung, für die mehrere Zuwiderhandelnde verantwortlich sind, die Ansprüche gegen die Zuwiderhandelnden ohne sachlichen Grund nicht zusammen geltend gemacht werden.*

*(3) Im Fall der missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen kann der Anspruchsgegner vom Anspruchsteller Ersatz der für seine Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen fordern. Weitergehende Ersatzansprüche bleiben unberührt.“*

Wie keine andere gesetzliche Regelung des deutschen Rechts führt § 8c UWG vor Augen, welche Missbrauchsgefahren auch mit sinnvollen Schutzvorschriften verbunden sein können und wie ihnen eine Rechtsordnung wirkungsvoll begegnen kann.<sup>30</sup> Auf andere Bereiche können die in § 8c UWG niedergelegten Kriterien aber nicht unmittelbar übertragen werden, da die allgemeinen Grundsätze von Treu und Glauben in ihrer rechtsbeschränkenden Wirkung ausdrücklichen normativen Bestimmungen im Regelfall nicht gleichkommen.

b) Im vorliegenden Zusammenhang ist zudem eine Entscheidung interessant, in welcher der Bundesgerichtshof bei einer objektiv irreführenden wettbewerblichen Angabe unter Schutzzweckaspekten bereits einen Wettbewerbsverstoß verneint, also nicht etwa die Rechtsausübung wegen eines Rechtsmissbrauchs für unzulässig erachtet, hat. Bei dieser Entscheidung<sup>31</sup> ging es (hier verkürzt dargestellt) u.a. um Folgendes:

Der beklagte Händler hatte in einer Anzeige ein Produkt der Unterhaltungselektronik beworben. Auf eine telefonische Anfrage hat die zuständige Abteilung der Beklagten einem Testkäufer am Werbetag mitgeteilt, dass das betreffende Produkt in den Geschäftsräumen nicht zur sofortigen Mitnahme verfügbar sei. Diese telefonische Auskunft war unzutreffend, weil das beworbene Produkt tatsächlich vorhanden war. In der fernmündlichen Mitteilung lag deshalb eine irreführende Angabe über die Vorratsmenge, was nach dem Wortlaut von § 3 UWG eine unlautere geschäftliche Handlung darstellt. Dieser fehlt es aber an einer wettbewerbsrechtlichen Relevanz, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Anwendung des § 3 UWG nach dem Schutzzweck der Norm erforderlich ist:

<sup>30</sup> Vgl. im Einzelnen: BGH, Urt. v. 26. Januar 2023 - I ZR 111/22 - BGH, Urt. v. 26. Januar 2023 - I ZR 111/22 - juris Rn. 39 ff.; BGH, Urt. v. 21. Januar 2021 - I ZR 17/18 - GRUR 2021, 752, juris Rn. 37 ff.; BGH, Urt. v. 4. Juli 2019 - I ZR 149/18 - NJW 2019, 3377, juris Rn. 46; Seichter in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 8c UWG (Stand: 12.05.2023) Rn. 20 ff.

<sup>31</sup> BGH, Urt. v. 27. Juni 2002 - I ZR 19/00 - NJW-RR 2002, 1686, juris Rn. 27 ff.

Das Verbot irreführender Angaben über die Menge der Vorräte soll verhindern, dass der Verbraucher durch unzutreffende Angaben angelockt wird, um dann im Geschäft festzustellen, dass die Ware doch nicht zur sofortigen Mitnahme verfügbar ist. Die telefonische Auskunft, eine Ware sei im Geschäft nicht vorrätig, lockt aber interessierte Kunden nicht an, sondern hält sie eher davon ab, das Geschäft überhaupt aufzusuchen. Eine Irreführung dieser Art verschafft dem Wettbewerber deshalb keinen wettbewerblichen Vorteil zu Lasten seiner Mitbewerber und unterliegt daher unter Schutzzweckaspekten nicht dem Anwendungsbereich von § 3 UWG.

#### **4. Wegfall eines Kündigungsgrundes nach wirksam erfolgter Kündigung:**

Bedarf eine Kündigung eines sachlichen Grundes und fällt dieser nach einer wirksam ausgesprochenen Kündigung weg, stellt sich die Frage, ob Aspekte des Rechtsmissbrauchs den Kündigenden darf hindern, sich weiterhin auf die Kündigungswirkung zu berufen. Die spezifische Problematik liegt dabei darin, dass die Wirksamkeit von ausgeübten Gestaltungsrechten in besonderer Weise unter dem Gebot der Rechtssicherheit steht und dieser nachträgliche - und sei es auch nur mittelbare - Auswirkungen auf den Bestand der Kündigungswirkung zuwiderlaufen. Erst recht gilt dies bei Dauerschuldverhältnissen, wie etwa bei Mietverträgen über Wohnraum, bei denen die Beseitigung einer Gestaltungswirkung vielfältige Ausstrahlungen auf tatsächliche Geschehnisse und auf andere Rechtsverhältnisse, auch mit Dritten, haben kann.

Für die Kündigung wegen Eigenbedarfs (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB; im Kern vergleichbar mit Art. 562 Nr. 2b GZGB) beantwortet der Bundesgerichtshof diese Frage dahin, dass der Vermieter rechtsmissbräuchlich handele, wenn er einen vor dem Wirksamwerden der Kündigung, also zwischen der Kündigungserklärung und der Beendigung des Mietverhältnisses, eintretenden Wegfall des Eigenbedarfs dem Mieter nicht mitteile und diesem nicht die Fortsetzung des Mietverhältnisses anbiete. Dies gelte aber nicht, wenn der Eigenbedarf erst nach Wirksamwerden der Kündigung entfalle; und zwar selbst dann, wenn der Mieter zu

diesem Zeitpunkt (vertragswidrig) die Wohnung noch nicht geräumt habe.<sup>32</sup> Die Besonderheit dieses Lösungsweges liegt zum einen darin, dass mit ihm nach Beendigung des Mietverhältnisses der Rechtssicherheit stets der Vorrang gewährt wird. Zum anderen vermeidet er bei einem zwischen der Kündigungserklärung und der Beendigung des Vertragsverhältnisses erfolgenden Wegfall des Kündigungsgrundes eine unmittelbare Auswirkung auf die Wirksamkeit der Kündigungserklärung. Dies stärkt nicht nur die Rechtssicherheit, sondern trägt vor allem auch den berechtigten Belangen des Mieters Rechnung. Dieser kann sich nämlich seinerseits in seinem Verhalten auf eine wirksame Kündigung eingestellt haben und - etwa weil er bereits eine andere Wohnung gemietet hat - daran interessiert sein, dass der Vermieter an die Kündigungserklärung trotz des Wegfalls des Kündigungsgrundes gebunden bleibt.

Diese Rechtsauffassung begründet der Bundesgerichtshof u.a. wie folgt:<sup>33</sup>

*„bb) Solange die Rechtswirkungen der Kündigung noch nicht eingetreten sind, sprechen keine zwingenden Gründe dagegen, vielmehr erfordert es der Schutz des Mieters, einer zunächst wirksamen Kündigung nachträglich ihre Wirksamkeit abzusprechen, wenn dies aus überwiegenden Gesichtspunkten, etwa dem Verbot des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB), geboten erscheint. Ein derartiger Rechtsmissbrauch läge insbesondere dann vor, wenn der geltend gemachte Eigenbedarf des Vermieters vor dem Ablauf der Kündigungsfrist und der erst hierdurch bewirkten rechtlichen Beendigung des Mietverhältnisses entfallen ist und der Vermieter dennoch aus formalen Gründen an der im Zeitpunkt der Erklärung berechtigten Kündigung festhalten würde.*

*cc) Mit dem (rechtlichen) Ende des Mietverhältnisses*

<sup>32</sup> Vgl. zum Ganzen: BGH, Urt. v. 9. November 2005 - VIII ZR 339/04 - BGHZ 165, 75, juris Rn. 19 ff.; BGH, Versäumnisurteil vom 13. Juni 2012 - VIII ZR 356/11 - juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 22. Mai 2019 - VIII ZR 167/17 - NJW-RR 2019, 972, juris Rn. 28; BGH, Urteil vom 9. Dezember 2020 - VIII ZR 238/18 - NJW 2021, 1232, juris Rn. 15.

<sup>33</sup> Auszug aus BGH, Urt. v. 9. November 2005 - VIII ZR 339/04 - BGHZ 165, 75, juris Rn. 19 ff.

ses erlischt ... das Besitzrecht des Mieters, der keine originäre, sondern nur eine abgeleitete Beziehung zu der von einem anderen geschaffenen Wohnung hat (...); die Verfügungsbefugnis des Vermieters, in aller Regel des Eigentümers der betreffenden Wohnung, erlangt wieder ihren vollen, von der Verfassung in Art. 14 GG anerkannten und garantierten Umfang. ... Ein Mieter, der die gemietete Sache nach der durch die wirksame Kündigung herbeigeführten Beendigung des Mietverhältnisses dem Vermieter nicht zurückgibt, verhält sich von da an nicht mehr vertragstreu; auf ein Verschulden kommt es insoweit nicht an.

dd) Nachvertragliche Treuepflichten, die einen Vorrang des Bestandsinteresses des Mieters gegenüber dem Rückgabeanspruch des Vermieters gebieten würden, sind nicht anzuerkennen. Dies hat der Senat in seinem Urteil vom 9. Juli 2003 (BGH, Urteil vom 9. Juli 2003 - - NJW 2003, 2604 unter II 2) in ähnlicher Weise für den Fall einer freiwerdenden Wohnung des Vermieters bei fortbestehendem Eigenbedarf an der gekündigten Wohnung ausgesprochen; für die vorliegende Fallgestaltung kann nichts anderes gelten. Die Annahme einer nachvertraglichen Pflicht des Vermieters, den Mieter über den nach Beendigung des Mietverhältnisses eingetretenen Wegfall des Kündigungsgrundes zu unterrichten, würde zu einer systemwidrigen Durchbrechung der Grundsätze über die rechtsgestaltende Wirkung von Kündigungserklärungen führen. ... Dem Interesse des Mieters am Erhalt der Wohnung könnte daher nur durch eine nachvertragliche Pflicht des Vermieters, dem Mieter den Neuabschluss eines Mietvertrages über dieselbe Wohnung anzubieten, Rechnung getragen werden. Dass der Gesetzgeber einen solchen Kontrahierungszwang des Vermieters gewollt hat, ist nicht ersichtlich und lässt sich insbesondere auch nicht den Materialien des Mietrechtsreformgesetzes entnehmen. ...

d) Die Berücksichtigung eines nach dem Wirksamwerden der Kündigung eingetretenen Wegfalls des Eigenbedarfs des Vermieters hätte schließlich eine nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung der Rechte des Vermieters und eine ungerechtfertigte Besserstellung des vertragsuntreuen gegenüber dem vertragstreuen Mieter zur Folge.

Dürfte der Mieter damit rechnen, dass derartige nachträgliche Ereignisse zu seinen Gunsten zu berücksichtigen wären, so könnte er dazu verleitet werden, die Räumung der Wohnung mit allen Mitteln zu verzögern. Der Vermieter wäre für einen unbestimmten Zeitraum an der Wahrnehmung seiner Rechte gehindert; er müsste einen möglicherweise langwierigen Räumungsprozess auch in den Fällen führen, in denen die Rechtsverteidigung des Mieters keinerlei Aussicht auf Erfolg hat. Dadurch würde sich in ungerechtfertigter Weise die Chance des Mieters erhöhen, infolge einer anderweitigen, gerade durch die Verzögerung verursachten Disposition des Vermieters oder durch sonstige Ereignisse einen Wegfall des Eigenbedarfs zu erreichen (...). Zugleich würde das berechtigte Interesse des Vermieters, auf die Rechtsfolgen einer wirksamen Kündigung vertrauen und seine Planungen danach ausrichten zu können, erheblich eingeschränkt; bei langwierigen Räumungsstreitigkeiten bliebe es oft dem Zufall überlassen, ob der Vermieter seine Wohnung zurückerhält oder ob nicht vorhersehbare nachträgliche Umstände sogar nach Jahren noch der Kündigung ihre rechtliche Grundlage entziehen könnten. Das ist mit den Grundsätzen der Rechtssicherheit und eines effektiven Rechtsschutzes, den auch der Vermieter für sich in Anspruch nehmen kann, nicht zu vereinbaren. ...“

##### **5. Missbräuchliche Anfechtung von Gesellschaftsbeschlüssen durch Kleinaktionär:**

Bis zu Neufassungen des Rechts der aktienrechtlichen Anfechtungsklage (vgl. nunmehr § 246a AktG) war es Kleinaktionären nahezu unbegrenzt möglich, Hauptversammlungsbeschlüsse von Aktiengesellschaften über Kapitalbeschaffungsmaßnahmen und über Unternehmensverträge anzufechten und hierdurch das Wirksamwerden der Beschlüsse zu verhindern. Dies hatte zur Folge, dass einige Kleinaktionäre vor allem bei sanierungsbedürftigen Aktiengesellschaften gehäuft Anfechtungsklagen erhoben haben und die Aktiengesellschaften oder deren Großaktionäre bereit waren, zur Erledigung dieser Verfahren den Klägern Leistungen anzubieten, die weit über den Verkehrswert ihrer Aktien hinausgingen. Das mit dieser Klagebefugnis verbundene Missbrauchspotential

ist inzwischen in Deutschland durch Gesetzesänderungen erheblich reduziert. Wegen der rechtsdogmatischen Bedeutung dieser Frage soll sie aber dennoch an Hand der Rechtslage bis zum Jahr 2007 kurz dargestellt werden.

Der Bundesgerichtshof<sup>34</sup> hat bei solchen Sachlagen die Erhebung einer Anfechtungsklage als rechtsmissbräuchlich erachtet, sofern der Kläger damit das Ziel verfolgt hat, die verklagte Gesellschaft in grob eigenütziger Weise zu einer Leistung zu veranlassen, auf die er keinen Anspruch hatte und billigerweise auch nicht haben konnte. Hierfür hat der Bundesgerichtshof nicht gefordert, dass der Kläger von der Vorstellung ausgegangen ist, er müsse die Gesellschaft im Gegenzug für eine Erledigung des Verfahrens zu einer den Verkehrswert seiner Aktie weit übersteigenden „Gegenleistung“ selbst auffordern. Vielmehr hat er genügen lassen, dass der Kläger erwartet hat, die Gesellschaft werde sich unter dem Druck der befürchteten wirtschaftlichen Nachteile, etwa wegen den mit der Anfechtungsklage verbundenen Verzögerungen bei einer existenziell notwendigen Sanierung, an ihn wenden und ihm „Angebote“ unterbreiten. Da eine solche Erwartungshaltung als sog. innere Tatsache nur schwer nachzuweisen ist, hat die Rechtsprechung auf ihr Vorliegen ggf. aus einer Würdigung des gesamten Verhaltens des Klägers geschlossen.

## 6. Missbräuchliche Anfechtung von Planfeststellungsbeschlüssen nach Erwerb eines sog. Sperrgrundstücks

Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung ist in Deutschland bei zahlreichen Klagen gegen Planfeststellungsbeschlüsse mit der Frage befasst, ob der Kläger seine Klagebefugnis rechtsmissbräuchlich ausübt, wenn er die zur Klagebefugnis führende Rechtsstellung, im Regelfall das Eigentum an einem Grundstück, mit dem Ziel erworben hat, hierdurch eine rechtliche Betroffenheit zu erreichen. Anders als bei den soeben behandelten klagenden Kleinaktionären geht es die-

sen Klägern allerdings in aller Regel nicht darum, sich ihr Klagerecht durch eine Gegenleistung „abzukauften“ zu lassen. Vielmehr wollen sie durch den Erwerb solcher Grundstücke (sog. Sperrgrundsätze) eine Klagebefugnis erlangen, um die von ihnen als vernachlässigt eingestuften Belange des Natur- und Umweltschutzes in stärkerer Weise durchzusetzen.

Das Bundesverwaltungsgericht und die anderen Verwaltungsgerichte haben hierzu den Grundsatz aufgestellt, dass die Eigentümerstellung des von einem Planfeststellungsbeschluss Betroffenen zwar in aller Regel ausreiche, um im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung)<sup>35</sup> die Möglichkeit einer Rechtsverletzung aufzuzeigen. Grundsätzlich unerheblich sei, aus welchen Beweggründen ein Kläger das Eigentum an einem betroffenen Grundstück - und damit seine Klagebefugnis - erlangt hat. Eine andere rechtliche Beurteilung sei aber dann gerechtfertigt, wenn das Eigentum nur erworben worden sei, um die Voraussetzungen für eine Prozessführung zu schaffen, die nach dem Rechtsschutzsystem der Verwaltungsgerichtsordnung einem Eigentümer vorbehalten ist. Davon sei auszugehen, wenn die konkreten Umstände ohne Weiteres erkennen lassen, dass an der erworbenen Rechtsstellung, welche die Klagebefugnis vermitteln soll, kein über das Führen eines erwarteten Rechtsstreits hinausgehendes Interesse bestehe.<sup>36</sup>

## C. Schadenersatz- und Unterlassungspflicht im Zusammenhang mit der Ankündigung oder Durchführung gerichtlicher und staatsanwaltschaftlicher Verfahren in Georgien

Unten werden, ausgehend von oben schon Gesag-

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 29. Oktober 1990 - II ZR 146/89 - NJW-RR 1991, 358, juris Rn. 17; BGH, Urt. v. 18. Dezember 1989 - II ZR 254/88 - ZIP 1989, 168, juris Rn. 27 ff.; BGH, Urt. v. 22. Mai 1989 - II ZR 206/88 - BGHZ 107, 296, juris Rn. 25 ff.

<sup>35</sup> Betrifft die Klagebefugnis wegen Betroffenheit in eigenen Rechten; vgl. im georgischen Recht Art. 22 Abs. 2 der Verwaltungsprozessordnung.

<sup>36</sup> BVerwG, Urteil vom 25. Januar 2012 - 9 A 6/10 - NVwZ 2012, 567, juris 13; BVerwG, Urt. v. 9. Juli 2008 - 9 A 14/07 - BVerwGE 131, 274, juris Rn. 42; Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28. Februar 2023 - OVG 2 A 18.19 - juris Rn. 53 ff.; Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urt. v. 15. Juli 2022 - 6 S 4216/20 - juris Rn. 65 ff.

tem, die rechtlichen Handhabungsmöglichkeiten von unbegründeten Zivilklagen und unhaltbaren Strafanzeigen dargestellt, die absichtlich mit dem Zweck erhoben werden, den Beklagten/Angezeigten zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen oder ihn einfach zu schädigen. Es handelt sich nicht mehr um den Fall, wenn etwa eine „nur“ verjährungsunterbrechende Wirkung (s. oben) der Klage angestrebt wird – selbst wenn ohne konkreten Vollstreckungszweck –, die sich noch im Rahmen des geltend gemachten Rechts bewegt und von dem Normzweck erfasst ist, sondern um den Fall, in dem *per se* ein bestehendes rechtliches Instrument eindeutig zu einem dem Norm- bzw. Vertragszweck widersprechenden Rechtsverfolgungsmittel genutzt wird.

### I. Schadenersatzansprüche nach GZGB

Es werden vor allem die deliktische Haftungsmöglichkeiten dargestellt, einschließlich der Auferlegung einer Unterlassungsverpflichtung eingebettete Naturalrestitution. In Form eines Anhangs wird aber auch auf eine quasinegatorische Haftung eingegangen. Leider findet sich – im Unterschied zu der oben ausführlich dargestellten deutschen Rechtsprechung – im georgischen so gut wie keine Entscheidung, die zumindest ansatzweise diese Fragen anspricht, weswegen die nachfolgenden Ausführungen rein auf die georgischen Gesetze und die Möglichkeit der Übertragung von deutschen Rechtsfiguren beschränkt bleiben. Die eher fallbuchartige Aufzählung von Anspruchsgrundlagen, die für den deutschen Leser eher uninteressant und überflüssig ist, wurde eben wegen mangelnder Auseinandersetzung mit dieser Frage in der georgischen Literatur als notwendig empfunden – die wissenschaftliche Diskussion über diese Frage in Georgien soll mit der konkreten rechtlichen Rahmenseziehung, d. h. näheren Thematisierung von in Betracht kommenden Tatbestandsmerkmalen und Rechtsfolgen der GZGB-Normen begonnen werden. Im Gegensatz dazu soll die Konstellation von unzulässiger Rechtsausübung einer über den Norm- bzw. Vertragszweck hinausgehenden Verfolgung von Rechten eher abstrakt dargestellt werden, da Schadenersatz- und Unterlassungsklagen dieses Inhaltes noch

nicht vor georgische Gerichte gelangt sind<sup>37</sup> und da die folgenden Ausführungen möglichst verallgemeinerungsfähig und auf möglichst viele künftige Sachverhalte anwendbar sein sollen. Nachfolgend wird von einer Fallkonstellation ausgegangen, in der eine unhaltbare Anzeige (Klage) als Zwangsmittel zur Erschleichung von (Vertrags-)Leistungen verwendet wird, auf die der Anzeiger (Kläger) keinen Anspruch hat. Dies scheint wohl das „beliebteste“ Druckmittel in Georgien zu sein. Unten wird fast immer von dem Gleichlauf der Haftung des Erstatters einer unhaltbaren Anzeige und dem Kläger (der eine von vorneherein unbegründete Klage erhoben hat) ausgegangen, so dass der „Anzeigenerstatter“ in den meisten Fällen als eine Art Oberbegriff für beide zu verstehen ist.

#### 1. Die deliktische Generalklausel im georgischen Zivilrecht

Im georgischen Zivilgesetzbuch (nachfolgend: GZGB) ist die deliktische Generalklausel – Art. 992 GZGB – aus dem schweizerischen Obligationenrecht (Art. 41 Abs. 1 OR) übernommen worden. Die Klausel erfasst die Tatbestände von § 823 I, II und § 826 BGB. Zwar ist im schweizerischen OR der Tatbestand der sittenwidrigen Schadenszufügung (Art. 41 Abs. 2 OR = § 826 BGB) gesondert geregelt, in Georgien soll aber auch dieser Fall unter Art. 992 GZGB subsumiert werden.

Art. 992 GZGB, die eine identische Formulierung zu Art. 41 Abs. 1 OR aufweist, stellt vier Voraussetzungen der deliktischen Haftung auf: Handlung, Schaden, Verschulden, Rechtswidrigkeit. Somit wird in Georgien der Ausmaß eines ersatzfähigen Schadens primär nicht durch die Berufung auf die Verletzung von absoluten Rechtsgütern (§ 823 Abs. 1 BGB), sondern durch die Rechtswidrigkeit eingegrenzt. Seinerseits liegt aber die Rechtswidrigkeit nicht nur im Fall eines konkreten Normenverstößes vor, sondern natürlich im Fall einer Verletzung von absoluten Rechtsgütern und darüber hinaus bei der Verletzung von grundlegenden Werten und Prinzipien der

<sup>37</sup> Vgl. als Ausnahme die einer realen Klage (die alle Instanzen im Ergebnis dann auch abgewiesen haben) nachgebildete Falllösung von *Rusiashvili*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 9/2021, 66 ff.



Rechtsordnung, wie etwa des Verbotes des Rechtsmissbrauchs (Art. 115 GZGB) oder generell des Verbotes des sittenwidrigen Verhaltens.

Der Umfang des Schadenersatzanspruches (Art. 408-415 GZGB) ist im georgischen ZGB unmittelbar nach dem deutschen Muster (§§ 249-254 BGB) ausgestaltet. Auch in Georgien, genauso wie in Deutschland, soll der Schaden zunächst in Form von Naturalrestitution ersetzt werden (Art. 408 Abs. 1 GZGB) und erst dann, wenn dies unmöglich ist oder bei Hinzu kommen anderer Umstände, wandelt sich die Naturalrestitution in eine Pflicht zum Ersatz in Geld.

## 2. Anspruch nach Art. 992 GZGB – Erstattung einer unhaltbaren Strafanzeige (unbegründeten Klage) als sittenwidrige Handlung

Die absichtliche Erstattung von vorneherein unhaltbaren Klagen oder Strafanzeigen kann den Tatbestand einer sittenwidrigen Schadenszufügung verwirklichen und den Schädiger nach Art. 992 GZGB haften lassen<sup>38</sup> („rechtsmissbräuchliche Klage oder Strafanzeige“).

Wie oben schon näher dargestellt, gilt eine Handlung als sittenwidrig und bildet den Haftungsgrund aus dem Delikt, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind<sup>39</sup>:

1. Die erhobene Klage oder erstattete Strafanzeige entbehrt einem Grund und verfolgt nicht den Zweck, gesetzlich vorgesehene Folgen hervorzurufen (Zivilurteil, strafrechtliche Verurteilung), sondern den Beklagten/Angezeigten zu einer Zahlung zu veranlassen, auf die der Kläger/Anzeiger keinen Anspruch hat.

2. Die Zweck-Mittel-Relation zwischen Klage/Strafanzeige zum angestrebten Zweck ist sittenwidrig, da der Einsatz dieser Mittel zur Verfolgung dieses Zweckes, unter dem Deckmantel einer dem Kläger/Anzeiger vom Gesetz eingeräumten Position,

unzulässig und eindeutig verwerflich ist, d. h. nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden (inhaltlichen) Gesamtcharakter mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren ist.

3. Eine weitere Voraussetzung der Haftung ist ein vorsätzliches Handeln seitens des Klägers/Anzeigers in Kenntnis aller für die Sittenwidrigkeit maßgebenden Umstände

4. Es soll auch gewiss sein, dass der Verfahrensgegner durch die unbegründete Klage/unhaltbare Anzeige einen Schaden erleiden wird.

Eine Anspruchsgrundlage für den Schadenersatz bildet in Deutschland in solchen Fällen § 826 BGB („sittenwidrige Schadenszufügung“), der dem schweizerischen Art. 41 Abs. 2 OR entspricht. Dieser Haftungstatbestand basiert auf dem Prinzip, dass „ein sittenwidriges Verhalten immer zugleich auch rechtswidrig ist“. Somit ist die Rechtswidrigkeit durch die Sittenwidrigkeit indiziert und es erübrigt sich seine separate Prüfung.

In Georgien, wie oben schon erwähnt wurde, gibt es keinen separaten deliktischen Haftungstatbestand für die Fälle einer sittenwidrigen Schadenszufügung und auch dieser Fall soll unter Art. 992 GZGB subsumiert werden, im Rahmen dessen eine separate Prüfung der Rechtswidrigkeit erforderlich ist. Im Falle des Verfahrensmissbrauchs (rechtsmissbräuchliche Strafanzeige) darf man aber die Rechtswidrigkeit nicht nur mit dem Hinweis auf das Prinzip „Sittenwidrigkeit indiziert immer die Rechtswidrigkeit“ feststellen, sondern muss auch auf eine spezielle Norm, nämlich auf Art. 88 GZGB, hinweisen: *Als Zwang im Sinne der Artikel 85 bis 87 gelten Handlungen nicht, die weder zu einem rechtswidrigen Zweck noch durch Anwendung rechtswidriger Mittel vorgenommen werden, es sei denn, dass Mittel und Zweck einander nicht entsprechen.*

Art. 88 GZGB ist eine Norm aus dem Regelungskomplex, der unter Drohung abgeschlossene Geschäfte betrifft. Art. 88 GZGB bestimmt, dass allein die unzulässige Zweck-Mittel-Relation zur Rechtswid-

<sup>38</sup> MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 826 Rn. 247 f.; BVerfG, NJW 2015, 3083 Rn. 17; BVerfG, BVerfGE 74, 60 f.; BGH, NJW 1961, 2255; BGH, NJW 1979, 1352; BGH, NJW 1985, 1961.

<sup>39</sup> Vgl. BGH, WM 1991, 2062; OLG Frankfurt, WM 2009, 311; BGH, WM 1992, 1184; s. auch Wagner, Abwehr und Angriff bei rechtsmissbräuchlichen Klagen (<http://www.raunwagner.de/news/20110321.pdf>).

rigkeit führen kann, selbst wenn an sich sowohl das Drohungsmittel als auch der mit der Drohung verfolgte Zweck zulässig sind. Das heißt, dass eine Drohung widerrechtlich ist, wenn: das eingesetzte Mittel widerrechtlich ist; der verfolgte Zweck widerrechtlich ist; aber auch gerade die Verbindung dieses Zweckes mit diesem Mittel widerrechtlich ist.<sup>40</sup> Zum Beispiel man darf nicht eine tatsächlich bestehende Forderung aus dem Darlehensvertrag (Zweck) durch die Androhung einer negatorischen Klage wegen Grundstücksüberbau aus einem ganz anderen Rechtsverhältnis (Mittel) durchsetzen. Wenn der Bedrohte auf diese Drohung hin zahlt, wird diese Zahlung als ein unter Drohung abgeschlossenes (Leistungs-)Geschäft angesehen und ist deswegen nach der Anfechtung nichtig. Obwohl alleinbetrachtet sowohl die eine, als auch die andere Handlung rechtmäßig sind, erkennt die Rechtsordnung eine Verbindung von diesen beiden nicht an und erachtet sie als eine rechtswidrige Handlung.

Verwendet der Anzeiger z. B. die von ihm eingeleitete Strafermittlung nur als ein Instrument, um eigene, andere vermögensmäßige Zwecke zu erreichen – etwa den Zweck einen Vermögensvorteil aus den bestehenden Vertragsverhältnis zu erwirtschaften –, ist die Strafermittlung für diesen Zweck von vorneherein kein taugliches Mittel, da ein Strafgericht niemandem einen Vermögensvorteil zusprechen kann und im Rahmen eines Strafprozesses festgestellte Tatsachen keine Präjudizwirkung für die nachfolgende Zivilstreitigkeit haben. Hier erkennt das Recht die Einleitung einer Strafermittlung nicht zu einem tauglichen und rechtmäßigen Instrument zur Durchsetzung von Vermögensansprüchen, da mit diesen ansonsten im Gesetz eine solche Rechtsfolge verbunden worden wäre. Die Bildung einer solchen Verbindung ist demgemäß nach Art. 88 GZGB als eine rechtswidrige Zweck-Mittel-Relation zu betrachten.

#### *a) Rechtswidrigkeit gem. Art. 88 GZGB im Rahmen der deliktischen Haftung*

Art. 88 GZGB stellt fest, dass die Drohung rechtswidrig ist, wenn ein an sich rechtmäßiger Drohungszweck und ein Drohungsmittel auseinanderfallen. Das bedeutet, dass die Rechtsordnung es nicht als zulässig ansieht, dass das eine zur Verfolgung des anderen verwendet wird. Die Vorschrift ist eine Verkörperung des allgemeinen Verbotes der Privatexekution und unzulässigen Selbsthilfe. Sie stellt die Rechtswidrigkeit einer solchen Handlung nicht nur im Rahmen eines durch Drohung abgeschlossenen Rechtsgeschäfts fest, sondern bildet auch den Rechtswidrigkeitstatbestand im Rahmen der deliktischen Haftung, wenn dadurch einem anderen ein Schaden zugefügt worden ist.

Das Recht der unerlaubten Handlung und die Rechtsfigur eines durch Drohung abgeschlossenen Rechtsgeschäfts sind verwandte Bereiche. Das Verbot der Ausübung einer widerrechtlichen Drohung beim Abschluss von Rechtsgeschäften schützt die Willensautonomie, was eine auch im Rahmen des Deliktsrechts das geschützte Rechtsgut bildet, zusammen mit anderen absoluten Rechtsgütern. Beide Institute bestimmen die Rechtswidrigkeit ausgehend von bestimmten objektiven Umständen und durch die Rechtsordnung anerkannte Wertungen. Deswegen ist es unzulässig, angesichts des Prinzips der Einheit der Rechtsordnung, dass die Handlung, die im Rahmen von Art. 88 GZGB als rechtswidrig anerkannt werden, im Rahmen von Art. 992 GZGB als rechtmäßig gelten.

Selbst wenn das georgische Gericht somit zu dem Prinzip, dass „alles was sittenwidrig ist, zugleich auch rechtswidrig ist“, eine skeptische Haltung einnehmen würde, wird es im oben kurz genannten Fall ausgehend von Art. 88 GZGB trotzdem gezwungen sein, die Rechtswidrigkeit (im Sinne des Deliktsrechts) von Handlungen der Anzeigerstatters anzunehmen.

*b) Die georgische Rechtspraxis in Bezug auf die Rechtswidrigkeit der unter Drohung abgeschlossenen Geschäfte*

Die oben angeführte Lösung wird auch in der georgischen Rechtspraxis anerkannt. Zum Beispiel wird in einigen Entscheidungen die unzulässige Zweck-Mittel-Relation bei der Drohung nicht nur mit der Anfechtbarkeit, sondern gleich mit der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes sanktioniert. Das Rechtsgeschäft wird in diesen Fällen als rechts- und sittenwidrig

<sup>40</sup> S. dazu *Rusiashvili*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Buch I, Hrsg. L. Chanturia, Tbilisi 2017, Art. 88 Rn. 6.

i. S. v. Art. 54 GZGB (= § 134, 138 BGB) anerkannt. So führte etwa. die Aufforderung an den Beschuldigten seitens eines Staatsanwalts, das Eigentum an seinem KfZ dem Staat unentgeltlich zu übertragen, um dadurch eine Strafmilderung zu erreichen (was in Ermessen des Staatsanwaltes stand), nach der Auffassung des georgischen Zivilgerichtes gleich zu der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes. Hier lag ein sitten- und rechtswidriges Geschäft vor, ungeachtet der Tatsache, dass an sich sowohl die Aufforderung zur Schenkung als auch die Ermessensentscheidung rechtmäßig waren.<sup>41</sup> Dabei hat das Gericht entschieden, dass es keine Rolle spielte, ob der Bedrohte die Straftat tatsächlich begangen hat oder nicht. Das Gericht hat sich nur auf die Feststellung der Tatsache beschränkt, dass die Aufforderung zur Schenkung nicht den Zweck verfolgt hat, den Staat für den zugefügten Schaden zu entschädigen. Diese Auffassung ist auch in der wissenschaftlichen Literatur anerkannt.<sup>42</sup>

Das gleiche Prinzip lässt sich in einer anderen Entscheidung aus dem Jahr 2015 finden<sup>43</sup>:

*„... soweit der Staat das Institut des strafrechtlichen Vergleichsverfahrens nicht entsprechend seiner öffentlich-rechtlichen Funktion, sondern mit dem Zweck verwendet, um von der Beschuldigten Vermögensvorteile zu erschleichen, findet das Gericht dies sittenwidrig.“*

Somit kennt auch das georgische Gericht die Rechtswidrigkeit, die auf einer zweckwidrigen Verwendung von rechtlichem Verfahren und rechtlicher Instrumente basiert. In den oben angeführten Entscheidungen haben die georgischen Gerichte die unter solchem Zwang abgeschlossenen Geschäfte nicht nur als anfechtbar, sondern als von Anfang an nichtig angesehen. Vermutlich war so eine strenge Sanktion deshalb angeordnet, weil der Zwang hier direkt vom Staat ausging. Aber daraus wird zugleich klar, dass auch ohne diesen direkten staatlichen Zwang die ge-

orgischen Gerichte das Prinzip kennen, dass die unzulässige Zweck-Mittel-Relation eine Rechtswidrigkeit der Handlung verursachen kann, selbst wenn der Zwang „nur“ „mittels“ eines staatlichen Organes ausgeübt wird und nicht direkt vom Staat ausgeht. Solche Handlungen sind zumindest nach Art. 88 GZGB rechtswidrig, was ausreichend ist, um das Merkmal der Rechtswidrigkeit i. S. v. Art. 992 GZGB zu bejahen.

*c) Die Rechtswidrigkeit wegen des Einsatzes eines unzulässigen Drohungszwecks und Drohungsmittels*

Die oben geschilderte unzulässige Zweck-Mittel-Relation ist für sich alleingegenommen schon ausreichend, um die Rechtswidrigkeit i. S. v. Art. 992 GZGB zu begründen. Um auf diese Rechtswidrigkeit hinweisen zu dürfen, braucht der Angezeigte keinen Gegenbeweis anzutreten und zu beweisen, dass er keine Straftat begangen hat oder dem Anzeigenerstatter kein Zahlungsanspruch ihm gegenüber zustand. Selbst wenn es der Anzeigenerstatter schafft, beides zu beweisen, sind seine Handlungen wegen der unzulässigen Verbindung von Mittel und Zweck trotzdem als rechtswidrig anzusehen. Dementsprechend kann der Anzeigenerstatter eine gegen ihn gerichtete deliktische Klage nicht mit dem Argument zurückweisen, dass der Angezeigte tatsächlich eine Straftat begangen hat oder ihm wirklich eine Leistung schuldete.

Wenn der Angezeigte tatsächlich keine Straftat begangen hat und dem Anzeigenerstatter auch keine Leistung schuldet, sind sowohl der verfolgte Zweck, als auch das Drohungsmittel unzulässig und deswegen schon für sich alleingegenommen rechtswidrig.

*d) Die Zahlung an den Anzeigenerstatter seitens des Angezeigten – ein unter rechtswidriger Drohung abgeschlossenes Rechtsgeschäft*

Abgesehen von der Tatsache, dass, wie oben geschildert, Art. 88 GZGB, nach dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung, einen Rechtswidrigkeitstatbestand auch im Rahmen der deliktischen Haftung liefert, würde es direkt ein unter Drohung abgeschlossenes Geschäft darstellen, wenn der Angezeigte auf die Drohung des Anzeigenerstatters hin zahlen würde.

<sup>41</sup> Tbilisi Appeal Court, Ent. v. 15.07.2015, № 28/4686-13; s. dazu Rusiashvili, Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Buch I, Hrsg. L. Chanturia, Tbilisi 2017, Art. 88 Rn. 8 ff.

<sup>42</sup> Rusiashvili, Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Buch I, Hrsg. L. Chanturia, Tbilisi 2017, Art. 88 Rn. 29.

<sup>43</sup> Tbilisi City Court, Ent. v. 3.10.2015, № 2/18112-14.

Dieses Geschäft wäre anfechtbar und die Leistung kondizierbar.

Im georgischen Recht, genauso wie im deutschen, gilt die *dolo agit*-Einrede (*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*). Danach ist es unzulässig, eine Leistung zu fordern, die der Empfänger danach gleich wieder zurückzugeben hat. Dies folgt aus Art. 8 Abs. 3 GZGB und die Geltung dieses Prinzips ist auch in der wissenschaftlichen Literatur anerkannt.<sup>44</sup> Es ist zwar richtig, dass die *dolo agit*-Einrede primär gegen zivilrechtliche Ansprüche gerichtet ist, wenn aber jemand mit einer Strafanzeige das gleiche Ziel verfolgt, soll dieses Prinzip auch auf diese Handlung anwendbar sein (s. dazu detailliert unten).

### 3. Anspruch gem. Art. 992 GZGB und Art. 18 Abs. 4 GZGB – Verletzung der Ehre und des geschäftlichen Ansehens

Im Falle einer im oben genannten Sinne rechtswidrigen Zivilklage wird der Tatbestand einer Ehrverletzung eher selten verwirklicht sein, im Unterschied zur von vorneherein unhaltbaren Strafanzeige, wo dies den Regelfall bildet. In diesem letzten Fall kann aber ein weiterer Schadenersatzanspruch des Angezeigten wieder auf Art. 992 GZGB gestützt werden – diesmal wegen der Verletzung der Ehre und des geschäftlichen Rufes, die als absolute Rechtsgüter anerkannt sind. Außer Art. 992 GZGB sieht auch Art. 18 Abs. 4 GZGB einen Schadenersatzanspruch wegen der Verletzung von diesen Rechtsgütern vor.

Die Ehre ist im georgischen Recht, genauso wie im deutschen Recht, als „sozialer Achtungs- und Anerkennungsanspruch“<sup>45</sup> definiert und sein Schutz gegenüber ehrverletzenden Aussagen ist als mit Abwehr- und Schadenersatzansprüchen sanktioniertes Verbot gewährleistet. Die Verletzung des geschäftlichen Ansehens liegt bei der Erniedrigung der Person in ihren professionellen oder anderen geschäftlichen Eigenschaften vor.<sup>46</sup> Mit einer von vorneherein un-

haltbaren Strafanzeige ist das geschäftliche Ansehen des Angezeigten mittels Eingriffes in seine Ehre verletzt, nämlich durch eine falsche Verdächtigung einer Straftat. Die Tatsache, dass eine und dieselbe Handlung sowohl die Ehre, als auch das geschäftliche Ansehen verletzen kann, ist in der georgischen Rechtsprechung eindeutig anerkannt.<sup>47</sup>

In der georgischen Rechtsprechung ist auch anerkannt, dass in der Presse oder in anderen Massenmedien absichtlich verbreitete falsche Anschuldigungen einer Straftat, den Tatbestand einer Ehrenverletzung und der Verletzung von geschäftlichem Ansehen verwirklicht und, wenn dies schuldhaft erfolgt, daraus ein Schadenersatzanspruch resultiert.<sup>48</sup>

In dem Fall, in dem die Nachricht über eine eingeleitete Strafermittlung keinen Eingang in die Presse findet, kann das Merkmal des „Verbreitens“ problematisch sein. Fraglich ist, ob „nur“ die Erstattung einer unhaltbaren Strafanzeige in Bezug auf den Angezeigten ein Verbreiten von ehrenverletzenden Nachrichten darstellt. Dagegen kann aber Folgendes eingewendet werden: Das Merkmal des „Verbreitens“ meint nicht begriffsnotwendig die Darstellung in den Massenmedien, sondern kann dieses Merkmal generell auch das Erzählen in Privatgesprächen und eine dadurch verursachte Weiterverbreitung in Form von Gerüchten erfüllen. Dieses Prinzip hat auch in die georgische Rechtsprechung Eingang gefunden: Eine auf einem Facebook-Profil zur Verfügung gestellte Information gilt als „verbreitet“, unabhängig davon, ob dieser Facebook-Post „öffentlich“ oder „privat“ war.<sup>49</sup> Nur wegen der Tatsache, dass die Information aus dem beschränkten Kreis von Primäradressaten an einen unbestimmten Personenkreis übertragbar ist, gilt sie als „öffentlich verlautbart“.

Bei der Beurteilung nach diesem Maßstab wurde die grundlose Beschuldigung nicht weniger öffentlich verlautbart als ein Facebook-Post, wenn der Anzeigenerstatter die Staatsanwaltschaft über eine nicht-

<sup>44</sup> *Rusiashvili/Sidradze/Egnatashvili*, Sachenrecht, Tbilisi 2019, 26, 119, 257.

<sup>45</sup> *Jorbenadze*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Buch I, Hrsg. L. Chanturia, Tbilisi 2017, Art. 18 Rn. 50 m. w. N.

<sup>46</sup> *Jorbenadze*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Buch I, Hrsg. L. Chanturia, Tbilisi 2017, Art. 18 Rn. 44.

<sup>47</sup> Supreme court, Beschl. v. 1.12.2005, № 56-448-775-05; Beschl. v. 15.11.2013, № 56-378-359-2013.

<sup>48</sup> Supreme court, Entsch. v. 25.07.2002, № 33-337-02; Entsch. v. 15.11.2013, № 33-1240-02.

<sup>49</sup> Supreme court, Entsch. v. 9.01.2014, № 56-1559-1462-2012.

existente Straftat informiert hat und absichtlich die „Zeugen“ aus den Geschäftskreisen des Angezeigten genannt hat. Dadurch verbreitet sich diese Information im ganzen Geschäftskreis des Angezeigten und erreicht alle seine Geschäftspartner. Dieses Verbreiten ist eine notwendige Folge der Verlautbarung dieser Information, da jeder Vertreter der geschäftlichen Zunft gehalten ist, seine Geschäftspartner zu informieren, wenn eine ernsthafte Beschuldigung im Raum steht und der Verdacht seitens eines staatlichen Organs besteht. Das bildet zumindest eine ethische Pflicht eines jeden redlichen Geschäftsmannes. Die Anzeiger benutzt hier die Staatsanwaltschaft wie ein Medium für das Verbreiten von falschen Nachrichten, genauso wie in der oben erwähnten georgischen Entscheidung Facebook für die öffentliche Verlautbarung benutzt wurde.

#### 4. Anspruch aus Art. 993 Abs. 1 GZGB

Abgesehen von oben erwähnten Anspruchsgrundlagen steht dem unbegründet und rechtswidrig Angeklagten/Angezeigten als Schadenersatzanspruch noch Art. 993 Abs. 1 GZGB zur Verfügung, wenn ihm dadurch ein Vermögensschaden entstanden ist:

**Artikel 993. Folgen der Bekanntmachung der nachteiligen Tatsachen** (1) *Eine Person, welche vorsätzlich oder fahrlässig eine einem anderen wirtschaftlich nachteilige Tatsache verbreitet oder bekannt macht, ist zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet, sofern nicht die Tatsache erweislich wahr ist. ...*

Diese Norm sieht eine Schadenersatzhaftung im Falle des absichtlichen oder fahrlässigen Verbreitens von vermögensschädigenden Nachrichten vor. Diese Anspruchsgrundlage ist ihrem Wesen und ihrer Struktur nach dem Art. 824 Abs. 1 GZGB ähnlich, ist aber in dem Regelungsbereich noch weiter, da sie nicht nur eine Gewerbetätigkeit in ihrer Erscheinungsform schützt<sup>50</sup>, sondern den Schutz vor jeglichem Vermögensschaden gewährleistet.

Für die Haftung nach dieser Vorschrift ist nicht erforderlich, dass das Verbreiten von falscher Informa-

tionen den Grad einer Ehrenverletzung oder der Verletzung des geschäftlichen Ansehens erreicht. Es ist ausreichend, wenn diese falsche Information „tauglich“ ist, einen Vermögensschaden hervorzurufen. In Geschäftskreisen wird meistens selbst durch eine falsche Beschuldigung einer Straftat und insbesondere bei Vermögensdelikten die Reputation des Geschäftsmannes gänzlich zu Nichte gemacht und es ist viel schwieriger, sich zu rechtfertigen als die Erstattung einer unhaltbaren und „erdichteten“ Anzeige. Deswegen erfüllt dies, wenn von dieser Möglichkeit absichtlich Gebrauch gemacht wird, neben den oben erwähnten deliktischen Haftungstatbeständen, noch den Tatbestand von Art. 993 GZGB.

#### 5. Anspruch aus Art. 992 GZGB i. V. m. Art. 181 (Erpressung) und Art. 373 (falsche Verdächtigung) des georgischen StGB

Als weitere Anspruchsgrundlage könnte Art. 992 GZGB i. V. m. Art. 181 georgisches StGB (Erpressung) in Betracht kommen. Die in Art. 181 des georgischen StGB geregelte Erpressung stellt in Georgien ein Vermögensdelikt dar und ist somit eine Schutznorm i. S. v. Art. 992 GZGB, deren Verletzung mit einem Schadenersatzanspruch sanktioniert werden kann. In dem georgischen Art. 181 ist unter anderen als Erpressungsmittel die Androhung des Verbreitens einer rufschädigenden Information explizit genannt. Zumindest nach der Lehre vom Handlungsunrecht ersatzfähig sind nicht nur die durch eine vollendete Erpressung zugefügte Schäden (auf die Drohung hin gezahlte Gelder), sondern auch durch eine noch nicht vollendete Straftat zugefügte Vermögenseinbußen rechtswidrig.

Schließlich wird der Anzeiger durch eine absichtlich unhaltbare Strafanzeige in den meisten Fällen auch den Tatbestand der falschen Verdächtigung (Art. 373 des georgischen StGB) verwirklichen. Dieser Straftatbestand stellt ein Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB<sup>51</sup>, d. h. es macht die Handlung nach Art. 992 GZGB rechtswidrig und erfüllt damit den zivilrechtlichen Haftungstatbestand.

<sup>50</sup> Vgl. BeckOK BGB/Förster, 65. Ed. 1.2.2023, § 824 Rn. 26.

<sup>51</sup> OLG Hamm, Urt. v. 28. März 2022 – I-8 U 73/20 –, juris Rn. 263.

## II. Die Arten und der Umfang des Schadenersatzes

Unter den Arten des Schadenersatzes genießt im georgischen Recht, genauso wie im deutschen, die Naturalrestitution den Vorrang.<sup>52</sup> Das ist gesetzlich in Art. 408 Abs. 1 GZGB geregelt.

Eine Naturalrestitution im Falle einer Falschanzeige und dem Verbreiten von falschen Nachrichten bedeutet die Beseitigung von diesen Informationsquellen, nämlich die Rücknahme der Anzeige und der Widerruf der falschen Kundgabe durch dasselbe Medium, durch das diese Information verbreitet wurde (außer Art. 408 Abs. 1 GZGB, s. auch Art. 18 Abs. 3 S. 1 GZGB).

Die dem Anzeigerstatter seitens eines Zivilgerichtes auferlegte Pflicht, seine Strafanzeige zurückzunehmen, verursacht keine Überschneidung von Zuständigkeiten zwischen dem Gericht und der Staatsanwaltschaft: Das Zivilgericht weist den Staatsanwalt nicht an, die Ermittlung aufzugeben (was es nicht darf), sondern legt dem Anzeigerstatter eine Handlungspflicht auf, die rechtswidrige Folge seiner falschen Anzeige zu beseitigen. Damit wird nach dem georgischen Strafrecht die Strafermittlung nicht eingestellt und der Staatsanwalt darf die Ermittlung weiterführen, wenn er findet, dass immer noch ausreichende Verdachtsmomente vorhanden sind. Grund dafür wird aber nicht mehr die Strafanzeige des Anzeigerstatters sein und durch die Rücknahme der Strafanzeige wird die geschaffene rechtswidrige Einbuße der Rechte des Angezeigten zumindest teilweise beseitigt (s. dazu detailliert unten).

Für den Schaden, das nicht in Form von Naturalrestitution wiedergutmacht werden kann, schuldet der Anzeigerstatter einen Ersatz in Geld. Das betrifft sowohl die Verletzung von absoluten Rechtsgütern (Ehre, geschäftliches Ansehen), als auch den durch die falsche Anzeige verursachten Vermögensschaden. Für die Verletzung der Ehre und des geschäftlichen Ansehens darf der Angezeigte noch ein Schmerzensgeld fordern, was direkt aus dem Gesetz

folgt (Art. 413 Abs. 1, 18 Abs. 6 S. 3 GZGB).<sup>53</sup>

## III. Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch

Der Anzeigerstatter wird meistens die absoluten Rechte (Ehre, geschäftliches Ansehen) des Angezeigten nicht nur einmal verletzt haben, was mittels eines Schadenersatzes beseitigt werden soll, sondern diese Verletzung dauert auch fort, wenn der Anzeigerstatter auch weiterhin freiwillig bei der von ihm mittels einer falschen Anzeige eingeleiteten Strafermittlung teilnimmt und damit nicht aufhört, die falschen Informationen an die Geschäftspartner des Angezeigten weiterzugeben.

Für die Beseitigung der Eingriffe in absolute Rechtsgüter, die noch fort dauern (Störung), folgt ein Unterlassungsanspruch aus Art. 172 Abs. 2 GZGB (=Art. 1004 BGB) analog – der quasinegatorische Unterlassungsanspruch.

Ein Unterlassungsanspruch setzt dabei die Gefahr wiederholter ehrverletzender Äußerungen voraus – der Berechtigte soll nicht bis zu dem Zeitpunkt abwarten müssen, zu dem der Eingriff beendet ist und nur dann Schadenersatz fordern (zumal sich dann der Schaden nicht immer vollkommen beseitigen lässt), sondern darf schon bei laufendem Eingriff (Störung) die Unterlassung weiterer Eingriffe fordern. Dies betrifft sowohl den Eingriff in das Eigentum, als auch in andere absolute Rechtsgüter, auf den der Unterlassungsanspruch aus Art. 172 Abs. 2 GZGB analog anwendbar ist.

In der georgischen Rechtsprechung lässt sich ein Beispiel der Anwendung des Unterlassungsanspruches zum Schutz anderer Rechtsgüter als das Eigentum nicht finden. Aber speziell im Falle der Ehre und des geschäftlichen Ansehens zum Zweck ihres sofortigen Schutzes, d. h. gegenüber Störungen, ist eine sofortige Abwehrmöglichkeit sogar gesetzlich geregelt, nämlich in Art. 18 Abs. 2 GZGB. Diese Vorschrift spricht von dem „Schutz vor den Eingriffen“, was sogar rein begrifflich eine Abwehr der Störungen meint

<sup>52</sup> S. im Details *Rusiashvili*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Buch I, Hrsg. L. Chanturia, Tbilisi 2019, Art. 408 Rn. 16 ff.; Supreme court, Entsch. v. 1.07.2016, № 3b-167-163-2016.

<sup>53</sup> Außer Art. 993 GZGB sehen alle andere Anspruchsgrundlagen einen Schmerzensgeldanspruch vor.

und nicht nur die Möglichkeit, einen Schadenersatz nach der vollendeten Rechtsverletzung verlangen zu können. Eine Störung kann nur mittels eines negatorischen Unterlassungsanspruchs abgewehrt werden. Auch Art. 18 Abs. 6 S. 1 GZGB spricht von dem Schutz der dort aufgezählten Rechtsgüter durch andere Rechtsinstrumente als Schadenersatzansprüche. Diese als Abwehransprüche konzipierte Rechtsinstrumente sollten verschuldensunabhängig gelten gemacht werden können. Das ist noch ein weiterer direkter Hinweis auf den negatorischen Unterlassungsanspruch. Es ist nur logisch und ein Ausdruck der inneren Stimmigkeit der Rechtsordnung, dass es eine Möglichkeit geben soll, die Rechtsgüter nicht nur *post factum* (nach dem schon eingetretenen Schaden), sondern schon dann, wenn die Verletzung noch „läuft“ und sich noch nicht gänzlich verwirklicht hat, von den weiteren Störungen zu schützen. Dies entspricht der Unbeschränkbarkeit des Schutzes von absoluten Rechtsgütern: Sie sind geschützt nicht nur dann, wenn der Eingriff zu einem Schaden geführt hat, sondern primär vor jeglichen Störungen.

#### IV. Die Durchsetzbarkeit von Schadenersatz- und Unterlassungsansprüchen samt Schlussbetrachtungen

Das Prinzip, wonach jedem eine durch justizielle Grundrechte gewährleistete Möglichkeit zusteht, sich ungestraft an das Gericht oder die Staatsanwaltschaft zu wenden und die Unzulässigkeit dafür in einem anderen Prozess (darunter auch für die im ersten Verfahren gemachte Äußerungen) haftbar gemacht zu werden, gilt nur insoweit, dass der Verfahrensteilnehmer beim Durchsetzungsversuch seiner nichtexistenten Rechte redlich irrt.<sup>54</sup> Dagegen gewährleisten justizielle Grundrechte kein Recht auf rechtsmissbräuchliche Klagen und Strafanzeigen, die vorliegen, wenn der Anzeiger/Kläger absichtlich von vorneherein eine unhaltbare Klage erhebt oder Strafanzeige erstattet und damit unzulässige Zwecke verfolgt. In Georgien wird diese Problematik weder in verfassungs- noch in einfachgerichtlicher Rechtsprechung

thematisiert, im Unterschied zu Deutschland, wo diese Fragen schon in jahrzehntelanger Rechtsprechung ausdiskutiert sind und ihnen ein sowohl dogmatisch, als auch rechtspolitisch unanfechtbarer Platz zugewiesen wurde.

Der BGH<sup>55</sup> erkennt nur ein „Recht auf Irrtum“ an und meint, dass es nur in diesen Fällen unzulässig ist, den Verfahrensteilnehmer in einem Sekundärprozess für die falschen Äußerungen in einem Primärprozess haftbar zu machen. Genauso darf beim laufenden Verfahren im Falle des schuldlosen oder leicht fahrlässigen Irrtumes keine Unterlassungsverfügung in einem anderen Prozess erwirkt werden. Es besteht aber kein Recht auf einen absichtlichen oder leichtfertigen Verfahrensmisbrauch,<sup>56</sup> worauf in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts eindeutig hingewiesen wird.<sup>57</sup>

Nach dem Bundesverfassungsgericht<sup>58</sup> verstößt „eine Handhabung des Schadenersatzrechts, die den gutgläubigen Strafanzeigenerstatter mit dem Risiko des Schadenersatzes für den Fall belastet, daß seine Anzeige nicht zum Erweis des behaupteten Vorwurfs führt, gegen Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip“. In seiner gleichen Entscheidung führt das Bundesverfassungsgericht aber weiter aus: Dieser Grundsatz, der aus der verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates hergeleitet wird, eine funktions-tüchtige Strafrechtspflege im Interesse der Allgemeinheit zu gewährleisten, findet aber seine Grenze dort, wo vorsätzlich falsche Verdächtigungen und leichtfertige (d. h. ohne erkennbaren Grund erstattete) Anzeigen ins Spiel gebracht werden. Hier tritt der oben erwähnte Grundsatz hinter die Interessen der grundlos Beschuldigten zurück. Das Erfordernis der Wissentlichkeit in § 164 StGB (Falsche Verdächtigung) und die Kostenregelung in § 469 StPO sind nur einzelne Ausdrücke von dem Grundgedanken, dass der-

<sup>54</sup> BVerfG, NJW 1987, 1929.

<sup>55</sup> MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 829 und dort angegebene Rechtsprechung: BGH, NJW 2005, 281; BGH, 2008, 996 Rn. 13; BGH, NJW-RR 2010, 554; BGH, NJW 2012, 1659 Rn. 9 ff.

<sup>56</sup> MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 829.

<sup>57</sup> BVerfG, BeckRS 2009, 30487 Rn. 18; BGH, NJW 1962 244; BGH, GRUR 1973, 551; BGH, NJW 1986, 2503; BGH, 2008, 996 Rn. 14, 18; MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 829.

<sup>58</sup> BVerfG, NJW 1987, 1929 ff.

jenige, der einen anderen absichtlich oder leichtfertig grundlos anzeigt, keinen verfassungsrechtlichen Schutz genießt.

Was konkret die ehrkränkenden Äußerungen angeht, so gilt zwar der Grundsatz, dass Äußerungen, die der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in einem Gerichtsverfahren dienen, in aller Regel nicht mit Ehrschutzklagen abgewehrt werden können,<sup>59</sup> aber auch dieses Prinzip findet seine Grenze, wenn es sich um „wissentlich unwahre oder leichtfertig unhaltbare“<sup>60</sup> bzw. „bewusst unwahre oder auf der Hand liegend falsche“ Tatsachenbehauptungen<sup>61</sup> und Meinungsäußerungen handelt. Hier ist schon eine Unterlassungsverfügung bzw. Schadenersatzverpflichtung angebracht. Zwar ist es die Sache des Anzeigenden, dessen Ehre verletzt wurde, darzulegen und zu beweisen, dass ein solcher Ausnahmefall – „bewusst unwahre Behauptung“ – vorliegt,<sup>62</sup> es kann jedoch nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast eine faktischer Beweislastumkehr stattfinden und nunmehr die Sache des Anzeigenerstatters sein, die Umstände zu beweisen, auf die er die angegriffene Tatsachenbehauptung stützt.

Wenn man das oben Gesagte kurz zusammenfasst, ist der folgende Schluss angebracht: Derjenige, der ein rechtliches Verfahren absichtlich oder leichtfertig missbraucht und damit die Rechte von anderen verletzt und ihnen einen Schaden zufügt, verdient das erwähnte Privileg (Haftungsfreistellung trotz Unhaltbarkeit der Klage oder Anzeige) nicht. Ihm soll keine Möglichkeit gegeben werden, seine rechtswid-

rige Tätigkeit bis zum Verfahrensende ungestraft weiterzuführen und es ist schon ein Eingriff sowohl mittels Schadenersatz- als auch Unterlassungsansprüchen gerechtfertigt: Die Staatsanwaltschaft darf nicht darüber urteilen, ob der Anzeiger durch seine absichtlich falsche und unhaltbare Anzeige ein zivilrechtliches Delikt begangen hat und ob dadurch die Ehre und das geschäftliche Ansehen von anderen verletzt wurde. Wenn diese aber tatsächlich verletzt wurden, dauert diese Verletzung gewöhnlicherweise auch weiter fort, etwa dadurch, dass der Anzeigenerstatter auch weiterhin diese Information über die Strafermittlung in den Geschäftskreisen des Angezeigten verlautbart und dem Staatsanwalt die Namen von weiteren „Zeugen“ nennt, die diese falsche Anklage noch ausweiten. Mit dem absoluten Charakter der Ehre und des geschäftlichen Ansehens und mit dem vorbehaltlosen Schutz, den diese Rechte genießen, ist es unvereinbar, den in seinen Rechten Verletzten eine Duldungspflicht dieser Verletzung aufzuerlegen und ihm die Möglichkeit von sofortigem rechtlichem Reagieren vorzuenthalten.

Wenn eine Anzeige als Mittel zum Erzwingen von Vertragsleistungen benutzt wurde, nimmt dieses absichtliche Handeln dem Anzeigenerstatter das Privileg des „Irrtumsrechts“ weg, schon allein deswegen, da er ein mit dem verfolgten Zweck unvereinbares Mittel benutzt – er verwendet eine Strafermittlung zur „Durchsetzung“ von zivilrechtlichen Ansprüchen. Deswegen ist es unwichtig, ob er redlich auf das Bestehen von diesen Ansprüchen vertraut hat.

<sup>59</sup> BGH, NJW 2005, 279: die Parteien und ihre Bevollmächtigten müssen das vortragen können, was sie zur Wahrung ihrer Rechte für erforderlich halten und deren Wahrheit soll eben in diesem Verfahren geklärt und mit dem Mittel dieses Verfahrens sanktioniert werden.

<sup>60</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.12.2008 – 1 BvR 1404/04, BeckRS 2009, 30487.

<sup>61</sup> BGH, NJW 2012, 1660 Rn. 14; BGH, NJW 2008, 997.

<sup>62</sup> OLG München, NJW-RR 2002, 1473.



# Ärztliche Aufklärung in Deutschland

Ulrich Hagenloch

Präsident des Oberlandesgerichts Dresden im Ruhestand

## I. Einleitung<sup>1</sup>

Fragen im Zusammenhang mit ärztlichen Aufklärungs- und Informationspflichten stellen sich in Deutschland unter verschiedenen rechtlichen Aspekten.

### 1. Selbstbestimmungsaufklärung / Eingriffsaufklärung

Im Mittelpunkt der Thematik steht die nachfolgend näher behandelte Frage, welches Wissen dem Patienten zu vermitteln ist, damit er selbstbestimmt darüber entscheiden kann, ob er in eine medizinische Behandlung einwilligen will oder nicht (sog. Selbstbestimmungsaufklärung). Dies gilt vor allem für die Aufklärung über die Risiken einer Behandlung, über deren Heilungschancen und über alternative Behandlungsmethoden. Ist die Behandlung mit einem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit verbunden, wird teilweise auch der Begriff Eingriffsaufklärung verwendet. Ist in der rechtlichen und medizinischen Diskussion nur in allgemeiner Weise von der ärztlichen Aufklärung bzw. der ärztlichen Aufklärungspflicht die Rede, wird damit in aller Regel die Selbstbestimmungsaufklärung gemeint.

---

<sup>1</sup> redaktioneller Hinweis: Wenn im Folgenden vom Arzt gesprochen wird, gilt dies grundsätzlich für alle medizinischen Behandler. Gesetzlich wird in Deutschland vom Behandelnden gesprochen. In der Praxis ist aber meist vom Arzt die Rede, weil sich die Problematik der Aufklärungspflicht vor allem bei einer ärztlichen Behandlung stellt. Im Folgenden werden beide Begriffe verwandt, was aber keine inhaltliche Differenzierung bedeutet.

## 2. wirtschaftlichen Aufklärung

Während diese ihren rechtlichen Grund im Recht auf körperliche Unversehrtheit und im Selbstbestimmungsrecht des Patienten finden (dazu nachfolgend unter II. 1.), geht es bei der - im Folgenden nicht weiter behandelten - wirtschaftlichen Aufklärungspflicht des medizinischen Behandlers um dessen **Vermögenssorgepflicht**. Fragen der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht stellen sich vor allem, wenn der in Deutschland für viele Bürger bestehende gesetzliche Krankenversicherungsschutz für bestimmte medizinische Maßnahmen nicht eintrittspflichtig ist, wenn bei einem privat versicherten Patienten für bestimmte Maßnahmen entweder kein Versicherungsschutz besteht bzw. dieser zweifelhaft ist oder wenn bei einer nicht versicherten medizinischen Behandlung Kosten entstehen, welche die typischerweise vorhandenen Erwartungen des Patienten erkennbar übersteigen.

In § 630c Abs. 1 Satz 2 BGB heißt es hierzu, dass der Behandelnde den Patienten vor Beginn der Behandlung über die voraussichtlichen Kosten der Behandlung in Textform informieren muss, sofern er weiß, dass eine vollständige Übernahme der Behandlungskosten durch einen Dritten nicht gesichert ist oder sich hierfür hinreichende Anhaltspunkte ergeben.<sup>2</sup> Diese wirtschaftliche Aufklärungspflicht soll den

---

<sup>2</sup> dazu näher: BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - VI ZR 92/19 - BGHZ 224, 256, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 9. Mai 2000 - VI ZR 173/99 - NJW 2000, 3429, juris Rn. 33; BSG (Bundessozialgericht), Urteil vom 27. Oktober 2020 - B 1 KR 9/20 R - juris Rn. 15; umfassende Übersicht bei:

Patienten vor finanziellen Überraschungen schützen und ihn in die Lage versetzen, die wirtschaftliche Tragweite seiner Entscheidung über die Vornahme einer medizinischen Behandlung zu überschauen.<sup>3</sup> Zudem hat ein Behandelnder nach § 13 Abs. 2 Satz 3 SGB V (Sozialgesetzbuch V) den gesetzlich Krankenversicherten darüber zu informieren, dass Kosten von der Krankenkasse nicht übernommen werden, falls er sich nicht für die gesetzlichen vorgesehenen Sach- und Dienstleistungen entscheidet.

Bei Patienten mit einer privaten Krankenversicherung, wie sie in Georgien verbreitet ist, muss allerdings berücksichtigt werden, dass die Kenntnis vom Umfang des Versicherungsschutzes grundsätzlich im Verantwortungsbereich des Patienten liegt. Entscheidend sind insoweit die Bedingungen des konkreten Versicherungsvertrags und die Regulierungspraxis des im Einzelfall zuständigen Versicherers. Bei einer privaten Krankenversicherung ist daher mit der Annahme einer wirtschaftlichen Aufklärungspflicht des Behandlers grundsätzlich Zurückhaltung geboten. Im Regelfall ist es dem Patienten zuzumuten, bei Zweifelsfragen selbst eine vorherige Zusage auf Kostenerstattung beim privaten Krankenversicherer einzuholen.<sup>4</sup>

Es sei an dieser Stelle vorsorglich angemerkt, dass mit diesen Ausführungen nur kurz die deutsche Rechtslage mitgeteilt werden soll. Wegen der grundlegend anderen Struktur des Krankenversicherungs- und Gesundheitswesens werden einige Fragen der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht in Georgien möglicherweise anders beantwortet werden müssen. Der Grundgedanke der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht, also den Patienten vor finanziellen Überraschungen zu schützen bzw. ihm die wirtschaftliche Tragweite einer medizinischen Behandlung vor deren Vornahme bewusst zu machen, dürfte aber als allge-

meines Rechtsprinzip auch der georgischen Rechtsordnung immanent sein.

### 3. Therapeutische Information (Aufklärung)

In der Vergangenheit wurde in Deutschland unter dem Stichwort Aufklärung auch erörtert, ob und in welcher Weise der Arzt den Patienten über jene Verhaltensmaßnahmen zu unterrichten hat, die vom Patienten zu erbringen sind, um die medizinische Behandlung zum Erfolg zu führen. Schlagwortartig wurde diese Art der Aufklärung oft als therapeutische Aufklärung oder als Sicherungsaufklärung, gemeint im Sinne einer **Sicherstellung des Behandlungserfolges**, bezeichnet.

Inzwischen wird hierfür aber meist der Begriff der therapeutischen Information verwendet (vgl. § 630c BGB). Dies hat seinen Grund darin, dass derartige Unterrichtungen nicht dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten dienen, sondern Teil der ärztlichen Behandlungspflicht sind.<sup>5</sup> Sie sollen ein behandlungsgerechtes Verhalten des Patienten herbeiführen und hierdurch absichern, dass das Ziel der Behandlung erreicht bzw. nicht durch ein kontraproduktives Verhalten des Patienten gefährdet wird. Da die therapeutische Information zur Behandlungspflicht gehört, führt auch eine Verletzung dieser Pflicht - anders als eine Verletzung der Aufklärungspflicht (dazu näher II. 1.) - nicht zur Unwirksamkeit der Einwilligung, sondern zu einer Haftung nach den Grundsätzen der ärztlichen Behandlungspflichtverletzung, einschließlich der zu dieser entwickelten Grundsätzen zum Ursachenzusammenhang.

Die mit der therapeutischen Information verbundenen Rechtsfragen werden daher im Rahmen dieses Aufsatzes nicht erörtert. Es sei aber angemerkt, dass einige der sich bei der therapeutischen Information stellenden Rechtsprobleme in anderen Beiträgen in der DGZR angesprochen sind.<sup>6</sup>

Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630c Rn. 136 ff.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - VI ZR 92/19 - BGHZ 224, 256, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 9. Mai 2000 - VI ZR 173/99 - NJW 2000, 3429, juris Rn. 33.

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - VI ZR 92/19 - BGHZ 224, 256, juris Rn. 15; Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012, BT-Drucks. 17/10488, S. 22.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747, juris Rn. 17 ff.; besprochen bei Hagenloch, Neues zum Medizinrecht in Deutschland, DGZR 7/2022, unter II. 2.

<sup>6</sup> Hagenloch, Neues zum Medizinrecht in Deutschland, DGZR

## II. Selbstbestimmungsaufklärung

### 1. Rechtliche Grundlagen

Das Bestehen einer ärztlichen Aufklärungspflicht ist bei medizinischen Behandlungen in Deutschland derart fest etabliert, dass die rechtlichen Grundlagen dieser Pflicht sowohl in gerichtlichen Entscheidungen als auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion oft nicht dargelegt, sondern als bekannt vorausgesetzt werden. Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber im Jahr 2013 durch § 630d Abs. 1 und 2 BGB ausdrücklich bestimmt hat, dass vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder in die Gesundheit des Patienten, eine Einwilligung notwendig sei und dass diese zu ihrer Wirksamkeit eine vorherige Aufklärung erfordere. Dieses rechtliche Grundprinzip wird auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs immer wieder betont.<sup>7</sup>

Ausgangspunkt dieser rechtlichen Einordnung ist, dass in der deutschen Rechtsprechung jeder Eingriff in die körperliche Unversehrtheit, also auch der sog. Heileingriff, tatbestandlich als Körperverletzung bzw. als Gesundheitsverletzung verstanden wird; und zwar sowohl zivil- als auch strafrechtlich.<sup>8</sup> Eine wirkungsvolle Einwilligung des Patienten ändert daher nichts an einer Verletzung des geschützten Rechtsguts, also des Körpers oder der Gesundheit, sondern bewirkt „nur“ die Rechtmäßigkeit des ärztlichen Handelns.<sup>9</sup> Rechtlich unerheblich ist deshalb auf tatbestandlicher Ebene, dass der Eingriff in die körperliche Integrität letztlich auf eine Verbesserung des Gesund-

heitszustandes des Patienten abzielt.<sup>10</sup>

Dieser mit der Aufklärungspflicht verbundene Schutz der körperlichen Unversehrtheit überlagert sich mit dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten. In den letzten Jahrzehnten hat sich in der Judikatur und Rechtswissenschaft der Schwerpunkt der rechtlichen Verankerung der Aufklärungspflicht deutlich vom Schutz von Körper und Gesundheit zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts hin verschoben. Dies beruht entscheidend darauf, dass das Selbstbestimmungsrecht durch verfassungsrechtliche Änderungen, aber auch durch ein gewandeltes Grundverständnis in der Bevölkerung und in der Rechtsordnung, deutlich an Bedeutung und Gewicht gewonnen hat. So führt der Bundesgerichtshof aus:<sup>11</sup>

*„Von jeher leitet die Rechtsprechung das Erfordernis der Einwilligung des Patienten in die Heilbehandlung zur Rechtfertigung des Eingriffs in die körperliche Integrität aus dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG; Hinweis: entsprechend Art. 10 Abs. 2 der Verfassung Georgiens) und seinem Selbstbestimmungsrecht als Ausfluss des Rechts auf Menschenwürde (Art. 1 GG; Hinweis: entsprechend Art. 9 Abs. 1 der Verfassung Georgiens) her. Geschützt wird damit die Entscheidungsfreiheit des Patienten über seine körperliche Integrität, über die sich der Arzt nicht selbstherrlich hinwegsetzen darf. Die Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff bedeutet nämlich in dem durch sie gezogenen Rahmen einen Verzicht auf den absoluten Schutz des Körpers vor Verletzungen, die mit dem Eingriff verbunden sind, darüber hinaus das Aufsichnehmen von Gefahren, die sich aus Nebenwirkungen der Behandlung und möglichen Komplikationen ergeben. In diesem Sinn muss die Frage einer Beeinträchtigung von Körper und Gesundheit durch den Arzt weitgehend aus der Sicht des Patienten abgegrenzt werden, weil es um die Selbstbestimmung geht, wenn er diese seine Rechtsgüter im Verlaufe einer ärztlichen Behandlung und in deren Rahmen zur Disposition stellt (BGH, Urteil vom 14.*

7/2022, unter II. 2.; Hagenloch, Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung zum Medizinrecht im Jahr 2021, DGZR 7/2022, unter II. 4.

<sup>7</sup> zuletzt: BGH, Beschluss vom 16. August 2022 - VI ZR 342/21 - MDR 2022, 1480, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 8.

<sup>8</sup> zur strafrechtlichen Sicht: BGH, Urteil vom 30. Januar 2019 - 2 StR 325/17 - BGHSt 64, 69, juris Rn. 12.

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 19. Juli 2016 - VI ZR 75/15 - MedR 2017, 132, juris Rn. 9; J. Lange in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 823 Abs. 1 BGB (Stand: 20.09.2021) Rn. 5; Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 76.

<sup>10</sup> zum Ganzen: Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 1 ff.

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 19. Juli 2016 - VI ZR 75/15 - MedR 2017, 132, juris Rn.9 f.

Februar 1989 - VI ZR 65/88 - BGHZ 106, 391,....).

Daraus leiten sich Verhaltenspflichten des Arztes ab, die ihn nicht nur zur Sorgfalt bei der Behandlung des Patienten verpflichten, sondern auch dazu, sich dessen Einwilligung in diese Maßnahmen zu versichern. Erklärt der Patient in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts, er wolle sich nur von einem bestimmten Arzt operieren lassen, darf ein anderer Arzt den Eingriff nicht vornehmen. Ist ein Eingriff durch einen bestimmten Arzt, regelmäßig den Chefarzt, vereinbart oder konkret zugesagt, muss der Patient rechtzeitig aufgeklärt werden, wenn ein anderer Arzt an seine Stelle treten soll (Senat, Urteil vom 11. Mai 2010 - VI ZR 252/08 - NJW 2010, 2580 Rn. 6). Fehlt die wirksame Einwilligung in die Vornahme des Eingriffs, ist der in der ärztlichen Heilbehandlung liegende Eingriff in die körperliche Integrität rechtswidrig (Senat, Urteil vom 14. Februar 1989 - VI ZR 65/88 -BGHZ 106, 391...).

In der deutschen Rechtsprechung ist zudem seit jeher anerkannt, dass die medizinische Behandlung nicht nur eine Einwilligung erfordert, sondern dass die Einwilligung nur bei einer hinreichenden Aufklärung des Patienten wirksam ist.<sup>12</sup> Diese Pflicht beruht im Kern auf der Erwägung, dass dem Patienten eine eigenverantwortliche Entscheidung darüber, ob er sich einer medizinischen Behandlung unterziehen will oder nicht, nur möglich ist, wenn er um die **Tragweite seiner Entscheidung** weiß. Diese rechtlichen Grundlagen für die Notwendigkeit einer Einwilligung und Aufklärung hat der Bundesgerichtshof wie folgt zusammengefasst:<sup>13</sup>

*„Es entspricht der ständigen Rechtsprechung ... und ist im Grundsatz heute auch in der Ärzteschaft unumstritten, daß ärztliche Heileingriffe grundsätzlich der Einwilligung des Patienten bedürfen, um recht-*

*mäßig zu sein, und daß diese Einwilligung nur wirksam erteilt werden kann, wenn der Patient über den Verlauf des Eingriffs, seine Erfolgsaussichten, seine Risiken und mögliche Behandlungsalternativen mit wesentlich anderen Belastungen, Chancen und Gefahren im großen und ganzen aufgeklärt worden ist. Nur so wird sein Selbstbestimmungsrecht und sein Recht auf körperliche Unversehrtheit gewahrt (grundlegend BGHZ 29, 46ff; 29, 176ff; Hinweis: gemeint sind damit das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Dezember 1958 - VI ZR 203/57 - BGHZ 29, 46 sowie das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 16. Januar 1959 - VI ZR 179/57 - BGHZ 29, 176).“*

In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012<sup>14</sup> heißt es:

*„Rein dogmatisch gesehen ist die Einwilligung zum einen zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten im Sinne der zivilrechtlichen Konkretisierung der Verfassungsgarantie auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und auf Achtung der persönlichen Würde des Patienten legitimiert. Zum anderen ist die Einwilligung aber auch im Rahmen des Rechtsgüterschutzes des Deliktsrechts, nämlich für die Frage der Rechtswidrigkeit des Eingriffs bzw. seiner Rechtfertigung von Bedeutung.“*

Rechtlich hat dieser dogmatische Ansatz, also die Rechtswidrigkeit einer ohne hinreichende Aufklärung erfolgende medizinischen Behandlung, zwingend zur Folge, dass der Behandler grundsätzlich für alle den Gesundheitszustand des Patienten betreffenden nachteiligen Folgen haftet;<sup>15</sup> **und zwar sowohl vertraglich als auch deliktisch.**<sup>16</sup> **Auf das Vorliegen eines**

<sup>12</sup> BGH, Beschluss vom 16. August 2022 - VI ZR 342/21 - MDR 2022, 1480, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 117/18 - MedR 2020, 128, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 7. November 2006 - VI ZR 206/05 - BGHZ 169, 364, juris Rn. 7.

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 14. Februar 1989 - VI ZR 65/88 - BGHZ 106, 391, juris Rn. 9.

<sup>14</sup> BT-Drucks. 17/10488, S. 23.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 28. Mai 2019 - VI ZR 27/17 - MedR 2020, 32, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - NJW 2015, 74, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 8; allgemeine Meinung.

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - MedR 2020, 12, juris Rn. 12; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 10. Mai 2000 - 1 U 21/99, juris Rn. 39; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-

**Behandlungsfehlers kommt es also für eine Haftung nicht an.**

**Zumindest seit dem Inkrafttreten von §§ 630d, 630e BGB steht außer Frage, dass die ärztliche Aufklärungspflicht vertraglich eine Hauptpflicht ist.<sup>17</sup> Zuvor war dies umstritten; die unterschiedlichen Auffassungen waren aber ohne Relevanz für die haftungsrechtlichen Voraussetzungen und für die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung.<sup>18</sup>**

## **2. Eingriff in körperliche Unversehrtheit**

Nach § 630d Abs. 1 BGB bedarf zwar **jede medizinische Behandlung** einer Einwilligung des Patienten. Wegen des besonderen rechtlichen Schutzes des Körpers und der Gesundheit (vgl. Art. 2 Abs. 2 GG, Art. 10 Abs. 2 der Verfassung Georgiens) sind aber an das Vorliegen einer hinreichenden Aufklärung und einer Einwilligung bei einem **Heileingriff** tendenziell qualifiziertere Anforderungen zu stellen als bei einer Behandlung, welche tatbestandlich mit keiner Körper- oder Gesundheitsverletzung verbunden ist. Daher heißt es auch in § 630d Abs. 1 BGB, dass „insbesondere“ ein Eingriff in den Körper oder die Gesundheit einer Einwilligung - und damit einer Aufklärung - bedürfe.

Nach gefestigter Rechtsprechung führt jeder Eingriff in die körperliche Integrität tatbestandlich zu einer **Körperverletzung**.<sup>19</sup> Ohne Belang ist hierbei, ob die Maßnahme das gesundheitliche Wohlbefinden beeinträchtigt. Eine Körperverletzung setzt auch nicht voraus, dass nennenswerte Schmerzen entstehen.<sup>20</sup>

BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 61; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 186; allgemeine Auffassung.

<sup>17</sup> K. Schmidt in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 2.

<sup>18</sup> vgl. zum Meinungsstand: Rehborn/Gescher in: Erman BGB, 16. Auflage, § 630e Rn. 2

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 26. Juli 2022 - VI ZR 58/21 - NJW 2022, 3509, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 23. Juni 2020 - VI ZR 435/19 - NJW 2020, 3176, juris Rn. 20; BGH, Urteil vom 17. September 2013 - VI ZR 95/13 - NJW 2013, 3634, juris Rn. 12; Staudinger/Hager (2017) § 823 BGB Rn. B 5.

<sup>20</sup> Staudinger/Hager (2017) § 823 BGB Rn. B 5; J. Lange in:

In der Vernichtung von eingefrorenem Sperma, mit dem bei einer vorhersehbaren Unfruchtbarkeit die Möglichkeit eigener Nachkommen erhalten werden sollte, hat der Bundesgerichtshof eine Körperverletzung sogar unabhängig davon gesehen, dass hierdurch keinerlei Schmerzen ausgelöst werden.<sup>21</sup> Auch eine Rasur zur Vorbereitung einer medizinischen Untersuchung oder Behandlung wird man tatbestandlich wohl einer Körperverletzung zuzurechnen haben.<sup>22</sup> Andererseits kann die Zufügung von Schmerzen gewisser Intensität oder Dauer auch ohne Eingriff in die äußere Schutzhülle des Menschen eine Körperverletzung darstellen, sofern die Beeinträchtigung nicht eher unerheblich ist.<sup>23</sup> Leichteste Zustandsveränderungen im Rahmen der Bandbreite üblicher, alltäglicher körperlicher Befindlichkeiten fallen jedoch nicht darunter.<sup>24</sup> Deshalb stellen äußere ärztliche Untersuchungen, die mit vorübergehenden moderaten Schmerzen verbunden sind, bereits tatbestandlich im Regelfall keine Körperverletzungen dar.

Unter eine **Gesundheitsverletzung** fällt jedes Hervorrufen eines von den normalen körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden Zustandes; unerheblich ist, ob Schmerzzustände auftreten, ob eine tiefgreifende Veränderung der Befindlichkeit eintritt oder ob letztlich Krankheiten ausgelöst werden.<sup>25</sup> Letzteres ist insbesondere von Belang, wenn es zu **Infektionen ohne Krankheitssymptome** kommt.<sup>26</sup>

Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 823 Abs. 1 BGB (Stand: 20.09.2021) Rn. 5.

<sup>21</sup> BGH, Urteil vom 9. November 1993 - VI ZR 62/93 - BGHZ 124, 52, juris Rn. 10 ff.

<sup>22</sup> so für Abschneiden von Haaren allgemein: J. Lange in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 823 Abs. 1 BGB (Stand: 20.09.2021) Rn. 5; Staudinger/Hager (2017) § 823 BGB Rn. B 8.

<sup>23</sup> J. Lange in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 823 Abs. 1 BGB (Stand: 20.09.2021) Rn. 5; Staudinger/Hager (2017) § 823 BGB Rn. B 8.

<sup>24</sup> OLG Hamm, Urteil vom 20. Oktober 2011 - I-6 U 116/11 - juris Rn. 10.

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 14. Juni 2005 - VI ZR 179/04 - BGHZ 163, 209, juris Rn. 9; Staudinger/Hager (2017) § 823 BGB Rn. B 5.

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 14. Juni 2005 - VI ZR 179/04 - BGHZ 163, 209, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 30. April 1991 - VI ZR 178/90 - BGHZ 114, 284, juris Rn. 28, für HIV-Infektion ohne Ausbruch von AIDS; J. Lange in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 823 Abs. 1 BGB

Die **Abgrenzung zwischen der Körperverletzung und der Gesundheitsverletzung** ist eher fließend; meist überschneidet sich der Schutzbereich beider Rechtsgüter.<sup>27</sup> Tendenziell stellt aber die Körperverletzung mehr auf die äußerliche körperliche Unversehrtheit, also die körperlich-leibliche Sphäre<sup>28</sup> und auf das Schmerzempfinden ab, während die Gesundheitsverletzung stärker die Störung der körperlichen, seelischen und geistigen Funktionen in den Vordergrund rückt.<sup>29</sup> Im Rahmen der medizinrechtlichen Haftung ist diese Abgrenzung an praktische Relevanz, da die Folgen einer Rechtsverletzung identisch sind.

Ohne größere faktische Auswirkung bleibt im Regelfall auch, ob es ausschließlich zu einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bzw. des Selbstbestimmungsrechts der Patientin oder auch zu einer Körper- oder Gesundheitsverletzung führt, wenn es in Folge einer wirkungslos gebliebenen Maßnahme der Geburtsverhütung zu einer ungewollten Schwangerschaft kommt.<sup>30</sup>

### 3. Allgemeine Grundprinzipien der Aufklärung

Der mit der ärztlichen Aufklärungspflicht verbundene Zweck, dem Patienten eine eigenverantwortliche und selbstbestimmte Entscheidung über die Vornahme der Behandlung zu ermöglichen, bestimmt den Umfang und die Intensität der Aufklärungspflicht. Es geht also darum, dem Patienten jenes Wissen zu vermitteln, das er benötigt, um in seiner Entscheidung über das Für und Wider einer Behandlung nicht

von der Einschätzung und dem Rat des Arztes abhängig zu sein. Er soll vielmehr die wesentlichen Entscheidungsgrundlagen selbst zu kennen und anhand der eigenen Wertmaßstäbe darüber befinden, ob er sich für oder gegen eine medizinische Maßnahme entscheidet. Daraus folgt, dass der Patient über alle Umstände aufgeklärt werden muss, die er in der konkreten Behandlungssituation benötigt, um **eigenverantwortlich Chancen und Risiken der Behandlung gegeneinander abwägen** zu können.

#### a) Allgemeiner Überblick, generelle Erwägungen

Da mit der Aufklärung das Selbstbestimmungsrecht geschützt wird, muss zentrales Kriterium sein, welche Bedeutung das Risiko für die Entschließung des Patienten haben kann. Mit anderen Worten: Es ist vor allem entscheidend, ob sich das Risiko für den Patienten, im Regelfall also für einen medizinischen Laien, aus der Art des Eingriffs ohnehin ergibt und ob das Risiko der konkreten Behandlung spezifisch anhaftet.<sup>31</sup> Um dem Patienten einen zutreffenden Eindruck von der Schwere des Eingriffs und von der Art der auf ihn möglicherweise zukommenden Belastungen zu vermitteln, muss er in der Regel auf das **schwerste in Betracht kommende Risiko** hingewiesen werden.<sup>32</sup>

#### b) Grundsätze der Rechtsprechung

Die bei der konkreten Ausgestaltung der Aufklärung zu beachtenden **Grundsätze** fasst der Bundesgerichtshof wie folgt zusammen:<sup>33</sup>

*„Nach ständiger Rechtsprechung .. muss der Patient nur "im Großen und Ganzen" über Chancen und Risiken der Behandlung aufgeklärt werden. Nicht er-*

(Stand: 20.09.2021) Rn. 7.

<sup>27</sup> Staudinger/Hager (2017) § 823 BGB Rn. B 5 f.

<sup>28</sup> Wilhelmi in: Erman, BGB, 16. Auflage, § 823 Rn. 17.

<sup>29</sup> Wilhelmi in: Erman, BGB, 16. Auflage, § 823 Rn. 19 ff.

<sup>30</sup> bei einer „misslungenen“ Sterilisation eine Körperverletzung zumindest im zivilrechtlichen Sinne bejahend: BGH, Urteil vom 18. März 1980 - VI ZR 247/78 - BGHZ 76, 25, juris Rn. 16 (die gegen diese Entscheidung eingelegte Verfassungsbeschwerde blieb ohne Erfolg, vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 - 1 BvR 479/92 - BVerfGE 96, 375, juris Rn. 58); BGH, Urteil vom 27. Juni 1995 - VI ZR 32/94 - NJW 1995, 2407, juris Rn. 17; teilweise eher in Richtung einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehen Teile der Literatur: Wilhelmi in: Erman BGB, 16. Auflage, § 823 Rn. 18; dazu umfassend: Staudinger/Hager (2017) § 823 BGB Rn. B 13 ff.

<sup>31</sup> BGH, Urteil vom 6. Juli 2010 - VI ZR 198/09 - MedR 2011, 242, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 07. Februar 1984 - VI ZR 174/82 - BGHZ 90, 103, juris Rn. 18.

<sup>32</sup> BGH, Urteil vom 28. Mai 2019 - VI ZR 27/17 - MedR 2020, 32, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 12. März 1991 - VI ZR 232/90 - VersR 1991, 777, 77, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 30. Januar 2001 - VI ZR 353/99 - VersR 2001, 592, juris Rn. 10.

<sup>33</sup> BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 10, die Zitate sind im Urteilsauszug leicht verändert wiedergegeben.

forderlich ist die exakte medizinische Beschreibung der in Betracht kommenden Risiken. Dem Patienten muss aber eine allgemeine Vorstellung von dem Ausmaß der mit dem Eingriff verbundenen Gefahren vermittelt werden, ohne diese zu beschönigen oder zu verschlimmern (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 2010 - VI ZR 198/09 - VersR 2010, 1220, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 14. März 2006 - VI ZR 279/04 - BGHZ 166, 336, juris 13; BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - VersR 1992, 960, juris Rn. 19 ....). Dabei ist über schwerwiegende Risiken, die mit einer Operation verbunden sind, grundsätzlich auch dann aufzuklären, wenn sie sich nur selten verwirklichen. Entscheidend für die ärztliche Hinweispflicht ist, ob das betreffende Risiko dem Eingriff spezifisch anhaftet und es bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belastet (BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - VersR 2015, 196, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 BGHZ 144, 1, juris Rn. 13; ...). Die Aufklärung muss zudem für den Patienten sprachlich und inhaltlich verständlich sein (vgl. § 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB), wobei es auf die individuelle Verständnismöglichkeit und damit auch auf den Zustand des Patienten ankommt.“

Genauere oder annähernd genaue Prozentzahlen über die Möglichkeit der Verwirklichung eines Behandlungsrisikos müssen dem Patienten nicht mitgeteilt werden. Erweckt der aufklärende Arzt beim Patienten aber durch eine **unzutreffende Darstellung der Risikohöhe** eine falsche Vorstellung über das Ausmaß der mit der Behandlung verbundenen Gefahr und verharmlost er dadurch ein verhältnismäßig häufig auftretendes Operationsrisiko, kommt er seiner Aufklärungspflicht nicht in ausreichendem Maße nach.<sup>34</sup>

Der Umfang und der Genauigkeitsgrad der Aufklärung stehen in einer **Wechselwirkung** mit der Dringlichkeit und mit den Heilungsaussichten des Eingriffs. Die Aufklärungsintensität nimmt in dem Maße zu, in dem der Dringlichkeitsgrad des medizinischen Eingriffs und seine Heilungsaussicht abnehmen und um-

gekehrt.<sup>35</sup> So erfordern nicht zwingend indizierte Eingriffe mit zweifelhaften Heilungsaussichten regelmäßig eine gleichzeitige Aufklärung über die Möglichkeit eines weiteren Abwartens.<sup>36</sup>

In der Regel wird der Aufklärungspflicht genügt, wenn die Aufklärung die Risiken der Behandlung „**im Großen und Ganzen**“ aufzeigt<sup>37</sup> und auf die **spezifischen Risiken** des konkreten Eingriffs eingeht.<sup>38</sup> Der Arzt muss dabei **nicht alle denkbaren Erscheinungsformen** des Risikos aufzählen.<sup>39</sup> Es genügt, wenn er die Stoßrichtung der Risiken zutreffend darstellt.<sup>40</sup> Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Ausführungen unter II. 4. verwiesen.

Will ein Patient **Einzelheiten** über Art und Größe eines Risikos wissen, die über das für eine hinreichende Aufklärung erforderliche Maß an Wissen hinausgehen, muss er diese Information **erfragen**.<sup>41</sup> Allerdings hat der Arzt bei der Bemessung des Umfangs der ungefragt zu erteilenden Aufklärung in Rechnung zu stellen, dass eine situationsbedingte Befangenheit

<sup>34</sup> BGH, Beschluss vom 16. August 2022 - VI ZR 342/21 - MDR 2022, 1480, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 117/18 - NJW 2019, 1283, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - NJW 1992, 2351, juris Rn. 19.

<sup>35</sup> OLG Hamm, Urteil vom 15. Dezember 2017 - I-26 U 3/14 - VersR 2018, 1004, juris Rn. 31.

<sup>36</sup> OLG Hamm, Urteil vom 15. Dezember 2017 - I-26 U 3/14 - VersR 2018, 1004, juris Rn. 31.

<sup>37</sup> BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 117/18 - MedR 2020, 128, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 228/05 - MedR 2007, 722, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - MedR 1992, 277, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 8. Mai 1990 - VI ZR 227/8 - MedR 1990, 264, juris Rn. 15.

<sup>38</sup> BGH, Urteil vom 28. Mai 2019 - VI ZR 27/17 - MedR 2020, 32, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - NJW 2015, 74, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 17. April 2007 - VI ZR 108/06 - MedR 2007, 718, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 10. Oktober 2006 - VI ZR 74/05 - MedR 2008, 289, juris Rn. 12.

<sup>39</sup> BGH, Urteil vom 18. November 2008 - VI ZR 198/07 - MedR 2010, 181, juris Rn. 11; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 7. Juli 2022 - 12 U 8/22 - NJW-RR 2022, 1503, juris Rn. 28; OLG Dresden, Urteil vom 15. Juni 2021 - 4 U 1786/20 - juris Rn. 14; OLG Frankfurt, Urteil vom 15. August 2017 - 8 U 102/15 - juris Rn. 24.

<sup>40</sup> OLG Dresden, Urteil vom 15. Juni 2021 - 4 U 1786/20 - juris Rn. 14.

<sup>41</sup> BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 7. Februar 1984 - VI ZR 174/82 - BGHZ 90, 103, juris Rn. 18.



einen Patienten mitunter davon abhalten kann, Umstände zu erfragen, die für ihn von Interesse sein können.<sup>42</sup> Er darf deshalb nur jene Details etwaigen Rückfragen des Patienten vorbehalten, deren Kenntnis nicht notwendig ist, um sich im Großen und Ganzen ein verlässliches Bild von der Tragweite einer Einwilligung machen zu können.

Ob im Einzelfall mitberücksichtigt werden kann, dass die Bevölkerung mit dem Verlauf und mit den Risiken einer Behandlung, beispielsweise wegen deren Häufigkeit, in besonderem Maße vertraut ist,<sup>43</sup> mag zweifelhaft sein. Richtig ist zwar, dass ein Patient über ihm bekannte Risiken nicht aufzuklären ist (dazu unter II. 5. bb) und cc)). Da es auf das Wissen des jeweiligen konkreten Patienten ankommt, dürfte es aber problematisch sein, allein aus der Häufigkeit eines Risikos oder aus entsprechenden Berichten in den Medien auf eine Kenntnis des Patienten rückzuschließen.

Als grober **Prüfkatalog** kann in etwa dienen:

- mit welchen spezifischen Risiken ist die Behandlung verbunden; mit welcher Wahrscheinlichkeit treten diese auf;
- welches Maß an medizinischer Indikation besteht (welcher Verlauf ist ohne die Behandlung zu erwarten bzw. welches Spektrum an möglichen Verläufen kommt mit welcher Wahrscheinlichkeit in Betracht);
- welche Beeinträchtigungen der Lebensführung bzw. welche gesundheitlichen Belastungen sind mit den jeweils möglichen Verläufen verbunden (eher vorübergehende Lästigkeiten; dauerhafte Beeinträchtigung; Gefahr einer Erwerbsunfähigkeit; lebensbedrohliche Entwicklungen usw.);
- vor allem bei operativen Eingriffen: Welche alternativen Behandlungsmethoden kommen in Betracht und welche Erfolgchancen haben diese;

welche irreversiblen Nachteile drohen, wenn zunächst eine konservative Behandlung erfolgt, diese aber ohne nachhaltigen Erfolg bleibt und sich daher der Zeitpunkt des letztlich doch notwendig werdenden operativen Eingriffs verzögert;

- ist wegen der spezifischen körperlichen oder gesundheitlichen Disposition des Patienten das Risiko eines eher atypischen Verlaufs erhöht oder besteht aus anderen Gründen (etwa wegen einer erblichen Vorbelastung oder auf Grund von persönlichem Erleben, familiären Schicksalsschlägen usw.) ein atypisches Aufklärungsbedürfnis;
- wird eine allgemein anerkannte Behandlungsmethode gewählt oder eine sog. Außenseitermethode angewendet.

Es versteht sich, dass einerseits diese Aufzählung der Kriterien nicht vollständig ist und dass andererseits diese Gesichtspunkte nicht schematisch abzuarbeiten sind. Sie stellen aber eine gewisse Orientierung dar, wobei insbesondere den mit der Behandlung verbundenen spezifischen Risiken, dem Maß der medizinischen Indikation und den Erfolgchancen der Maßnahme sowie der Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines Risikos und dessen Gewicht besondere Bedeutung beizumessen sind.

### c) kein therapeutisches Privileg

Nicht abschließend geklärt ist, ob der geschuldete Umfang der Aufklärung ganz ausnahmsweise aus therapeutischen Gründen, vor allem wegen einer mit einer „vollständigen“ Aufklärung verbundenen außerordentlichen **psychischen Belastung** des Patienten, etwas reduziert werden kann (sog. therapeutisches Privileg).

In einer älteren Entscheidung hat der Bundesgerichtshof dies offen gelassen.<sup>44</sup> Angesichts der überragenden Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ist aber selbst eine leichte Einschränkung des grundsätzlich gebotenen Aufklärungsum-

<sup>42</sup> BGH, Urteil vom 23. Oktober 1979 - VI ZR 197/78 - NJW 1980, 633, juris Rn. 21.

<sup>43</sup> so BGH, Urteil vom 23. Oktober 1979 - VI ZR 197/78 - NJW 1980, 633, juris Rn. 22 für Blinddarmoperation; BGH, Urteil vom 8. Januar 1991 - VI ZR 102/90 - MedR 1991, 140, juris Rn. 5. für Wundinfektion durch Keimträger aus dem Operationsteam.

<sup>44</sup> BGH, Urteil vom 7. Februar 1984 - VI ZR 174/82 - BGHZ 90, 103, juris Rn. 24.



fangs in aller Regel nicht zu rechtfertigen.<sup>45</sup> Dies gilt umso mehr, als der deutsche Gesetzgeber im Zuge der Kodifizierung des Rechts der medizinischen Behandlung zwar bei dem Recht auf Einsichtnahme in die medizinische Dokumentation bei erheblichen therapeutischen Gründen Einschränkungen zugelassen hat (§ 630g Abs. 1 S. 1 Halbsatz 2 BGB), die gesetzlichen Regelungen zur Aufklärungspflicht jedoch keine korrespondierende Vorschrift enthalten.

Anderes mag ganz ausnahmsweise gelten, wenn klare Fakten dafür bestehen, dass bei einer „vollen“ Aufklärung die konkrete Gefahr schwerster Schäden, insbesondere in der Form einer irreversiblen Gesundheitsschädigung, einer gravierenden psychischen Krise oder eines greifbaren Suizidrisikos droht.<sup>46</sup> Zumindest sind aber gegenüber einem psychisch labilen Patienten sowohl die Befunde als auch die sich aus ihnen ergebenden Konsequenzen in besonders **schockender Form** zu eröffnen, um die psychische Belastung im Rahmen des Möglichen zu reduzieren.<sup>47</sup>

#### 4. Einzelfragen zum Umfang der Aufklärungspflicht

Von diesen Grundsätzen ausgehend hat sich in Deutschland eine gewisse Kasuistik entwickelt, die im Folgenden für einige Konstellationen dargestellt wird.

### a) konkrete Behandlungsmethode, Therapiewahl, alternative Behandlungsmöglichkeiten

#### aa) Grundsätze

Die **Wahl der Behandlungsmethode** ist primär Sache des Arztes.<sup>48</sup>

Bei der Therapiewahl wird dem Arzt daher grundsätzlich ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt. Insbesondere ist er nicht stets auf den jeweils sichersten therapeutischen Weg festgelegt.<sup>49</sup> Allerdings muss ein in Kauf genommenes höheres Risiko in den besonderen Sachzwängen des konkreten Falles oder in einer günstigeren Heilungsprognose eine sachliche Rechtfertigung finden.<sup>50</sup>

Der Arzt hat deshalb nicht ungefragt über die von ihm beabsichtigte Art des Vorgehens aufzuklären, wenn zwar unterschiedliche Operationstechniken oder Behandlungsmethoden in Betracht kommen, aber zwischen deren Chancen und Risiken keine wesentlichen Unterschiede bestehen.<sup>51</sup> Vielmehr darf der Arzt in einer solchen Lage davon ausgehen, dass der Patient hinsichtlich der Wahl der Behandlungsmethode der ärztlichen Entscheidung vertraut und keine eingehende fachliche Unterrichtung über spezielle medizinische Fragen erwartet.<sup>52</sup> Erst recht ist die Wahl der Operationsmethode in aller Regel dem Arzt zu überlassen, wenn das konkrete Vorgehen vom Ergebnis einer intraoperativen Voruntersuchung abhängt, also erst anhand der während der Operation erkennbar

<sup>45</sup> so auch ausdrücklich und mit umfassender Begründung: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 23; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 52.

<sup>46</sup> vgl. Entwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012 - BT-Drucks. 17/10488, 25; umfassende Überlegungen und weitere Nachweise hierzu bei Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 23 ff.; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 52.

<sup>47</sup> BGH, Urteil vom 25. April 1989 - VI ZR 175/88 - BGHZ 107, 222, juris Rn. 17; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 23.

<sup>48</sup> BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18 - MedR 2020, 379, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 13. Juni 2006 - VI ZR 323/04 - BGHZ 168, 103, juris, Rn. 13; BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 313/03 - MedR 2005, 599, juris Rn. 10; ständige Rechtsprechung.

<sup>49</sup> BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18 - MedR 2020, 379, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 22. Mai 2007 - VI ZR 35/06 - BGHZ 172, 254, juris Rn. 13.

<sup>50</sup> BGH, Urteil vom 22. Mai 2007 - VI ZR 35/06 - BGHZ 172, 254, juris Rn. 13; vgl. für Neulandmethode unter II. 4. b) aa).

<sup>51</sup> OLG Dresden, Beschluss vom 21. Dezember 2020 - 4 U 1775/20 - MedR 2021, 494, juris Rn. 13; OLG Oldenburg, Urteil vom 19. Dezember 2018 - 5 U 114/18 - MDR 2019, 741, juris Rn. 40.

<sup>52</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 31. Juli 2019 - 7 U 118/18 - juris Rn. 24.

werdenden Befundlage getroffen werden kann.<sup>53</sup> Anderes mag ausnahmsweise gelten, wenn ein Patient ein spezifisches Interesse an Operations- oder Behandlungstechniken zeigt.

Die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten erfordert jedoch gemäß § 630e Abs. 1 Satz 3 BGB eine Unterrichtung über eine **alternative Behandlungsmöglichkeit**, wenn für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie mehrere gleichwertige Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die zu jeweils unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder unterschiedliche Risiken und Erfolgchancen bieten.<sup>54</sup> Selbstredend besagt das Vorliegen von echten Behandlungsalternativen nicht, dass der Arzt die Entscheidung über die konkrete Therapie schicksalhaft in die Hand des Patienten zu legen hat. Vielmehr hat er den Patienten sachkundig zu beraten und ihm das Für und Wider der Behandlungsalternativen aufzuzeigen. Auch lassen es das beidseitige Vertrauensverhältnis und seine überlegene Fachkunde im Regelfall zu, dass er zugleich eine konkrete **Empfehlung** abgibt. Ein solcher ärztlicher Rat hat aber im Rahmen eines auch vom Patienten gewollten Dialogs zu erfolgen und darf dem Patienten nicht einseitig aufgedrängt werden. Zudem ist er in einer Art und Weise zu erteilen, welche die freie Entscheidung des Patienten nicht gefährdet und insbesondere nicht in Frage stellt, dass der Arzt eine von seiner Empfehlung abweichende Entscheidung des Patienten achtet, liegt

dieser Rat unter Berücksichtigung aller Umstände des Krankheitsbildes im Rahmen des Vertretbaren, ist er als Teil der therapeutischen Beratung nicht zu beanstanden.<sup>55</sup>

In besonderer Weise ist dies erforderlich, wenn neben einem operativen Eingriff auch eine **konservative Maßnahme** eine „echte“ Behandlungsalternative darstellt.<sup>56</sup> Besteht mithin für den Patienten eine **echte Wahlmöglichkeit**, muss ihm durch eine entsprechend vollständige Aufklärung die Entscheidung darüber überlassen bleiben, auf welchem Weg die Behandlung erfolgen soll und auf welches Risiko er sich einlassen will.<sup>57</sup>

Eine derartige Situation nimmt der Bundesgerichtshof beispielsweise an, wenn eine **Schnittbindung** (sectio) aufgrund besonderer Umstände relativ indiziert ist und sie deshalb eine echte Alternative zu einer vaginalen oder vaginal-operativen Entbindung darstellt.<sup>58</sup> Zudem ist bei Entbindungen rechtzeitig über mögliche Entwicklungen aufzuklären, die nach Beginn des Geburtsvorgangs Änderungen am geplanten Verlauf (Wechsel der Behandlungsmethode, Operationserweiterungen) erfordern oder zumindest medizinisch sinnvoll erscheinen lassen (dazu näher unter II. 4. g)).

Im Einzelfall kann auch in Betracht kommen, dass dem Patienten die Behandlung in einer für sein Leiden **spezialisierten medizinischen Einrichtung** als Alternative aufzuzeigen ist. Hierzu sei vorab angemerkt, dass sich diese Thematik erst stellt, wenn der Arzt

<sup>53</sup> OLG Bamberg, Beschluss vom 27. November 2015 - 4 U 82/15 - GesR 2016, 492, juris Rn. 29.

<sup>54</sup> so bereits die Rechtsprechung vor Inkrafttreten von § 630e Abs. 1 Satz 3 BGB: BGH, Urteil vom 28. August 2018 - VI ZR 509/17 - NJW-RR 2019, 17, juris Rn. 23; BGH, Versäumnisurteil vom 28. Oktober 2014 - VI ZR 125/13 - MedR 2015, 721, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 17. Mai 2011 - VI ZR 69/10 - MedR 2012, 252, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 13. Juni 2006 - VI ZR 323/04 - BGHZ 168, 103, juris Rn. 13; aus der neueren Rechtsprechung sei verwiesen auf: BGH, Urteil vom 7. Dezember 2021 - VI ZR 277/19 - NJW-RR 2022, 462, juris Rn. 7; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 7. Juli 2022 - 12 U 8/22 - NJW-RR 2022, 1503, juris Rn. 28 f.; OLG Hamm, Urteil vom 15. Februar 2022 - I-26 U 21/21 - NJW-RR 2022, 818, juris Rn. 30, besprochen bei Hagenlocher, Neues zum Medizinrecht in Deutschland, DGZR 7/2022, unter III. 1; OLG Dresden, Urteil vom 21. August 2020 - 4 U 1349/18 - juris Rn. 27.

<sup>55</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 12. Februar 2009 - 5 U 927/06 - MedR 2010, 108, juris Rn. 13.

<sup>56</sup> BGH, Beschluss vom 27. Oktober 2015 - VI ZR 355/14 - NJW 2016, 641, juris Rn. 8 f., bei Hallux valgus; BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2013 - VI ZR 230/12 - VersR 2014, 586, juris Rn. 8, bei Implantation eines Spinalkatheters zur medikamentösen Schmerzbehandlung, trotz vorhandener medikamentöser oder psychotherapeutischer Behandlungsmöglichkeiten

<sup>57</sup> BGH, Urteil vom 28. August 2018 - VI ZR 509/17 - NJW-RR 2019, 17, juris Rn. 23; BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 313/03 - MDR 2005, 988, juris Rn. 10.

<sup>58</sup> BGH, Urteil vom 28. August 2018 - VI ZR 509/17 - NJW-RR 2019, 17, juris Rn. 23; BGH, Urteil vom 17. Mai 2011 - VI ZR 69/10 - MedR 2012, 252, juris Rn. 13 ff.

bzw. die Klinik über das Fachwissen und die technisch-operative Ausstattung verfügen, um die konkret anstehende Behandlung fachkundig durchführen zu können, also nicht bereits ein sog. Übernahmeverschulden vorliegt.<sup>59</sup> Kann ein anerkannter medizinischer Standard von der Klinik bzw. vom Arzt geboten werden, muss auf die Möglichkeit einer Behandlung in einer spezialisierten medizinischen Einrichtung hingewiesen werden, wenn die vom Arzt fachlich beherrschte und in der Klinik von der apparativen Ausstattung her durchführbare Methode zwar anerkannt, aber nicht diejenige der sog. Erstlinientherapie (First-Line-Therapy, Methode der Wahl) ist oder wenn die spezialisierte medizinische Einrichtung im Einzelfall bessere Chancen oder geringere Risiken bieten kann.<sup>60</sup>

Zudem schulden der Krankenhausträger und die Ärzte einem Patienten, der sich in das Krankenhaus begibt, eine Aufklärung über **Umstände, die das Risiko der Behandlung aus besonderen Gründen erhöhen**, so beispielsweise bei schlechten hygienischen Verhältnissen in einer Klinik.<sup>61</sup> Solches kann auch in Betracht kommen, wenn der behandelnde Arzt oder das Krankenhaus für die anstehenden ärztlichen Maßnahmen im Vergleich zu anderen Krankenhäusern einen spürbar niedrigeren Standard in der apparativen Ausstattung und/oder in der Ausbildung und Erfahrung der behandelnden Ärzte aufweisen. Allerdings wird in derartigen Fallgestaltungen nicht selten der Grenzbereich zu einem Übernahmeverschulden, also einem Behandlungsfehler, überschritten sein.<sup>62</sup>

Aus diesem Grunde siedelt die Rechtsprechung auch die Thematik einer eigenverantwortlichen Be-

handlung durch noch nicht voll ausgebildete oder noch eher unerfahrene Ärzte (Stichwort **Anfängeroperation**) nicht bei der Aufklärungspflicht, sondern bei den Behandlungspflichten an. Im Vordergrund der Verhaltenspflichten steht hierbei nämlich - bei nicht immer eindeutigen Grenzziehungen - nicht das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, sondern das durch den Einsatz von nicht optimal qualifiziertem Personal möglicherweise gesteigerte Behandlungs- und Operationsrisikos.<sup>63</sup> Mittelbare Folge dessen ist, dass der Patient grundsätzlich nicht darüber aufzuklären ist, welchen Ausbildungs- und Erfahrungsstand der ihn behandelnde Arzt hat.<sup>64</sup>

## bb) Beispiele

**Aufklärungsbedürftige Behandlungsalternativen** sind beispielsweise:<sup>65</sup>

*OLG Hamm, Urteil vom 15. Februar 2022 - I-26 U 21/21 - NJW-RR 2022, 818, juris Rn. 34,<sup>66</sup>*

Vor einer Injektionsbehandlung ist bei einer Epicondylitis humeri radialis (sog. **Tennisarm**) über Behandlungsalternativen aufzuklären. Dabei kommt es insbesondere auf die nichtoperativen Behandlungsmethoden (Medikamente, Infiltrationstherapie, physikalische Therapie und ruhigstellende Maßnahmen) an, weil die Therapie des Tennisarms seit Jahren äußerst umstritten ist.

*OLG Hamm, Urteil vom 10. April 2018 - I-26 U 67/17 - juris Rn. 24:*

Vor einer minimalinvasiven TASH-Behandlung (Transkoronare Ablation der **Septumhypertrophie**;

<sup>59</sup> dazu näher: Hagenloch, Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung zum Medizinrecht im Jahr 2021, DGZR 7/2022, unter II. 1. Rn. 2; zu der gesamten Thematik umfassend: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 93 ff.

<sup>60</sup> vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 21. Dezember 2020 - 4 U 1775/20 - juris Rn. 14; OLG Hamm, Urteil vom 19. November 2013 - I-26 U 25/13 - juris Rn. 61 f.

<sup>61</sup> BGH, Urteil vom 27. September 1983 - VI ZR 230/81 - BGHZ 88, 248, juris Rn. 12.

<sup>62</sup> dazu Hagenloch, Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung zum Medizinrecht im Jahr 2021, DGZR 7/2022, unter II. 1. Rn. 2.

<sup>63</sup> BGH, Urteil vom 27. September 1983 - VI ZR 230/81 - BGHZ 88, 248, juris Rn. 12.

<sup>64</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 17. Januar 2018 - 5 U 861/17- VersR 2018, 937, juris Rn. 35; siehe aber auch. OLG Köln, Urteil vom 6. August 1981 - 7 U 105/80 - VersR 1982, 453, das eine Verletzung der Aufklärungspflicht bejaht, wenn der Patient nicht darüber unterrichtet wird, dass sich der operierende Arzt in Facharztausbildung befindet und eine derartige Operation vorher noch gar nicht und eine etwa vergleichbare Operation erst einmal oder zweimal selbst ausgeführt hat.

<sup>65</sup> weitere Nachweise bei Martis/Winkhart-Martis, MDR 2017, 858, 861 ff.

<sup>66</sup> besprochen bei Hagenloch, Neues zum Medizinrecht in Deutschland, DGZR 7/2022, unter III. 1., Rn. 1.

**Transcoronary ablation of septal hypertrophy**) kann über eine Myektomie (operative Resektion oder Teilresektion eines Muskels) als gleichwertige Behandlungsmethode aufzuklären sein. Dabei genügt es nicht, die Myektomie nur als ultima ratio darzustellen.

*OLG Hamm, Urteil vom 11. November 2016 - I-26 U 16/16 - juris Rn. 53:*

Über die Risiken einer **psychotherapeutischen Behandlung** (keine Erfolgsgarantie, Zutagetreten belastender Inhalte, temporäre Verschlechterungen der Symptomatik, emotionale Belastungen) ist zwar aufzuklären. Einer Aufklärung über alternative Therapieansätze bedarf es aber nicht, wenn diese Ansätze gleiche Risiken und Erfolgchancen haben. Dann hat der Therapeut die Wahl der Behandlungsmethode. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze darf die Kognitive Verhaltenstherapie (KVT - cognitive behavioral therapy) in Verbindung mit der Klärungsorientierten Psychotherapie (KOP – process-oriented psychotherapy) als eine Methode der Wahl ohne Aufklärung über alternative Therapieansätze angewandt werden.

*OLG Hamm, Urteil vom 19. April 2016 - I-26 U 199/15 - VersR 2016, 1192, juris Rn. 38 ff.:* -Zumindest bei einem „Angstpatienten“ stellen bei einer Lokalanästhesie im Rahmen einer **zahnerhaltenden Behandlung** die Leitungsanästhesie und die ligamentäre Anästhesie echte Behandlungsalternativen dar und sind daher aufklärungspflichtig.<sup>67</sup>

*OLG Koblenz, Urteil vom 20. Januar 2016 - 5 U 1209/13 - VersR 2016, 1502, juris Rn. 52:*

Bei einer unklaren Genese von atrioventrikulären Blockierungen (AV-Block II Mobitz mit einer Pausenlänge von 2,5 Sekunden und der AV-Block III mit einer Pausenlänge von 6,5 Sekunden) ist der Patient vor der Implantation eines **Herzschrittmachers** darüber zu unterrichten, dass diese nur relativ indiziert ist und welche Risiken mit einem Aufschieben oder Unterlas-

sen der Implantation verbunden sind.

*OLG Koblenz, Urteil vom 15. Oktober 2014 - 5 U 976/13 - VersR 2015, 757, juris Rn. 33:*

Bei einem **Leistenbruch** ohne Anzeichen von Einklemmung ist eine total extraperitoneale Hernioplastik (TEP) gegenüber einer transabdominellen präperitonealen Hernioplastik (TAPP) mit geringeren, allerdings anderen Risiken behaftet. Daher muss ein Patient über beide Methoden aufgeklärt werden. Dies gilt selbst dann, wenn die alternativ in Betracht kommende Behandlungsmethode im jeweiligen Krankenhaus nicht praktiziert wird.<sup>68</sup>

*OLG Hamm, Urteil vom 29. September 2014 - 3 U 54/14 - juris Rn. 36:*

Bezogen auf den wissenschaftlichen Erkenntnisstand des Jahres 2007 liegt eine Aufklärungspflichtverletzung vor, wenn der Arzt eine **Bandscheibenoperation**, nach der damals noch eher neuen Methode des künstlichen Bandscheibenersatzes durchführt, ohne den Patienten über die Möglichkeit einer Fusion (Versteifung) oder einer Fortsetzung der konservativen Therapie, ggf. bei Implantation einer Morphinpumpe, zu unterrichten

*Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 6. Februar 2014 - 1 U 45/13 - GesR 2015, 99, juris Rn. 14:*

Über die Möglichkeit einer **Periduralanästhesie** (PDA) ist nur dann aufzuklären, wenn die werdende Mutter zu erkennen gibt, sich für solche Fragen zu interessieren oder sie selbst entscheiden zu wollen, oder wenn vorhersehbare Risiken dazu Anlass geben.

*OLG Nürnberg, Urteil vom 30. März 2012 - 5 U 1610/11 - juris Rn. 38:*

<sup>67</sup> vgl. zu der Aufklärungspflicht über das Risiko von dauerhafter Schädigung des Nervus lingualis bei Zahnextraktionen und bei Lokalanästhesien: OLG Hamm, Urteil vom 29. September 2010 I-3 U 169/09 - MedR 2011, 723, juris Rn. 26; OLG Dresden, Beschluss vom 21. Dezember 2020 - 4 U 1775/20 - MedR 2021, 494 - juris Rn. 4 ff.

<sup>68</sup> Hierzu ist allerdings ergänzend anzumerken, dass das Thüringer Oberlandesgericht (Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 28. Oktober 2009 - 4 U 883/07 - juris Rn. 66) einen gewichtigen Unterschied in den Belastungen, Risiken oder Erfolgchancen zwischen der minimal-invasiven TEP-Methode und einer offenen Operationsmethode nach der Lichtenstein-Technik nach sachverständiger Beratung nicht erkannt und deshalb eine Aufklärungspflicht verneint hat. Offengelassen wurde diese Frage in einer weiteren Entscheidung des OLG Koblenz (OLG Koblenz, Urteil vom 17. Januar 2018 - 5 U 861/17 - VersR 2018, 937, juris Rn. 28).

Bei **Hüftgelenkoperationen** ist der Patient vor der Implantation einer Teilprothese nach McMinn (Hüftkappenprothese) über die Möglichkeit einer Hüftgelenks-Totalendoprothese sowie über die Vor- und Nachteile dieser Behandlungsmethoden aufzuklären.

*OLG Hamm, Urteil vom 17. November 2004 - 3 U 277/03 - GesR 2005, 70, juris Rn. 23:*

Bei Beschwerden im Bein ist vor einer intraartikulären **Kortikoid-Injektion** auf die Möglichkeit einer oralen medikamentösen Behandlung hinzuweisen. Diese ist zwar mit einem verzögerten Wirkmechanismus verbunden, birgt aber keine Infektionsgefahr in sich.

**Keine aufklärungsbedürftigen Behandlungsalternativen** sind beispielsweise:<sup>69</sup>

*OLG Dresden, Beschluss vom 21. Dezember 2020 - 4 U 1775/20 - MedR 2021, 494, juris Rn. 14:*

Ein entsprechend qualifizierter und technisch ausgestatteter Zahnarzt muss vor einer Extraktion des **Weisheitszahns** nicht darauf hinweisen, dass die Extraktion auch bei einem Kieferchirurgen oder in einer kiefermedizinischen Klinik durchgeführt werden kann.

*Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 11. Februar 2020 - 12 U 155/18 - NJW-RR 2020, 596, juris Rn. 21:*

Vor einer ventralen **Spondylodese** (Versteifungsoperation) der Wirbelkörper ist ein Patient über die Möglichkeit einer konservativen Weiterbehandlung einer Osteochondrose zumindest dann nicht aufzuklären, wenn er zunächst zur Durchführung einer stationären Schmerztherapie von seinem Orthopäden in eine Klinik überwiesen worden war und er diese Behandlungsoption daher kannte.<sup>70</sup>

*Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 14. Mai 2019 - 1 U 48/18 - MedR 2020, 217, juris Rn. 45 ff.:*

Vor der operativen Entfernung eines **Meningeoms**

ist auf eine Strahlentherapie nach der Gamma-Knife-Methode nur hinzuweisen, wenn der Tumor in einem empfindlichen Hirnareal liegt oder das Operationsrisiko aus anderen Gründen erhöht ist.

*OLG Dresden, Urteil vom 18. Oktober 2016 - 4 U 86/16 - MedR 2017, 555, juris Rn. 19:*

Bei schmerzhaften **Bewegungseinschränkungen eines Fingers** war eine Kortisoninfiltration zumindest im Jahr 2013 keine echte Behandlungsalternative zu einer indizierten Ringbandsplattung.

*OLG Karlsruhe, Urteil vom 17. Februar 2016 - 7 U 32/13 - juris Rn. 23):*

Vor einer Knieoperation durch Einbringen einer vorderen **Kniebandplastik** ist der Patient jedenfalls dann nicht auf die (immer bestehende) Möglichkeit einer weiteren konservativen Behandlung aufzuklären, wenn diese mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zu anhaltenden Schmerzen, einer persistierenden Instabilität des Kniegelenkes und zu einer rasant fortschreitenden Arthrose des Gelenkes führt.

*OLG Köln, Urteil vom 5. Oktober 2015 - I-5 U 2/15 - juris Rn. 45:*

Bei einer ventralen **Spondylodese** im Halswirbelsegment HW 6/7 stellt das Einbringen eines Cages statt eines Knochenzementdübels in den Zwischenwirbelraum keine aufklärungspflichtige Alternative dar.

*OLG Hamm, Urteil vom 19. November 2013 - I-26 U 25/13 - juris Rn. 61 f.:*

Entspricht die in einer Allgemeinklinik mögliche Behandlung dem medizinischen Standard, ist auf deren Durchführung in einem **Krankenhaus der Maximalversorgung** (Fachklinik) jedenfalls dann nicht hinzuweisen, wenn in diesem die Behandlung mutmaßlich in gleicher Weise vorgenommen worden wäre. Die Chancen und Risiken der Behandlung sind dann gleich, so dass eine aufklärungsbedürftige echte Behandlungsalternative nicht besteht (hier für endoskopische retrograde Cholangiopankreatikographie (ERCP, Endoscopic Retrograde Pancreaticocholangiography) mit Papillotomie sowie mit Einführung einer Kunststoff-Endoprothese sowie für eine laparoskopische

<sup>69</sup> weitere Nachweise bei Martis/Winkhart-Martis, MDR 2017, 858, 861 ff.

<sup>70</sup> vgl. auch nachfolgend OLG Köln, Urteil vom 5. Oktober 2015 - I-5 U 2/15 - juris Rn. 45.

sche Entfernung der Gallenblase).

### **b) nicht allgemein anerkannte Behandlungsmethode, Verordnung eines noch nicht zugelassenen Medikaments**

#### **aa) Neulandmethode, Grenzen bei der Anwendung nicht allgemein anerkannter Behandlungsmethoden**

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>71</sup> sind bei der Anwendung einer nicht **allgemein anerkannten medizinischen Behandlungsmethode** zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten erhöhte Anforderungen an dessen Aufklärung zu stellen. Insbesondere sind dem Patienten nicht nur das Für und Wider dieser Methode zu erläutern. Er ist vielmehr auch darüber aufzuklären, dass der geplante Eingriff nicht oder noch nicht medizinischem Standard entspricht. Zudem ist dem Patienten unmissverständlich zu verdeutlichen, dass die neue Methode die Gefahr bislang unbekannter Risiken in sich birgt. Nur dann kann der Patient sorgfältig abwägen, ob er sich nach der herkömmlichen Methode mit bekannten Risiken behandeln lassen möchte oder nach der neuen Methode, die einerseits die ihm in Aussicht gestellten Vorteile mit sich bringen kann, deren Risiken aber andererseits noch nicht verlässlich einzuschätzen sind.

(1) Die Anwendung eines nicht allgemein anerkannten, den Korridor des medizinischen Standards verlassenden Behandlungskonzepts stellt nicht per se einen **Behandlungsfehler** dar.<sup>72</sup> Bei der Wahl der Be-

handlungsmethode, die primär eine medizinische Entscheidung ist, billigt die Rechtsprechung nämlich dem Arzt grundsätzlich einen weiten Beurteilungsspielraum zu. Dieser schließt ein, dass der Arzt bei der Wahl der Therapie nicht stets auf den jeweils sichersten therapeutischen Weg festgelegt ist und bei der Behandlung von der Erstlinientherapie (First-Line-Therapy) abweichen und eine sog. Neulandmethode anwenden kann.<sup>73</sup>

Allerdings darf er eine nicht allgemein anerkannte Behandlungsmethode nur einsetzen, wenn dies bei einer verantwortungsvollen medizinischen Abwägung zwischen den zu erwartenden Vorteilen und den abzusehenden oder zu vermutenden Nachteilen gerechtfertigt ist.<sup>74</sup> Höhere Belastungen oder Risiken für den Patienten müssen also in den Besonderheiten des konkreten Falles oder in einer günstigeren Heilungsprognose eine sachliche Rechtfertigung finden.<sup>75</sup> Sind diese von der Rechtsordnung gesetzten Grenzen nicht überschritten, kann jeder hinreichend aufgeklärte Patient eigenverantwortlich entscheiden, welchen Behandlungen er sich unterziehen will. An eine ordnungsgemäße Aufklärung sind in solchen Fallgestaltungen allerdings gesteigerte Anforderungen zu stellen.

(2) Aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten folgt zudem, dass bei dessen wirksamem Einverständnis jede nicht gegen die **guten Sitten verstößende Heilbehandlung** gerechtfertigt sein kann.<sup>76</sup> Selbst bei einem schonungslos und umfassend aufgeklärten und um die Tragweite seiner Entscheidung

<sup>71</sup> BGH, Urteil vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19 - MedR 2021, 897, näher besprochen bei Hagenloch, Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung zum Medizinrecht im Jahr 2021, DGZR 7/2022, unter II. 5.; BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18 - MedR 2020, 379, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05 - BGHZ 172, 1, juris Rn. 31; BGH, Urteil vom 13. Juni 2006 - VI ZR 323/04 - BGHZ 168, 103, juris Rn. 14.

<sup>72</sup> BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18 - MedR 2020, 379, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 30. Mai 2017 - VI ZR 203/16 - MDR 2018, 43, juris Rn. 6 f.; BGH, Urteil vom 22. Mai 2007 - VI ZR 35/06 - BGHZ 172, 254, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 13. Juni 2006 - VI ZR 323/04 - BGHZ 168, 103, juris Rn. 6

<sup>73</sup> vgl. BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18 - MedR 2020, 379, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 22. Mai 2007 - VI ZR 35/06 - BGHZ 172, 254, juris Rn. 13.

<sup>74</sup> vgl. BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18 - MedR 2020, 379, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 13. Juni 2006 - VI ZR 323/04 - BGHZ 168, 103, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05 - BGHZ 172, 1, juris Rn. 11 und Rn. 17 f.; BGH, Urteil vom 30. Mai 2017 - VI ZR 203/16 - MedR 2018, 43, juris Rn. 7.

<sup>75</sup> BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18 - MedR 2020, 379, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 22. Mai 2007 - VI ZR 35/06 - BGHZ 172, 254, juris Rn. 13.

<sup>76</sup> BGH, Urteil vom 29. Januar 1991 - VI ZR 206/90 - BGHZ 113, 297, juris Rn. 22.

wissenden Patienten findet dessen Selbstbestimmungsrecht jedoch seine Grenzen in der Sittenwidrigkeit seiner Einwilligung.

Die hierzu zur sog. Sterbehilfe entwickelten Kriterien<sup>77</sup> lassen sich auf ärztliche Heilbehandlungen nicht übertragen. Bei der Sterbehilfe erstrebt der Patient sein Ableben und willigt in dieses ein. Hier geht es hingegen darum, in welchem Umfang eine Rechtsordnung medizinische Behandlungen akzeptiert, die zwar ein hohes Risiko des Ablebens in sich tragen, aber sowohl vom Arzt als auch vom Patienten in der Hoffnung vorgenommen werden, dass dieser die Operation übersteht und eine gesundheitliche Besserung erfährt. Zu den Grenzen solcher lebensbedrohlichen ärztlichen Behandlungen gibt es in Deutschland keine höchstgerichtliche Entscheidung. Zumindest ist aber anerkannt, dass die in anderen Bereichen (etwa bei sadomasochistischen Praktiken oder konsensuellen Schlägereien) zur Sittenwidrigkeit einer Einwilligung in Körperverletzungen entwickelten Kriterien<sup>78</sup> bei medizinischen Behandlungen nicht gelten, da bei ihnen die Verfolgung eines anerkannter Zwecks im Vordergrund steht.<sup>79</sup>

Daraus leitet sich zum einen ab, dass eine medizinisch indizierte ärztliche Behandlung in aller Regel selbst dann nicht sittenwidrig ist, wenn sie lebensgefährlich oder erheblich risikobehaftet ist.<sup>80</sup> Zum anderen liegt in einer mit dem Ziel einer Lebenserhaltung erfolgten medizinischen Behandlung jedenfalls dann kein Verstoß gegen die guten Sitten, wenn sie zwar nicht anerkanntem Standard entspricht, aber trotz ih-

rer hohen Gefährlichkeit auf einer medizinischen Indikation beruht und eine Art „letzte Chance“ darstellt. Allerdings darf der Patient selbst mit seinem Einverständnis zu keinem medizinischen Experimentierfeld werden. An die Aufklärungspflicht sind bei derartigen hoch riskanten Operationen besonders strenge Anforderungen zu stellen; und zwar nicht nur hinsichtlich ihres Inhalts, sondern auch hinsichtlich der dem Patienten nach einer schonungslosen und umfassenden Aufklärung zu gewährenden Bedenkzeit (dazu unter II. 5. a) aa)).

### bb) nicht zugelassenes Medikament

Eine vergleichbare Thematik stellt sich bei der Verordnung eines noch nicht zugelassenen Medikaments.

Der Bundesgerichtshof<sup>81</sup> hatte über die Haftung eines Arztes zu entscheiden, der einem seit seiner Kindheit an Epilepsie leidenden Patienten ein in den USA entwickeltes neues Medikament verordnet hatte, das sich zum damaligen Zeitpunkt in der Phase III der klinischen Prüfung befand und in einigen europäischen Staaten, nicht aber in Deutschland, bereits zugelassen war. In Folge dieser Medikation erlitt der Patient nach seiner Behauptung eine irreparable Augenschädigung.

Unter Hinweis auf die soeben unter aa) dargelegten Grundsätze beim Einsatz einer noch nicht allgemein anerkannten Heilbehandlungsmethode führt der Bundesgerichtshof zunächst aus, dass es nicht von vornherein behandlungsfehlerhaft gewesen sei, ein noch nicht zugelassenes Medikament zu verordnen. Nach dem damaligen Kenntnisstand habe sich durch dieses Medikament die Zahl der epileptischen Anfälle deutlich reduziert; gefährliche Nebenwirkungen, vor allem Beeinträchtigungen des Sehvermögens, seien noch nicht bekannt gewesen. Eine verantwortungsbewusste medizinische Abwägung und ein Vergleich der zu erwartenden Vorteile dieser Methode und ihrer abzusehenden und zu vermutenden Nachteile habe es daher gerechtfertigt, zum Wohl des

<sup>77</sup> zur Sterbehilfe im Einzelnen: BGH, Beschluss vom 28. Juni 2022 - 6 StR 68/21 - NJW 2022, 3021 - juris Rn. 15 ff., besprochen bei Hagenloch, Neues zum Medizinrecht in Deutschland, DGZR 7/2022, unter II. 3.

<sup>78</sup> vgl. etwa: BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - 3 StR 233/14 - BGHSt 60, 166, juris Rn. 39 ff., für verabredete Schlägereien rivalisierender Gruppierungen; BGH, Urteil vom 26. Mai 2004 - 2 StR 505/03 - BGHSt 49, 166, juris Rn. 16 ff., für sadomasochistische Praktiken.

<sup>79</sup> BGH, Urteil vom 30. Januar 2019 - 2 StR 325/17 - BGHSt 64, 69, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 26. Mai 2004 - 2 StR 505/03 - BGHSt 49, 166, juris Rn. 19.

<sup>80</sup> BGH, Urteil vom 30. Januar 2019 - 2 StR 325/17 - BGHSt 64, 69, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 26. Mai 2004 - 2 StR 505/03 - BGHSt 49, 166, juris Rn. 19.

<sup>81</sup> BGH, Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05 - BGHZ 172, 1, juris Rn. 10 ff.

Patienten von der standardgemäßen Behandlung abzuweichen. Dem stehe auch nicht entgegen, dass das Medikament in Deutschland noch nicht zugelassen gewesen sei. Die Zulassung eines Medikaments löse lediglich eine Vermutung dafür aus, dass das Medikament in der konkreten Therapie verordnet werden könne. Ein individueller Heilversuch mit einem zulassungspflichtigen, aber noch nicht zugelassenen Medikament werde durch die gesetzlichen Regelungen über die Zulassung von Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz) nicht verboten.

In der Folge überträgt der Bundesgerichtshof die zur Aufklärungspflicht bei nicht standardgemäßen Methoden der Heilbehandlung entwickelten Prinzipien auf die Verordnung eines nicht zugelassenen, aber behandlungsfehlerfrei zu verordnenden Medikaments. Vor allem sei der Patient darüber zu unterrichten, dass das Medikament nicht nur keine Zulassung hat, sondern dass auch unbekannte Risiken nicht auszuschließen sind.<sup>82</sup> Nur dann könne der Patient sorgfältig abzuwägen, ob er sich nach der herkömmlichen Methode mit bekannten Risiken behandeln lassen möchte oder nach der neuen Methode unter besonderer Berücksichtigung der in Aussicht gestellten Vorteile und der noch nicht in jeder Hinsicht bekannten Gefahren.

### c) sonstige Medikationsfragen

Die dargelegten Grundsätze gelten auch für die Verordnung eines beim Patienten bislang nicht eingesetzten Medikaments; und zwar unabhängig davon, ob erstmals eine medikamentöse Behandlung eines Leidens erfolgt oder ob bei einem bereits behandelten Leiden ein Therapiewechsel vorgenommen wird. Daraus folgt, dass entsprechend den generell für medizinische Behandlungen maßgebenden Kriterien über die möglichen Nebenwirkungen eines Medikaments aufzuklären ist. Diese ärztliche Aufklärung tritt zu den Hinweisen in den Gebrauchsinformationen der Pharmahersteller hinzu, wird durch diese also nicht

entbehrlich.<sup>83</sup>

Die Aufklärung über die Risiken einer Medikation unterliegt den Rechtsgrundsätzen der Selbstbestimmungsaufklärung, nicht jenen der therapeutischen Information (dazu unter I. 3.). Es geht hierbei nämlich nicht um Hinweise für die richtige Einnahme des Medikaments, sondern um die Unterrichtung des Patienten über das Risiko der beabsichtigten Medikation.<sup>84</sup> Hiervon losgelöst ist zu beantworten, ob zusätzlich zu einer Selbstbestimmungsaufklärung auch eine therapeutische Information des Patienten geboten ist, etwa um sicherzustellen, dass der Patient Unverträglichkeiten kennt und beachtet, das Medikament sachgerecht einnimmt und seine Lebensführung auf die Medikation einrichtet, beispielsweise seine Trinkgewohnheiten ändert.

### aa) neue Medikation

Seit dem Inkrafttreten von § 630d BGB folgt die Aufklärungspflicht bei der Verordnung eines Medikaments daraus, dass diese eine medizinische Maßnahme ist; und zwar unabhängig davon, dass erst die durch den Patienten selbst erfolgende Einnahme des Medikaments gesundheitliche Wirkungen auslöst.<sup>85</sup> Für die frühere Rechtslage, die (mangels einer mit §§ 630d, 630e BGB vergleichbaren gesetzlichen Regelung) jener in Georgien entspricht, hat die Rechtsprechung die Aufklärungspflicht daraus abgeleitet, dass die Medikation mit aggressiven bzw. nicht ungefährlichen Arzneimitteln als ein ärztlicher Eingriff im weiteren Sinne anzusehen ist.<sup>86</sup>

<sup>82</sup> BGH, Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05 - BGHZ 172, 1, juris Rn. 32.

<sup>83</sup> BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 289/03 - BGHZ 162, 320, juris Rn. 14; K. Schmidt in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 17.

<sup>84</sup> OLG Frankfurt, Urteil vom 15. September 2015 - 8 U 115/12 - GesR 2016, 287, juris Rn. 69

<sup>85</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 20.

<sup>86</sup> BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 289/03 - BGHZ 162, 320, juris Rn. 15; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 17; im Ergebnis ebenso: BGH, Urteil vom 27. Oktober 1981 - VI ZR 69/80 - VersR 1982, 147, juris Rn. 14 ff.



Um diese ihn treffende Aufklärungspflicht sachgerecht erfüllen zu können, ist der Arzt gehalten, sich das erforderliche **pharmakologische Wissen** zu verschaffen (vgl. zum medizinischen Fachwissen unter II. 4. d)). Er muss also nicht nur um die therapeutischen Wirkungen des von ihm verordneten Medikaments sowie von dessen Risiken, von dessen Wechselwirkungen und von dessen Unverträglichkeiten wissen. Vielmehr hat er auch alternative Medikationen zu kennen, um den Patienten bei unterschiedlichen Chancen und Risiken über das Für und Wider der für die Behandlung in Betracht kommenden pharmazeutischen Wirkstoffe sachkundig unterrichten zu können.

So fordert der Bundesgerichtshof beispielsweise, dass ein Arzt, der einer an Dysmenorrhoe leidenden, ihm als Raucherin bekannten Patienten ein Antikonzeptionsmittel verordnet, auf das durch das Rauchen erhöhte Risiko von teils schwerwiegenden Folgen einer Gefäßveränderung hinweist. Im Hinblick auf die Schwere des Risikos genügt es nicht, darüber zu unterrichten, „dass Pille und Rauchen sich nicht vertragen“.<sup>87</sup> Vielmehr muss der Arzt nachdrücklich und konkret ansprechen, dass das Antikonzeptionsmittel in Verbindung mit dem Rauchen das erhebliche Risiko eines Herzinfarkts oder Schlaganfalls in sich birgt. Nur dann kann die Patientin ihr Selbstbestimmungsrecht ausüben und eigenverantwortlich darüber befinden, ob sie das Antikonzeptionsmittel einnehmen und das Rauchen einstellen, ob sie bei Fortsetzung des Rauchens auf die Einnahme des Antikonzeptionsmittels wegen des bestehenden Risikos verzichten oder die Gefahr eines Nebeneinanders von Rauchen und Antikonzeptionsmittel in Kauf nehmen will. Gerade wegen der bei Rauchern **in Betracht zu ziehenden Sucht** kann die Gabe des Medikaments nur bei einem eindringlichen Hinweis auf jene Gefahren verantwortet werden, die bei seiner Einnahme und gleichzeitigem Rauchen bestehen.<sup>88</sup> Ähnliches gilt bei Abhängigen von Alkohol und sonstigen Suchtmitteln.

Bei derartigen Aufklärungen über medikamentöse Neben- und Wechselwirkungen können sich Aspekte der Selbstbestimmungsaufklärung mit solchen der therapeutischen Information (dazu unter I. 3) überlappen. Entscheidend für die Abgrenzung ist, ob es darum geht, den Erfolg der Medikation zu sichern, im genannten Beispielsfall also die Dysmenorrhoe wirksam zu bekämpfen, oder darum, sonstige Risiken zu vermeiden, im genannten Beispielsfall also einen Herzinfarkt oder einen Schlaganfall zu verhindern. Beides kann aber auch zugleich vorliegen, so wohl im Beispielsfall, bei dem das Rauchen wohl einerseits eine Dysmenorrhoe begünstigt und damit die Wirkung der Medikation reduziert und andererseits in Verbindung mit dem Antikonzeptionsmittels ein spezifisches Risiko für einen Herzinfarkt oder einen Schlaganfall schafft.

#### **bb) Medikationswechsel**

Dieselben Grundsätze gelten, wenn sich ein Medikament für die Behandlung eines Patienten als ungeeignet erweist und der Arzt deshalb empfiehlt, es durch ein anderes Medikament zu ersetzen. Ist dessen Verabreichung für den Patienten mit dem Risiko erheblicher Nebenwirkungen verbunden ist, muss der Arzt über diese selbst dann aufklären, wenn der Einsatz des Medikaments an sich sachgerecht ist und das bisherige Medikament mit vergleichbaren, dem Patienten bekannten Risiken behaftet war.<sup>89</sup> Eine „Verrechnung“ im Sinne einer Gesamtbilanz zwischen den Risiken des bisherigen und den Risiken des neu verordneten Medikaments ist mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten unvereinbar.<sup>90</sup> Allenfalls kann dies bei der Frage von Belang sein, ob der Patient mit der Gabe des neuen Medikaments bei einer hinreichenden Aufklärung über dessen Nebenwirkungen einverstanden gewesen wäre (dazu unter II. 7. e)).

Die Aufklärung hat bei einem Medikationswechsel vor dem ersten Einsatz des neuen Medikaments zu

<sup>87</sup> BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 289/03 - BGHZ 162, 320, juris Rn. 17.

<sup>88</sup> BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 289/03 - BGHZ 162, 320, juris Rn. 17.

<sup>89</sup> BGH, Urteil vom 17. April 2007 - VI ZR 108/06 - MedR 2007, 718, juris Rn. 9 ff.

<sup>90</sup> im Ergebnis ebenso: BGH, Urteil vom 17. April 2007 - VI ZR 108/06 - MedR 2007, 718, juris Rn. 9 ff.

erfolgen, nicht erst nach einer ersten „erfolgreichen“ Erprobung, also nicht erst vor dem Übergang zu einer Dauermedikation. Dies gilt umso mehr, als ansonsten die mit einem einsetzenden Therapieerfolg verbundene Beschwerdelinderung den Blick auf die erheblichen Risiken der Medikation verstellen kann.<sup>91</sup>

### cc) allgemeine Kriterien bei Medikation/Gebrauchsinformation

Umfang und Inhalt der Aufklärungspflicht richten sich bei der Verordnung eines Medikaments nach den allgemeinen Kriterien, mithin insbesondere danach, ob das betreffende Risiko der Medikation spezifisch anhaftet und ob es bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belastet.<sup>92</sup> Ist letzteres der Fall, muss grundsätzlich selbst über äußerst seltene Nebenwirkungen aufgeklärt werden.<sup>93</sup> Auf der anderen Seite gelten für die Verordnung von Medikamenten die unter II. 4. a) bereits dargelegten Grundsätze zum Vorrang der ärztlichen Wahl der Therapie. Von einem Arzt kann deshalb nicht verlangt werden, dass er mit dem Patienten das Für und Wider sämtlicher für die Behandlung fachlich grundsätzlich in Betracht kommender pharmazeutischer Produkte, gegebenenfalls noch in ihren Kombinationsmöglichkeiten, bespricht.<sup>94</sup> Kommt jedoch der Einsatz verschiedener Wirkstoffe mit unterschiedlichen Chancen und Risiken in Betracht, müssen diese Handlungsalternativen aufgezeigt werden

Von seiner Aufklärungspflicht wird der Arzt nicht durch die den Medikamenten beigelegten Beipackzettel (**Gebrauchsinformationen**) entbunden.<sup>95</sup> Dies

folgt seit dem Inkrafttreten von § 630e BGB bereits unmittelbar daraus, dass nach § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB die Aufklärung mündlich zu erfolgen hat. Aber auch für die Rechtslage vor Inkrafttreten von § 630e BGB, die jener in Georgien entspricht, war nahezu einhellige Auffassung, dass diese Gebrauchsinformationen die mündliche Aufklärung durch den Arzt nur ergänzen, nicht aber ersetzen.<sup>96</sup>

Ähnlich wie die schriftlichen Aufklärungsbogen (dazu unter II. 5. b) cc)) dienen diese Gebrauchsinformationen vorrangig der vertieften Unterrichtung und - durch die Möglichkeit des ständigen Nachlesens - der permanenten mentalen Präsenz der Risiken. Sie machen aber das mündliche Aufklärungsgespräch durch den behandelnden Arzt nicht hinfällig. Dies gilt umso mehr, als der Patient die Gebrauchsinformationen in aller Regel erst nach der Verordnung und dem Erwerb des Medikaments zu Gesicht bekommt. Hält er aber das Medikament bereits in Händen, ist die Hemmschwelle für Rückfragen beim behandelnden Arzt deutlich erhöht; bei einem akuten Behandlungsbedarf scheidet sie sogar schon aus Zeitgründen meist aus.

### d) Keine Haftung bei nicht oder im Fachbereich des Behandlers nicht bekannten Risiken

War ein Risiko im Zeitpunkt der Behandlung noch nicht bekannt, besteht keine Haftung wegen einer Verletzung der Aufklärungspflicht.<sup>97</sup> Dies folgt daraus, dass eine Schadenersatzpflicht sowohl vertraglich als auch deliktisch ein Verschulden erfordert.<sup>98</sup>

Derartige Konstellationen kommen aber nur ausnahmsweise in Betracht, da jeder Arzt selbstverständ-

<sup>91</sup> BGH, Urteil vom 17. April 2007 - VI ZR 108/06 - MedR 2007, 718, juris Rn. 14

<sup>92</sup> BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 289/03 - BGHZ 162, 320, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 17. April 2007 - VI ZR 108/06 - MedR 2007, 718, juris Rn. 10.

<sup>93</sup> BGH, Urteil vom 17. April 2007 - VI ZR 108/06 - MedR 2007, 718, juris Rn. 10.

<sup>94</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 20. Januar 2016 - 5 U 1175/12 - ArztR 2017, 95, juris Rn. 52; OLG München, Beschluss vom 09. Februar 2010 - 1 U 4095/09 - juris Rn. 14.

<sup>95</sup> BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 289/03 - BGHZ 162, 320, juris Rn. 16; OLG Dresden, Urteil vom 15. Mai 2018 - 4 U 248/16 - MedR 2018, 971, juris Rn. 27; K. Schmidt in:

Herberger/Martinek/ Rießmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 17; Graf/Johannes/Laforge, VersR 2021, 939, 940.

<sup>96</sup> vgl. BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 289/03 - BGHZ 162, 320, juris Rn. 16; OLG Oldenburg, Urteil vom 20. Januar 1984 - 6 U 178/79 - VersR 1986, 69; OLG Frankfurt, Urteil vom 15. September 2015 - 8 U 115/12 - GesR 2016, 287, juris Rn. 69.

<sup>97</sup> BGH, Beschluss vom 29. Mai 2018 - VI ZR 370/17 - VersR 2018, 1001, juris Rn. 12.

<sup>98</sup> Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 118; allgemeine Meinung.

lich die für sein Fachgebiet notwendigen Kenntnisse haben und sich über Fortschritte in der Heilkunde und über neue Erkenntnisse zu unterrichten hat.<sup>99</sup> Ein Verschulden wird daher in aller Regel nur zu verneinen sein, wenn ein Risiko im Zeitpunkt der Behandlung nur in anderen Spezialgebieten der medizinischen Wissenschaft, aber nicht im Fachgebiet des Arztes, diskutiert wurde.<sup>100</sup> Behandelt ein Arzt allerdings eine außerhalb seines Fachgebiets liegende Erkrankung, hat er über das für dieses Fachgebiet notwendige Wissen zu verfügen; ggf. muss er sich dieses durch eine Konsultation mit einem Arzt des Fachgebiets oder durch ein Studium der Fachliteratur verschaffen.<sup>101</sup>

### e) Angaben zur Häufigkeit eines Risikos

Wie bereits dargelegt (unter II. 3. b)) genügt für eine ordnungsgemäße Aufklärung des Patienten, wenn er "im Großen und Ganzen" über die Chancen und die Risiken der Behandlung unterrichtet wird und ihm dadurch eine allgemeine Vorstellung von dem Ausmaß der mit dem Eingriff verbundenen Gefahren vermittelt wird, ohne diese zu beschönigen oder zu dramatisieren.<sup>102</sup>

Dabei ist es nicht erforderlich, das Risiko medizinisch exakt zu beschreiben oder dem Patienten genaue oder annähernd genaue Prozentzahlen über die Möglichkeit der Verwirklichung eines Behandlungsrisikos mitzuteilen. Erweckt der aufklärende Arzt beim Patienten aber durch eine unzutreffende Darstellung

der Risikohöhe eine falsche Vorstellung über das Ausmaß der mit der Behandlung verbundenen Gefahr und verharmlost er dadurch ein verhältnismäßig häufig auftretendes Operationsrisiko, so kommt er seiner Aufklärungspflicht nicht in ausreichendem Maße nach.<sup>103</sup>

Im Zusammenhang mit der Behandlung eines an einer Arthrose des Kniegelenks (medialer Gonarthrose) leidenden Patienten hatte sich der Bundesgerichtshof mit der Frage zu befassen, ob die mit der Einbringung einer Knieprothese verbundenen Risiken im Aufklärungsbogen insoweit hinreichend beschrieben waren, als auf eine im Laufe der Zeit „gelegentlich“ auftretende Lockerung hingewiesen wurde. Konkret ging es vor allem darum, ob für die quantitative Beschreibung dieses Lockerungsrisikos, das nach den Feststellungen des Berufungsgerichts knapp 9 % betrug, die Formulierung „gelegentlich“ verharmlosend war. Dies wäre der Fall gewesen, wenn für die ärztliche Aufklärung die für die Gebrauchsinformationen von Medikamenten gebräuchlichen Häufigkeitsdefinitionen des Medical Dictionary for Regulatory Activities (MedDRA®)<sup>104</sup> entscheidend wären. Nach diesen wird nämlich mit dem Begriff „gelegentlich“<sup>105</sup> ein Risiko von 0,1 % bis 1 % beschrieben.

Diese Frage hat der Bundesgerichtshof dahin beantwortet, dass für das allgemeine sprachliche Verständnis einer ärztlichen Aufklärung nicht die für Gebrauchsinformationen von Medikamenten üblichen Definitionen der MedDRA® maßgeblich seien.<sup>106</sup> Sinn und Zweck der Aufklärungspflicht des Arztes sei, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu sichern, indem ihm eine zutreffende Vorstellung davon vermittelt werde, worauf er sich einlässt, wenn er der vorgesehenen Behandlung zustimmt.<sup>107</sup> Dementspre-

<sup>99</sup> BGH, Urteil vom 29. Januar 1991 - VI ZR 206/90 - BGHZ 113, 297, juris Rn. 25; BGH, Urteil vom 17. Dezember 1991 - VI ZR 40/91 - BGHZ 116, 379, juris Rn. 14.

<sup>100</sup> BGH, Beschluss vom 29. Mai 2018 - VI ZR 370/17 - VersR 2018, 1001, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 19. Oktober 2010 - VI ZR 241/09 - VersR 2011, 223, juris Rn. 8; BGH, Beschluss vom 16. Juni 2015 - VI ZR 332/14 - VersR 2015, 1293, juris Rn. 13.

<sup>101</sup> BGH, Urteil vom 27. Oktober 1981 - VI ZR 69/80 - VersR 1982, 147, juris Rn. 20).

<sup>102</sup> BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 117/18 - MedR 2020, 128 - juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - NJW 2015, 74, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 7. November 2006 - VI ZR 206/05 - BGHZ 169, 364, juris Rn. 7.

<sup>103</sup> BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 117/18 - MedR 2020, 128 - juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - NJW 1992, 2351, juris Rn. 19; vgl. auch unter II. 3. b).

<sup>104</sup> englisch-sprachige Fassung: <https://www.meddra.org/how-to-use/support-documentation/english/welcome>.

<sup>105</sup> in der englischen Fachsprache heißt es „uncommon“ oder „infrequent“.

<sup>106</sup> BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 117/18 - MedR 2020, 128, juris Rn. 17 f.

<sup>107</sup> vgl. BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 131/02 - NJW

chend müsse - wie unter II. 5. b) und c) noch näher ausgeführt wird - die Aufklärung für den Patienten sprachlich und inhaltlich verständlich sein (vgl. § 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB) und auf seine individuelle Verständnismöglichkeit ausgerichtet werden.<sup>108</sup> Für das Verständnis der Patienten vom Begriff „gelegentlich“ sei aber im Regelfall der allgemeine Sprachgebrauch maßgeblich, nicht die ihnen meist unbekannte Definition der MedDRA®, mit der die Patienten allenfalls mittelbar über die Gebrauchsinformationen von Medikamenten in Berührung kämen. Zudem orientiere sich auch die ärztliche Praxis in Deutschland nicht an den Vorgaben der MedDRA®, sondern am allgemeinen Sprachgebrauch. Nach diesem sei aber - wie der Bundesgerichtshof im Einzelnen begründet - eine Wahrscheinlichkeit von 10% als „gelegentlich“ zu verstehen.

#### **f) Aufklärungspflicht bei geringer oder fehlender medizinischer Indikation sowie gegenüber dem Spender von Blut oder eines Organs**

Wie bereits ausgeführt (unter II. 3. b)), steht die Intensität der Aufklärungspflicht in einer Wechselwirkung mit der Notwendigkeit und der Dringlichkeit der Behandlung sowie mit deren Erfolgchancen einerseits sowie mit der Schwere, der Dauer und der Wahrscheinlichkeit eines sich verwirklichenden Risikos andererseits. Daher werden bei einer fremdnützigen Blutspende<sup>109</sup> und bei einer medizinisch nicht indizierten kosmetischen Operation<sup>110</sup> an eine vollständige Aufklärung besonders hohe Anforderungen gestellt, insbesondere auch in Bezug auf Risiken mit sehr geringer statistischer Wahrscheinlichkeit oder mit eher moderaten Folgen.

##### **aa) kosmetische Eingriffe**

Bei kosmetischen Eingriffen ist ein Patient nach ständiger Rechtsprechung umso ausführlicher und

eindrücklicher über die Erfolgsaussichten und über etwaige schädliche Folgen der Maßnahme zu informieren ist, je weniger diese medizinisch geboten ist. Dies betrifft insbesondere kosmetische Behandlungen, die vorrangig oder ausschließlich einem psychischen oder rein ästhetischen Bedürfnis dienen.<sup>111</sup> Die Anforderungen an die Aufklärung sind in solchen Fällen sehr streng.

Der Patient muss auf der einen Seite darüber unterrichtet werden, welche Verbesserungen er günstigenfalls erwarten kann. Auf der anderen Seite müssen ihm die Risiken deutlich bewusst gemacht werden. Nur wenn beides geschieht, kann er sachgerecht abwägen, ob er einen etwaigen Misserfolg der kosmetischen Operation oder sogar gesundheitliche Beeinträchtigungen in Kauf nehmen will, selbst wenn diese auch nur entfernt in Betracht kommen.<sup>112</sup> Diese Risiken sind ihm „mit allen Konsequenzen“<sup>113</sup> bzw. „schonungslos“<sup>114</sup> oder „in aller Deutlichkeit“<sup>115</sup> vor Augen zu führen.

##### **bb) Blut- und Organ Spenden**

Diese Grundsätze gelten erst recht bei einer **Blutspende**, die dem Spender keine eigenen gesundheitlichen Vorteile bringt, sondern allein zugunsten der Allgemeinheit erfolgt.<sup>116</sup> Gerade bei einem solchen altruistischen Handeln liegt eine besondere Verantwortung des Arztes darin, dem Spender die Risiken bewusst zu machen. Nur wenn er voll informiert ist,

<sup>111</sup> BGH, Urteil vom 6. November 1990 - VI ZR 8/90 - NJW 1991, 2349, Rn. 11; BGH, Urteil vom 16. November 1971 - VI ZR 76/70 - NJW 1972, 335, juris Rn. 19 ff.; OLG Dresden, Beschluss vom 8. Oktober 2019 - 4 U 1052/19 - NJW-RR 2020, 149, juris Rn. 8; OLG Hamm, Urteil vom 13. Mai 2016 - I-26 U 187/15 - juris Rn. 31.

<sup>112</sup> BGH, Urteil vom 6. November 1990 - VI ZR 8/90 - NJW 1991, 2349, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 16. November 1971 - VI ZR 76/70 - NJW 1972, 335, juris Rn. 19 ff.

<sup>113</sup> so: BGH, Urteil vom 6. November 1990 - VI ZR 8/90 - NJW 1991, 2349, Rn. 11.

<sup>114</sup> so: OLG Dresden, Beschluss vom 8. Oktober 2019 - 4 U 1052/19 - NJW-RR 2020, 149, juris Rn. 8.

<sup>115</sup> so: OLG Hamm, Urteil vom 13. Mai 2016 - I-26 U 187/15 - juris Rn. 31.

<sup>116</sup> BGH, Urteil vom 14. März 2006 - VI ZR 279/04 - BGHZ 166, 336, juris Rn. 9.

2003, 2012, juris Rn. 18 ff.

<sup>108</sup> vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 10.

<sup>109</sup> dazu BGH, Urteil vom 14. März 2006 - VI ZR 279/04 - BGHZ 166, 336, juris Rn. 7 ff.

<sup>110</sup> dazu: BGH, Urteil vom 6. November 1990 - VI ZR 8/90 - NJW 1991, 2349, Rn. 11.

kann er darüber befinden, ob er zum Wohle der Allgemeinheit bereit ist, das - wenn auch seltene - Risiko bleibender Schäden für seine Gesundheit auf sich zu nehmen.<sup>117</sup> Dieses besondere Gewicht der Aufklärung hat auch darin Niederlage gefunden, dass der deutsche Gesetzgeber in § 6 des Gesetzes zur Regelung des Transfusionswesens<sup>118</sup> die Aufklärungspflicht ausdrücklich verankert hat.

Gesonderte gesetzliche Regelungen bestehen in Deutschland hinsichtlich der Art und des Umfangs der Aufklärung eines **Lebendorganspenders** (Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben).<sup>119</sup> Nach § 8 dieses Gesetzes sind nicht nur an die inhaltliche Aufklärung bei der Spende von Lebendorganen besonders hohe Anforderungen zu stellen, sondern auch zusätzliche Absicherungen notwendig, wie die Beiziehung eines weiteren Arztes und eine gesonderte gutachterliche Stellungnahme durch eine Kommission.<sup>120</sup> Durch diese besonders hohen verfahrensrechtlichen Standards soll gewährleistet werden, dass der Lebendorganspender seine Entscheidung in vollem Bewusstsein um ihre Tragweite freiwillig trifft und dass ein verbotener Organhandel verhindert wird.

### cc) diagnostische Eingriffe

In gleicher Weise sind bei diagnostischen Eingriffen ohne therapeutischen Eigenwert grundsätzlich strenge Anforderungen an die Aufklärung des Patienten über die damit verbundenen Risiken zu stellen.<sup>121</sup>

<sup>117</sup> BGH, Urteil vom 14. März 2006 - VI ZR 279/04 - BGHZ 166, 336, juris Rn. 9.

<sup>118</sup> Transfusionsgesetz  
<https://www.gesetze-im-internet.de/tfg/TFG.pdf>.

<sup>119</sup> Transplantationsgesetz (TPG); <https://www.gesetze-im-internet.de/tpg/>; Übersetzung in englischer Sprache bei: <https://www.global-regulation.com/translation/germany/393029/law-governing-the-transfusion-system.html>).

<sup>120</sup> deutsch-sprachige Zusammenfassung bei: <https://www.organspende-info.de/gesetzliche-grundlagen/gesetze-und-richtlinien/>; englisch-sprachige Zusammenfassung bei: <https://www.drze.de/in-focus/organ-transplantation/legal-aspects>).

<sup>121</sup> BGH, Urteil vom 18. November 2008 - VI ZR 198/07 - MedR 2010, 181, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 15. Mai 1979 - VI ZR 70/77 - VersR 1979, 720, juris Rn. 21.

Bei ihnen bedarf es einer besonders sorgfältigen Abwägung zwischen der diagnostischen Aussagekraft, der Notwendigkeit der Abklärung und den besonderen Risiken für den Patienten.<sup>122</sup>

### g) Operationserweiterungen

Bei chirurgischen Eingriffen, bei denen der Arzt bereits im Voraus die ernsthafte Möglichkeit einer **Operationserweiterung** oder des Wechsels in eine Operationsmethode mit anderen Chancen und Risiken in Betracht ziehen muss, ist der Patient vor dem Eingriff über die möglichen Verläufe der Operation aufzuklären.<sup>123</sup> Umgekehrt ist vor der Operation auch über die Notwendigkeit ihres Abbruchs zu informieren, wenn bereits im Voraus greifbare Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich im Operationsverlauf eine Situation ergeben kann, die eine Fortsetzung des Eingriffs sinnlos oder nicht mehr verantwortbar erscheinen lässt.<sup>124</sup> Nur dann kann der Patient verantwortungsvoll entscheiden, ob er sich den Belastungen und Risiken einer Operation aussetzen will, die möglicherweise abgebrochen werden muss.

#### aa) mutmaßliche Einwilligung in Operationserweiterungen

(1) Ist im Vorfeld einer Operation mit dem Patienten eine ernsthaft in Betracht zu ziehende Erweiterung oder Änderung des Eingriffs nicht abgesprochen worden, können Abweichungen von dem abgesprochenen Operationsplan durch die Grundsätze der mutmaßlichen Einwilligung (dazu näher unter II. 7. b) aa)) nicht ohne Weiteres gerechtfertigt werden.<sup>125</sup>

<sup>122</sup> BGH, Urteil vom 18. November 2008 - VI ZR 198/07 - MedR 2010, 181, juris Rn. 13.

<sup>123</sup> BGH, Urteil vom 16. Februar 1993 - VI ZR 300/91 - MedR 1993, 388, juris Rn. 21; BGH, Urteil vom 13. Dezember 1988 - VI ZR 22/88 - MedR 1989, 143, juris Rn. 13; OLG Köln, Urteil vom 9. März 2016 - I-5 U 36/15 - VersR 2017, 621, juris Rn. 14; OLG Köln, Urteil vom 11. Januar 2017 - U 46/16 - juris Rn. 14.

<sup>124</sup> OLG Frankfurt, Urteil vom 29. November 2016 - 8 U 143/13, juris Rn. 75.

<sup>125</sup> vgl. zu dieser Problemlage umfassend Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 248 ff.; zur mutmaßlichen Einwilligung allgemein unter II.7. b).

Eine bei derartigen Sachlagen im präoperativen Stadium erfolgte Verletzung der Aufklärungspflicht hindert allerdings nicht von vornherein, intraoperativ die Grundsätze der mutmaßlichen Einwilligung anzuwenden. Entscheidend ist im Ausgangspunkt allein, ob deren Voraussetzungen in dem Augenblick gegeben sind, in dem der Arzt vor der Frage steht, ob er den Eingriff erweitern oder die Operationsmethode umstellen soll, obwohl ein solches Vorgehen von der ursprünglich erteilten Einwilligung nicht mehr gedeckt ist.<sup>126</sup> Es ist also auf den ärztlichen Entscheidungskonflikt im **Zeitpunkt des intraoperativ veränderten Befundes** abzustellen.

Die präoperativ erfolgte Verletzung des Selbstbestimmungsrechts schließt zwar in einer solchen Sachlage nicht aus, eine mutmaßliche Einwilligung anzunehmen. Hierbei ist aber eine gewisse Zurückhaltung geboten. Die Rechtsprechung wählt daher einen Mittelweg, um einerseits das Selbstbestimmungsrecht nicht weiter als unvermeidbar zusätzlich zu beeinträchtigen, andererseits aber auch nicht die Augen davor zu verschließen, dass es der Gesundheit des Patienten nicht dienlich wäre, wenn jeder Eingriff bei einer intraoperativ geänderten Befundlage abgebrochen werden müsste, um den Patienten zunächst aufzuklären:

Im Ausgangspunkt wird von der Rechtsprechung gefordert, dass ein Arzt, der vor der Operation Hinweise auf eine möglicherweise notwendig werdende Operationserweiterung unterlassen hat, die Operation beendet, soweit dies möglich und medizinisch verantwortbar ist.<sup>127</sup> Unvermeidbare Konsequenz dessen ist, dass sich der Patient dann ggf. zwei gesonderten Operationen unterziehen muss, obwohl - wäre er von vornherein sachgerecht aufgeklärt worden und hätte er der Operationserweiterung zugestimmt - ein einziger Eingriff genügt hätte. Wegen der für den Patienten damit verbundenen zusätzlichen Belastungen überlagert die Rechtsprechung das mehr

chirurgisch-operative Kriterium der „**medizinischen Verantwortbarkeit**“ eines Operationsabbruchs mit Aspekten der **mutmaßlichen Einwilligung** des Patienten und mit dessen erkennbaren gesundheitlichen Belangen.

Tendenziell wird von einer mutmaßlichen Einwilligung ausgegangen, wenn zum einen die Erweiterung der Operation bzw. die Änderung der Operationsmethode im Verhältnis zur Schwere des gesamten Eingriffs eher moderat sind und wenn zum anderen die zusätzlichen Risiken und Belastungen hinter denen der Nichtvornahme oder eines erneuten Eingriffs spürbar zurücktreten.<sup>128</sup> Hat nämlich ein Patient zuvor nach ordnungsgemäßer Aufklärung in eine Operation mit größerer Schwere und spürbar höherem Risiko eingewilligt hat, liegt sehr nahe, dass er bei vollständiger Aufklärung über eine etwa notwendig werdende Erweiterung der Operation in diese eingewilligt hätte, sofern diese aus medizinischer Sicht geboten oder dringend indiziert ist. Solches gilt jedenfalls dann, wenn die Erweiterung der Operation am eigentlichen Ziel der Operation, also der Beseitigung oder Linderung bestimmter Symptome, nichts ändert, sondern nur Folge einer intraoperativ veränderten Befundlage ist. In der Operationserweiterung liegt dann eine Anpassung des Eingriffs an die neue, erst durch den Operationsverlauf gewonnene Diagnose, mit welcher der Patient mutmaßlich einverstanden ist, soweit sich am Charakter der Operation nichts Wesentliches ändert, insbesondere nicht an deren Schwere und Risiken.

Dies wurde beispielsweise für eine sich als medizinisch erforderlich erweisende Anlage eines Zentralvenenkatheters im Rahmen einer Blinddarmoperation bejaht.<sup>129</sup> In einer anderen Entscheidung hat es der Bundesgerichtshof als medizinisch schwerlich verantwortlich bezeichnet, einen operativen Eingriff nach Eröffnung der Scheidenwand allein deshalb abzubrechen und die Patientin neu aufzuklären, weil deren Beschwerden nicht, wie vermutet und aufgeklärt, auf

<sup>126</sup> aus strafrechtlicher Sicht: BGH, Beschluss vom 25. März 1988 - 2 StR 93/88 - BGHSt 35, 246, juris Rn. 8.

<sup>127</sup> BGH, Urteil vom 16. Februar 1993 - VI ZR 300/91 - MedR 1993, 388, juris Rn. 21; OLG Köln, Beschluss vom 1. Juni 2015 - I-5 U 18/15 - juris Rn. 11.

<sup>128</sup> vgl. Rehborn/Gescher in: Erman BGB, 16. Auflage, § 630d Rn. 26.

<sup>129</sup> OLG Hamm, Urteil vom 17. September 2001 - 3 U 58/01 - juris Rn. 46.

einen Abszess, sondern auf ein Divertikel zurückzuführen waren.<sup>130</sup> Der Bundesgerichtshof hat in dieser Entscheidung den Arzt zwar für berechtigt gehalten, den Eingriff fortzusetzen, gleichzeitig aber betont, dass eine Verletzung der Aufklärungspflicht vorgelegen hätte, wenn (was weiterer Feststellungen durch das Berufungsgericht bedurfte) der Arzt von vornherein ernsthaft hätte in Betracht ziehen müssen, dass er nach Eröffnung der Scheidenwand statt auf einen Abszess auf ein Divertikel stoßen könne.<sup>131</sup>

(2) Tritt während einer Operation ein Befund zu Tage, der vor Operationsbeginn nicht ernsthaft in Betracht zu ziehen war, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der mutmaßlichen Einwilligung, ob die Operation abzubrechen ist oder grundsätzlich fortgeführt werden darf. Insoweit gelten die soeben unter (1) dargelegten Grundsätze sinngemäß.

Da es bei derartigen Fallgestaltungen präoperativ zu keiner Verletzung des Selbstbestimmungsrechts der Patienten gekommen ist, sind die Anforderungen an eine mutmaßliche Einwilligung des Patienten jedoch etwas geringer und dürfen damit Operationserweiterungen etwas „großzügiger“ vorgenommen werden. Allerdings bildet stets die äußere Grenze, dass sich am eigentlichen Ziel der Operation nichts ändert, sondern nur - innerhalb gewissen Schranken - der Eingriff einer intraoperativ veränderten Befundlage angepasst wird. Die Schwere und Risiken sowie der Charakter der Operation müssen also im Wesentlichen gleichbleiben.

Ein ähnliches Vorgehen ist geboten, wenn sich intraoperativ erweist, dass das **Operationsrisiko** größer ist als präoperativ angenommen. Der Arzt muss dann den Eingriff abbrechen, wenn er für seinen Fortgang mangels entsprechender Aufklärung über die gesteigerten Risiken keine wirksame Einwilligung des Patienten hat und der Abbruch zum Zweck der Einholung einer zusätzlichen Einwilligung aus medizinischer

Sicht vertretbar ist.<sup>132</sup>

(3) Mit aller Zurückhaltung sei zu der gesamten Thematik ergänzend angemerkt, dass das Operationsteam bei einer intraoperativ veränderten Befundlage in Sekunden oder Minuten weitreichende Entscheidungen zu treffen hat, für deren filigranen Analyse gerichtliche Sachverständige, Richter und Rechtsanwälte ohne äußeren Stress jene Zeit aufwenden können, die sie benötigen, um alle Aspekte gegeneinander abzuwägen zu können. Dies mag Anlass geben, im Einzelfall ein ärztliches Verschulden zumindest dann zu verneinen, wenn die getroffene Entscheidung zwar rückblickend betrachtet, nicht ohne jeden Zweifel gewesen sein mag, in der konkreten Konfliktslage und unter dem zeitlichen Entscheidungsdruck aber doch vertretbar war.

#### **bb) mutmaßliche Einwilligung in Änderung des Entbindungsverfahrens**

Besonderheiten sind insoweit bei alternativ in Betracht kommenden **Entbindungsverfahren** (dazu unter II. 4. a)) zu beachten, da bei diesen von vornherein ein Abbruch der Behandlung und deren spätere Fortsetzung ausscheidet.

Erweist sich während einer Entbindung ein Abweichen vom geplanten Vorgehen als notwendig oder zumindest medizinisch erwägenswert bzw. sinnvoll, muss in einer mehr oder weniger kritischen Phase sofort eine Entscheidung, für die eine und gegen die andere Art der Entbindung getroffen werden. Der geburtsleitende Arzt muss daher in noch stärkerem Maße als ein Chirurg bei chirurgischen Eingriffen die Patientin vor Beginn des Geburtsvorgangs über ernsthaft in Betracht kommende Verläufe aufklären und vorsorglich deren Einwilligung einholen.<sup>133</sup> Allerdings geht diese vorsorgliche Aufklärungspflicht hinsichtlich der in Betracht kommenden Geburtsverläufe nicht so weit, dass mit einer Schwangeren im Voraus generell

<sup>130</sup> BGH, Urteil vom 17. September 1985 - VI ZR 12/84 - VersR 1985, 1187, juris Rn. 17 ff.

<sup>131</sup> BGH, Urteil vom 17. September 1985 - VI ZR 12/84 - VersR 1985, 1187, juris Rn. 21.

<sup>132</sup> BGH, Urteil vom 2. November 1976 - VI ZR 134/75 - NJW 1977, 337, juris Rn. 10 ff.: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 249.

<sup>133</sup> BGH, Urteil vom 16. Februar 1993 - VI ZR 300/91 - MedR 1993, 388, juris Rn. 21.

über das Vorgehen bei einer sich als medizinisch sinnvoll erweisenden Periduralanästhesie (PDA) zu erörtern wäre. Dies ist nur erforderlich, wenn die werdende Mutter zu erkennen gibt, dass sie sich für medizinischen Themen besonders interessiert oder wenn vorhersehbare Risiken dazu Anlass geben.<sup>134</sup> Wegen der Voraussetzungen für eine Aufklärung über eine in Betracht zu ziehende sectio wird auf die Ausführungen unter II. 4. a) aa) Bezug genommen.

#### **h) keine Aufklärung über Risiken eines Behandlungsfehlers**

Ein Arzt ist nicht verpflichtet, den Patienten über Risiken aufzuklären, die nur durch eine fehlerhafte medizinische Behandlung entstehen können.<sup>135</sup> Hierfür besteht kein Anlass, da eine Einwilligung einen fehlerhaften Eingriff nicht zu rechtfertigen vermag.<sup>136</sup>

Dies hindert jedoch nicht, in gerichtlichen Entscheidungen eine Haftung alternativ zu begründen, sofern durch eine medizinische Behandlung ein Schadensereignis eintritt, das entweder durch einen Behandlungsfehler ausgelöst wurde oder aber - falls ein Behandlungsfehler nicht vorliegen sollte - Folge eines dann aufklärungsbedürftigen Risikos wäre. Bei derartigen Falllagen bedarf es also keiner gerichtlichen oder anwaltlichen Festlegung dazu, ob letztendlich die Haftung auf der Verletzung einer Behandlungspflicht oder auf der Verletzung einer Aufklärungspflicht beruht.

#### **i) Beispiel: Hinweis auf Lähmungen; Aufklärung bei Impfungen**

Zur Veranschaulichung dieser dargelegten Grundsätze soll exemplarisch aufgezeigt werden, wie ein Pa-

tient nach der deutschen Rechtsprechung über Impfungen und über Lähmungsrisiken aufzuklären ist.

In einer älteren Entscheidung hat der Bundesgerichtshof zu der (bis zum Jahr 1998 in Deutschland durchgeführten) Schluckimpfung gegen Polio den Hinweis darauf als hinreichend erachtet, dass „extrem selten Lähmungen (1 Fall auf 5 Millionen Impfungen)“ auftreten, und zwar unabhängig davon, ob das Risiko - wie in dem Rechtsstreit umstritten war - ungefähr 1 : 5.000.000 oder ungefähr 1 : 750.000 betragen hat. Die rechnerisch exakte Quote hat der Bundesgerichtshof für unerheblich erachtet, da für eine Aufklärungspflicht nicht der präzise statistische Wert maßgeblich ist, sondern vor allem, ob das betreffende Risiko dem Eingriff spezifisch anhaftet und bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belastet.<sup>137</sup> Der Impfling muss sich deshalb der Freiwilligkeit der Impfung bewusst sein und beurteilen können, ob er die mit der Impfung verbundenen Gefahren auf sich nehmen will. Das setzt selbst die Kenntnis solcher Gefahren voraus, die sich - wie Lähmungen in Folge einer Polioimpfung - äußerst selten verwirklichen, aber die Lebensführung erheblich beeinträchtigen. Hieran ändert auch nichts, dass bei öffentlich empfohlenen Impfungen eine Grundimmunisierung der Gesamtbevölkerung eine epidemische Verbreitung der Krankheit verhindert. Auch bei freiwilligen Impfungen hängt die Intensität der Aufklärungspflicht deshalb allein von den bereits dargelegten allgemeinen Kriterien, also auch vom Maß der medizinischen Indikation (dem individuellen Nutzen für den Impfling), ab und nicht von dem öffentlichen Interesse an einer Grundimmunisierung der gesamten Bevölkerung.

Der demnach gebotenen Aufklärung bei einer Polioimpfung war jedoch aus Sicht des Bundesgerichtshofs mit dem allgemeinen Hinweis auf „Lähmungen“, mithin auf die äußere Erscheinungsform der beim Patienten eintretenden Belastung, genügt. Eine Erläuterung der für dieses Risikos in Betracht kommenden

<sup>134</sup> Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 6. Februar 2014 - 1 U 45/13 - GesR 2015, 99, juris Rn. 14.

<sup>135</sup> BGH, Urteil vom 19. März 1985 - VI ZR 227/83 - NJW 1985, 2193, juris Rn. 7; BGH, Urteil vom 3. Dezember 1991 - VI ZR 48/91 - MedR 1992, 156, juris Rn. 25; OLG München, Urteil vom 25. April 1996 - 24 U 742/95 - VersR 1997, 1281, juris Rn. 25; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 48.

<sup>136</sup> OLG München, Urteil vom 25. April 1996 - 24 U 742/95 - VersR 1997, 1281, juris Rn. 25; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 48.

<sup>137</sup> BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, juris Rn. 13; siehe weitere Nachweise in dem unter II. 3. b) auszugsweise zitierten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 10.



medizinischen Ursachen und Zusammenhänge fordert der Bundesgerichtshof hingegen nicht.<sup>138</sup> Der erteilte Hinweis erfasse daher in hinreichender Weise sowohl Lähmungen in Folge einer durch die Verabreichung von Lebendviren verursachten Kinderlähmung (sog. Impf-Poliomyelitis) als auch eine in Folge des Guillain-Barre-Syndroms auftretende schlaffe Lähmung der Beine.

Auch in späteren Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof diese Grundsätze bekräftigt. Da vor allem dauerhafte Lähmungen die Lebensführung besonders belasten, ist einerseits auf ein solches Risiko selbst dann hinzuweisen, wenn es sich nur sehr selten verwirklicht. Andererseits fordert der Bundesgerichtshof aber im Regelfall keinen ausdrücklichen Hinweis darauf, dass die Lähmungen irreversibel sein können.<sup>139</sup> Ein Arzt darf vielmehr im Regelfall davon ausgehen, dass ein Patient unter dem Begriff "Lähmung" nicht nur vorübergehende Lähmungserscheinung, sondern auch dauerhafte Lähmungen versteht. Will der Patient Einzelheiten über Art, Größe und Dauer des Lähmungsrisikos wissen, muss er deshalb diese erfragen.<sup>140</sup>

Der bloße Hinweis auf mögliche "Schädigungen von Nerven" reicht hingegen wegen des breiten, nicht auf Lähmungserscheinungen beschränkten Spektrums von Nervenschädigungen (vorübergehende Schmerzempfindung, Taubheitsgefühl, chronische und unbeherrschbaren Schmerzen, kurzfristige Lähmung, andauernde Lähmung) für die Aufklärung über ein Lähmungsrisiko grundsätzlich nicht aus.<sup>141</sup> Deshalb wird beispielsweise bei Knieoperationen angenommen, dass ein lediglich allgemeiner Hinweis auf

eine Nervenschädigung die Verletzung des Peroneus-Nerves mit dauerhafter Lähmung sowie mit dauerhafter Fußheberschwäche nicht umfasst.<sup>142</sup> Der Patient ist also grundsätzlich konkret über drohende Lähmungen zu unterrichten, wenn Nervenverletzungen ein solches Risiko beinhalten.<sup>143</sup>

## j) Weitere Beispiele

Als weitere Beispiele seien schlagwortartig genannt:

*OLG Koblenz, Urteil vom 17. März 2021 - 5 U 1651/19 - MedR 2022, 87, juris Rn. 65 ff.:*

Für eine ordnungsgemäße Aufklärung über Art und Tragweite des Eingriffs reicht es nicht aus, nur über das eigentliche Operationsziel (hier: **Entfernung von Metastasen** der Nebennieren und der befallenen Lymphknoten) aufzuklären, wenn im Zuge der Operation wahrscheinlich die Entfernung und Ligatur einer der Hauptschlagadern erforderlich werden. Zu fordern ist neben der Angabe des Operationsziels auch eine Aufklärung darüber, ob die Operation regelmäßig mit der Beeinträchtigung eines anderen - von eigentlichen Operationsziel nicht betroffenen - Teils des menschlichen Organismus verbunden ist. Der Patient muss daher nicht nur darüber aufgeklärt werden, dass die Nebennierenmetastase und die befallenen Lymphknoten entfernt werden sollen. Vielmehr ist er auch darüber zu unterrichten, dass hierfür mit hoher Wahrscheinlichkeit die Arteria mesenterica inferior als eine der großen Bauchschlagadern „geopfert“ werden muss. Aufklärungsbedürftig sind zudem die möglichen Folgewirkungen, also dass es auf Grund der Entfernung der Arteria mesenterica inferior zu einer Ischämie des Darms und hierdurch wiederum zum Absterben von Darmgewebe kommen kann. Auch wenn dieses Risiko im Promillebereich liegen mag, kann es Bedeutung dafür haben, ob sich der Patient für oder gegen den Eingriff entscheidet. Dies gilt auch, wohl sogar erst recht, bei einem Patienten, bei

<sup>138</sup> vgl. BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, juris Rn. 19; vgl. unter II. 3. b).

<sup>139</sup> BGH, Urteil vom 29. September 1998 - VI ZR 268/97 - VersR 1999, 190, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 12.

<sup>140</sup> BGH, Urteil vom 7. Februar 1984 - VI ZR 174/82 - BGHZ 90, 103, juris Rn. 23; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533 - juris Rn. 12.

<sup>141</sup> BGH; Urteil vom 14. März 2006 - VI ZR 279/04 - BGHZ 166, 336, juris Rn. 15 bei fremdnütziger Blutspende; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 11.

<sup>142</sup> OLG Dresden, Urteil vom 15. Juni 2021 - 4 U 1786/20 - juris Rn. 14; OLG Koblenz, Urteil vom 12.02.2009 - 5 U 927/06 - MedR 2010, 108, juris Rn. 20.

<sup>143</sup> OLG Köln, Urteil vom 15. Juli 2015 - I-5 U 202/08 - VersR 2016, 191, juris Rn. 34 f.

dem die Operation den letzten verbleibenden Therapieansatz für seine gravierende Krebserkrankung darstellt. Gerade ein Patient, der ohne die Behandlung nur noch eine verhältnismäßig kurze Lebenserwartung hat, kann beachtenswerte persönliche Gründe dafür haben, auf die Behandlung wegen der mit ihr möglicherweise verbundenen schwerwiegenden Folgen zu verzichten und dem **Schicksal seinen Lauf zu lassen**.<sup>144</sup>

*OLG Köln, Urteil vom 9. März 2016 - I-5 U 36/15 - VersR 2017, 621, juris Rn 14:*

Bei einer **Schulteroperation** muss der Patient über einen möglichen intraoperativ notwendigen Umstieg von einem arthroskopischen zu einem offenen Eingriff (hier: zur Naht einer Supraspinatussehne) aufgeklärt werden.

*OLG Frankfurt, Urteil vom 29. November 2016 - 8 U 143/13 - juris Rn. 69:*

Der Patient einer **Herzklappenoperation** muss nach dem Aufklärungsgespräch lediglich wissen, dass er durch die Operation einen Herzinfarkt erleiden und daran versterben kann. Es ist jedoch nicht aufzuzählen, durch welche erdenkbaren Erscheinungsformen ein Herzinfarkt ausgelöst werden kann. Es ist daher unschädlich, wenn der Patient nicht konkret darauf hingewiesen wird, dass bei der Operation Blutgefäße derart stark beschädigt werden können, dass dies zum Tode führen kann.

*OLG Koblenz, Beschluss vom 3. Juni 2011 - 5 U 1372/10 - juris Rn. 14;*

Im Rahmen der Aufklärung über die Risiken einer **Schilddrüsenoperation** reicht es aus, den Patienten darauf hinzuweisen, dass das Risiko einer Verletzung der Stimmbandnerven besteht. Der Patient muss nicht gesondert darüber aufgeklärt werden, dass ein Nerv mit dem eingesetzten Neuromonitoringgerät möglicherweise nicht dargestellt werden kann und dass auf Grund der fehlenden Darstellung ein erhöh-

tes Verletzungsrisiko besteht.

## 5. Art und Weise der Aufklärung

Seit dem Jahr 2013 ist die Art und Weise der Aufklärung in Deutschland durch § 630e Abs. 2 BGB wie folgt geregelt:

*„Die Aufklärung muss*

*1. mündlich durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen, die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt; ergänzend kann auch auf Unterlagen Bezug genommen werden, die der Patient in Textform erhält,*

*2. so rechtzeitig erfolgen, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann,*

*3. für den Patienten verständlich sein.*

*Dem Patienten sind Abschriften von Unterlagen, die er im Zusammenhang mit der Aufklärung oder Einwilligung unterzeichnet hat, auszuhändigen.“*

Diese gesetzliche Regelung hat weitgehend die bereits zuvor in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze kodifiziert, so dass zur Auslegung weiterhin die vor Inkrafttreten von § 630e BGB ergangenen Entscheidungen herangezogen werden können.

### a) Zeitpunkt der Aufklärung

Eine wohlüberlegte Entscheidung kann nach dem Wortlaut des § 630e Abs. 2 Nr. 2 BGB nur treffen, wer ausreichend Zeit zum Überlegen hat. Vor allem bei nicht weitgehend „harmlosen“ Eingriffen kann deshalb von einer Wirksamkeit der Einwilligung im Regelfall nicht ausgegangen werden, wenn der Patient die Einwilligung unmittelbar nach dem Aufklärungsgespräch erteilt. Der Patient steht dann vor allem bei gravierenden und für ihn eher unerwarteten Risiken meist unter dem Eindruck einer großen Fülle von ihm unbekanntem und schwer verständlichen Informationen. Nicht selten wird er sich zudem in einer für ihn persönlich schwierigen Situation befinden.<sup>145</sup>

<sup>144</sup> vgl. bei schwerster Erkrankung auch BGH, Urteil vom 7. Februar 1984 - VI ZR 174/82 - BGHZ 90, 103, juris 21, für Behandlungsverzicht wegen der besonders schweren Lebensbelastung durch das Risiko einer Querschnittslähmung im Falle einer Bestrahlung des Rückgrats.

<sup>145</sup> vgl. OLG Bremen, Urteil vom 25. November 2021 - 5 U 63/20 - MedR 2022, 493, juris Rn. 50; besprochen bei Hagenlocher, Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung zum Medizinrecht im Jahr 2021, DGZR 7/2022, unter IV. 3.

### aa) stationäre operative Eingriffe

(1) Bei **nicht dringlichen operativen Eingriffen** ist daher zumindest bei einem stationär aufgenommenen Patienten grundsätzlich erforderlich, die Aufklärung **wenigstens einen Tag vor dem Eingriff** vorzunehmen.<sup>146</sup>

Es kann aber Situationen geben, an denen selbst eine am Vortag der geplanten Operation erfolgte Aufklärung zu spät ist, um dem Patienten ein Abwägen des Für und Wider eines Eingriffs zu ermöglichen. Dies gilt insbesondere, wenn der Eingriff mit Risiken verbunden ist, die sich auf die Lebensführung gravierend auswirken. So hat der Bundesgerichtshof eine erst am Vorabend der geplanten Operation erfolgte Aufklärung als verspätet erachtet, wenn der Patient erstmals durch sie davon erfährt, dass der geplante Eingriff das Risiko einer Erblindung in sich birgt.<sup>147</sup> Nach einer anderen Entscheidung ist bei einer am nächsten frühen Morgen geplante Herzoperation in Form einer minimalinvasiven Mitralklappenrekonstruktion eine Aufklärung am Vorabend nicht rechtzeitig.<sup>148</sup> Erst recht ist einen Patienten vor einer Hochrisiko-Operation eine angemessene Bedenkzeit zuzubilligen (vgl. unter II. 4. b) aa) (2)).

Unabhängig von der Schwere der Risiken ist eine Aufklärung jedenfalls dann nicht mehr rechtzeitig, wenn der Patient schon auf die Operation vorbereitet wird oder sogar unter dem Einfluss von Medikamenten steht bzw. auf dem Operationstisch liegt.<sup>149</sup> Auch ist zu bedenken, dass der Patient in unmittelbarer zeitlicher Nähe zum geplanten Eingriff unter einer

schweren psychischen und physischen Belastung stehen kann und daher möglicherweise nicht mehr in der Lage ist, in einem Aufklärungsgespräch das Für und Wider des weiteren ärztlichen Vorgehens zu erfassen und eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen.<sup>150</sup>

Wird eine Operation **planmäßig vorbereitet**, hat die Aufklärung deshalb im Regelfall bereits in jenem **Beratungsgespräch** zu erfolgen, in dem die grundsätzliche Entscheidung für den Eingriff getroffen wird und in dem erste Schritte zur Abstimmung des Operationstermins eingeleitet werden.<sup>151</sup> Erfolgt eine Aufklärung erst danach, hängt deren Wirksamkeit davon ab, ob unter den jeweils gegebenen Umständen der Patient noch ausreichend Gelegenheit hatte, sich innerlich frei zu entscheiden.<sup>152</sup> Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass manche Patienten bereits durch die Absprache eines Operationstermins psychische Barrieren aufbauen, die es ihnen schwer machen, später, etwa nach einer erst am Tag vor der Operation erfolgenden Aufklärung, die Operationseinwilligung zu widerrufen.<sup>153</sup>

Bei **medizinisch dringlichen Eingriffen**, die aber nicht sofort zu erfolgen haben, müssen dem Patienten zumindest bei nicht unerheblichen Risiken wenigstens einige Stunden Zeit zwischen der Aufklärung und der Behandlung verbleiben. Insbesondere darf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht derart verkürzt werden, dass dem Patienten keinerlei Möglichkeit zur Überlegung und eventuell zur weiteren Informationsgewinnung verbleibt.<sup>154</sup> Bei Operationen, die aus medizinischen Gründen keinerlei Aufschub dulden (Notoperationen), ist diese zeitliche

Rn.3; OLG Köln, Urteil vom 16. Januar 2019 - I-5 U 29/17 - MedR 2020, 483, juris Rn. 20.

<sup>146</sup> BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 131/02 - MedR 2003, 576, juris Rn. 18; OLG Köln, Urteil vom 16. Januar 2019 - I-5 U 29/17 - MedR 2020, 483, juris Rn. 20; OLG Dresden, Urteil vom 21. August 2020 - 4 U 1349/18 - juris Rn. 26.

<sup>147</sup> BGH, Urteil vom 17. März 1998 - VI ZR 74/97 - NJW 1998, 2734, juris Rn. 9.

<sup>148</sup> OLG Köln, Beschluss vom 11. Juli 2011 - I-5 U 184/10 - VersR 2012, 863, juris Rn. 6.

<sup>149</sup> BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - MedR 1992, 277, juris Rn. 15; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2014 - 7 U 51/14 - juris Rn. 21; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 131.

<sup>150</sup> BGH, Urteil vom 16. Februar 1993 - VI ZR 300/91 - MedR 1993, 388, juris Rn. 20.

<sup>151</sup> BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 131/02 - MedR 2003, 576, juris Rn. 18.

<sup>152</sup> BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 131/02 - MedR 2003, 576, juris Rn. 18; BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - MedR 1992, 277, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 14. Juni 1994 - VI ZR 178/93 - MedR 1995, 20, juris Rn. 18 ff.

<sup>153</sup> BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - MedR 1992, 277, juris Rn. 15.

<sup>154</sup> OLG Köln, Urteil vom 16. Januar 2019 - I-5 U 29/17 - MedR 2020, 483, juris Rn. 20.

Staffelung selbstredend nicht erforderlich. Aber auch dann ist darauf zu achten, dass dem Patienten so viel Zeit für seine Entscheidung verbleibt, wie unter den Umständen des Einzelfalls medizinisch verantwortbar ist.<sup>155</sup>

(2) Eine wohlüberlegte Entscheidung erfordert zudem - abhängig von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls - eine angemessene Bedenkzeit **zwischen der Aufklärung und der Erteilung der Einwilligung**, also nicht nur zwischen der Aufklärung und dem Beginn der medizinischen Behandlung. Dies gilt insbesondere, wenn erhebliche und für den Patienten eher unerwartete Risiken im Raum stehen und er sich der Tragweite des geplanten Eingriffs daher erst mit der Aufklärung bewusst wird.

Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass hierdurch die organisatorischen Abläufe in einem Klinikbetrieb belastet werden. Angesichts des hohen Stellenwerts des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ändern diese Erschwernisse aber zumindest bei Operationen mit nicht unerheblichen Risiken an der Erforderlichkeit eines zeitlich gestaffelten Vorgehens nichts (frühzeitige Aufklärung - angemessene Bedenkzeit für die Einwilligung - angemessener zeitlicher Vorlauf der Einwilligung vor dem Beginn des Eingriffs). Nur so kann verhindert werden, dass der Patient im Zeitpunkt der Einwilligung mehr als unvermeidbar unter dem Druck steht, die bereits konkret anstehende Operation nicht mehr absagen zu können. Wegen der erheblichen praktischen Bedeutung für die Organisation eines Klinikbetriebes soll daher die hierzu vom Oberlandesgericht Köln vertretene Auffassung etwas breiter dargestellt werden.<sup>156</sup>

Zunächst stellt das Oberlandesgericht Köln fest, dass eine verfrüht (unmittelbar nach der erfolgten Aufklärung) abverlangte Einwilligung grundsätzlich nicht dadurch wirksam werde, dass der Patient sie nicht von sich aus „widerrufe“, nachdem er zwischen der Einwilligung und dem Beginn des Eingriffs hinreichend Zeit hatte, um das Für und Wider der geplan-

ten Behandlung sorgfältig abwägen zu können.<sup>157</sup> Eine solche verfrüht abgegebene Einwilligung stehe vielmehr unter dem Vorbehalt, dass der Patient die ihm verbleibende Zeit nutzt, um die erhaltenen Informationen zu verarbeiten und um das Für und Wider des Eingriffs für sich abzuwägen und sich gegebenenfalls anders zu entscheiden.

Daher müssten sich die operierenden Ärzte nach Ablauf einer angemessenen Bedenkzeit durch eigene Erkundigungen vergewissern, dass die verfrüht abgegebene Einwilligungserklärung nach wie vor dem freien Willen des Patienten entspreche. Zwar sei nach einer wirksam erteilten Einwilligung von einem Patienten zu erwarten, dass er selbst aktiv werden, wenn er seine Einwilligung widerrufen wolle. Anders liege der Fall aber, wenn die Einwilligung verfrüht, abverlangt worden sei. Dann sei die Einwilligung unwirksam, wofür die Behandlerseite Verantwortung trage; denn sie hätte ohne weiteres dem Patienten zunächst die angemessene Bedenkzeit geben und erst nach deren Ablauf die Einwilligungserklärung anfordern können.<sup>158</sup>

Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass dem Patienten die Einwilligung zumindest im Regelfall erst abverlangt werden kann, wenn **alle für die Entscheidung über das Für und Wider relevanten medizinischen Parameter bekannt** sind.<sup>159</sup> Daher kann auch eine Aufklärung sachgerecht erst erfolgen, nachdem die Befunde hinreichend erhoben sind. Hat ein Patient seine Einwilligung bereits zuvor erteilt oder ist gar ein genau festgelegter und in absehbarer Zeit liegender Termin für den operativen Eingriff abgesprochen, kann dies beim Patienten psychische Barrieren aufbauen, die ihn darin hindern, sein bereits erteiltes Einvernehmen wegen der zwischenzeitlich bekannt gewordenen weiteren Untersuchungsergebnisse zu

<sup>155</sup> vgl. BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - MedR 1992, 277, juris Rn. 16.

<sup>156</sup> OLG Köln, Urteil vom 16. Januar 2019 - I-5 U 29/17 - MedR 2020, 483.

<sup>157</sup> OLG Köln, Urteil vom 16. Januar 2019 - I-5 U 29/17 - MedR 2020, 483, juris Rn. 21; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 131.

<sup>158</sup> zum Ganzen: OLG Köln, Urteil vom 16. Januar 2019 - I-5 U 29/17 - MedR 2020, 483, juris Rn. 21; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 131.

<sup>159</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 132 mwN.

widerrufen.<sup>160</sup> Ist eine Einwilligung aus einem der vorliegend genannten Gründe unwirksam, willigt ein Patient nicht dadurch konkludent in den Eingriff ein, dass er sich zu dessen Vornahme in die Klinik begibt oder sich ihm unterzieht.<sup>161</sup>

### bb) ambulante und diagnostische Eingriffe

Hingegen reicht es bei „normalen“ ambulanten und diagnostischen Eingriffen, die mit keinen größeren Risiken einhergehen, grundsätzlich aus, wenn die **Aufklärung am Tag des Eingriffs** erfolgt.<sup>162</sup> Dies ändert aber nichts daran, dass dem Patienten auch dann eine eigenverantwortliche Entscheidung darüber zu ermöglichen ist, ob er den Eingriff durchführen lassen will oder nicht. Dies ist nicht der Fall, wenn der Patient auf Grund der konkreten Gegebenheiten unter dem Eindruck steht, sich nicht mehr aus einem bereits in Gang gesetzten Geschehensablauf lösen zu können.<sup>163</sup>

Jedoch sind auch insoweit stets die Umstände des Einzelfalles maßgebend. Der Bundesgerichtshof betont deshalb, dass bei größeren ambulanten Operationen mit beträchtlichen Risiken eine Aufklärung erst am Tag des Eingriffs regelmäßig nicht mehr rechtzeitig sei. Dies ist umso mehr, als solchen ambulanten Operationen gewöhnlich Untersuchungen vorangehen, in deren Rahmen die erforderliche Aufklärung bereits frühzeitig erteilt werden kann.<sup>164</sup>

<sup>160</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 132; BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - MedR 1992, 277, juris Rn. 15.

<sup>161</sup> OLG Bremen, Urteil vom 25. November 2021 - 5 U 63/20 - MedR 2022, 493, juris Rn. 52; besprochen bei Hagenloch, Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung zum Medizinrecht im Jahr 2021, DGZR 7/2022, unter IV. 3.

<sup>162</sup> für ambulanten Eingriff: BGH, Urteil vom 14. Juni 1994 - VI ZR 178/93 - MedR 1995, 20, juris Rn. 18 ff.; BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, juris Rn. 34 für Impfung; für diagnostischen Eingriff: BGH, Urteil vom 4. April 1995 - VI ZR 95/94 - VersR 1995, 1055, juris Rn. 19.

<sup>163</sup> BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, juris Rn. 34; BGH, Urteil vom 4. April 1995 - VI ZR 95/94 - VersR 1995, 1055 - juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 131/02 - MedR 2003, 576, juris Rn. 18.

<sup>164</sup> BGH, Urteil vom 14. Juni 1994 - VI ZR 178/93 - MedR 1995, 20, juris Rn. 20.

### b) Aufklärungsgespräch/schriftliche Unterlagen

Durch § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB ist gesetzlich vorgegeben, dass die Aufklärung mündlich erfolgen muss; und zwar durch den Behandelnden selbst oder durch eine Person, die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt.

#### aa) vertrauensvolles Gespräch

Diese gesetzliche Regelung greift die bereits zuvor von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auf, nach denen eine Aufklärung ein vertrauensvolles Gespräch von Arzt und Patient erfordert<sup>165</sup> und daher im Rahmen in einer persönlichen Unterredung stattzufinden hat.<sup>166</sup> Zudem kann dem Patienten nur bei einem persönlichen Gespräch Gelegenheit zur Rücksprache gegeben werden,<sup>167</sup> und nur so kann sich der Behandler vergewissern, dass der Patient die Aufklärung verstanden hat. Die Aushändigung und Unterzeichnung von Aufklärungsbogen (dazu unter II. 5. cc)) kann mithin das notwendige Aufklärungsgespräch zwischen Arzt und Patient nicht ersetzen.<sup>168</sup>

Bei routinemäßigen Behandlungen, insbesondere bei **Impfungen**, kann die Aufklärung ausnahmsweise dergestalt erfolgen, dass dem Patienten rechtzeitig ein ihm sprachlich und inhaltlich verständliches Merkblatt ausgehändigt wird, das er „in Ruhe“ lesen und durcharbeiten kann. Vergewissert sich der Behandler dann vor Durchführung der routinemäßigen Behandlung, namentlich der Impfung, dass sich der Patient entsprechend unterrichtet hat und bietet er

<sup>165</sup> BGH, Urteil vom 15. Juni 2010 - VI ZR 204/09 - MedR 2010, 857 - juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 131/02 - MedR 2003, 576, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, juris Rn. 38; BGH, Urteil vom 8. Januar 1985 - VI ZR 15/83 - NJW 1985, 1399, juris Rn. 13; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 105.

<sup>166</sup> BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, juris Rn. 38; BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 131/02 - MedR 2003, 576, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 8. Januar 1985 - VI ZR 15/83 - NJW 1985, 1399, juris Rn. 13.

<sup>167</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 105.

<sup>168</sup> vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 1985 - VI ZR 15/83 - NJW 1985, 1399; allgemeine Meinung

ihm (ggf. konkludent durch diese Rückfrage) eine weitergehende Information an, ist hierin ggf. ein „Aufklärungsgespräch“ bzw. eine hinreichende Aufklärung zu sehen.<sup>169</sup> Sollte der Patient in einem solchen Fall ausnahmsweise eine Bedenkzeit wünschen, so kann von ihm erwartet werden, dass er dies gegenüber dem Arzt zum Ausdruck bringt und eine sofortige Behandlung, vor allem eine sofortige Impfung, ablehnt.<sup>170</sup>

In einfach gelagerten Fällen kann der Arzt den Patienten grundsätzlich auch in einem **Telefongespräch** über die Risiken eines bevorstehenden Eingriffs aufklären. Dies setzt allerdings voraus, dass der Patient mit einer fernmündlichen Unterrichtung einverstanden ist und den Inhalt der Aufklärung fernmündlich versteht.<sup>171</sup> Dem Patienten bleibt es unbenommen, auf einem persönlichen Gespräch zu bestehen. Handelt es sich dagegen um eher komplizierte Eingriffe mit erheblichen Risiken, wird eine telefonische Aufklärung regelmäßig unzureichend sein.<sup>172</sup>

Bei einer **medizinischen Fernbehandlung** durch Videokonferenzen oder andere vergleichbare Kommunikationsmittel ist grundsätzlich eine Aufklärung über dieses Medium möglich.<sup>173</sup> Gerichtliche Entscheidungen hierzu liegen noch nicht vor. Als Prinzip dürfte aber gelten, dass immer dann, wenn die Therapie mittels Ferndiagnose und Fernbehandlung möglich ist, auch die Aufklärung verantwortbar auf diesem Wege erfolgen kann.

## bb) entsprechend ausgebildete Person

Die Aufklärung hat durch eine entsprechend aus-

gebildete Person zu erfolgen, aber nicht zwingend durch jenen Arzt, der die spätere Behandlung durchführt.

(1) Eine Delegation der Aufklärung setzt zum einen voraus, dass beim Aufklärenden eine **Sachkunde** für die Vornahme der Behandlung, also die medizinische Fachkunde auf dem jeweiligen Fachgebiet, besteht.<sup>174</sup> Zum ändern ist erforderlich, dass das notwendige Wissen im Zuge einer entsprechenden Ausbildung erlangt wurde, also die **theoretische Befähigung** vorhanden ist.<sup>175</sup> Im Laufe der Zeit durch berufliche Erfahrung erworbenes Wissen, wie es das medizinische Fachpersonal oft erlangt, reicht deshalb nicht aus.

Entscheidendes Kriterium ist, ob die jeweilige Behandlung auf eine Person mit entsprechender Ausbildung von den fachlichen Anforderungen her delegierbar wäre. Nicht erforderlich ist, dass zusätzlich die nach dem jeweiligen nationalen Recht notwendigen weiteren Voraussetzungen für eine Berufstätigkeit, wie eine entsprechende Zulassung oder eine Approbation, vorliegen.<sup>176</sup> Aus diesem Grunde kann beispielsweise eine Aufklärung einem Medizinstudenten im praktischen Jahr übertragen werden, wenn sie seinem Ausbildungsstand entspricht und unter Anleitung, Aufsicht und Verantwortung des ausbildenden Arztes stattfindet.<sup>177</sup> Es dürfte auch zulässig sein, bei einer intravenösen Injektion zur Vorbereitung von Diagnosemaßnahmen die Aufklärung und Vornahme einer erfahrenen und fachgerecht ausgebildeten medizinisch-technischen Assistentin für Radiologie zu übertragen.<sup>178</sup>

(2) **Delegiert** der behandelnde Arzt seine Aufklärungspflicht auf einen nach den vorstehenden Ausführungen hierzu befugten Dritten, erwächst ihm eine Kontrollpflicht, an deren Erfüllung strenge Anforder-

<sup>169</sup> BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, juris Rn. 37 ff.; Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 80.

<sup>170</sup> BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, juris Rn. 36.

<sup>171</sup> BGH, Urteil vom 15. Juni 2010 - VI ZR 204/09 - MedR 2010, 857, juris Rn. 20.

<sup>172</sup> BGH, Urteil vom 15. Juni 2010 - VI ZR 204/09 - MedR 2010, 857, juris Rn. 20.

<sup>173</sup> dazu näher: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 106; vgl. auch Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Gesetz für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz - DVG), BT-Drucks. 19/13438 vom 23.09.2019, S. 70

<sup>174</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 151; Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 80.

<sup>175</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 152.

<sup>176</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 156.

<sup>177</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 29. Januar 2014 - 7 U 163/12 - MedR 2017, 244, juris Rn. 10 ff.

<sup>178</sup> vgl. OLG Dresden, Urteil vom 24. Juli 2008 - 4 U 1857/07 - MedR 2009, 410, juris 14.

rungen zu stellen sind.<sup>179</sup>

(2.1) Unabhängig von dieser persönlichen Verantwortlichkeit des behandelnden Arztes besteht in einer dezentral organisierten medizinischen Einrichtung, vor allem also in einem Krankenhaus, eine Organisations- und Kontrollpflicht der Leitungsebene. Diese hat den gesamten arbeitsteiligen Behandlungsablauf und die Tätigkeit des Personals durch geeignete organisatorische Vorkehrungen so einzurichten und zu überwachen sind, dass Patienten durch die interne Arbeitsteilung nicht geschädigt werden.<sup>180</sup> Dies gilt für den Ablauf der medizinischen Behandlung in gleicher Weise wie für den Ablauf der ärztlichen Aufklärung. Deshalb muss der zuständige Chefarzt ausreichende Organisationsanweisungen erteilen und deren Einhaltung kontrollieren sowie dies in einem Rechtsstreit (etwa durch entsprechende Dokumentationen) darlegen und beweisen.<sup>181</sup> Wegen der Aufklärungspflicht bei einer horizontalen Arbeitsteilung wird die Ausführungen unter II. 7. d) Bezug genommen.

(2.2) Von seiner persönlichen Verantwortlichkeit wird der behandelnde Arzt durch diese Organisations- und Kontrollpflichten der Klinikleitung nicht befreit. Die jeweiligen Verhaltenspflichten bestehen vielmehr nebeneinander.

Allenfalls kann im Einzelfall eine Haftung des behandelnden Arztes mangels Verschuldens entfallen, wenn und soweit er darauf vertrauen durfte, dass der Patient durch einen Dritten hinreichend aufgeklärt wurde.<sup>182</sup> Hieran sind angesichts der bestehenden Kontrollpflichten jedoch hohe Anforderungen zu stel-

len.<sup>183</sup> Im Übrigen wirkt sich ein fehlendes Verschulden des Arztes in Deutschland ohnehin nur dessen deliktische Haftung aus, nicht aber - sofern der Arzt selbst Vertragspartner ist - auf die vertragliche Haftung, da sich bei dieser der behandelnde Arzt das Verhalten des von ihm eingeschalteten Dritten als jenes seines Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB (insoweit vergleichbar mit Art. 396 ZGB) zurechnen lassen muss.

### cc) schriftliche Unterlagen (Aufklärungsbogen)

In Ergänzung des Aufklärungsgespräches ist die Aushändigung, ggf. auch inhaltliche Besprechung, schriftlicher Unterlagen (Aufklärungsbogen) möglich, meist sogar vor allem bei operativen Eingriffen sehr empfehlenswert.<sup>184</sup> Sind derartige Aufklärungsbogen inhaltlich auf den spezifischen Befund und auf die konkret geplante Maßnahme zugeschnitten, ermöglichen sie es dem Patienten, die im Aufklärungsgespräch erfolgten mündlichen Erläuterungen besser zu verstehen und durch ein nochmaliges Nachlesen (ohne die Belastungssituation des Aufklärungsgespräches) in Ruhe das Für und Wider des geplanten Eingriffs gegeneinander abwägen zu können. Sie stärken hierdurch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Zugleich können sie durch therapeutische Informationen den Behandlungserfolg sichern.

Auf der anderen Seite eröffnen derartige Aufklärungsbögen dem Aufklärenden, wegen gewisser Einzelheiten - nicht aber hinsichtlich des Kerns der Aufklärungspflicht - ergänzend auf die schriftlichen Unterlagen zu verweisen.<sup>185</sup> Sie können aber nie das stets notwendige Aufklärungsgespräch ersetzen.<sup>186</sup>

### Wegen der beweisrechtlichen Wirkungen der Auf-

<sup>179</sup> K. Schmidt in: Herberger / Martinek / Rübmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 37; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 160; Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 80; vgl. bei horizontaler und vertikaler Arbeitsteilung auch unten II. 7. d).

<sup>180</sup> BGH, Urteil vom 12. Januar 2021 - VI ZR 60/20 - MedR 2021, 820, juris Rn. 17 ff., besprochen bei Hagenloch, Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung zum Medizinrecht im Jahr 2021, DGZR 7/2022, unter II. 6; BGH, Urteil vom 18. Juni 1985 - VI ZR 234/83 - BGHZ 95, 63, juris Rn. 18 ff.; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 161

<sup>181</sup> vgl. Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 161.

<sup>182</sup> BGH, Urteil vom 7. November 2006 - VI ZR 206/05 - BGHZ 169, 364, juris Rn. 9.

<sup>183</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 160.

<sup>184</sup> vgl. zur dringenden Empfehlung einer schriftlichen Dokumentation des Aufklärungsgespräches: BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - MedR 2015, 594, juris Rn. 11.

<sup>185</sup> BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 289/03 - BGHZ 162, 320, juris Rn. 16, für Gebrauchsinformationen von Medikamenten; vgl. dazu unter II. 4. c) cc).

<sup>186</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 108.

klärungsbogen wird auf die Ausführungen unter II. 7. h) verwiesen.

### **c) Verlauf des Aufklärungsgesprächs / Entbehrlichkeit der Aufklärung im Einzelfall**

#### **aa) Eigenverantwortlichkeit des Behandlers / Verständlichkeit**

Dem Arzt können rechtlich keine konkreten Vorgaben dazu gemacht werden, wie er dem Patienten ein zutreffendes Bild von der Diagnose und von den Risiken der empfohlenen medizinischen Behandlung verschafft. Genereller Maßstab muss aber sein, dass der Arzt gegenüber dem Patienten die mit dem Eingriff verbundenen Gefahren weder beschönigt noch verschlimmert.<sup>187</sup> Selbstredend ist generell angebracht, dass er sich in dem Aufklärungsgespräch - vor allem bei besonders belastenden Diagnosen oder gegenüber besonders sensiblen Patienten - einfülsam zeigt.<sup>188</sup>

Die zentrale Anforderung an das Aufklärungsgespräch liegt in dessen **Verständlichkeit** für den jeweiligen Patienten; und zwar sowohl in sprachlicher als auch in inhaltlicher Hinsicht.<sup>189</sup> Dies bedingt, dass sich die Art der Aufklärung am Empfängerhorizont des konkreten Patienten (Sprachkompetenzen, medizinischer Bildungsstand usw.) ausrichten muss.<sup>190</sup> Dies wird im Regelfall bedingen, dass von der Verwendung von nicht allgemein bekannten Fachbegriffen abgesehen wird.<sup>191</sup>

<sup>187</sup> BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 6. Juli 2010 - VI ZR 198/09 - MedR 2011, 242, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 14. März 2006 - VI ZR 279/04 - BGHZ 166, 336, juris Rn. 13.

<sup>188</sup> Entwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012 - BT-Drucks. 17/10488, 25; BGH, Urteil vom 25. April 1989 - VI ZR 175/88 - BGHZ 107, 222, juris Rn. 17.

<sup>189</sup> BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 117/18 - MedR 2020, 128, juris 18; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 115.

<sup>190</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 115 ff.

<sup>191</sup> OLG Koblenz, Beschluss vom 30. Juni 2014 - 5 U 483/14 - juris Rn. 19.

#### **bb) fachkundiger Patient**

Verfügt ein Patient ausnahmsweise über das erforderliche Fachwissen, ist eine gesonderte Aufklärung entbehrlich.<sup>192</sup> Dies beruht auf dem allgemeinen Rechtsprinzip, wonach jemand, der das erforderliche Wissen bereits besitzt, keiner Aufklärung bedarf.

Solches kommt vor allem bei Patienten in Betracht, die über eine medizinische Ausbildung und hinsichtlich der konkret anstehenden Behandlung über ein präsenes medizinisches Wissen verfügen.<sup>193</sup> Gleiches kann für Patienten gelten, die sich einer identischen Behandlung bereits unterzogen haben und bei dieser hinreichend aufgeklärt wurden.<sup>194</sup> Zusätzlich wird jedoch notwendig sein, dass die frühere Aufklärung nur kurze Zeit zurückliegt und daher noch hinreichend in der Erinnerung haftet.<sup>195</sup> Zumindest in Zweifelsfällen ist darüber hinaus erforderlich, dass der Arzt erkundet, ob sich der Patient noch in vollem Umfang dessen bewusst ist, was ihm bei der früheren Aufklärung mitgeteilt wurde bzw. ob er auf Grund seiner Ausbildung und seines medizinischen Berufes über die fachspezifischen Kenntnisse auch tatsächlich verfügt.<sup>196</sup>

Insgesamt betrachtet müssen derartige Situationen daher deutliche Ausnahmen bleiben.<sup>197</sup> Sicherer

<sup>192</sup> OLG Braunschweig, Urteil vom 10. November 2011 - 1 U 29/09 - juris Rn. 67 ff.; Staudinger/Hager (2021) BGB § 823 Rn. I. 101; K. Schmidt in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 53.

<sup>193</sup> OLG Frankfurt, Urteil vom 12. März 2009 - 15 U 18/08 - MedR 2009, 532, juris Rn. 24; OLG Hamm, Urteil vom 23. November 2009 - I-3 U 41/09 - juris Rn. 46; OLG Braunschweig, Urteil vom 10. November 2011 - 1 U 29/09 - juris Rn. 67 ff.; weitere Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur bei: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 181.

<sup>194</sup> BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 131/02 - MedR 2003, 576, juris Rn. 23.

<sup>195</sup> vgl. OLG Hamm, Urteil vom 29. September 2010 - I-3 U 169/09 - MedR 2011, 723, juris Rn. 30; weitere Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur bei: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 181.

<sup>196</sup> vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 12. März 2009 - 15 U 18/08 - MedR 2009, 532, juris Rn. 24; OLG Hamm, Urteil vom 23. November 2009 - I-3 U 41/09 - juris Rn. 46.

<sup>197</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 181.



ist es, vorsorglich eine nochmalige Aufklärung vorzunehmen.

### cc) keine Aufklärung über Selbstverständlichkeiten

Über allseits bekannte Selbstverständlichkeiten ist nicht aufzuklären.

Hierunter fallen vor allem zwangsläufig entstehende vorübergehende Schmerzen einer medizinischen Behandlung. Allseits bekannt dürfte auch sein, dass größere Operationen Narben verursachen oder Wundinfektionen auslösen können.<sup>198</sup> Ob allerdings Narbenbrüche<sup>199</sup> und sogar Embolierisiken<sup>200</sup> als allseits bekannt vorausgesetzt werden dürfen, mag bezweifelt werden.

Zudem erfolgt bei den **Wundinfektionen** in der deutschen Rechtsprechung eine Differenzierung. Wie dargelegt, werden sie bei größeren operativen Eingriffen als allseits bekannte Selbstverständlichkeit verstanden. Hierunter dürften wohl auch Wundinfektionen in Folge von Zahnextraktionen fallen.<sup>201</sup> Dies gilt aber nicht für Wundinfektionen, die als Folge von Injektionen und Punktionen entstehen können, da diese medizinischen Maßnahmen von Teilen der Bevölkerung als eher harmlos eingestuft werden.<sup>202</sup>

Zur Vermeidung von Missverständnissen sei ergänzend darauf hingewiesen, dass dies nur für solche Injektionen gilt, bei denen sich das Risiko einer Wundinfektion selbst bei sachgerechtem Vorgehen nicht verlässlich vermeiden lässt. Handelt es sich hingegen um Injektionen, bei denen das Infektionsrisiko beherrschbar ist, bedarf es keiner Aufklärung. Das folgt daraus, dass über Risiken, die sich nur im Falle eines Behandlungsfehlers verwirklichen, nicht aufzuklären ist (vgl. oben II. 4. h)). Die Haftung richtet sich daher in solchen Konstellationen nach den Rechtsprechungsgrundsätzen zur Haftung aus Behandlungsfehlern bei beherrschbaren Risiken.<sup>203</sup> In Grenzfällen kann allerdings in Betracht kommen, die konkrete Zuordnung (Behandlungsfehler oder Aufklärungspflichtverletzung) in einer gerichtlichen Entscheidung offen zu lassen und eine ärztliche Haftung ggf. alternativ zu begründen (vgl. unter II. 4. h) am Ende).

Zu den nicht aufklärungsbedürftigen Selbstverständlichkeiten zählt des Weiteren, dass sich bei einer **Blutabnahme** an der Einstichstelle Rötungen oder kleinere Hämatome bilden können.<sup>204</sup> Darüber hinaus ist bei Blutabnahmen eine Unterrichtung über das geringe Risiko von Nervenirritationen zumindest dann entbehrlich, wenn die Blutabnahme diagnostisch eindeutig indiziert ist.<sup>205</sup> Ob sich dies allein damit rechtfertigen lässt, dass eine Aufklärungspflicht über dieses Risiko das „klinische Massengeschäft“ von Blutabnahmen erheblich belasten würde,<sup>206</sup> mag zwar zweifelhaft sein. Jedenfalls aber ist eine Aufklärung bei einer medizinisch zweifelsfrei indizierten Blutabnahme dadurch entbehrlich, dass diese mit einer geringen Invasivität verbunden ist und dass das Risiko von Nervenirritationen bei ihr selten auftritt sowie bei seiner Verwirklichung in aller Regel keine schwerwiegenden Belastungen mit sich bringt. Deshalb ist

<sup>198</sup> vgl. zu Wundinfektionen: BGH, Urteil vom 19. November 1985 - VI ZR 134/84 - NJW 1986, 780, juris Rn. 8 mwN; OLG Karlsruhe, Urteil vom 30. Mai 2012 - 7 U 14/10 - juris Rn. 18; OLG Karlsruhe, Urteil vom 9. Mai 2012 - 7 U 44/11 - juris Rn. 7; OLG Braunschweig, Urteil vom 10. November 2011 - 1 U 29/09 - juris Rn. 65.

<sup>199</sup> BGH, Urteil vom 19. November 1985 - VI ZR 134/84 - NJW 1986, 780, juris Rn. 8 mwN; OLG Karlsruhe, Urteil vom 30. Mai 2012 - 7 U 14/10 - juris Rn. 18; OLG Karlsruhe, Urteil vom 9. Mai 2012 - 7 U 44/11 - juris Rn. 7; OLG Braunschweig, Urteil vom 10. November 2011 - 1 U 29/09 - juris Rn. 65.

<sup>200</sup> BGH, Urteil vom 19. November 1985 - VI ZR 134/84 - NJW 1986, 780, juris Rn. 8 mwN)

<sup>201</sup> so auch die Vorinstanz in dem durch Beschluss des OLG Koblenz vom 4. Juli 2016 - 5 U 565/16 - VersR 2017, 353, juris Rn. 7, beendeten Verfahren.

<sup>202</sup> BGH, Urteil vom 14. Juni 1994 - VI ZR 260/93 - MedR 1994, 488, juris Rn. 7; BGH, Urteil vom 14. Februar 1989 - VI ZR 65/88 - NJW 1989, 1533, juris Rn.11; OLG Braunschweig, Urteil vom 10. November 2011 - 1 U 29/09 - juris Rn. 65.

<sup>203</sup> dazu: Hagenloch, Beweislast für medizinischen Behandlungsfehler in Deutschland, DGRZ 7/2022, unter III. 5. a).

<sup>204</sup> OLG Dresden, Urteil vom 24. Juli 2008 - 4 U 1857/07 - MedR 2009, 410, juris Rn. 18; LG Heidelberg, Urteil vom 29. Juni 2011 - 4 O 95/08 - MedR 2012, 136, juris Rn. 72.

<sup>205</sup> LG Heidelberg, Urteil vom 29. Juni 2011 - 4 O 95/08 - MedR 2012, 136, juris Rn. 73.

<sup>206</sup> so LG Heidelberg, Urteil vom 29. Juni 2011 - 4 O 95/08 - MedR 2012, 136, juris Rn. 73.

rechtlich nichts dagegen einzuwenden, dass in Deutschland bei dem „klinischen Massengeschäft“ von Blutabnahmen generell auf eine Aufklärung verzichtet wird. Dies gilt umso mehr, als diese ständige Praxis mit die Verkehrsanschauung und die berechtigten Erwartungen der Patienten prägt.

## 6. Aufklärung bei Minderjährigen, Betreuten, Behinderten, Sprachunkundigen

### a) Minderjährige

Bei Minderjährigen hat die Aufklärung gegenüber jenen Personen zu erfolgen, die zur Einwilligung berechtigt sind (vgl. § 630d Abs 2 BGB). Haben an der Einwilligung nach den familienrechtlichen Regelungen mehrere Personen mitzuwirken, beispielsweise beide Elternteile, sind sie im Regelfall gemeinsam Adressaten der Aufklärung.

Auf dieses Grundprinzip aufbauend, stellen sich bei Minderjährigen im Rahmen der Aufklärung zwei streng zu trennende Fragenkreise. Zum einen geht es darum, unter welchen Voraussetzungen der Minderjährige selbst und unter welchen Voraussetzungen sein gesetzlicher Vertreter in die medizinische Behandlung einzuwilligen haben - und damit aufzuklären sind. Zum anderen ist zu beantworten, ob bei einer gemeinsamen Personensorge für einen Minderjährigen beide Elternteile gemeinsam über die Einwilligung zu befinden haben oder ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen nach den familienrechtlichen Bestimmungen diese Entscheidung einem der beiden Elternteile allein übertragen ist. Bei besonderen Sachlagen kann sogar eine Einwilligung und Aufklärung beider, also sowohl des Minderjährigen als auch seiner Personensorgeberechtigten, notwendig sein (sog. Co-Konsens).

#### aa) Einwilligungsfähigkeit

Im Ausgangspunkt ist anerkannt, dass die Einwilligungsfähigkeit nicht mit der Geschäftsfähigkeit (gemeint im Sinne der Handlungsfähigkeit nach Art. 12 Abs. 1 ZGB) gleichzusetzen ist. Entscheidend ist nach herrschender Meinung vielmehr die natürliche Wil-

lensfähigkeit; diese stellt eine eigenständige Art der rechtlichen Handlungsfähigkeit dar.<sup>207</sup>

(1) Bei einem Minderjährigen ist auf das Vorhandensein einer **behandlungsspezifischen natürlichen Einsichtsfähigkeit** abzustellen.<sup>208</sup>

Er muss das Einsichtsvermögen und die Urteilskraft haben, um die Aufklärung verstehen, den Nutzen einer Behandlung gegen deren Risiken und langfristigen Folgen abwägen und eine eigenverantwortliche Entscheidung treffen zu können.<sup>209</sup> Insbesondere muss diese Einsichtsfähigkeit auch eine etwaige Irreversibilität der Behandlung, also ihre Auswirkungen auf das gesamte weitere Leben, umfassen.<sup>210</sup>

Ob der Minderjährige Art, Bedeutung, Tragweite und Risiken der medizinischen Maßnahme erfassen und seinen Willen daran ausrichten kann, muss der Behandelnde ermitteln.<sup>211</sup> Dies kann den Arzt vor erhebliche Herausforderungen stellen, da er sich nicht nur mit einem gerade in diesem Alter nicht immer unproblematischen Eltern-Kind-Verhältnis zu befassen hat, sondern oft auch Unsicherheiten verbleiben. Soweit dies faktisch möglich ist, vor allem wenn zwi-

<sup>207</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 52; vgl. zur Rechtsnatur auch: BGH, Urteil vom 5. Dezember 1958 - VI ZR 266/57 - BGHZ 29, 33, juris Rn. 12 ff.; weitere Einzelheiten bei Staudinger/Klumpp (2021) Vorbemerkung zu §§ 104 ff. Rn. 38. Details der Rechtsnatur sind umstritten; für geschäftsähnliche Handlung etwa Rehborn/Gescher in: Erman BGB, 16, Auflage, § 630d Rn. 4 mwN.

<sup>208</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 67 und 79; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 15.

<sup>209</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012, BT-Drucks. 17/10488, S. 23; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 15; Bullmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 1626 BGB (Stand: 14.12.2022) Rn. 27.

<sup>210</sup> vgl. Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 69 ff. mwN.

<sup>211</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012, BT-Drucks. 17/10488, S. 23; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 14.

schen den Eltern und dem Minderjährigen ein Konsens besteht, liegt deshalb der sicherste Weg darin, vorsorglich sowohl den Minderjährigen als auch dessen Personensorgeberechtigten aufzuklären und die Einwilligung beider einzuholen.<sup>212</sup>

Als Teil der rechtlichen Handlungsfähigkeit ist die Einwilligungsfähigkeit **nicht an ein bestimmtes Alter gebunden**.<sup>213</sup> Daher begegnet die teilweise vertretene Auffassung<sup>214</sup> Bedenken, nach der bei einem 14- bis 17-jährigen Patienten eine widerlegbare Vermutung für eine Einwilligungsfähigkeit und bei einem 7- bis 13-jährigen Patienten eine widerlegbare Vermutung für eine Einwilligungsunfähigkeit spreche. Als Faustregel kann aber herangezogen werden, dass es an der Einsichtsfähigkeit eines Minderjährigen je eher fehlt, je schwerwiegender, je weniger dringlich und je folgenreicher einerseits der Eingriff und je jünger andererseits der Minderjährige sind.<sup>215</sup>

In besonderer Weise wird eine gewisse Zurückhaltung angebracht sein, wenn ein minderjähriger Patient einen operativen Eingriff zu rein kosmetischen Zwecken erstrebt, insbesondere wenn dieser irreversibel ist.<sup>216</sup> Verstärkt werden Zweifel an der Fähigkeit, die langfristigen Folgen sachgerecht zu bewerten, wenn Jugendliche in der Gefahr stehen, einem durch die Sozialen Medien geförderten Hype oder einer

„Modeerscheinung“ zu erliegen.

(2) Bei eher schwerwiegenden und weitreichenden Eingriffen kann die Abwägung zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen und der verfassungsrechtlichen Schutzgarantie des in Art 6 des Grundgesetzes verankerten Elternrechts<sup>217</sup> dazu führen, dass ein Minderjähriger zwar nicht positiv in eine medizinische Behandlung einwilligen darf, ihm aber gegen die Einwilligung des Personensorgeberechtigten, im Regelfall also seiner Eltern, ein Veto-recht zusteht (sog. **Co-Konsens**).<sup>218</sup>

Der Minderjährige kann dann die Behandlung blockieren, bis ihm auf Grund seiner weiteren Entwicklung eine uneingeschränkte eigene Entscheidungskompetenz zuzubilligen ist. In der Literatur werden gegen diese „Zwischenlösung“ eines Co-Konsenses allerdings teilweise Bedenken erhoben.<sup>219</sup> Zudem stößt dieser Lösungsansatz, wie beim Schwangerschaftsabbruch bei einer Minderjährigen,<sup>220</sup> gelegentlich an faktische Grenzen. Dennoch dürfte er im Regelfall geeignet sein, um bei einer im Ausgangspunkt vorhandenen, aber noch nicht auf schwerwiegende und weitreichende Eingriffe erstreckten Einsichtsfähigkeit einen angemessenen Ausgleich zwischen dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen und dem verfassungsrechtlich geschützten Elternrecht herbeiführen zu können.

<sup>212</sup> ebenso K. Schmidt in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 18.

<sup>213</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 53; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 15; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 52; BGH, Urteil vom 5. Dezember 1958 - VI ZR 266/57 - BGHZ 29, 33, juris Rn. 12.

<sup>214</sup> zum Meinungsstand: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 79.

<sup>215</sup> LG München II, Urteil vom 22. September 2020 - 1 O 4890/17 - MedR 2021, 1005, juris Rn. 32; vgl. auch Bullmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/ Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 1626 BGB (Stand: 14.12.2022) Rn. 27; Döll in: Erman BGB, 16. Auflage, § 1626 Rn. 16a.

<sup>216</sup> vgl. Bullmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 1626 BGB (Stand: 14.12.2022) Rn. 27 mwN; allerdings Einsichtsfähigkeit für eine Tätowierung bei einer 17-Jährigen bejahend: AG München, Urteil vom 17. März 2011 - 213 C 917/11 - NJW 2012, 2452, juris Rn. 31 (eher zweifelhaft).

<sup>217</sup> zu den verfassungsrechtlichen Aspekten: Staudinger / Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 143 mwN.

<sup>218</sup> dazu: BGH, Urteil vom 16. November 1971 - VI ZR 76/70 - NJW 1972, 335, juris Rn. 23; OLG Frankfurt, Urteil vom 16. Juli 2019 - 8 U 228/17 - MedR 2020, 679, juris Rn. 57, nachfolgend auszugsweise zitiert; Staudinger/Klumpp (2021) Vorbemerkung zu §§ 104 ff. Rn. 106; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 85.

<sup>219</sup> Bullmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 1626 BGB (Stand: 14.12.2022) Rn. 27; zum Meinungsstand umfassend: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 85; Staudinger/Klumpp (2021) Vorbemerkung zu §§ 104 ff. Rn. 106.

<sup>220</sup> dazu OLG Hamm, Beschluss vom 29. November 2019 - II-12 UF 236/19 - MedR 2020, 679, juris Rn. 24, nachfolgend auszugsweise zitiert.

(3) Um die Grundlinien der deutschen Rechtsprechung zu veranschaulichen, sollen einige Entscheidungen **beispielhaft** referiert werden. Insbesondere das nachfolgend auszugsweise zitierte Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt enthält zu der gesamten Thematik fast lehrbuchartige Ausführungen und kann deshalb über das konkrete Verfahren hinaus als Orientierungshilfe dienen:

LG München II, Urteil vom 22. September 2020 - 1 O 4890/17 - MedR 2021, 1005, juris Rn. 32 ff., für operativen **Kreuzbandersatz nach Kreuzbandruptur** bei 16 ½ jähriger Patientin:

*„Minderjährigen Patienten kann bei einem nur relativ indizierten Eingriff mit der Möglichkeit erheblicher Folgen für ihre künftige Lebensgestaltung – wenn sie über eine ausreichende Urteilsfähigkeit verfügen – zumindest ein Veto-Recht gegen die Fremdbestimmung durch die gesetzlichen Vertreter zustehen (BGH NJW 2007, 217...). Die Entscheidungskompetenz des Minderjährigen reduziert sich nach zutreffender Auffassung aber nur dann auf ein Vetorecht, wenn der Betroffene zwar noch nicht über das Einsichts- und Urteilsvermögen verfügt, um sich dazu durchzuringen, der Maßnahme zuzustimmen, er aber Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung versteht, seine Zustimmung jetzt (also zumindest vorerst) zu verweigern (also ein „Veto“ auszusprechen). Hingegen liegt bei einem voll einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Patienten auch die volle Entscheidungskompetenz vor (so auch BGHZ 29, 33... und BGH NJW 1967, 1177 f; OLG Hamm NJW 2020, 1373...-...Im vorliegenden Fall hatte die Klägerin mit einem Alter von 16 Jahren und 6 Monaten offensichtlich eine Reife erlangt, die hier nicht nur die erforderliche Einsichtsfähigkeit, sondern auch die nötige Entschlusskraft vermittelte, sich für oder gegen den Eingriff zu entscheiden. Dies beruht nicht nur auf der insoweit übereinstimmenden Einschätzung der Mutter der Klägerin und des Beklagten, sondern auch darauf, dass die Klägerin vor der Operation bereits ein halbes Schuljahr alleine in den USA verbracht hatte.*

*... Im Falle einer einvernehmlichen Unterschreitung des Behandlungsstandards ... wird das Vorliegen einer Einwilligungsfähigkeit sehr sorgfältig zu prüfen sein.*

*In der Regel wird eine wirksame Einwilligung nur anzunehmen sein, wenn eine zumindest im Ansatz plausible Motivation des Patienten für eine Einwilligung in die Standardabweichung – z.B. Neulandmethode bei fehlenden Behandlungsalternativen – ersichtlich ist.“*

OLG Hamm, Beschluss vom 29. November 2019 - II-12 UF 236/19 - MedR 2020, 679, juris Rn. 19 ff., für **Schwangerschaftsabbruch** bei 16-jähriger Patientin (stark verkürzt):<sup>221</sup>

*„a) ... Wenn ein Minderjähriger die notwendige Einsichtsfähigkeit hat, ist deshalb für jeden medizinischen Eingriff jedenfalls auch seine persönliche Einwilligung erforderlich. Insofern steht ihm unstreitig zumindest das Recht zu, einen von den Eltern angestrebten Eingriff mit erheblichen Eingriffen für die Lebensgestaltung (wie beispielsweise eine kieferorthopädische Behandlung) zu verweigern (vgl. BGH, NJW 2007, 217; ...). In Hinblick auf den hier verfahrensgegenständlichen Schwangerschaftsabbruch bedeutet dies, dass eine einwilligungsfähige Minderjährige nicht gegen ihren Willen von ihren Eltern zur Abtreibung gezwungen werden darf.*

*b. Der Umstand, dass Minderjährige bei gegebener Einsichtsfähigkeit selbst in einen ärztlichen Eingriff einwilligen müssen, schließt indes nicht per se aus, dass sie zumindest in bestimmten Konstellationen zusätzlich die Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter benötigen (...). Ebenso wie bei einwilligungsunfähigen Kindern in Bezug auf höchstpersönliche Eingriffe diskutiert wird, ob und ggf. unter welchen Umständen auch ihnen ein Vetorecht zusteht (...).*

*Für ein solches Zustimmungserfordernis spricht, dass den Eltern gem. § 1626 Abs. 1 BGB die Personensorge für ihr Kind zusteht. Dieses Recht umfasst grundsätzlich das Recht und die Verpflichtung zur Pflege, Erziehung und Betreuung des Kindes. Hierzu gehört auch für die physische und psychische Gesundheit Sorge zu tragen. Gleichzeitig sieht aber § 1626 Abs. 2 BGB vor, dass die Eltern die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis ihres Kindes zu*

<sup>221</sup> vgl. dazu auch Bullmann in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 1626 BGB (Stand: 14.12.2022) Rn. 28 mwN.

selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln berücksichtigen müssen. Gerade in Hinblick auf Entscheidungen, die den höchstpersönlichen Lebensbereich und damit das grundrechtlich in Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen betreffen, hat der Gesetzgeber der zunehmenden Mündigkeit von Kindern an verschiedenen Stellen Rechnung getragen. ... (wird näher ausgeführt).

Diese Grundsätze sind auch auf den Schwangerschaftsabbruch bei Minderjährigen anzuwenden (...). Auch der Schwangerschaftsabbruch ist ein medizinischer Eingriff, der jedoch in Hinblick auf die weitreichenden Folgen für den nasciturus gravierend ist. Wenn man ... per se aufgrund der Schwere des Eingriffs und der mit der Entscheidung verbundenen Verantwortung von einer Zustimmungsbedürftigkeit der gesetzlichen Vertreter ausginge (so OLG Hamburg, FamRZ 2014, 1213), würde dies eine Umgehung der vom Gesetzgeber inzwischen ausdrücklich gewünschten Einzelfallprüfung bedeuten....

Die Entscheidung über den Abbruch einer Schwangerschaft betrifft den engen Kern des grundrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG). ... In seiner Entscheidung vom 28.05.1993 (FamRZ 1993, 899) hat das Bundesverfassungsgericht das Persönlichkeitsrecht der Schwangeren umfassend mit dem Schutzrecht des ungeborenen Kindes (Art. 1 Abs. 1 GG) abgewogen und angeordnet, unter welchen Voraussetzungen eine Schwangerschaft trotz des weiterhin bestehenden Verbots abgebrochen werden kann. ... (es folgen Ausführungen zu der nach § 218a StGB vor einem Schwangerschaftsabbruch notwendigen sog. Konfliktberatung). Diese Beratung ... hat sich von dem Bemühen leiten zu lassen, die Frau zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen und ihr Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zu eröffnen; ... Dabei muss der Frau bewusst sein, dass das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat und dass deshalb nach der Rechtsordnung ein Schwangerschaftsabbruch nur in Ausnahmesituationen in Betracht kommen kann, wenn der Frau durch das Austragen des Kindes eine Belastung erwächst, die so schwer und außergewöhnlich ist, dass sie die zumutbare Opfergrenze übersteigt. ...

Hat aber die einwilligungsfähige Minderjährige die

Konfliktberatung durchlaufen und ist der beratende Arzt nach ernster Prüfung zu der Überzeugung gelangt, dass sie über die hinreichende Einsichtsfähigkeit verfügt, gibt es keinen Grund mehr, ihr die Alleinentscheidungskompetenz zu versagen.“

OLG Frankfurt, Urteil vom 16. Juli 2019 - 8 U 228/17 - MedR 2020, 679, juris Rn. 50 ff., für **Zirkumzision** (Beschneidung beim Mann) bei einem 16-jährigen Patienten zu der bis 25.02.2013 geltenden Rechtslage (vgl. nunmehr § 1631d BGB):

„ ...Der Kläger war ... grundsätzlich einwilligungsfähig. Bei der Konkretisierung stellt man im Allgemeinen darauf ab, ob der Minderjährige konkret „nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermag“ (vgl. BGH, Urteil vom 05.12.1958 - VI ZR 266/57 - BGHZ 29, 33...). Neben diesem kognitiven Moment ist jedoch noch ein voluntatives Element erforderlich. Der Minderjährige ist demnach auch dann einwilligungsunfähig, wenn er zwar über die erforderliche Einsichtsfähigkeit verfügt, aber nicht in der Lage ist, sich nach ihr zu verhalten (...). Bei einem 16 Jahre alten Patienten kann man in Bezug auf eine radikale Zirkumzision eine so verstandene Einwilligungsfähigkeit annehmen. Anhaltspunkte dafür, dass dies beim Kläger - etwa wegen einer Entwicklungsverzögerung - anders liegen könnte, fehlen.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts reichte jedoch eine Einwilligung allein des Klägers nicht aus.

Nach dem bis zum 25. Februar 2013 geltenden Recht genügte die Einwilligung allein eines Minderjährigen zumindest bei einerseits aufschiebbaren, andererseits aber nicht unwichtigen Entscheidungen über eine ärztliche Behandlung nicht (vgl. etwa BGH, Urteil vom 16.11.1971 - VI ZR 76/70 - NJW 1972, 335; noch enger BGH, Urteil vom 16.04.1991 - VI ZR 176/90 - NJW 1991, 2344 ... und Urteil vom 15.06.2010 - VI ZR 204/09 - NJW 2010, 2430...). ..Bei einer radikalen Zirkumzision handelt es sich keineswegs um einen lediglich geringfügigen Eingriff (...), was sich zum einen aus den hier unstrittig eingetretenen Folgen der Operation (vgl. auch die in dem Fall des LG Frankenthal, Urteil vom 14.09.2004 - 4 O 11/02 - geschilderten Folgen der Beschneidung) und zum anderen aus dem Umstand ergibt, dass eine

Beschneidung nicht mehr ohne Weiteres rückgängig gemacht werden kann (vgl. etwa OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 21.08.2007 - 4 W 12/07 - NJW 2007, 3580, ...).

Zur Wirksamkeit der Einwilligung hätte es daher im Streitfall der Einwilligung (und zuvor der Aufklärung) des Klägers und beider Eltern des Klägers (sog. Co-Konsens) bedurft. Die unzweifelhafte vorliegende Einwilligung nur des Vaters des Klägers zu der Operation reichte nicht aus, um den Eingriff in die körperliche Integrität des Klägers zu rechtfertigen:

Die elterliche Sorge für den Kläger stand nämlich beiden Elternteilen gemeinsam zu. § 1627 BGB setzt das voraus. Rechtsgeschäftlich haben beide Eltern ihr Kind im Sinne einer Gesamtvertretung zu vertreten (§ 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB). Wenn die Einwilligung der Eltern in einen ärztlichen Eingriff bei ihrem Kind auch kein Rechtsgeschäft ist, sondern Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen, die in den Rechtskreis des Gestattenden eingreifen, so ist auch diese Einwilligung Ausübung der elterlichen Personensorge mit der Folge, dass sie wirksam nur im Einvernehmen beider Eltern erteilt werden kann (vgl. etwa BGH, Urteil vom 28.06.1988 - VI ZR 288/87 - NJW 1988, 2946...).

Wenn es um die ärztliche Behandlung eines minderjährigen Kindes geht, wird allerdings typischerweise davon ausgegangen werden können, dass der mit dem Kind beim Arzt oder im Krankenhaus vorschlagende Elternteil aufgrund einer allgemeinen Funktionsaufteilung zwischen den Eltern auf diesem Teilgebiet der Personensorge oder einer konkreten Absprache ermächtigt ist, für den Abwesenden die erforderliche Einwilligung in ärztliche Heileingriffe nach Beratung durch den Arzt mitzuerteilen. Der Arzt wird in Grenzen auf eine solche Ermächtigung vertrauen dürfen, solange ihm keine entgegenstehenden Umstände bekannt sind. Sicherlich widerspricht es dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen dem Arzt und den Sorgeberechtigten eines behandlungsbedürftigen Kindes, stets den Nachweis einer irgendwie gearteten Ermächtigung oder Einverständniserklärung des nicht anwesenden Elternteiles beim Arzt zu verlangen. Eine derartige bürokratische Handhabung wäre nicht nur ganz unpraktikabel, sie würde in der Regel auch nicht der Interessenlage der Eltern gerecht

(vgl. wiederum BGH, Urteil vom 28.06.1988 - VI ZR 288/87 - NJW 1988, 2946 ...). Dementsprechend wird man in Routinefällen (1. Fallgruppe) davon ausgehen können, dass der mit dem Kind beim Arzt erscheinende Elternteil ermächtigt ist, die Einwilligung in die ärztliche Behandlung für den abwesenden Elternteil mitzuerteilen, worauf der Arzt in Grenzen vertrauen darf, solange ihm keine entgegenstehenden Umstände bekannt sind (vgl. BGH, Urteil vom 28.06.1988 - VI ZR 288/87 - NJW 1988, 2946 ..; Urteil vom 15.02.2000 - VI ZR 48/99 - NJW 2000, 1784 ...; Urteil vom 15.06.2010 - VI ZR 204/09 - NJW 2010, 2430 ...).

In anderen Fällen, in denen es um ärztliche Eingriffe schwererer Art mit nicht unbedeutenden Risiken geht (2. Fallgruppe), wird sich der Arzt jedoch darüber hinaus vergewissern müssen, ob der erschienene Elternteil die beschriebene Ermächtigung des anderen hat und wie weit diese reicht; er wird aber, solange dem nichts entgegensteht, auf eine wahrheitsgemäße Auskunft des erschienenen Elternteils vertrauen dürfen (vgl. BGH, Urteil vom 28.06.1988 - VI ZR 288/87 - NJW 1988, 2946 ...; Urteil vom 15.06.2010 - VI ZR 204/09 - NJW 2010, 2430 ...).

Geht es allerdings um schwierige und weitreichende Entscheidungen über die Behandlung des Kindes, die mit erheblichen Risiken für das Kind verbunden sind (3. Fallgruppe), dann liegt eine Ermächtigung des einen Elternteils zur Einwilligung in ärztliche Eingriffe bei dem Kind durch den anderen nicht von vornherein nahe. Sie folgt weder aus einer üblichen Funktionsteilung zwischen den Eltern bei der Wahrnehmung der Personensorge, noch kann sich der Arzt, auch wenn er keinen Anhalt für Differenzen zwischen den Eltern des Kindes über die anzustrebende Behandlung hat, darauf verlassen, der ihm gegenüber auftretende Elternteil habe freie Hand, solche schwierigen Entscheidungen allein zu treffen. Ein Anschein spricht dafür nicht. Eine andere rechtliche Beurteilung würde die Berechtigung und Verpflichtung des anderen Elternteiles, die Personensorge für das Kind gerade in besonders wichtigen Angelegenheiten mit wahrzunehmen, auch unterlaufen. Ihm muss die Möglichkeit gegeben werden, darauf Einfluss zu nehmen, wie die Entscheidung für die ärztliche Behandlung des Kindes ausfällt. Deshalb muss sich der Arzt in einem solchen Fall die Gewissheit verschaffen, dass der nicht erschienene Elternteil

mit der vorgesehenen Behandlung des Kindes einverstanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 28.06.1988 - VI ZR 288/87 - NJW 1988, 2946, 2947; Urteil vom 15.06.2010 - VI ZR 204/09 - NJW 2010, 2430...).

*Die hier in Rede stehende Operation fällt in die zweite der beschriebenen Kategorien (ärztliche Eingriffe schwererer Art mit nicht unbedeutenden Risiken), da es sich nicht um einen bloßen „Routinefall“ im Sinne der obigen Abgrenzung handelt ... Dies hat zur Folge, dass sich der Beklagte hier hätte vergewissern müssen, ob der Vater des Klägers die beschriebene Ermächtigung der Mutter hat und wie weit diese reicht.“*

OLG Frankfurt, Beschluss vom 17. August 2021 - 6 UF 120/21 - MedR 2022, 224, juris Rn. 17, zur **Corona-Schutzimpfung** mit einem mRNA-Impfstoff bei einem knapp 16-jährigen Patienten zum wissenschaftlichen Erkenntnisstand im Sommer 2021.<sup>222</sup>

*„... Denn selbst bei der hier naheliegenden Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen betrifft § 630d BGB lediglich die Einwilligungsfrage in die tatsächliche ärztliche Behandlung und nicht die rechtliche Vertragsbeziehung des der Behandlung zugrundeliegenden Vertrages zwischen dem Minderjährigen bzw. seinen Eltern und dem handelnden bzw. impfenden Arzt (...). Auch teilt der Senat die wohl überwiegend vertretene Ansicht, dass es bei einem nicht geringfügigen medizinischen Eingriff - wie der noch nicht als Standard-Impfung geltenden Impfung gegen das Corona-Virus - es zur Wirksamkeit der Einwilligung des Patienten auch der Einwilligung der sorgeberechtigten Eltern im Wege eines sog. Co-Konsenses bedarf...“*

(4) Eine Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen beschränkt sich auf die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit, also die deliktische und vertragliche

<sup>222</sup> zu Corona-Schutzimpfungen bei Minderjährigen weiterhin: Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 5. Juli 2022 - 13 UF 42/22 - FamRZ 2022, 1704 - juris Rn. 23; OLG Rostock, Beschluss vom 10. Dezember 2021 - 10 UF 121/21 - FamRZ 2022, 192, juris Rn. 28.

Rechtmäßigkeit des Eingriffs. Hingegen richtet sich ausschließlich nach den rechtsgeschäftlichen Regelungen, ob der Minderjährige zum Abschluss des ärztlichen **Behandlungsvertrages** berechtigt ist oder ob er hierzu gemäß § 107 BGB (im Kern vergleichbar mit Art. 15 ZGB i.V.m. Art 14 Abs. 2 ZGB) der Zustimmung der Eltern bedarf.<sup>223</sup> Dies kann zu einem Auseinanderfallen von Einwilligungsbefugnis und Geschäftsfähigkeit bzw. beschränkter Geschäftsfähigkeit führen und rechtliche Brüche auslösen; beispielsweise dergestalt, dass der behandelnde Arzt zwar rechtmäßig in die körperliche Integrität des Minderjährigen eingreifen darf, für seine Tätigkeit aber mangels eines wirksamen Behandlungsvertrages kein Honorar erhält.

## bb) Aufklärung des Personensorgeberechtigten

Soweit ein Minderjähriger nicht oder nicht alleine einwilligungsfähig ist, richtet sich die Einwilligungsbefugnis - und damit korrespondierend die Aufklärungspflicht - nach den familienrechtlichen Regelungen zur **Personensorge**.<sup>224</sup> Über das Vorliegen einer entsprechenden Einwilligung und über eine hinreichende Aufklärung muss sich der behandelnde Arzt vergewissern. Auch in einer dezentralen Organisationsstruktur darf er sich ohne konkrete Anhaltspunkte nicht darauf verlassen, dass andere vorher tätig gewesene Ärzte bereits eine wirksame Einwilligung der Personensorgeberechtigten eingeholt haben.<sup>225</sup>

(1) **Eltern** steht die Personensorge in Deutschland gesetzlich gemäß § 1626 BGB **gemeinschaftlich** zu, wenn sie bei der Geburt verheiratet sind.<sup>226</sup> Sind sie

<sup>223</sup> BGH, Urteil vom 5. Dezember 1958 - VI ZR 266/57 - BGHZ 29, 33, juris Rn. 15; OLG Frankfurt, Beschluss vom 17. August 2021 - 6 UF 120/21 - MedR 2022, 224, juris Rn. 17, soeben auszugsweise zitiert; Bullmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/ Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 1626 BGB (Stand: 14.12.2022) Rn. 29; Döll in: Erman BGB, 16. Auflage, § 1626 Rn. 16c; allgemeine Meinung.

<sup>224</sup> BGH, Urteil vom 28. Juni 1988 - VI ZR 288/87 - BGHZ 105, 45, juris Rn. 12; Bullmann in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 1626 BGB (Stand: 14.12.2022) Rn. 26; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 143.

<sup>225</sup> BGH, Urteil vom 28. Juni 1988 - VI ZR 288/87 - BGHZ 105, 45, Rn. 19.

<sup>226</sup> BGH, Urteil vom 28. Juni 1988 - VI ZR 288/87 - BGHZ 105, 45,

bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, erwächst ihnen die elterliche Sorge gemeinsam, sofern sie eine gemeinsame Sorgeerklärung abgeben, einander heiraten oder ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt. Ansonsten kommt die elterliche Sorge der Mutter zu (§ 1626a BGB). Andere Entscheidungen können vom Familiengericht getroffen werden.

Das georgische Familienrecht entspricht dem zumindest in den hier relevanten Grundzügen, vor allem in der grundsätzlich gemeinsamen Personensorge der Eltern (Art. 1200, Art. 1198 ZGB). Daher stellen sich die nachfolgend erörterten Fragen - ggf. mit der einen oder anderen Akzentverschiebung - jedenfalls im rechtlichen Ausgangspunkt auch in Georgien.

(2) Bei einer gemeinsamen Personensorge können sich die Eltern **ermächtigen**, dass einer der beiden alleine über die wirksame Einwilligung zu einer Operation oder anderen medizinischen Behandlung entscheiden kann.<sup>227</sup> Hieran ändert nichts, dass die Einwilligung in eine medizinische Behandlung keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern Teil der rechtlichen Handlungsfähigkeit eines Menschen ist.<sup>228</sup>

Hiervon ausgehend ist in der Rechtsprechung das sog. **Drei-Stufen-Modell**<sup>229</sup> entwickelt worden, das auch in dem (unter II. 6. a) bb) (3)) bereits auszugsweise referierten Urteil des OLG Frankfurt erwähnt

---

juris Rn. 12; Döll in: Erman BGB, 16. Auflage, § 1626 Rn. 16b; allgemeine Meinung.

<sup>227</sup> BGH, Urteil vom 28. Juni 1988 - VI ZR 288/87 - BGHZ 105, 45, juris Rn. 14 ff.; BGH, Beschluss vom 29. April 2020 - XII ZB 112/19 - BGHZ 225, 184, juris Rn. 22.

<sup>228</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 52; Staudinger/Klumpp (2021) Vorbemerkung zu §§ 104 ff. Rn. 38; vgl. zur Rechtsnatur auch: BGH, Urteil vom 5. Dezember 1958 - VI ZR 266/57 - BGHZ 29, 33, juris Rn. 12 ff.

<sup>229</sup> BGH, Urteil vom 28. Juni 1988 - VI ZR 288/87 - BGHZ 105, 45, juris Rn. 19 ff.; BGH, Urteil vom 15. Juni 2010 - VI ZR 204/09 - NJW 2010, 2430, juris Rn. 15 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 29. September 2015 - I-26 U 1/15 - GesR 2016, 90, juris Rn. 35 ff.; Staudinger/Klumpp (2021) Vorbemerkung zu §§ 104 ff. Rn. 105; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 18.

wird. Zusammenfassend besagt dieses Drei-Stufen-Modell:

- Bei **Routinebehandlungen** darf im Regelfall davon ausgegangen werden, dass der mit Kind beim Arzt erscheinende Elternteil ermächtigt ist, die Einwilligung in die ärztliche Behandlung für den abwesenden Elternteil mitzuerteilen.

Eine derartige Routinemaßnahme wird bei Behandlungen, die mit Eingriffen in die körperliche Integrität verbunden sind, nur ausnahmsweise angenommen. Man wird eine solche Ausnahme aber für das Nähen einer kleineren Wunddehiszenz ohne Lokalanästhesie bejahen können.<sup>230</sup> Bei einer diagnostischen Zwecken dienenden Blutabnahme liegt eine reine Routinemaßnahme umso näher, als bei ihr sogar eine Aufklärung entbehrlich ist (dazu unter II. 5. c) cc)). Ob Standard-Impfungen zu den Routinebehandlungen zählen, ist in der Rechtsprechung bislang nicht entschieden. Dagegen spricht, dass der Bundesgerichtshof eine Standard-Impfung im Rahmen von § 1687 BGB (dazu sogleich unter (3)) als eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung erachtet, so dass bei ihr das Sorgerecht selbst bei getrenntlebenden Eltern nur gemeinsam ausgeübt werden kann.<sup>231</sup> Damit dürfte sich schwer vertragen, sie im Sinne einer zu vermutenden Ermächtigung als reine Routinebehandlung einzustufen.

- Bei ärztlichen **Eingriffen schwererer Art** muss sich der Arzt darüber hinaus vergewissern, ob der erschienene Elternteil die Ermächtigung des anderen hat und wie weit diese reicht. Solange keine gegenteiligen Anhaltspunkte, wie etwa eheliche Zerwürfnisse oder ein elterlicher Streit über das Personensorgerecht, bestehen, wird der Arzt im Regelfall auf eine wahrheitsgemäße Auskunft des erschienenen Elternteils vertrauen dürfen. Je nach Lage des konkreten Falles kann es aber auch erforderlich sein, auf den erschienenen Elternteil dahin einzuwirken, dass dieser den vorgesehenen ärztlichen Eingriff sowie dessen

---

<sup>230</sup> vgl. zu Routinebehandlung im Sinne der Dokumentationspflicht: KG Berlin, Urteil vom 13. Oktober 2014 - 20 U 224/12 - juris Rn. 20.

<sup>231</sup> BGH, Beschluss vom 3. Mai 2017 - XII ZB 157/16 - MedR 2018, 39, juris Rn. 18 ff., dazu sogleich unter (3); vgl. auch Staudinger/Salgo (2019) BGB § 1688 Rn. 27.



Chancen und Risiken noch einmal mit dem anderen Elternteil bespricht und danach dessen Einwilligung, ggf. in Schriftform, beibringt. In diese Fallgruppe dürfte die überwiegende Anzahl der medizinischen Eingriffe fallen, etwa Injektionen und eher kleinere operative Maßnahmen.<sup>232</sup>

- Geht es dagegen um **schwierige und weit reichende Entscheidungen** über die Behandlung des Kindes, etwa um eine Herzoperation, um eine Gehirnoperation oder um eine Operation an der Wirbelsäule, liegt nicht von vornherein nahe, dass der sich nicht selbst gegenüber dem Arzt äussernde Elternteil den anderen Elternteil ermächtigt hat, in einen beim Kind vorzunehmenden ärztlichen Eingriff einzuwilligen. Deshalb muss sich der Arzt in einem solchen Fall die Gewissheit verschaffen, dass der nicht erscheinende Elternteil mit der vorgesehenen Behandlung des Kindes einverstanden ist. Im Regelfall wird er hierzu eine schriftliche Erklärung benötigen.

(3) Nach § 1687 BGB ist bei **getrenntlebenden Eltern** für Entscheidungen in Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, ein beiderseitiges Einvernehmen erforderlich. Anderes gilt für Angelegenheiten des täglichen Lebens, also solche, die häufig vorkommen und die keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben. Zu deren Vornahme ist bei getrenntlebenden Eltern jener Elternteil berechtigt, bei dem sich das Kind im gegenseitigen Einvernehmen oder auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung regelmäßig aufhält.

Als eine derartige Entscheidung von erheblicher Bedeutung erachtet der Bundesgerichtshof die Einwilligung in eine Impfung, auch in eine Standardimpfung.<sup>233</sup> Er begründet dies damit, dass für jede Impfung gesondert über eine Abwägung von Nutzen und Risiken zu befinden sei und daher eine Entscheidung für oder gegen eine Impfung nicht häufig anfallt. Das gelte selbst, soweit Wiederholungen oder Auffrischungen der Impfung notwendig seien, weil auch

dann die Entscheidung regelmäßig nur einmal vor der ersten Impfung getroffen werde. Zudem könne eine Impfung schwer abzuändernde Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben; und zwar unabhängig davon, ob die Infektionsrisiken im Fall der Nichtimpfung die Impfrisiken überwiegen oder umgekehrt.

Diese Entscheidung wirkt sich wegen der identischen tatbestandlichen Voraussetzungen mittelbar dahin aus, dass bei Impfungen die Familiengerichte die elterliche Entscheidung zu ersetzen haben, soweit sich die Eltern bei einer gemeinsamen Personensorge nicht verständigen können. Diese Thematik hat die deutschen Gerichte insbesondere im Zusammenhang mit Covid-Schutzimpfungen beschäftigt.<sup>234</sup>

(4) Besonderheiten sind während des Geburtsablaufs hinsichtlich der vorgeburtlichen Schutzrechte des **Nasciturus** zu beachten.<sup>235</sup> Da dessen gesundheitlichen Belange untrennbar mit jenen der Mutter verbunden sind, wird diese in Bezug auf die zum Geburtsablauf anstehenden Behandlungsentscheidungen, einschließlich der Entbindungsmethode, als natürliche Sachwalterin des Nasciturus verstanden.<sup>236</sup>

Nicht gerichtlich entschieden ist, zu welchem Zeitpunkt diese natürliche Sachwalterschaft der Mutter endet bzw. ab wann die formal mit der Geburt entstehende gemeinsame Personensorge verheirateter Eltern Geltung beansprucht. Zumindest wird man die Mutter in aller Regel für die im Kreißaal anstehenden

<sup>232</sup> so OLG Frankfurt, Urteil vom 16. Juli 2019 - 8 U 228/17 - MedR 2020, 679, juris Rn. 50 ff., für Zirkumzision, unter II. 6. a) bb) (3) auszugsweise wiedergegeben).

<sup>233</sup> BGH, Beschluss vom 3. Mai 2017 - XII ZB 157/16 - MedR 2018, 39, juris Rn. 18 ff.

<sup>234</sup> vgl. den unter II. 6. a) aa) (3) erwähnten Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt mwN.

<sup>235</sup> gl. zu diesen Schutzrechten: BGH, Urteil vom 6. Dezember 1988 - VI ZR 132/88 - BGHZ 106, 153, juris Rn. 12; Wilhelmi in: Erman BGB, 16. Auflage, § 823 Rn. 22; umfassende Zusammenstellung der Rechtsfragen im Zusammenhang mit einer Verletzung der Leibesfrucht bei: Staudinger/Hager (2017) § 823 BGB Rn. B 42.

<sup>236</sup> BGH, Urteil vom 6. Dezember 1988 - VI ZR 132/88 - BGHZ 106, 153, juris Rn. 17; BGH, Urteil vom 14. September 2004 - VI ZR 186/03 - NJW 2004, 3703, juris Rn. 9; BGH, Versäumnisurteil vom 28. Oktober 2014 - VI ZR 125/13 - MedR 2015, 721, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 28. August 2018 - VI ZR 509/17 - NJW-RR 2019, 17, juris Rn. 23; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 154; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 17; Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 94.

Behandlungsentscheidungen noch als natürliche Sachwalterin des Neugeborenen erachten können. Für die unmittelbar danach zu treffenden Maßnahmen dürfte im Regelfall nicht fern liegen, dass der Ehemann die Mutter konkludent ermächtigt hat, reine Routinefragen eigenverantwortlich zu befinden.

(5) Wegen der notwendigen Beteiligung eines einwilligungsunfähigen Minderjährigen am Aufklärungsprozess wird auf die nachfolgenden Ausführungen unter II. 6. b) aa) verwiesen.

### b) Volljährige/Demente/Betreute

Bei Volljährigen, die in ihrer kognitiven Leistungsfähigkeit nicht stärker eingeschränkt sind, ist im Regelfall davon auszugehen, dass eine Einwilligungsfähigkeit besteht.<sup>237</sup> Anderes kann beispielsweise gelten, wenn bei einem vielfach aus kosmetischen Gründen voroperierten Patienten die Möglichkeit einer psychisch-neurotischen Fehlhaltung in Betracht zu ziehen ist.<sup>238</sup>

Die Einwilligungsfähigkeit von Dementen und anderen Personen mit eingeschränkter kognitiver Leistungsfähigkeit - und parallel hierzu die Aufklärungspflicht - richtet sich nach den bei den Minderjährigen dargestellten Kriterien (dazu unter II. 6. a) aa)).

#### aa) Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht

Die Menschenwürde und das Persönlichkeitsrecht gebieten es, Menschen mit einem eingeschränkten kognitiven Leistungsvermögen Rahmenbedingungen zu verschaffen, die es ihnen eröffnen, eine zunächst nicht uneingeschränkt vorhandene **Einwilligungsfähigkeit** so weit wie möglich **zu erlangen**. Dazu können

vor allem bei Dementen eine besonders sensible Gesprächsführung, vertraute äußere Umstände sowie vor allem die Beziehung und Einbindung von Vertrauens- und Bezugspersonen zählen.<sup>239</sup> Als Faustregel kann auch bei Erwachsenen mit eingeschränkten kognitiven Fähigkeiten gelten, dass eine Einsichtsfähigkeit je eher besteht, je geringer die Risiken und je dringender und weniger schwer der Eingriff ist und je weniger die kognitive Leistungsfähigkeit des Patienten beeinträchtigt ist (vgl. bei Minderjährigen II. 6. a) aa) (1)). Im Einzelfall mag auch berücksichtigt werden können, ob dem dementen Patienten eine sich wiederholende Behandlung aus einer Zeit vertraut ist, zu der an seiner Einwilligungsfähigkeit keine Zweifel bestehen.

Soweit ein Patient zweifelsfrei nicht einwilligungsfähig ist, darf er **nicht bloßes Objekt medizinischen Handelns** werden.<sup>240</sup> Er ist daher in geeigneten Fällen anzuhören und an dem Aufklärungsgespräch mit dem zur Entscheidung über die Einwilligung zuständigen Dritten zu beteiligen; jedenfalls aber, so weit möglich, über dieses zu unterrichten. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu im Jahr 2011 ausgeführt:<sup>241</sup>

*„Auch beim Einwilligungsunfähigen ist ... (eine) ärztliche Aufklärung über die beabsichtigte Maßnahme nicht von vornherein entbehrlich. Als Grundlage einer rechtfertigenden Einwilligung kann die Aufklärung eines Einwilligungsunfähigen zwar nicht dienen; unter diesem Gesichtspunkt ist sie ihm gegenüber insofern funktionslos (...). Unabhängig von der Frage, ob durch Aufklärung eine wirksame Einwilligung zu erlangen ist, darf aber auch ein Einwilligungsunfähiger über das Ob und Wie einer Behandlung, der er unterzogen wird, grundsätzlich nicht im Unklaren gelassen werden (...). Eine den Verständnismöglichkeiten des Betroffenen entsprechende Information über die beabsichtigte Behandlung und ihre Wirkungen erüb-*

<sup>237</sup> vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012, BT-Drucks. 17/10488, S. 23; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rußmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 15; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 72.

<sup>238</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. Oktober 2000 - 8 U 116/99 - VersR 2001, 1380, juris Rn. 30; OLG Köln, Urteil vom 3. Februar 1999 - 5 U 118/98 - VersR 1999, 1371, juris Rn. 8.

<sup>239</sup> vgl. zu Aufklärungsgesprächen mit Dementen: S2k-Leitlinie „Einwilligung von Menschen mit Demenz in medizinische Maßnahmen“ der Deutschen Gesellschaft für Neurologie e.V., (German Neurological Society) <https://dgn.org/artikel/2090>.

<sup>240</sup> BVerfG, Beschluss vom 18. November 2004 - 1 BvR 2315/04 - MedR 2005, 91, juris Rn. 27.

<sup>241</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. März 2011 - 2 BvR 882/09 - BVerfGE 128, 282, juris Rn. 59).

rigt sich daher nicht (vgl. auch UN-Grundsätze für den Schutz von psychisch Kranken, Grundsatz 11 Abs. 9).“

Diese ärztliche Pflicht ist inzwischen in § 630d Abs. 5 BGB gesetzlich niedergelegt. Danach sind bei einer Einwilligungsunfähigkeit dem Patienten die für die Einwilligung wesentlichen Umstände entsprechend seinem Verständnis zu erläutern, soweit dieser aufgrund seines Entwicklungsstandes und seiner Verständnismöglichkeiten in der Lage ist, die Erläuterung aufzunehmen, und soweit dies seinem Wohl nicht zuwiderläuft.

Zu beachten ist hierbei, dass die letztgenannte Einschränkung im Regelfall nur das **Eltern-Kind-Verhältnis** betrifft. Dies folgt daraus, dass die Bestimmung des Kindeswohls, und damit auch die Einbindung eines Kindes in die ärztliche Aufklärung, primär den Eltern zusteht. Der Arzt hat daher bei einem offenkundig einwilligungsunfähigen Kind grundsätzlich zu respektieren, wie die Eltern das Kindeswohl verstehen. Er darf folglich in die spezifische Eltern-Kind-Beziehung gegen den elterlichen Willen nicht mehr als unvermeidbar eingreifen und ein Aufklärungsgespräch mit dem Kind im Regelfall nur bei einem Einverständnis der Eltern führen.<sup>242</sup>

Bei einwilligungsunfähigen **volljährigen Patienten** wird hingegen nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen angenommen werden können, dass eine Erläuterung der medizinischen Behandlung und der für die Einwilligung maßgebenden Umstände dem Wohl des Patienten zuwiderläuft.<sup>243</sup> Dies gilt grundsätzlich auch, wenn für den Patienten eine Betreuung angeordnet ist oder wenn ein Bevollmächtigter<sup>244</sup> bestellt ist. Zwar hat bei einer Betreuung (in ihrer Funktion der Vormundschaft und Fürsorge georgischen Rechts;

Art. 1287 ff. ZGB vergleichbar) gemäß § 1901 Abs. 2 Satz 1 BGB primär der Betreuer über das Wohl des Betreuten zu entscheiden (vgl. im georgischen Recht Art. 1289 Abs. 2 ZGB). Anders als das Elternrecht ist diese Befugnis aber nicht verfassungsrechtlich verankert, so dass sie gegenüber der ärztlichen Pflicht, die Menschenwürde und das Persönlichkeitsrecht des Patienten im Rahmen einer medizinischen Behandlung zu wahren, stärker eingeschränkt werden kann.<sup>245</sup> Daher ist der Arzt bei einem Betreuten im Regelfall gehalten, die medizinische Behandlung und die für die Einwilligung maßgebenden Umstände dem Patienten zu erläutern. Hiervon mag aber abgesehen werden können, wenn sichergestellt ist, dass eine solche Erläuterung vom Betreuer vorgenommen wird und vor allem auch medizinisch sachgerecht vorgenommen werden kann (vgl. zu der Pflicht des Vormundes und Fürsorgers georgischen Rechts: Art. 1289 Abs. 2 ZGB).

Verstöße gegen diese Pflicht führen nicht zur Unwirksamkeit einer von dem Betreuer, nach dessen hinreichender Aufklärung, erteilten Einwilligung.<sup>246</sup> Sie stellen aber eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Betreuten dar und können nach näherer Maßgabe der im nationalen Recht hierfür entwickelten Kriterien entsprechende Rechtsfolgen auslösen.<sup>247</sup> Wegen der eher hohen Anforderungen (u.a. „schwerwiegender Eingriff“), die in Deutschland bei einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts an den Ersatz eines Nichtvermögensschadens gestellt werden,<sup>248</sup> dürften solche Ansprüche in der Praxis aber eher selten in Betracht kommen.

## bb) Vorgehensweise

<sup>242</sup> vgl. im Einzelnen: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 169.

<sup>243</sup> vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012, BT-Drucks. 17/10488, S. 29; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 169.

<sup>244</sup> im Folgenden werden zur Vereinfachung teilweise nur die Rechtsfolgen bei der Bestellung eines Betreuers behandelt; grundsätzlich gilt aber beim Bevollmächtigten stets Vergleichbares.

<sup>245</sup> vgl. auch Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 169.

<sup>246</sup> Rehborn/Gescher in: Erman BGB, 16. Auflage, § 630e Rn. 24; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 58; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 171 mwN.

<sup>247</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 171 mwN; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 58.

<sup>248</sup> BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - VI ZR 211/12 - BGHZ 199, 237, juris Rn. 38 ff. mwN

Besteht bei einem Erwachsenen eine Einwilligungsunfähigkeit, ist im deutschen Recht folgendes Vorgehen geboten:<sup>249</sup>

- Vorrangig ist maßgebend, was der nunmehr einwilligungsunfähige Patient im wirksam in einer **Patientenverfügung** (§ 1901a Abs.1 BGB) niedergelegt hat.
- Ist eine wirksame Patientenverfügung nicht vorhanden oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, kommt es darauf an, ob der Patient vor Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit einen einschlägigen **Behandlungswunsch**, also einen tatsächlichen Patientenwillen, geäußert hat. Dieser ist dann gemäß § 1901a Abs. 2 und 6 BGB von seinem durch eine Vorsorgevollmacht (§§ 1896 Abs. 2 S 2, 1901c Satz 2 BGB) bestellten Bevollmächtigten bzw. durch seinen gerichtlich bestellten Betreuer umzusetzen.
- Lässt sich ein auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation bezogener Wille des Betroffenen nicht feststellen, hat ein **Bevollmächtigter** oder, wenn keine Vorsorgevollmacht besteht, ein gerichtlich eingesetzter **Betreuer** die Einwilligung entsprechend dem **mutmaßlichen Willen des Patienten** (§ 1901a Abs. 2 und 6 BGB) zu erteilen oder zu verweigern.

Die Bestellung eines Betreuers oder das Vorhandensein eines Bevollmächtigten hat weiter zur Folge, dass durch sie die rechtliche Handlungsfähigkeit des Patienten (in der Person des ihn vertretenden Betreuers bzw. Bevollmächtigten) wiederhergestellt ist. Daher können der Arzt und das Pflegepersonal nicht unmittelbar auf den mutmaßlichen Willen des einwilligungsunfähigen Patienten "durchgreifen"; d.h. sie können nicht selbst entscheiden, worauf der mutmaßliche Willen des Patienten gerichtet ist und hieran die Behandlung ausrichten. Vielmehr haben sie zu respektieren, wie der gesetzlich hierzu berufene Betreuer bzw. Bevollmächtigte den mutmaßlichen Wil-

len des Patienten ermittelt und versteht.<sup>250</sup>

Den Betreuer trifft seinerseits die Pflicht, seine Entscheidung allein am mutmaßlichen Willen des Patienten auszurichten, also nicht an seinen eigenen Wertmaßstäben oder an seiner eigenen mutmaßlichen Entscheidung. Dem Willen des Patienten hat der Betreuer selbst dann Geltung zu verschaffen, wenn dieser darauf gerichtet ist, bei einem irreversibel tödlichen Verlauf eines Grundleidens keine lebenserhaltenden oder lebensverlängernden Maßnahmen zu ergreifen.<sup>251</sup> Verstößt der Betreuer gegen diese Pflicht, kann sich der Arzt aber nicht einfach über die Entscheidung des Betreuers hinwegsetzen. Diese kann nur auf dem dafür im nationalen Verfahrensrecht vorgesehenen Weg durch das Gericht überprüft werden.

- Kann ein mutmaßlicher Wille nicht festgestellt werden, hat der Betreuer so zu entscheiden, wie dies den objektiven Interessen des Patienten am besten dient.<sup>252</sup>
- Ist weder durch eine Vorsorgevollmacht, ein Bevollmächtigter berufen noch gerichtlich ein Betreuer bestellt, sind **unaufschiebbare Maßnahmen** insoweit durchzuführen, als sie dem mutmaßlichen Willen des Patienten entsprechen.<sup>253</sup>

### c) Aufklärung bei Menschen mit Behinderungen und bei Sprachkundigen

Sowohl die UN-Behindertenrechtskonvention als auch die Schutzgarantien der Verfassung gebieten, dass **Menschen mit Behinderungen** so weit wie möglich in Stand gesetzt werden, die Aufklärung zu verstehen und eine selbstbestimmte Entscheidung über das Für und Wider der medizinischen Behandlung zu treffen.<sup>254</sup> Dies kann beispielsweise durch den Einsatz

<sup>249</sup> Darstellung angelehnt an Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 160.

<sup>250</sup> BGH, Beschluss vom 17. März 2003 - XII ZB 2/03- BGHZ 154, 205, juris Rn. 32.

<sup>251</sup> BGH, Beschluss vom 17. März 2003 - XII ZB 2/03 - BGHZ 154, 205, juris Rn. 44.

<sup>252</sup> BGH, Beschluss vom 17. März 2003- XII ZB 2/03 - BGHZ 154, 205, juris Rn. 44; näher zur mutmaßlichen Einwilligung unter II. 7. b).

<sup>253</sup> BGH, Beschluss vom 17. März 2003 - XII ZB 2/03 - BGHZ 154, 205, juris Rn. 44; dazu näher unter II. 7. b) aa).

<sup>254</sup> vgl. zur Inklusionsthematik umfassend: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 77 f. und Rn. 119.

von Gebärdendolmetschern<sup>255</sup> oder durch Unterstützung des Aufklärungsgesprächs mittels Symbolen, Fotos, Filmen, Schautafeln, anatomischen Atlanten oder Modellen geschehen.<sup>256</sup> Im Übrigen gilt hier sinngemäß, was unter II. 6. b) aa) zur Aufklärung von Menschen mit Einschränkungen des kognitiven Leistungsvermögens ausgeführt ist.

Nicht abschließend geklärt ist in Deutschland, wie Patienten aufzuklären sind, die der **Sprache** des Landes ihres Aufenthalts nicht mächtig sind.<sup>257</sup> Zwar besteht im Grundsatz Einvernehmen darüber, dass auch einem fremdsprachigen Patienten die Aufklärung in einer von ihm beherrschten Sprache verständlich zu vermitteln ist.<sup>258</sup> Uneinheitlich wird aber beantwortet, ob hierfür grundsätzlich ein ausgebildeter Dolmetscher einzusetzen ist und auf wessen Kosten dies ggf. zu geschehen hat oder ob entsprechend sprachkundiges medizinisches Personal oder ein sprachkundiger Familienangehöriger als Übersetzer herangezogen werden dürfen. Zudem gibt es unterschiedliche Auffassungen dazu, wie intensiv sich der Aufklärende in diesem Fall (etwa durch Rückfragen) darüber zu vergewissern hat, dass der tätig werdende Sprachmittler auch tatsächlich das Aufklärungsgespräch hinreichend sicher übersetzen kann.<sup>259</sup> Da diese Thematik in Georgien eine geringere praktische Bedeutung als in Deutschland haben dürfte, soll die Frage aber hier nur gestreift werden.

<sup>255</sup> Entwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012 - BT-Drucks. 17/10488, 25; Staudinger/ Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 119.

<sup>256</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 119; generell zu diesen Möglichkeiten: Rehborn/Gescher in Erman BGB, 16. Auflage, § 630e Rn. 27.

<sup>257</sup> dazu: OLG Köln, Urteil vom 9. Dezember 2015 - I-5 U 184/14 - VersR 2016, 994, juris Rn. 21 ff.; OLG Koblenz, Beschluss vom 25.02.2014 - 5 U 1535/13 - NJW-RR 2015, 21, juris Rn. 12; KG Berlin, Urteil vom 08.05.2008 - 20 U 202/06 - MedR 2009, 47, juris Rn. 21; Entwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012 - BT-Drucks. 17/10488, 25; Martis/Winkhart-Martis, MDR 2017, 858, 861 f.; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 121.

<sup>258</sup> Rehborn/Gescher in: Erman BGB, 16. Auflage, § 630e Rn. 30.

<sup>259</sup> vgl. zum Meinungsstand: Rehborn/Gescher in: Erman BGB, 16. Auflage, § 630e Rn. 30 ff.

## 7. Sondersituationen

### a) Verzicht auf Aufklärung

Einem Patienten ist es grundsätzlich möglich, im Rahmen einer Aufklärung „alles vertrauensvoll dem Arzt zu überlassen“ (vgl. § 630e Abs. 3 BGB).<sup>260</sup> An den **Verzichtswillen** sind dabei strenge Anforderungen zu stellen; er muss sich zweifelsfrei und eindeutig aus den Gesamtumständen ergeben.<sup>261</sup>

#### aa) Allgemeine Geschäftsbedingungen

Ein Verzicht auf eine weitergehende Aufklärung liegt nicht bereits darin, dass ein Patient im Rahmen eines Krankenhausaufnahmevertrages oder auf einem ihm ausgehändigten Aufklärungsbogen eine Klausel unterzeichnet, wonach er umfassend und ordnungsgemäß über die Risiken eines Eingriffs aufgeklärt worden sei. Zum einen ist eine solche Klausel in Allgemeinen **Geschäftsbedingungen**, die vorformulierte Krankenhausaufnahmeverträge und Aufklärungsbogen zweifelsfrei darstellen,<sup>262</sup> gemäß § 309 Nr. 12 b BGB zwingend unwirksam.<sup>263</sup> Zum anderen liegt ihr kein Verzichtswille zu Grunde, da der Patient durch eine solche Äußerung allenfalls bekundet, keine weiteren Fragen zu haben (dazu sogleich).

#### bb) Verzichtswille

Um wirksam verzichten zu können, muss der Patient zumindest eine grobe Vorstellung von der Information haben, auf die er verzichtet. Er muss also wenigstens in den Grundzügen wissen, um welche Maß-

<sup>260</sup> BGH, Urteil vom 9. Dezember 1958 - VI ZR 203/57 - BGHZ 29, 46, juris Rn. 22; BGH, Urteil vom 28. November 1972 - NJW 1973, 556 - VI ZR 133/71 - juris Rn. 31; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 177.

<sup>261</sup> vgl. Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 177; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/ Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (Stand: 01.02.2020), Rn. 51.

<sup>262</sup> BGH, Urteil vom 2. September 2021 - III ZR 63/20 - BGHZ 231, 31, juris Rn. 10.

<sup>263</sup> K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/ Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 59; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 112.

nahme es geht; d.h. die Art und Erforderlichkeit des Eingriffs, und damit die Diagnose, sowie die Dimension der mit ihm verbundenen Risiken kennen. Zudem muss ihm ggf. bewusst sein, dass es Behandlungsalternativen gibt, die wesentlich unterschiedliche Belastungen, Risiken oder Heilungschancen aufweisen.<sup>264</sup> Sind diese Grundvorstellungen von der Tragweite des „**Prinzips Vertrauen**“ vorhanden, schließt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten dessen Entscheidung ein, dem Arzt freie Hand zu geben; dies vielleicht auch in dem Bestreben, sich selbst die Beunruhigung durch Einzelheiten einer Gefahr zu ersparen, die er in Kauf zu nehmen bereit ist.<sup>265</sup>

Kein Verzichtswille liegt darin, dass ein Patient nach einem Aufklärungsgespräch mündlich oder schriftlich erklärt, **keine weiteren Fragen** zu haben. Die Aufklärung ist keine Holschuld (Frageschuld) des Patienten, sondern eine Bringschuld (Äußerungsschuld) des Arztes, zumal nur dieser wissen kann, welche Informationen der Patient benötigt, um sachgerecht aufgeklärt zu sein. Eine entsprechende Äußerung des Patienten besagt deshalb allein, dass dieser zu dem Inhalt der tatsächlich erfolgten Aufklärung keine vertieften Fragen habe, mithin verstanden habe, was ihm mitgeteilt worden sei (oder dies zumindest annehme) und keine weiteren - für eine hinreichende Aufklärung nicht erforderliche - medizinischen Details wissen bzw. erfragen möchte (dazu unter II. 3. b)). Hingegen ist aus einer solchen Äußerung aus der Sicht eines verständigen Empfängers nicht abzuleiten, dass der Patient keine weitere Information über Risiken wünsche, die er nicht kennt und deren Tragweite er deshalb überhaupt nicht einzuschätzen vermag.

### b) mutmaßliche Einwilligung

Eine Aufklärung ist nicht erforderlich, soweit diese auf Grund besonderer Umstände ausnahmsweise entbehrlich ist (§ 630e Abs. 3 BGB). Dies betrifft **Notfalloperationen**, vor allem bei einem nicht ansprech-

baren Patienten, oder unerwartete Verläufe einer Operation bei einem narkotisierten Patienten.

#### aa) Voraussetzung für mutmaßliche Einwilligung

Ist es bei einer unaufschiebbaren medizinischen Behandlung nicht möglich, den Patienten aufzuklären und dessen Einwilligung einzuholen, richtet sich die Rechtmäßigkeit der Maßnahme nach den Grundsätzen der **mutmaßlichen Einwilligung**. Dies ist inzwischen in § 630d Abs. 1 Satz 3 BGB ausdrücklich gesetzlich bestimmt, entsprach aber bereits vor dem Inkrafttreten dieser Norm der einhelligen Rechtsauffassung.<sup>266</sup>

Jede auf eine mutmaßliche Einwilligung gestützte medizinische Maßnahme hindert eine eigenverantwortliche Entscheidung des Patienten und schränkt damit dessen Selbstbestimmungsrecht ein.<sup>267</sup> Es gilt daher, dieses mit den - dem Schutz der Gesundheit des Patienten dienenden - medizinischen Belangen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Letztlich geht es also darum, zwei konfligierende Rechtsgüter von Verfassungsrang zu einem optimalen Ausgleich zu bringen. Eine eher extensive Anwendung der Grundsätze zur mutmaßlichen Einwilligung kann deshalb wegen der gebotenen Güterabwägung nicht in Betracht kommen. Erst recht scheidet eine mutmaßliche Einwilligung aus, wenn der Eingriff verschiebbar gewesen wäre.<sup>268</sup>

(1) Als **unaufschiebbar** gelten dringliche Notfälle, bei denen durch ein Zuwarten Gefahren für das Leben oder für die Gesundheit des Patienten drohen, so dass eine Einwilligung des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters nicht mehr rechtzeitig herbeigeführt werden kann.<sup>269</sup> Diese Schranke der mutmaßli-

<sup>264</sup> Staudinger/Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 100; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 177.

<sup>265</sup> BGH, Urteil vom 28. November 1972 - VI ZR 133/71 - NJW 1973, 556, juris Rn. 32.

<sup>266</sup> BGH, Urteil vom 16. Februar 1993 - VI ZR 300/91 - MedR 1993, 38, juris Rn. 25; BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - MedR 2020, 125, juris 19; aus strafrechtlicher Sicht: BGH, Urteil vom 30. Januar 2019 - 2 StR 325/17 - BGHSt 64, 69, juris Rn. 20 ff.; BGH, Beschluss vom 26. Mai 2020 - 2 StR 434/19 - MedR 2021, 728, juris Rn. 15 ff.

<sup>267</sup> vgl. Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 244 ff.

<sup>268</sup> BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - MedR 2020, 125, juris 19.

<sup>269</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines

chen Einwilligung betrifft nicht nur die zeitliche Komponente, sondern auch den **Umfang der Behandlung**, so dass diese nur insoweit gerechtfertigt ist, als sie unmittelbar einer Lebensrettung oder einer Verbesserung der Gesundheit dient.<sup>270</sup>

(2) Bei der Gelegenheit einer unabweisbaren Behandlung dürfen mithin keine anderen Maßnahmen „mit erledigt“ werden, deren Vornahme dem Arzt zwar medizinisch sinnvoll erscheint, die aber nicht unmittelbar den Erfolg der konkret anstehenden Behandlung fördern und die nicht unmittelbar lebensrettend sind.<sup>271</sup> Derartige Maßnahmen sind mit dem Patienten nach Vornahme der unabweisbaren Behandlung zunächst zu erörtern und dürfen erst nach einer Aufklärung und Einwilligung ausgeführt werden.

Hiervon zu trennen ist die Frage, welche Maßnahmen von einer mutmaßlichen Einwilligung erfasst werden, wenn sich während einer Operation eine Situation einstellt, bei welcher der erstrebte Operationserfolg ohne eine Veränderung oder Erweiterung des geplanten und aufgeklärten Vorgehens gefährdet ist oder durch welche die Operationsrisiken erhöht werden. Hierzu wird auf die Ausführungen unter II. 4. g) verwiesen.

#### **bb) rechtlicher Maßstab für mutmaßliche Einwilligung**

Hat der Patient in einer **Patientenverfügung** (§ 1901a BGB) wirksame, also vor Eintritt seiner Einwilligungsunfähigkeit erfolgte, Festlegungen zu einer Vornahme oder zu einer Untersagung von Behandlungen

Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012, BT-Drucks. 17/10488, S. 24; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 244; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 27.

<sup>270</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012, BT-Drucks. 17/10488, S. 24; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 27.

<sup>271</sup> vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 13. Juli 2006 - 5 U 290/06 - MedR 2009, 93, juris Rn. 12 f., für zwar medizinisch relativ indizierte, aber nicht dringlich erforderliche Sterilisation im Rahmen einer sectio.

getroffen, sind diese maßgebend und vom Arzt zu beachten.<sup>272</sup> Für eine Anwendung der Grundsätze zur mutmaßlichen Einwilligung ist dann kein Raum. Diese gelten zudem nur uneingeschränkt, wenn bei einem medizinischen Notfall eine Verständigung mit dem Patienten überhaupt nicht möglich ist. Ansonsten hat eine Aufklärung in jenem Rahmen zu erfolgen, der in der konkreten Situation - auch mit Blick auf die oft extreme psychische Belastungssituation des Patienten und dessen häufig eingeschränktes Bewusstsein - möglich ist, ohne durch eine Verzögerung der medizinischen Behandlung spürbare zusätzliche Risiken zu schaffen.

Richtet sich die Rechtmäßigkeit der Behandlung nach den Grundsätzen der mutmaßlichen Einwilligung, muss der mutmaßliche Wille an Hand der **persönlichen Umstände** und individuellen Interessen, Wünschen, Bedürfnissen und Wertvorstellungen des Patienten ermittelt werden.<sup>273</sup> Hierfür sind vorrangig frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen des Patienten, seine religiöse Überzeugung, seine sonstigen persönlichen Wertvorstellungen, seine altersbedingte Lebenserwartung und das Erleiden von Schmerzen bei bzw. nach der Behandlung heranzuziehen.<sup>274</sup>

Lassen sich bei der gebotenen sorgfältigen Prüfung konkrete Umstände für die Feststellung des indi-

<sup>272</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012, BT-Drucks. 17/10488, S. 23; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 23; Rehborn/Gescher in: Erman BGB, 16. Auflage, § 630d Rn. 15).

<sup>273</sup> BGH, Urteil vom 2. November 1976 - VI ZR 134/75 - NJW 1977, 337 - juris Rn. 10 ff.; Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012, BT-Drucks. 17/10488, S. 24; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 246 f.; aus strafrechtlicher Sicht: BGH, Urteil vom 4. Oktober 1999 - 5 StR 712/98 - BGHSt 45, 219, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 13. September 1994 - 1 StR 357/94 - BGHSt 40, 257, juris Rn. 21.

<sup>274</sup> Rehborn/Gescher in: Erman BGB, 16. Auflage, § 630d Rn. 27; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 246 f.; aus strafrechtlicher Sicht: BGH, Urteil vom 13. September 1994 - 1 StR 357/94 - BGHSt 40, 257, juris Rn. 22; BGH, Beschluss vom 25. März 1988 - 2 StR 93/88 - BGHSt 35, 246, juris Rn. 9.

viduellen mutmaßlichen Willens des Patienten nicht finden, muss auf die **allgemeinen Wertvorstellungen** zurückgegriffen werden.<sup>275</sup> Im Zweifel hat dabei der Schutz menschlichen Lebens Vorrang vor persönlichen Überlegungen des Arztes, eines Angehörigen oder einer anderen beteiligten Person.<sup>276</sup> Dies gilt insbesondere bei der Behandlung von schwer traumatisierten Unfallopfern, bei denen in aller Regel die Lebensrettung das oberste und dringlichste Gebot ist.

Teilweise wird diese sich an allgemeinen Wertvorstellungen orientierende Einwilligung als hypothetische (nicht als mutmaßliche) Einwilligung bezeichnet, weil sie nicht auf den mutmaßlichen Willen gründet, sondern diesen an Hand objektiver Kriterien unterstellt.<sup>277</sup> Diese Differenzierung ist zwar rechtsdogmatisch zutreffend, aber sprachlich missverständlich, weil in der medizinisch-rechtlichen Terminologie unter dem Stichwort hypothetische Einwilligung herkömmlich Fragen des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei Aufklärungsmängeln erörtert werden (dazu II. 7. e)).

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Ausführungen unter II. 6. b) bb) verwiesen, die hier sinngemäß gelten.

#### d) Arbeitsteiliges Vorgehen

Das bei medizinischen Behandlungen häufige arbeitsteilige Vorgehen wirft die Frage auf, welcher Behandler für welche medizinischen Maßnahmen aufklärungspflichtig ist und welche Haftungsrisiken insbesondere für den Operateur entstehen, wenn ein an der Vorbereitung des Eingriffs mitwirkender anderer Arzt der ihm obliegenden Aufklärungspflicht nicht nachgekommen ist.

<sup>275</sup> strafrechtlich: BGH, Urteil vom 4. Oktober 1999 - 5 StR 712/98 - BGHSt 45, 219, juris Rn. 6; BGH, Beschluss vom 25. März 1988 - 2 StR 93/88 - BGHSt 35, 246, juris Rn. 9.

<sup>276</sup> strafrechtlich: BGH, Urteil vom 13. September 1994 - 1 StR 357/94 - BGHSt 40, 257, juris Rn. 22; vgl. auch BGH, Urteil vom 4. Oktober 1999 - 5 StR 712/98 - BGHSt 45, 219, juris Rn. 6.

<sup>277</sup> BGH, Beschluss vom 15. Oktober 2003 - 1 StR 300/03 - NSTz-RR 2004, 16, juris Rn. 7; BGH, Beschluss vom 25. März 1988 - 2 StR 93/88 - BGHSt 35, 246, juris Rn. 9.

#### aa) horizontale Arbeitsteilung

(1) Bei einem horizontalen arbeitsteiligen Vorgehen, also einem planmäßigen Zusammenwirken von zwei oder mehr Ärzten verschiedener Fachrichtungen,<sup>278</sup> trifft jeden Behandler die Aufklärungspflicht grundsätzlich nur für jene Maßnahme, die sein **eigenes Fachgebiet** betrifft und die er selbst durchführt bzw. zu verantworten hat.<sup>279</sup>

Folge einer horizontalen Arbeitsteilung ist zudem, dass für die anstehenden medizinischen Behandlungen grundsätzlich **gesonderte Einwilligungen** erforderlich sind.<sup>280</sup> So erfasst etwa die Einwilligung in die Anästhesie nicht die Einwilligung in die Operation<sup>281</sup> und umgekehrt.

Entgegen einer teilweise in der Literatur vertretenen Auffassung<sup>282</sup> begegnet jedoch keinen grundlegenden Bedenken, wenn ein Klinikbetrieb so organisiert wird, dass (beispielsweise in der Patientenaufnahme) eine zentrale Aufklärung durch einen einzigen Arzt erfolgt und ggf. auch die Einwilligung in alle anstehenden Behandlungsschritte zentral eingeholt wird. Voraussetzung für eine wirksame Aufklärung ist bei einer solchen Zentralisierung allerdings, dass der aufklärende Arzt über die fachliche Qualifikation für alle aufklärungsbedürftigen Maßnahmen, also auch für die fachspezifischen, verfügt. Zudem erwächst dem behandelnden Arzt bei einer derartigen zentralen Aufklärung eine strenge Kontrollpflicht (vgl. im Einzelnen unter II. 5. b) bb)), da sich bei einer derartigen Organisation des Klinikbetriebes eine horizontale

<sup>278</sup> BGH, Urteil vom 26. Mai 2020 - VI ZR 213/19 - MedR 2021, 41, juris Rn. 14.

<sup>279</sup> BGH, Urteil vom 15. Juni 2010 - VI ZR 204/09 - MedR 2010, 857, juris Rn. 13; OLG Frankfurt, Urteil vom 18. April 2006 - 8 U 107/05 - juris Rn. 53; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 147; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (Stand: 01.02.2020) Rn. 38.

<sup>280</sup> BGH, Urteil vom 17. Februar 1998 - VI ZR 42/97 - MedR 1998, 516, juris Rn. 14; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 147.

<sup>281</sup> so BGH, Urteil vom 17. Februar 1998 - VI ZR 42/97 - MedR 1998, 516, juris Rn. 14; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 147.

<sup>282</sup> Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 147.



medizinische Arbeitsteilung bei der eigentlichen medizinischen Behandlung mit einer vertikalen - und zugleich auf einen Arzt konzentrierten - Arbeitsteilung hinsichtlich der Aufklärung überlagert.

Von vornherein bleibt für eine Anwendung der dargelegten Grundsätze zur horizontalen Arbeitsteilung kein Raum, wenn es an einem irgendwie gearteten **Zusammenwirken** von zwei oder mehr Ärzten verschiedener Fachrichtungen fehlt und beide noch nicht einmal Kenntnis von den jeweiligen medizinischen Maßnahmen des anderen haben.<sup>283</sup> Dann bleibt jeder Arzt für seine Behandlung in vollem Umfang selbst aufklärungspflichtig; aber selbstredend auch nur für seine eigene und nicht auch für die Behandlung durch den anderen Arzt. Gleiches gilt grundsätzlich, wenn ein Arzt die Behandlung des anderen Arztes kennt, ohne mit ihm irgendwie zusammen zu arbeiten. Ergeben sich aus dem Nebeneinander dieser Behandlungen aber spezifische Risiken, insbesondere Unverträglichkeiten, muss er über diese jedoch als Folge seiner therapeutischen Informationspflicht (dazu unter I. 3) aufklären.

(2) Hiervon losgelöst ist zu beantworten, ob sich bei einer horizontalen Arbeitsteilung jeder Behandler darauf verlassen darf, dass der andere seiner Aufklärungspflicht nachgekommen ist.

Die haftungsrechtliche Relevanz dieser Thematik liegt darin, dass bei einer sich für den Patienten als einheitlich darstellenden medizinischen Maßnahme das Selbstbestimmungsrecht bereits dann verletzt ist, wenn es an einer hinreichenden Aufklärung zu einem einzelnen Behandlungsschritt fehlt. Dies zeigt sich vor allem bei einer Operation, bei welcher die anästhetischen und die chirurgischen Komponenten für den Patienten zu einem einheitlichen untrennbaren Vorgang verschmelzen. Ein operativer Eingriff ist deshalb insgesamt nicht gerechtfertigt, wenn zwar isoliert betrachtet über die chirurgische Maßnahme hinreichend aufgeklärt wurde, nicht aber über die Narkose. Das bedeutet, dass dann der Chirurg wegen der ob-

jektiven Rechtswidrigkeit seines Handelns einer Haftung nur entgehen kann, wenn ihn kein Verschulden trifft; konkret, wenn er auf eine hinreichende Aufklärung über die Narkose vertrauen durfte.

Bei einer horizontalen Arbeitsteilung besteht insoweit ein **gegenseitiger Vertrauensgrundsatz**,<sup>284</sup> so dass sich jeder Behandler im Regelfall auf ein sachgerechtes Vorgehen, mithin auch auf eine zutreffende Indikation und auf eine ordnungsgemäße Aufklärung, des anderen Behandlers verlassen darf.<sup>285</sup> Dies gilt erst recht, wenn dieser über eine überlegene Sachkunde verfügt. Daher dürfen sich beispielsweise ein Gynäkologe bei einem Abstrich im Regelfall auf das Ergebnis einer histologischen oder zytologischen Aufklärung durch den Pathologen<sup>286</sup> und ein Orthopäde auf den schriftlichen Befund des Radiologen zu einer von diesem gefertigten Magnetresonanztomographie (MRT) bei einer Knieverletzung<sup>287</sup> verlassen.

Anderes gilt nur, wenn offensichtliche Qualifikationsmängel oder Fehlleistungen erkennbar werden, die darauf schließen lassen, dass der Arzt des anderen Fachgebiets seine Aufgaben nicht mit der gebotenen Sorgfalt erfüllt hat. Eine Überwachungspflicht besteht dabei jedoch - anders als bei der vertikalen Arbeitsteilung (dazu unter II. 7. d) bb)) - nicht.<sup>288</sup>

Daher darf der mit einer bestimmten Operation beauftragte Chirurg im Regelfall darauf vertrauen, dass der zuweisende Arzt die Operationsindikation zutreffend gestellt und der Patient nach gehöriger

<sup>283</sup> BGH, Urteil vom 26. Mai 2020 - VI ZR 213/19 - MedR 2021, 41, juris Rn. 14.

<sup>284</sup> dazu Hagenloch, Beweislast für medizinischen Behandlungsfehler in Deutschland, DGZR 7/2022, unter III. 5. d)).

<sup>285</sup> BGH, Urteil vom 26. Mai 2020 - VI ZR 213/19 - MedR 2021, 41, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 26. Januar 1999 - VI ZR 376/97 - BGHZ 140, 309, juris Rn. 14 ff.; OLG Köln, Urteil vom 17. März 2010 - I-5 U 51/09 - GesR 2010, 409, juris Rn. 30; OLG Köln, Beschluss vom 3. September 2008 - 5 U 51/08 - MedR 2009, 343, juris Rn. 6.

<sup>286</sup> so OLG Hamm, Urteil vom 26. September 2011 - I-3 U 65/11 - juris Rn. 23.

<sup>287</sup> so OLG München, Urteil vom 22. August 2013 - 1 U 204/12 - juris Rn. 47.

<sup>288</sup> BGH, Urteil vom 26. Mai 2020 - VI ZR 213/19 - MedR 2021, 41, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 26. Januar 1999 - VI ZR 376/97 - BGHZ 140, 309, juris Rn. 14.

Aufklärung über die Sinnhaftigkeit des Eingriffs und die in Frage kommenden Behandlungsalternativen in den chirurgischen Eingriff wirksam eingewilligt hat.<sup>289</sup> Zeigt sich allerdings intraoperativ ein Befund, der durchgreifende Zweifel an der Richtigkeit der Indikation und/oder der Aufklärung weckt, muss der Chirurg den Eingriff zur Behebung der Zweifel jedenfalls dann abbrechen, wenn durch eine Fortführung der Operation nicht rückgängig zu machende schwerwiegende körperliche Veränderungen bewirkt werden.<sup>290</sup>

(2.1) Dieser Vertrauensgrundsatz betrifft jedoch nur Gefahren, die ausschließlich dem **Aufgabenbereich eines der beteiligten Ärzte zugeordnet** sind, mithin sich aus einem abgrenzbaren und auf das betreffende Fachgebiet beschränkten Risiko ergeben.<sup>291</sup> Eine solche Trennung wird im Regelfall beim Zusammenwirken von Anästhesisten und Chirurg im Rahmen von operativen Eingriffen unter Narkose angenommen:

Für die der Vorbereitung der Narkose dienende Medikation und für die Auswahl des Narkoseverfahrens - und damit auch für die Aufklärung über die Narkoserisiken - ist grundsätzlich allein der Anästhesist verantwortlich.<sup>292</sup> In der intraoperativen Phase sind der Anästhesist grundsätzlich für die Narkose einschließlich der Überwachung sowie der Aufrechterhaltung der vitalen Funktionen des Patienten und der Chirurg für den operativen Eingriff mit den sich

daraus ergebenden Risiken zuständig.<sup>293</sup> Erst recht ist der Anästhesist nicht für die postoperative Phase oder für die Versorgung eines Neugeborenen mit verantwortlich.<sup>294</sup> Nach dieser Aufteilung der medizinischen Fachgebiete richten sich jeweils auch die Zuständigkeit für die Aufklärung und deren gegenständlicher Umfang.

Hingegen scheidet eine solche Trennung in eigenverantwortliche Bereiche aus, wenn es zum Schutz des Patienten einer **Koordination der jeweils beabsichtigten Maßnahmen** bedarf, um Risiken auszuschließen, die sich aus einer Unverträglichkeit, der von den beteiligten Fachrichtungen vorgesehenen Maßnahmen ergeben können. Insoweit bleibt für den Vertrauensgrundsatz kein Raum.<sup>295</sup> Gleiches gilt, wenn Ärzte einer Fachklinik mit Ärzten einer Allgemeinklinik dergestalt zusammenarbeiten, dass der Patient in der Fachklinik untersucht, über erforderliche Heilmaßnahmen unterrichtet und auf den Eingriff vorbereitet wird, während die Operation nach Abstimmung zwischen den Ärzten in der Allgemeinklinik vorgenommen wird. Dann ist es auch Aufgabe der Ärzte der Fachklinik, den Patienten umfassend über Verlauf, Risiken und Erfolgsaussichten des Eingriffs aufzuklären, mag dieser auch in der Allgemeinklinik durchgeführt werden.<sup>296</sup>

(2.2) Nicht abschließend entschieden ist, inwieweit dieser Vertrauensgrundsatz gilt, wenn bei einer horizontalen Arbeitsteilung **Ärzte mit den Angehörigen anderer Heilberufe zusammenwirken**.<sup>297</sup> Insoweit dürfte entscheidend sein, ob die konkret anstehen-

<sup>289</sup> OLG Köln, Beschluss vom 3. September 2008 - 5 U 51/08 - MedR 2009, 343, juris Rn. 10

<sup>290</sup> so OLG Köln, Beschluss vom 3. September 2008 - 5 U 51/08 - MedR 2009, 343, juris Rn. 10 f., für intraoperativen Befund einer normalen weiblichen Anatomie mit präpuberalem Uterus und normalen Ovarien bei der Indikation einer Testovarektomie durch den zuweisenden Arzt.

<sup>291</sup> BGH, Urteil vom 26. Mai 2020 - VI ZR 213/19 - MedR 2021, 41, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 26. Januar 1999 - VI ZR 376/97 - BGHZ 140, 309, juris Rn. 16.

<sup>292</sup> BGH, Urteil vom 26. Januar 1999 - VI ZR 376/97 - BGHZ 140, 309, juris Rn. 16; OLG Dresden, Urteil vom 17. Mai 2001 - 4 U 311/01 - juris Rn. 29; Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012, BT-Drucks. 17/10488, S. 24; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 147.

<sup>293</sup> BGH, Urteil vom 26. Januar 1999 - VI ZR 376/97 - BGHZ 140, 309, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 26. Februar 1991 - VI ZR 344/89 - MedR 1991, 198, juris Rn. 13.

<sup>294</sup> so OLG Frankfurt, Urteil vom 18. April 2006 - 8 U 107/05 - juris Rn. 53.

<sup>295</sup> BGH, Urteil vom 26. Januar 1999 - VI ZR 376/97 - BGHZ 140, 309, juris Rn. 16 ff., für Zusammenwirken von Anästhesisten und Ophthalmologe bei einer Schieloperation (Strabismus-Operation).

<sup>296</sup> BGH, Urteil vom 8. Mai 1990 - VI ZR 227/89 - MedR 1990, 264, juris Rn. 11 ff., für Pericardektomie bei sog. Panzerherz.

<sup>297</sup> offen gelassen für Arbeitsteilung zwischen Arzt und Chirogymnasten in OLG Hamm, Urteil vom 4. Juni 2007 - I-3 U 185/06 - juris Rn. 36 ff.

hende Thematik eine rein medizinische ist, da insoweit der Arzt wegen seines spezifischen Fachwissens nicht ohne Weiteres auf ein sachgerechtes Vorgehen des anderen Behandlers wird vertrauen dürften. Geht es hingegen mehr um eine „handwerkliche Umsetzung“ als um eine spezifisch medizinische Thematik, wird sich in gewissen Grenzen auch der Arzt auf ein ordnungsgemäßes Verhalten des anderen Angehörigen eines Heilberufes verlassen können; so beispielsweise der Zahnarzt hinsichtlich einer sachgerechten technisch-handwerklichen Ausführung einer zahnärztlichen Prothetik durch den Zahntechniker.<sup>298</sup>

Es sei aber angemerkt, dass es hier nur darum geht, ob und unter welchen Voraussetzungen ein eigenes Verschulden des Arztes vorliegt. Hiervon zu trennen ist, ob nach den vertraglichen Rechtsbeziehungen die an der medizinischen Maßnahme durch die Zuarbeit von Hilfsmitteln (Prothetik u.a.) mitwirkenden Angehörigen der anderen Heilberufe im Sinne von § 278 BGB bzw. Art. 396 ZGB Erfüllungsgehilfen des Arztes sind und sich dieser daher deren Verschulden zurechnen lassen muss.

### **bb) vertikale Arbeitsteilung**

**Die zentrale juristische Thematik liegt bei der vertikalen Arbeitsteilung nicht in ihren Auswirkungen für die Aufklärungspflicht, sondern bei den jeweiligen Behandlungspflichten der einzelnen Akteure sowie bei den Koordinations-, Organisations- und Kontrollpflichten.**<sup>299</sup>

**Für die ärztliche Aufklärungspflicht gelten bei einer vertikalen Arbeitsteilung die unter II. 5. b) bb) zur Delegation der Aufklärung dargelegten Grunds-**

**ätze;<sup>300</sup> und zwar selbst, wenn nicht isoliert die Aufklärung übertragen wird, sondern wenn im Wege einer vertikalen Arbeitsteilung Teile der geschuldeten medizinischen Behandlung in zulässiger Weise delegiert werden. Mit dieser Aufgabenübertragung geht zwar auch die Aufklärungspflicht auf den Dritten über. Den Übertragenden trifft dann aber die Pflicht, eine hierfür geeignete Person auszuwählen und diese streng zu kontrollieren (vgl. näher unter II. 5. b) bb)).**

### **e) Rechtmäßiges Alternativverhalten**

Nach § 630h Abs. 2 Satz 2 BGB ist dem behandelnden Arzt bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht der Einwand eröffnet, dass der Patient auch im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Behandlung eingewilligt hätte (sog. **hypothetische Einwilligung**).

#### **aa) hypothetischer Kausalverlauf**

Diese gesetzliche Regelung greift, die schon vor ihrer Einführung begründete und seitdem fortgeführte ständige Rechtsprechung auf.<sup>301</sup> Diese beruht auf den allgemeinen schadensrechtlichen Prinzipien zum sog. rechtmäßigen Alternativverhalten,<sup>302</sup> also der Frage, ob der durch das pflichtwidrige Verhalten ausgelöste Schaden auch bei einem normgerechten Vorgehen eingetreten wäre. Es geht anders formuliert darum, was geschehen wäre, wenn die pflichtwidrige Handlung hinweg gedacht bzw. das pflichtwidrige Unterlassen (hier: die pflichtwidrig unterbliebene Aufklärung) hinzugedacht werden.

Die eigentliche Problematik dieser Frage liegt bei der ärztlichen Aufklärung darin, dass ein hypothetischer Kausalverlauf „reproduziert“ werden muss, bei

<sup>298</sup> LG Köln, Urteil vom 26. Oktober 2021 - 3 O 6/20 - juris Rn. 23.

<sup>299</sup> siehe etwa: BGH, Urteil vom 12. Januar 2021 - VI ZR 60/20 - MedR 2021, 820, juris Rn. 17 ff., besprochen bei Hagenloch, Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung zum Medizinrecht im Jahr 2021, DGRZ 7/2022, unter II. 6; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 25. Februar 2010 - 12 U 60/09 - VersR 2010, 1601, juris Rn. 11; OLG Frankfurt, Urteil vom 18. April 2006 8 U 107/05 - juris Rn. 53; OLG Zweibrücken, Urteil vom 2. November 1999 - 5 U 3/99 - MedR 2000, 537, juris Rn 37.

<sup>300</sup> vgl. auch BGH, Urteil vom 7. November 2006 - VI ZR 206/05 - BGHZ 169, 364 juris Rn. 9 f.

<sup>301</sup> BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 7. Dezember 2021 - VI ZR 277/19 - NJW-RR 2022, 462, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19 - MedR 2021, 897, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - MedR 2020, 125, juris Rn. 17.

<sup>302</sup> BGH, Urteil vom 18. November 2008 - VI ZR 198/07 - MedR 2010, 181 Rn. 23.

dem sich das letztlich entscheidende Element, nämlich das mutmaßliche Verhalten des Patienten, typischerweise nicht an einer rein objektiven Nutzen-Risiko-Abwägung orientiert, sondern stark von subjektiven Aspekten, wie Ängsten und Sorgen oder persönlichem Erleben, beeinflusst sein kann. Hinzu kommt, dass die im Nachhinein vom Patienten zu seiner mutmaßlichen Entscheidung unterbreiteten Erwägungen naturgemäß unter dem Einfluss des tatsächlichen Geschehens, also einer seinen Erwartungen nicht gerecht werdenden ärztlichen Behandlung oder gar eines schweren Schicksalsschlages, stehen. Selbst wenn (nicht immer auszuschließende) prozess-taktische Erwägungen ausgeblendet werden, wird ein solcher Patient zu der Auffassung neigen, dass er nicht eingewilligt hätte, wenn er über das - sich bei ihm verwirklichende - Risiko hinreichend aufgeklärt worden wäre. Umso wichtiger ist es, an die entsprechenden Tatsachenfeststellungen der Gerichte besonders hohe verfahrensrechtliche Anforderungen zu stellen und Bewertungskriterien zu entwickeln, die in einer solchen (objektiv nur begrenzt „reproduzierbaren“) Situation zu einem angemessenen Interessenausgleich zwischen den Belangen des Arztes und jenen des Patienten führen.

### bb) Rechtsprechungsgrundsätze

Diese Abwägung nimmt die Rechtsprechung wie folgt vor:

(1) Grundsätzlich muss entsprechend den allgemeinen Grundsätzen zur Beweislast beim rechtmäßigen Alternativverhalten **der Arzt beweisen**, dass der Patient im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme **eingewilligt hätte** (vgl. § 630h Abs. 2 Satz 2 BGB).

An diesen Nachweis sind **strenge Anforderungen** zu stellen, da ansonsten über das zivilprozessuale Beweisrecht der Aufklärungsanspruch des Patienten unterlaufen würde.<sup>303</sup> Des Weiteren ist auf der ge-

danklichen Grundlage einer ordnungsgemäßen, insbesondere auch vollständigen Aufklärung zu ermitteln, ob eine hypothetische Einwilligung angenommen werden kann oder nicht.<sup>304</sup> Das Gericht muss deshalb in einem ersten Schritt feststellen, wie eine hinreichende Aufklärung hätte aussehen müssen. Erst auf dieser tatsächlichen Basis kann in einem zweiten Schritt darüber befunden werden, ob der Patient mutmaßlich in die Behandlung eingewilligt hätte, wenn die Aufklärung so verlaufen wäre wie geboten.

(2) Allerdings trifft diese Beweislast den Arzt erst dann, wenn zuvor der Patient dargetan hat, dass er bei einer hinreichenden Aufklärung in einen sog. **Entscheidungskonflikt** geraten wäre.

D.h., der Patient muss nicht vortragen und beweisen, dass er im Falle einer vollständigen Aufklärung die Behandlung abgelehnt hätte; was er praktisch auch kaum könnte. Vielmehr muss der Patient nur **plausibel darlegen**, dass er vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte, wenn ihm rechtzeitig die Risiken des Eingriffs verdeutlicht worden wären.<sup>305</sup> Er muss hingegen nicht vortragen, ob und ggf. aus welchen Gründen er sich im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung letztendlich gegen die durchgeführte Maßnahme entschieden hätte.<sup>306</sup>

An die Pflicht des Patienten zur substantiierten Darlegung eines solchen Konflikts sind **keine hohen Anforderungen** zu stellen.<sup>307</sup> Abzustellen ist auf die persönliche Entscheidungssituation des jeweiligen Pa-

---

Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - MedR 2020, 125, juris Rn. 17.

<sup>304</sup> BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - MedR 2020, 125, juris Rn. 18; BGH, Urteil vom 5. Februar 1991 - VI ZR 108/90 - MedR 1991, 200; juris Rn. 9.

<sup>305</sup> BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 7. Dezember 2021 - VI ZR 277/19 - NJW-RR 2022, 462, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - MedR 2020, 125, juris Rn. 22.

<sup>306</sup> BGH, Urteil vom 7. Dezember 2021 - VI ZR 277/19 - NJW-RR 2022, 462 - juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - MedR 2020, 125, juris Rn. 22.

<sup>307</sup> BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 7. Dezember 2021 - VI ZR 277/19 - NJW-RR 2022, 462, juris Rn. 10; BGH, Beschluss vom 8. März 2016 - VI ZR 243/14 - GesR 2016, 351, juris Rn. 11.

<sup>303</sup> BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 7. Dezember 2021 - VI ZR 277/19 - NJW-RR 2022, 462, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19 - MedR 2021, 897, juris Rn. 14; BGH,

tienten, also auf dessen spezifischen Lebenserfahrungen oder Befindlichkeiten. Was aus ärztlicher Sicht sinnvoll und erforderlich sein mag und wie sich ein "vernünftiger Patient" verhalten würde, ist hingegen grundsätzlich nicht entscheidend. Insbesondere darf der Richter nicht seine eigene Beurteilung des Konflikts an die Stelle derjenigen des Patienten setzen.<sup>308</sup>

(3) In zivilprozessualer Hinsicht ist zu beachten, dass der Richter wegen der besonderen Schwierigkeiten bei der Ermittlung eines Entscheidungskonflikts Feststellungen hierüber grundsätzlich nicht ohne **persönliche Anhörung des Patienten** treffen darf.<sup>309</sup> Durch die persönliche Anhörung soll vermieden werden, dass das Gericht für die Verneinung eines Entscheidungskonflikts vorschnell auf das abstellt, was bei objektiver Betrachtung als naheliegend oder vernünftig wirken mag, ohne die persönlichen, möglicherweise weniger naheliegenden oder als unvernünftig erscheinenden Erwägungen des Patienten ausreichend in Betracht zu ziehen.<sup>310</sup> Die persönliche Anhörung soll es dem Gericht zudem ermöglichen, den anwaltlich vorgetragenen Gründen durch konkrete Nachfragen nachzugehen und sie aufgrund des persönlichen Eindrucks vom Patienten sachgerecht beurteilen zu können.<sup>311</sup> Erlauben schon die unstreitigen Umstände eine sichere Beurteilung der hypothetischen Entscheidungssituation, kann ausnahmsweise auf eine persönliche Anhörung verzichtet werden.<sup>312</sup>

Ist eine persönliche Anhörung wegen des Todes des Patienten nicht mehr möglich, hat sich das Ge-

richt anhand des Verhaltens des Patienten vor seinem Ableben, etwa durch die Vernehmung benannter Zeugen, ein Bild von der mutmaßlichen Entscheidungssituation des Patienten zu verschaffen.<sup>313</sup>

(4) In einer früheren Entscheidung hat der Bundesgerichtshof angenommen, dass diese Grundsätze auch gelten, wenn ein Patient zwar ordnungsgemäß aufgeklärt wird, er danach aber - bevor er über eine Einwilligung entschieden hat - in einen Zustand der Einwilligungsunfähigkeit gerät.<sup>314</sup> Rechtsdogmatisch erscheint dies allerdings zweifelhaft, da die zu einer hypothetischen Einwilligung bei Aufklärungsdefiziten entwickelten Prinzipien eine spezifische Ausformung der Grundsätze zum rechtmäßigen Alternativverhalten sind. Dieses setzen aber ein rechtswidriges Verhalten des Schädigers voraus, an dem es hier wegen der ordnungsgemäß verlaufenen Aufklärung fehlt. Es spricht deshalb viel dafür, auf derartige Fallgestaltungen die allgemeinen Grundsätze der mutmaßlichen Einwilligung anzuwenden (dazu unter II. 7. b)).

Zudem ist für eine Anwendung der Grundsätze zum rechtmäßigen Alternativverhalten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei einer Lebendorganspende kein Raum.<sup>315</sup> Dies beruht darauf, dass es den gesteigerten Aufklärungsanforderungen von § 8 des Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben<sup>316</sup> widerspricht, wenn der Einwand eines rechtmäßigen Alternativverhaltens zugelassen würde. Bei einer fremdnützigen Blutspende hat der Bundesgerichtshof zwar den Einwand grundsätzlich zugelassen, aber an die Darlegung eines Entscheidungskonflikts sehr moderate Anforderungen gestellt.<sup>317</sup>

<sup>308</sup> BGH, Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05 - BGHZ 172, 1, juris Rn. 37; BGH, Urteil vom 1. Februar 2005 - VI ZR 174/03 - MedR 2005, 527, juris Rn. 9.

<sup>309</sup> BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19 - MedR 2021, 897, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - NJW 2015, 74, juris Rn. 22.

<sup>310</sup> BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - NJW 2015, 74, juris Rn. 22 ff.

<sup>311</sup> BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - NJW 2015, 74, juris Rn. 22.

<sup>312</sup> BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - NJW 2015, 74, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 1. Februar 2005 - VI ZR 174/03 - MedR 2005, 527, juris Rn. 7.

<sup>313</sup> OLG Frankfurt, Urteil vom 15. September 2015 - 8 U 115/12 - juris Rn. 73.

<sup>314</sup> BGH, Urteil vom 5. Februar 1991 - VI ZR 108/90 - MedR 1991, 200; juris Rn. 8 f.

<sup>315</sup> BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 495/16 - BGHZ 221, 55, juris Rn. 40 ff.

<sup>316</sup> Transplantationsgesetz - dazu II. 4. f) bb).

<sup>317</sup> BGH, Urteil vom 14. März 2006 - VI ZR 279/04 - BGHZ 166, 336, Rn. 17 f.

## f) Zurechnungszusammenhang

Aspekte des Schutzzweck- bzw. des Rechtswidrigkeitszusammenhangs (oft verkürzt Zurechnungszusammenhang genannt) sind im Rahmen des Rechts der ärztlichen Aufklärungspflicht bei zwei Fallgestaltungen von Belang. Zum einen stellen sich diese Fragen, wenn ein Arzt zwar seine Aufklärungspflicht verletzt hat, sich aber nicht ein aufklärungsbedürftiges Risiko verwirklicht, sondern ein Risiko, über welches isoliert betrachtet gar nicht hätte informiert werden müssen. Zum anderen gibt es die spiegelbildliche Fallgestaltung, mithin jene, dass der Arzt über das sich verwirklichende Risiko isoliert betrachtet ordnungsgemäß aufgeklärt hat, ihm aber ein Aufklärungsversäumnis hinsichtlich eines anderen, in concreto nicht eingetretenen Risikos anzulasten ist.

Ausgangspunkt dieser rechtlichen Problematik ist, dass die **Wirksamkeit einer Einwilligung unteilbar** ist; entweder ist die Einwilligung in die medizinische Behandlung insgesamt wirksam oder sie ist insgesamt unwirksam.<sup>318</sup> Es gibt, anders gesagt, keine Einwilligung in einzelne Risiken oder eine Aufspaltung in sonstige einzelne Elemente.<sup>319</sup> Daraus folgt als Prämisse für die nachstehend näher behandelte Thematik, dass in beiden Konstellationen die erteilte Einwilligung wegen eines Aufklärungsdefizits insgesamt unwirksam ist und der Arzt damit objektiv rechtswidrig in die körperliche Integrität des Patienten eingegriffen hat.

Damit stellen sich Fragen des Zurechnungszusammenhangs, mithin der Begrenzung der Schadensersatzpflicht durch den Schutzzweck der Norm. Hierzu ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine Schadensersatzpflicht nur für diejenigen äquivalenten und adäquaten Schadensfolgen besteht, die aus dem Bereich solcher Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen worden ist. Der gel-

tend gemachte Schaden muss in also einem inneren, nicht gleichsam „zufälligen“ Zusammenhang mit der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage stehen.<sup>320</sup>

Hierauf aufbauend verneint der Bundesgerichtshof einen Zurechnungszusammenhang im Regelfall, wenn ein Patient zwar nicht hinreichend aufgeklärt wird, sich bei ihm aber ein Risiko verwirklicht, das isoliert betrachtet nicht aufklärungspflichtig ist. Allerdings gilt dies nur, wenn der Patient zumindest eine sog. **Grundaufklärung** über die Art und den Schweregrad des Eingriffs erhalten hat. Unter dieser Grundaufklärung ist keine vollständige Risikoaufklärung zu verstehen. Vielmehr ist sie bereits dann erteilt, wenn dem Patienten trotz der Unvollständigkeit und Fehlerhaftigkeit der Aufklärung ein zutreffender Eindruck von der Schwere des Eingriffs und von der Art der Belastungen vermittelt wird, die auf ihn hinsichtlich seiner körperlichen Integrität und Lebensführung als Folge der medizinischen Behandlung zukommen können.<sup>321</sup> Ist eine derartige Grundaufklärung erfolgt, es ist in aller Regel nicht gerechtfertigt, dem Patienten seinen, auf einem nicht aufklärungspflichtigen Risiko beruhenden Schaden nur wegen des in eine ganz andere Richtung zielenden Aufklärungsdefizits vom Arzt abnehmen zu lassen.<sup>322</sup>

Hat sich, vice versa, nur ein Risiko verwirklicht, über das aufgeklärt werden musste und tatsächlich auch aufgeklärt worden ist, kann regelmäßig keine Haftung daraus abgeleitet werden, dass der Patient

<sup>318</sup> BGH, Urteil vom 28. Mai 2019 - VI ZR 27/17 - MedR 2020, 32, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 14. Februar 1989 - VI ZR 65/88 - BGHZ 106, 391, juris Rn. 21; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 188.

<sup>319</sup> vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 1984 - VI ZR 188/82 - BGHZ 90, 96, juris Rn. 14.

<sup>320</sup> BGH, Urteil vom 6. Dezember 2022 - VI ZR 168/21 - juris Rn. 24; BGH, Urteil vom 27. September 2022 - VI ZR 336/21 - NJW 2022, 3789, juris Rn. 12 ff.; BGH, Urteil vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747, juris Rn. 29; BGH, Urteil vom 9. Dezember 2020 - VIII ZR 371/18 - NJW-RR 2021, 20, juris Rn. 27; BGH, Urteil vom 22. September 2016 - VII ZR 14/16 - BGHZ 211, 375, juris Rn. 14.

<sup>321</sup> zum Ganzen: BGH, Urteil vom 28. Mai 2019 - VI ZR 27/17 - MedR 2020, 32, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 14. Februar 1989 - VI ZR 65/88 - BGHZ 106, 391, juris Rn. 22; BGH, Urteil vom 12. März 1991 - VI ZR 232/90 - VersR 1991, 777, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 14. November 1995 - VI ZR 359/94 - VersR 1996, 195, juris Rn. 17; dazu auch oben II. 3. a).

<sup>322</sup> BGH, Urteil vom 28. Mai 2019 - VI ZR 27/17 - MedR 2020, 32, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 14. Februar 1989 - VI ZR 65/88 - BGHZ 106, 391, juris Rn. 23.

über ein anderes aufklärungspflichtiges, sich aber nicht verwirklichendes Risiko nicht aufgeklärt worden ist. Denn in einem solchen Fall hat der Patient das tatsächlich eingetretene Risiko bei seiner Einwilligung in Kauf genommen, so dass er bei einer wertenden Betrachtungsweise aus der Verwirklichung dieses Risikos keine Haftung herleiten kann.<sup>323</sup>

### g) Beweislast

#### aa) Beweislast des Arztes für Aufklärung

**Nach allgemeiner Auffassung, die in § 630h Abs. 2 BGB auch gesetzlich niedergelegt ist, muss der Arzt darlegen und beweisen, dass es zu einer ordnungsgemäßen Aufklärung gekommen ist.<sup>324</sup> Dies folgt daraus, dass nach den Prinzipien des zivilprozessualen Beweisrechts ein rechtfertigender Grund, hier also eine - nur bei hinreichender Aufklärung wirksame - Einwilligung von jenem Beteiligten zu beweisen ist, der sich auf ihn beruft.<sup>325</sup>**

#### bb) Beweislast für Ursächlichkeit der Schadensfolgen

Der Patient trägt hingegen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die konkret eingetretene Schadensfolge durch die ärztliche Behandlung im Sinne einer *conditio sine qua non* (mit) verursacht worden ist und nicht auf etwas anderes zurückgeht.<sup>326</sup>

Für eine Haftung des Arztes ist also nicht erforderlich, dass ein mangels ordnungsgemäßer Aufklärung rechtswidriger Eingriff die alleinige Ursache für die gesundheitlichen Schäden bildet. Eine **Mitursächlich-**

**keit**, und sei es auch nur im Sinne eines Auslösers, steht der alleinigen Ursächlichkeit nach allgemeinen Grundsätzen haftungsrechtlich in vollem Umfang gleich.<sup>327</sup> **Belanglos ist deshalb, ob bei dem Patienten eine spezifische Schadensanfälligkeit vorhanden war oder ob die Verletzung der Aufklärungspflicht nur in Verbindung mit anderen Faktoren zu einer gesundheitlichen Beeinträchtigung führen konnte.**

**Anderes** gilt nur im Fall einer sog. **Teilkausalität**, wenn also die Verletzung der Aufklärungspflicht und ein weiterer, dem Arzt nicht zuzurechnender Umstand zu voneinander abgrenzbaren Schädigungen geführt haben.<sup>328</sup> Erforderlich hierfür ist, dass sich die durch die Verletzung der Aufklärungspflicht entstandene Gesundheitsbeeinträchtigung eindeutig von dem anderen Schadensbeitrag - etwa einer Vorschädigung des Patienten - trennen lässt und damit der Haftungsanteil des Arztes bestimmen werden kann.<sup>329</sup> Als Beispiel hierfür mag (aus dem Bereich des ärztlichen Behandlungsfehlers) dienen, dass bei einem Neugeborenen beim Kristeller-Handgriff ohne eine ärztliche Pflichtwidrigkeit eine Hirnblutung eingetreten war, die bereits *intra partum* zu einer irreparablen Schädigung des Kindes geführt hatte. Dem behandelnden Arzt sind dann bei dem Bemühen um eine postpartale Stabilisierung des Kindes Versäumnisse unterlaufen, die zu einem abgrenzbaren zusätzlichen Schadensbild geführt haben. Damit hat sich die Haftung des Arztes nach den Grundsätzen der Teilkausalität auf dieses „Mehr“ an Schädigung beschränkt.<sup>330</sup>

<sup>323</sup> BGH, Urteil vom 28. Mai 2019 - VI ZR 27/17 - MedR 2020, 32, juris Rn. 12 f.; BGH, Urteil vom 28. Mai 2019 - VI ZR 27/17 - MedR 2020, 32, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 30. Januar 2001 - VI ZR 353/99 - VersR 2001, 592, juris Rn. 9.

<sup>324</sup> vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 2012 - VI ZR 63/11 - BGHZ 192, 298, juris Rn. 10; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630h Rn. 58 ff.

<sup>325</sup> BGH, Urteil vom 13. Mai 2022 - V ZR 7/21 - MDR 2022, 894, juris Rn. 27 mwN; allgemeine Meinung.

<sup>326</sup> BGH, Urteil vom 7. Februar 2012 - VI ZR 63/11 - BGHZ 192, 298, juris Rn. 10; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630h Rn. 64 ff.; allgemeine Meinung.

<sup>327</sup> BGH, Urteil vom 8. Mai 2018 - VI ZR 295/17 - MDR 2018, 1118, juris Rn. 25; BGH, Urteil vom 20. Mai 2014 - VI ZR 187/13 - MedR 2015, 111, juris Rn. 25; BGH, Urteil vom 5. April 2005 - VI ZR 216/03 - NJW 2005, 2072, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 27. Juni 2000 - VI ZR 201/99 - NJW 2000, 3423, juris Rn. 20; OLG Hamm, Urteil vom 2. Februar 2021 - I-26 U 54/19 - NJW-RR 2021, 888, juris Rn. 63.

<sup>328</sup> BGH, Urteil vom 8. Mai 2018 - VI ZR 295/17 - MDR 2018, 1118, juris Rn. 25; BGH, Urteil vom 20. Mai 2014 - VI ZR 187/13 - MedR 2015, 111, juris Rn. 25; BGH, Urteil vom 5. April 2005 - VI ZR 216/03 - NJW 2005, 2072, juris Rn. 14; OLG Hamm, Urteil vom 2. Februar 2021 - I-26 U 54/19 - NJW-RR 2021, 888, juris Rn. 63.

<sup>329</sup> BGH, Urteil vom 20. Mai 2014 - VI ZR 187/13 - MedR 2015, 111, juris Rn. 25.

<sup>330</sup> BGH, Urteil vom 20. Mai 2014 - VI ZR 187/13 - MedR 2015, 111, juris Rn. 25.

Es sei aber angemerkt, dass hierfür stets eine bereits eingetretene Vorschädigung notwendig ist, also eine bloße Schadensanlage nicht genügt. Andernfalls verbleibt es bei der Einstandspflicht für den gesamten Schaden, auch wenn dieser durch andere, schicksalhafte Umstände wesentlich mitverursacht worden ist.<sup>331</sup>

**Ist dieser Nachweis für die Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung geführt, ist es Sache des Arztes darzulegen und zu beweisen, dass der Patient ohne den unter Verletzung der Aufklärungspflicht ausgeführten Eingriff früher oder später dieselben Beschwerden erlitten hätte, vor allem weil sich sein Grundleiden ohne die Behandlung irgendwann in mindestens ähnlicher Weise ausgewirkt hätte.<sup>332</sup> Bei einer derartigen (sich künftig realisierenden) Schadensanlage ist die Schadenersatzpflicht nach den Grundsätzen der sog. Reserveursache auf jene Nachteile beschränkt, die durch den früheren Schadenseintritt bedingt sind.<sup>333</sup> Seine Haftung beschränkt sich also auf den Zeitraum zwischen der Vornahme seiner schädigenden Handlung (der Aufklärungspflichtverletzung) und dem Zeitpunkt, zu dem das Schadensbild aus anderen Gründen (Reserveursache), etwa wegen einer Fortentwicklung des Grundleidens, in ähnlicher Weise eingetreten wäre.**

### cc) Anforderungen an Beweislast des Arztes

An den Beweis dafür, dass der Arzt der von ihm geschuldeten Aufklärung nachgekommen ist, dürfen **keine unbilligen Anforderungen** gestellt werden. Der Richter hat bei seiner Überzeugungsbildung die besondere Situation, in der sich der Arzt während der Behandlung des Patienten befindet, ebenso zu berücksichtigen, wie die Gefahr, dass der Patient die

Beweislast des Arzt zu haftungsrechtlichen Zwecken missbraucht. Daher bedarf es einer verständnisvollen und sorgfältigen Abwägung der tatsächlichen Umstände, für die der Richter einen erheblichen Freiraum hat.<sup>334</sup>

Einem Arzt, der eine ständige und übliche Beratungspraxis darlegt und beweist, darf im Zweifel geglaubt werden, dass die Aufklärung auch im Einzelfall in der gebotenen Weise geschehen ist.<sup>335</sup> Angesichts der Vielzahl von Informations- und Aufklärungsgesprächen, die ein Arzt täglich führt, kann von ihm im Regelfall eine konkrete Erinnerung an das einzelne, oft lange Zeit zurückliegende Aufklärungsgespräch nicht erwartet werden.<sup>336</sup>

Zudem können die Aufzeichnungen in der Patientenakte herangezogen werden.<sup>337</sup> Diese ärztlichen Eintragungen erlangen jedoch nur dann eine stärkere Beweiskraft, wenn die Patientenakte in einer Weise geführt wird, die nachträgliche Veränderungen und Erweiterungen kenntlich macht; dies gilt insbesondere bei einer elektronischen Aktenführung.<sup>338</sup> Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen unter II. 7. h sowie bei Hagenloch, Beweislast für medizinischen Behandlungsfehler in Deutschland, DGRZ 7/2022, unter II. 2. b) verwiesen.

<sup>331</sup> BGH, Urteil vom 20. Mai 2014 - VI ZR 187/13 - MedR 2015, 111, juris Rn. 25.

<sup>332</sup> BGH, Urteil vom 13. Januar 1987 - VI ZR 82/86 - MedR 1987, 237, juris Rn. 12.

<sup>333</sup> BGH, Urteil vom 23. Januar 2020 - III ZR 28/19 - NJW-RR 2020, 626, juris Rn. 13; BGH, Beschluss vom 31. Mai 2016 - VI ZR 305/15 - NJW 2016, 3785, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 22. März 2016 - VI ZR 467/14 - MedR 2016, 973, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 23. Oktober 1984 - VI ZR 24/83 - NJW 1985, 676, juris Rn. 12.

<sup>334</sup> zum Ganzen: BGH, Urteil vom 2. September 2021 - III ZR 63/20 - BGHZ 231, 31, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - NJW 2015, 74, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - MedR 2015, 594, juris Rn. 11.

<sup>335</sup> BGH, Urteil vom 2. September 2021 - III ZR 63/20 - BGHZ 231, 31, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - NJW 2014, 1527; OLG Dresden, Urteil vom 15. März 2022 - 4 U 1972/21 - juris Rn. 29; nicht unumstritten.

<sup>336</sup> BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - MedR 2015, 594, juris Rn. 11; OLG Dresden, Urteil vom 15. März 2022 - 4 U 1972/21 - juris Rn. 29; OLG Koblenz, Urteil vom 19. Juli 2017 - 5 U 61/17 - juris Rn. 32.

<sup>337</sup> BGH, Urteil vom 2. September 2021 - III ZR 63/20 - BGHZ 231, 31, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - MedR 2015, 594, juris Rn. 11; vgl. auch die Ausführungen unter II. 5. b) cc).

<sup>338</sup> dazu im einzelnen BGH, Urteil vom 2. September 2021 - III ZR 63/20 - BGHZ 231, 31, juris Rn. 12, besprochen bei Hagenloch, Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung zum Medizinrecht im Jahr 2021, DGZR 7/2022, unter II. 6.



Einen wesentlichen Anhaltspunkt für den Inhalt der erteilten Aufklärung stellt ein dem Patienten zur Verfügung gestelltes oder von diesem unterzeichnetes Aufklärungs- oder Einwilligungsformular (Aufklärungsbogen) dar.<sup>339</sup> Die Rechtsprechung betont zwar stets, dass die nachgewiesene Aushändigung eines Aufklärungsbogens (dazu § 630e Abs. 2 Satz 2 BGB) und dessen Unterzeichnung nicht mehr als ein Indiz für eine erfolgte Aufklärung darstellen.<sup>340</sup> Dennoch ist in der gerichtlichen Praxis nicht selten dieser Aufklärungsbogen der letztlich ausschlaggebende Umstand für die richterliche Überzeugungsbildung.

Diese Indizkraft von schriftlichen Unterlagen kann auch gegen den Arzt wirken, insbesondere wenn der ausgehändigte oder unterzeichnete Aufklärungsbogen auf ein aufklärungspflichtiges Risiko nicht hinweist oder wenn in einer Patientenakte keine Aufklärung notiert ist. Erst recht gilt dies, wenn der Arzt eine entsprechende Aufklärung üblicherweise dokumentiert.<sup>341</sup>

Um Missverständnisse zu vermeiden, sei aber klargestellt, dass sich diese Indizwirkung nur auf das tatsächliche Geschehen, also auf den Inhalt des Aufklärungsgesprächs, bezieht. Sie besagt hingegen nichts über die sich anschließende Frage, ob die Aufklärung den rechtlichen Anforderungen genügt.

## h) Dokumentation

Nach § 630f Abs. 2 BGB ist der Arzt verpflichtet, in der Patientenakte sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen

Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen, vor allem auch Aufklärungen. Wegen der Einzelheiten dieser Dokumentationspflicht wird auf frühere Ausführungen verwiesen.<sup>342</sup>

Diese Dokumentationspflicht erfordert zwar nicht, dass der gesamte Inhalt des Aufklärungsgesprächs wie in einem Verlaufsprotokoll niedergelegt wird.<sup>343</sup> Wohl aber sind die allgemeinen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Dokumentation, wie sie in Deutschland in § 630f BGB niedergelegt sind, zu beachten. Dazu zählt vor allem,

- dass die Dokumentation in **unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang** mit der Behandlung in Papierform oder elektronisch erstellt wird,
- dass **Berichtigungen und Änderungen** von Eintragungen in der Patientenakte nur zulässig sind, wenn neben dem ursprünglichen Inhalt erkennbar bleibt, wann sie vorgenommen worden sind und dass dies ist auch für eine elektronisch geführte Patientenakte sichergestellt ist<sup>344</sup> und
- dass durch Abschriften erkennbar wird, welche Aufklärungsbogen und sonstigen **Unterlagen der Patient erhalten** hat.

Genügt eine Dokumentation diesen Anforderungen nicht, kann ihr allerdings nicht jede Beweiskraft abgesprochen werden. Sie bildet vielmehr weiterhin einen tatsächlichen Umstand, den der Richter bei seiner Überzeugungsbildung einer umfassenden und sorgfältigen, angesichts ihrer Defizite aber auch kritischen Würdigung zu unterziehen hat.<sup>345</sup> Ihr fehlt es also an der Überzeugungskraft und Zuverlässigkeit einer sorgsam und transparent geführten Dokumenta-

<sup>339</sup> BGH, Urteil vom 2. September 2021 - III ZR 63/20 - BGHZ 231, 31, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - MedR 2015, 594, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 22. Mai 2001 - VI ZR 268/00 - NJW-RR 2001, 143, juris Rn. 10; OLG Dresden, Urteil vom 15. März 2022 - 4 U 1972/21 - juris Rn. 29; zur Funktion der Aufklärungsbogen oben II. 5. b) cc).

<sup>340</sup> BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - MedR 2015, 594, juris Rn. 13.

<sup>341</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 12. Februar 2009 - 5 U 927/06 - MedR 2010, 108, juris Rn. 19.

<sup>342</sup> Hagenloch, Beweislast für medizinischen Behandlungsfehler in Deutschland, DGRZ 7/2022, unter II., insbesondere unter II. 2. b).

<sup>343</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 8. März 2017 - 5 U 65/16 - juris Rn. 29.

<sup>344</sup> dazu BGH, Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 84/19 - BGHZ 229, 331, juris Rn. 28, besprochen bei Hagenloch, Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung zum Medizinrecht im Jahr 2021, DGRZ 7/2022, unter II. 4. Rn. 3.

<sup>345</sup> BGH, Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 84/19 - BGHZ 229, 331, juris Rn. 29 ff.

tion.<sup>346</sup>

### i) prozessualer Streitgegenstand

Eher kontrovers wird in Deutschland erörtert, ob in einem Arzthaftungsprozess zwei getrennte Streitgegenstände vorliegen, wenn der Patient seinen Schadensersatzanspruch sowohl auf eine unzureichende ärztliche Aufklärung als auch auf eine fehlerhafte ärztliche Behandlung stützt. Zivilprozessuale Relevanz erlangt diese Frage etwa bei der materiellen Rechtskraftwirkung eines Urteils, bei der Rechtshängigkeit einer Klage und bei der verjährungshemmenden Wirkung einer Klageerhebung. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage bislang offengelassen. Allerdings hat er - in anderem rechtlichen Zusammenhang - verschiedentlich angesprochen, dass einer ärztlichen Haftung auch bei einer einheitlich erstrebten Entschädigung räumlich und zeitlich verschieden gelagerte Sachverhalte zugrunde liegen können.<sup>347</sup>

Zu beantworten ist diese Frage nach dem Verständnis des Streitgegenstands im nationalen Zivilprozessrecht. Im deutschen Recht ist deshalb entscheidend, ob neben dem identischen prozessualen Begehren bei natürlicher Betrachtung auch ein einheitlicher Lebenssachverhalt vorliegt.<sup>348</sup> Entscheidend ist somit, ob der jeweils zu den Haftungstatbeständen vorgetragene Lebenssachverhalt so eng beisammen liegt, dass er einheitlich erscheint.<sup>349</sup>

Im Regelfall wird hiervon zumindest bei einem operativen Eingriff auszugehen sein, da bei ihm die einzelnen Behandlungsschritte isoliert betrachtet

sinnlos wären und sich diese daher in der Wahrnehmung des Patienten als Teil eines Gesamtgeschehens darstellen, das sich nicht in einzelne Elemente - auch nicht in Aufklärung und Behandlung - aufgespalten lässt.<sup>350</sup> Aber auch bei anderen medizinischen Maßnahmen wird je mehr für einen prozessual einheitlichen Streitgegenstand sprechen, je näher die Aufklärungspflicht und die Behandlungspflicht sowohl in zeitlicher, also auch in räumlicher und medizinischer Sicht zueinander liegen.

Entgegen der wohl überwiegenden Auffassung<sup>351</sup> wird daher im Regelfall nicht von getrennten Streitgegenständen auszugehen sein.<sup>352</sup> Solche liegen erst nahe, wenn sich aus der Sicht der Patienten der Lebenssachverhalt nicht mehr als einheitlich darstellt, insbesondere in personeller, räumlicher und zeitlicher Hinsicht. So spricht etwa viel für getrennte Streitgegenstände, wenn die betroffenen Ärzte nicht in derselben Klinik arbeiten und nur im Rahmen einer horizontalen Arbeitsteilung miteinander verbunden sind, also wenn beispielsweise dem überweisenden Hausarzt ein Diagnosefehler und dem operierenden Arzt eine Verletzung der Aufklärungspflicht angelastet werden.

Dies gilt umso mehr, als nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Schmerzensgeldanspruch, den ein Patient darauf stützt, dass verschiedenen Ärzten im Rahmen einer Operation und der mit dieser in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Nachbehandlung Behandlungsfehler unterlaufen sind, einen alle Behandlungsfehler umfassenden einheitlichen Streitgegenstand begründet.<sup>353</sup> Auch entsteht der Eindruck, dass sich Teile der Literatur und Rechtsprechung für die Annahme getrennter Streitgegenstände auf höchstgerichtliche Entscheidungen berufen, die

<sup>346</sup> vgl. BGH, Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 84/19 - BGHZ 229, 331, juris Rn. 29 ff.; BGH, Urteil vom 3. Februar 1998 - VI ZR 356/96 - MedR 1998, 514, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 14. März 1978 - VI ZR 213/76 - VersR 1978, 542, juris Rn. 24 f.

<sup>347</sup> BGH, Urteil vom 8. November 2016 - VI ZR 594/15 - MedR 2017, 960, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 228/05 - MedR 2007, 722, juris Rn. 11, mit Anmerkung Prütting; BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2012 - VI ZR 396/12 - juris.

<sup>348</sup> BGH, Urteil vom 19. Oktober 2022 - XII ZR 97/21 - juris Rn. 20; BGH, Urteil vom 25. Juli 2022 - VIa ZR 485/21 - NJW 2022, 3150, juris Rn. 35; ständige Rechtsprechung.

<sup>349</sup> vgl. im Einzelnen: Hagenloch, Kommentar zu der georgischen Zivilprozessordnung, Tbilissi 2020, Art. 3 Abs. 1 Anm. 2. b); <http://lawlibrary.info/ge/books/Civil-Procedure-Com.pdf>.

<sup>350</sup> vgl. auch BGH, Urteil vom 14. März 2017 - VI ZR 605/15 - MedR 2017, 799, juris Rn. 17.

<sup>351</sup> OLG Nürnberg, Urteil vom 20. April 2017 - 5 U 458/16 - MDR 2017, 998, juris Rn. 34; OLG Dresden, Urteil vom 14. Juli 2010 - 4 U 1834/09 - juris Rn. 13; OLG Zweibrücken, Urteil vom 11. Oktober 2005 - 5 U 10/05 - MedR 2006, 218, juris Rn. 41; LG Köln, Urteil vom 28. September 2016 - 25 O 15/15 - MedR 2017, 924, juris Rn. 21.

<sup>352</sup> ebenso: Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 79.

<sup>353</sup> BGH, Urteil vom 14. März 2017 - VI ZR 605/15 - MedR 2017, 799, juris Rn. 16 ff.

Fragen der Verjährung (dazu sogleich unter j)) und der Zurückweisung neuen prozessualen Vorbringens<sup>354</sup> betreffen. Derartige Rückschlüsse sind aber nicht tragfähig, da weder der Lauf verschiedener Verjährungsfristen noch die Voraussetzungen für die Zurückweisung neuen prozessualen Vorbringens unmittelbar etwas mit dem prozessualen Streitgegenstand zu tun haben.

### **j) Verjährung**

Ansprüche aus Behandlungsfehlern können zu anderer Zeit verjähren als solche aus Aufklärungsver-

säumnissen.<sup>355</sup> Zwischen den Ansprüchen wegen unzureichender ärztlicher Aufklärung einerseits und wegen fehlerhafter Behandlung andererseits besteht zwar eine Verknüpfung dergestalt, dass es Ziel des Schadensersatzbegehrens des Patienten ist, eine einheitliche Entschädigung für die bei ihm aufgrund der Behandlung eingetretenen gesundheitlichen Nachteile zu erlangen. Jedoch liegen den Haftungstatbeständen verschiedene voneinander abgrenzbare Pflichtverletzungen zugrunde.<sup>356</sup> Deshalb kann es auch zu Unterschieden bei der Kenntnis vom jeweils haftungsbegründenden Verhalten und damit beim Beginn der Verjährungsfristen kommen.

---

<sup>354</sup> BGH, Urteil vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 228/05 - MedR 2007, 722, juris Rn. 11; BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2012 - VI ZR 396/12 – juris.

---

<sup>355</sup> BGH, Urteil vom 8. November 2016 - VI ZR 594/15 - MedR 2017, 960, juris Rn. 10; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Beschluss vom 2. Juli 2014 - 1 W 37/13 - NJW-RR 2014, 1305, juris Rn. 20.

<sup>356</sup> BGH, Urteil vom 8. November 2016 - VI ZR 594/15 - MedR 2017, 960, juris Rn. 10.

## Subjects of legalization of illegal income

Zurab Gogshelidze

Doctoral student, Tbilisi State University

There is no unified opinion on the subjects of illegal income in the legal literature. This issue is not uniformly resolved in the legislation of different countries. Proceeding from the above, its solution is of great practical importance. **In particular, the question is:** Is the principal of Article 194 of the Criminal Code of Georgia only a third person, or also the person, who has committed the main (predicate) crime?<sup>1</sup>

Not only the criminal analysis of the Article 194 of the Criminal Code of Georgia, but also accurate definition of the object of criminal protection against this crime and the systematic place of the norm in the Criminal Code of Georgia will help us in solving the problem.

It is recognized that the legalization of illegal income may jeopardize not one specific but several different legally protected interests, in particular:

a) entrepreneurial or other economic activity is threatened, as illegally obtained money flows into the country's economy, thereby hindering the healthy competition. The point is that as it is rightly noted in the legal literature, money laundering distorts the competition in the sectors that attract dirty money. The businesses that can get dirty investment can crowd out those businesses that receive the capital in legal, legitimate ways.<sup>1</sup>

Therefore, the right question is: How is it possible that a law-abiding pizzeria owner, who needs to generate a competitive income, competes with a pizzeria owner, who can stay in business as one of competitors, regardless of whether he/she will have legitimate income from his/her business?<sup>2</sup>

This reasoning implies the case, when, by formally starting an entrepreneurial activity, a person's goal is not to make a profit, but to conceal the traces of the origin of illegally obtained money, i.e. to legalize the property by recording the fact of circulation of "dirty" money in the economy.

Money laundering poses a serious threat to the legal economy and affects the integrity of financial institutions. In addition, it changes the economic power in certain sectors;<sup>3</sup>

b) the property rights are threatened, because the property obtained through a violation of the law is "laundered", thereby losing the trace of its origin, and accordingly, the possibility of returning the property, obtained by the previous crime, to the injured party is reduced to zero;

c) the monetary and credit systems are threatened, because the "dirty money" should flow into the economy that contributes to the devaluation of the

---

<sup>1</sup> Jojarth, Money Laundering: Motives, Methods, Impact, and Countermeasures, in: Transnational Organized Crime Analyses of a Global Challenge to Democracy (ed. R. Schönberg/A. Schönfeld), Bielefeld 2013, 23.

<sup>2</sup> Jojarth, in: Transnational Organized Crime Analyses of a Global Challenge to Democracy, see f.n. 2, 23.

<sup>3</sup> Money Laundering Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors, OECD 2009, 11, <https://www.oecd.org/ctp/crime/money-laundering-awareness-handbook-for-tax-examiners-and-tax-auditors.pdf> (16.03.2020).

country's official currency. In addition, the legalization of illegal income is often associated with a reverse phenomenon called the capital outflow/flight. The capital flight is an uncertain and rapid outflow of large amounts of money from the country, which often accompanies the process of legalization of illegal income. The capital flight can destabilize the financial system and result in a much weaker currency, which in turn increases the prices of basic imported goods;<sup>4</sup> In order to stop this process, some efforts from the state are needed; in particular, one of the ways to limit the amount of capital flight is the introduction of capital control by the government, which determines and controls the amount of money a person can take out of the country. However, to stop the outflow of illegal capital is much more difficult.<sup>5</sup> Illegal capital is the subject of legalization of illegal income;

d) the interest of service in an entrepreneurial or other organization is threatened, because the legalization of illegal income is often associated with the abuse of power by persons in responsible positions (for example, bank managers) in the private sector;

e) the interest of justice is threatened, because if the legalization of illegal income is "successfully completed", this fact will prevent the relevant authorities from detecting the previous crime. It is recognized that the law on money laundering is based on the prevention and detection of the use of the income received as a result of general and large-scale crime (for example, such as the prevention and detection of financing of the terrorism);<sup>6</sup>

f) finally, apart from the economic losses, successful money laundering operations undermine the legitimacy of a democratic government, because the citizens expect their government to provide them with safety and favorable conditions for economic

growth.<sup>7</sup> The public support for the democracy continues to decline, when the government abuses its power and position for the personal gain. Successful money laundering also undermines international sanctions against the dictatorial regimes, thus preventing the possibility of political regime change.<sup>8</sup>

The crime causes material and non-material damage to third parties, individuals and the society as a whole. Money laundering can lead to a decline in public trust in certain professions, such as lawyers, accountants, notaries and economic sectors, such as: real estate, banks and other financial institutions. Investing the proceeds of crime can also distort the competition between the businesses and entrepreneurs. Money laundering allows criminals to start, continue and expand the activities in legitimate sectors of the economy. This can create the perception that the "crime is chargeable" (worthwhile) and can also have a stimulating effect on our youth, who are starting a criminal career.<sup>9</sup>

It is the responsible choice of the legislator of this or that country as to which one among these various objects of criminal protection will be given the preference. It is not related to simple "legislative taste". Addressing the issue, who is the subject of the crime in question - only the third person, or also the principal or accomplice<sup>10</sup> of the previous (predicate) crime - largely depends on the appropriate choice.

Therefore, the issue must be resolved in a way that is compatible with the "ne bis in idem" princi-

<sup>4</sup> <https://www.tutor2u.net/economics/reference/what-is-capital-flight%20> (16.03.2020).

<sup>5</sup> <https://www.tutor2u.net/economics/reference/what-is-capital-flight> (16.03.2020).

<sup>6</sup> Gambling Commission, The prevention of money laundering and combating the financing of terrorism, Guidance for remote and non-remote casinos, Third edition, July 2016, p. 8.

<sup>7</sup> FROM THE BOOK „Transnational Organized Crime Analyses of a Global Challenge to Democracy“, 2013, Publisher: Transcript Verlag. Bielefeld, Germany. Editor – Regine Schönenberg, p. 23.

<sup>8</sup> FROM THE BOOK „Transnational Organized Crime Analyses of a Global Challenge to Democracy“, 2013, Publisher: Transcript Verlag. Bielefeld, Germany. Editor - Regine Schönenberg, p. 24.

<sup>9</sup> Money Laundering Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors, OECD 2009, p. 12.

<sup>10</sup> The issue on the subject of Article 194 of the Criminal Code and its connection to the systemic place of this article will be discussed below.

ple,<sup>11</sup> that is, with the principle of prohibition of imposing responsibility twice for one action.

This is what the United Nations Convention against Transnational Organized Crime serves (Article 6, paragraph 2, sub-paragraph "e"). According to the Convention, in line with the internal legislation of the state, if so required by the basic principles of the internal legislation of the state party to the convention, it can be considered that the actions mentioned in the first paragraph of this article (i.e. actions aimed at the legalization of illegal income) do not apply to the persons who have committed the main offense (i.e. the predicate crime).

Our legislator, unlike the legislators of some other countries (e.g., Germany, France, Russia), included the legalization of illegal income in the chapter on crimes against entrepreneurial or other economic activities.

Thus, the interest protected by the law on entrepreneurial or other economic activities of Georgia is the object of criminal law protection against this crime. It is obvious that the legislator has especially separated the entrepreneurial activity from the sphere of economic activity. This is not accidental, because, **first of all**, entrepreneurial activity is the leading field in the country's economic activity; **second**, as a rule, the final goal of legalization of illegal income is the inclusion of "laundered" property in entrepreneurial activity (in addition, its inclusion in another area of the economy is not excluded).

It is noteworthy that according to one of the fundamental researches of the World Bank, one of the goals of the fight against the legalization of illegal income was named that the countries should protect the financial system from criminal influences and, in general, protect it from entering the "packaged" money into the economy, also protect the financial

system from criminal influences.<sup>12</sup> In turn, these measures ensure the economic development and poverty reduction.<sup>13</sup>

The outcomes of the legalization of illegal income is discussed in the literature as follows: **Consequences** - this refers to the impact or harm of financing of money laundering or terrorism, including the impact of major criminal and terrorist activity on financial systems and institutions, on the economy and society in general.<sup>14</sup>

As we can see, the emphasis is placed on the harm affecting the country's financial system and economy by the legalization of illegal income.

The proceeds of organized crime (drugs, gambling, racketeering and prostitution) are mostly represented in the form of cash, and also mostly in small bills, which must somehow be smuggled into the banking system or the regular flow of commerce before it can be safely spent in this country.<sup>15</sup>

Thus, it is clearly emphasized that illegal income must first be smuggled into the banking system or trade, so that it can be safely spent later. Accordingly, **spending illegal income is not** money laundering, **but, on the contrary**, money must be laundered first so that it can be "safely" spent later.

It should also be noted that as known the FATF was created based on the recognition of the threat of money laundering for the banking system and financial institutions. In particular, the heads of the governments of G-7 countries and the president of the European Commission convened a working group

<sup>11</sup> On the principle of justice, see. *Nachkebia*, Criminal Law, General section, Ed. G. Nachkebia / N. Todua, Tbilisi 2019, 65-67.

<sup>12</sup> *Yikona, Slot, Geller, Hansen, el Kadiri*, Ill-Gotten Money and the Economy: Experiences from Malawi and Namibia, World Bank Study, Washington, DC, United States, 2011, p. 5

<sup>13</sup> *Yikona, Slot, Geller, Hansen, el Kadiri*, Ill-Gotten Money and the Economy: Experiences from Malawi and Namibia, World Bank Study, Washington, DC, United States, 2011, *ibid*.

<sup>14</sup> Gambling Commission, The prevention of money laundering and combating the financing of terrorism, Guidance for remote and non-remote casinos, Third edition, July 2016, p. 17.

<sup>15</sup> Information Technologies for the Control of money laundering, Vary Coates, Project Director, U.S. Government Printing Office, Washington, DC, 1995. P. 4.

consisting of G-7 member states, the European Commission and eight other countries.<sup>16</sup>

Finally, it must be said that the legislation of Georgia does not share a definition of legalization of illegal income, under which the possession including any kind of use of illegally obtained money is considered as money laundering, regardless of whether the person attempted to hide its origin or source. Keeping illegally obtained money in a bank safe or hiding it under a mattress at home can also be considered as legalization of illegal income, and it does not matter if this money was used for personal consumption or for other spending purposes.<sup>17</sup>

If we share this opinion, it turns out that when a thief spends or hides the stolen money at home, it appears that the thief legalizes illegal income.

**The object of criminal legal protection of this crime helps** in determining the disputed issue of the circle of principals of the crime.

In particular, as mentioned, it is disputed whether a natural person who committed a previous (predicate) crime should be considered as the principal of the crime provided for in Article 194 of the Criminal Code?

In the legal literature an opinion is expressed according to which the legalization of illegal income is a form of covering the predicate crime (complicity to the crime). Therefore, the principal of main crime should not be considered as the principal of money laundering.<sup>18</sup> According to this opinion, this approach serves to exclusion of double punishment for one act (keeping in mind the issue of compliance with the “ne bis in idem” principle).<sup>19</sup>

This opinion is based on well-founded arguments, however, before the final solution of the issue, we should pay attention to other aspects as well. In particular, it is interesting why the legislators of the

country who included this article in the chapter on crimes against the property or crimes against justice do not consider the perpetrator of the previous crime to be the subject of illegal income. In other words, what is the importance of the systematic place of the norm in question in the Criminal Code when defining the circle of subjects for this crime?

In general, the systematic place of the crime in the Criminal Code is a guide in determining the circle of principals. An example of this is the issue of the circle of subjects of illegal abortion in the Criminal Law of Georgia. In particular, since the Article 133 of the Criminal Code (Illegal abortion) is included not in the chapter on crimes against the human life, but in the chapter on the crimes that threaten human life and health, this means that the subject of illegal abortion (both the principal and accomplice) is not the mother, who willingly performs illegal abortion. The principal is another person (usually a medical professional).<sup>20</sup>

In those countries (for example, Germany),<sup>21</sup> where this article is included in the chapter on crimes against human life, the life of the embryo becomes a main object of protection. Thus, the mother of the embryo can be considered at least as an accomplice, if not as a principal of illegal abortion, who by his/her action (voluntarily performs an illegal abortion) aids the destruction of this object of basic protection (according to Article 218, Section 2, Clause 3 of the German Criminal Code, when a pregnant woman performs an abortion, she is one of the perpetrators of this crime).

**Let's get back to the question under consideration.** If our legislator would include the legalization of illegal income in the chapter of crimes against the property (as is the case in the Austrian Criminal Code),<sup>22</sup> we would not consider the perpetrator of the previous crime as the principal. **Why?**

<sup>16</sup> Handbook of Anti Money Laundering, Dennis Cox, John Wiley & Sons, Ltd, 2014, s. 21.

<sup>17</sup> Ibid, p. 2.

<sup>18</sup> Comp. Mamulashvili, in book: Private section of Criminal Law, book I, Ed. G. Mamulashvili, N. Todua, Tbilisi. 2019, p. 570.

<sup>19</sup> Mamulashvili, named paper, p. 570-571.

<sup>20</sup> Mamulashvili, Todua, in the book: Private section of Criminal Law, book I, Ed. G. Mamulashvili, N. Todua, Tbilisi. 2019, p. 35.

<sup>21</sup> German Criminal Code, paragraph 218.

<sup>22</sup> Austrian Criminal Code, paragraph 165.

When committing a crime against the proprietary rights, say committing a crime of possession (e.g., appropriation) takes place, it is not important for the qualification of the action how the subject of the crime will use the illegally obtained property in the future, it doesn't even matter if he/she uses it at all. The main thing is that at the moment of taking possession of someone's property, the criminal should be driven by the purpose of its illegal appropriation.<sup>23</sup> Thus, the fact of further disposal of the possessed property (if it is not revealed in the legalization of this illegal property) cannot be given legal significance in terms of the qualification of joint action of crimes. The further disposal of such property represents the practical realization of the purpose of unlawful appropriation, implied in the possession type crimes against proprietary rights.

**For example**, Gega possessed someone else's jewelry (gold items). He kept these things at home for a while. Then he began to use them. Finally, he sold these things.

The action should only be qualified as theft. It is not allowed to qualify Gega's action as a combination of crimes - both theft (Article 177) and possession, use and sale of property obtained knowingly by illegal means (Article 186).

That's why, the subject of the possession, use or sale of the property obtained knowingly by illegal means (Article 186 of the Criminal Code) **cannot be** the person who himself/herself obtained this property by illegal means, its subject is necessarily another person, who was not the principal or accomplice of the previous crime.<sup>24</sup> However, even in the case of the crime provided for in Article 186 of the Criminal Code, a person commits such actions (property ownership, use, purchase, sale), which, in terms of objectivity, is similar to the actions committed during the

legalization of illegal income (Article 194 of the Criminal Code). Nevertheless, since the Article 186 is included in the chapter on crimes against the property, this fact precludes recognizing the perpetrator of the previous crime as its subject.

The same should be said about a crime against property, such as property damage by deception (Article 185 of the Criminal Code), which is not the possession offence, but it is not excluded that the criminal gets the possession of illegal income (which should have been transferred to another person in the form of profit).<sup>25</sup> For example, the manager of the sewing salon did not officially sign the order and received cash on hand for the service, which he/she appropriated himself/herself. Even in this case, it does not matter how or when this person disposes the illegally obtained income, or whether he disposes it at all.

Thus, it is clear **why** those countries, the legislators of which have included this crime in the chapter on crimes against property, **do not consider** the perpetrator of the previous crime as a subject of legalization of illegal income.

The issue should be resolved in the same way, even if, like the legislators of some countries (for example, Germany),<sup>26</sup> we include the legalization of illegal income in the chapter on crimes against the judicial authorities (next to the concealment of a crime), where the specific object<sup>27</sup> of the criminal defense is the legal interest of preventing and solving the crime in a timely manner.

There is no dispute that these actions provided for in Article 194 of the Criminal Code actually contribute to cover up the previous crime (Article 375 of the

<sup>23</sup> About the purpose of unlawful appropriation, *Todua*, in book: Liberalization trends of Criminal Law in Georgia, Ed. N. Todua, Tbilisi, 2016, p. 111-122; *Todua*, in book: Private section of Criminal Law, Book I, Ed. G. Mamulashvili, N. Todua, Tbilisi, 2019, p. 465-469.

<sup>24</sup> *Lekveishvili*, in book: Private section of Criminal Code, Book I, Ed. G. Mamulashvili, N. Todua, Tbilisi, 2019, p.542-543.

<sup>25</sup> *Lekveishvili*, *Todua*, in book: Private section of Criminal Code, Book I, Ed. G. Mamulashvili, N. Todua, Tbilisi, 2019, p. 540.

<sup>26</sup> Paragraph 261 of the German Criminal Code.

<sup>27</sup> About objects of criminal protection, *Nachkebia*, in book: Criminal Law, General section, Ed. G. Nachkebia, N. Todua, Tbilisi, 2019, p. 125-126; M. Lekveishvili, G. Mamulashvili, in book: Private section of Criminal Law, book I. Ed. G. Mamulashvili, N. Todua, Tbilisi, 2019, p. 20; Criminal Law, General part, manual, Ed. G. Nachkebia, I. Dvalidze, Tbilisi, 2017, p. 110-114.



Criminal Code).<sup>28</sup> Covering up a crime (also non-reporting a crime) is a form of complicity to a crime, where the principal or accomplice of this crime cannot be considered as the subject - its subject is another, third party.<sup>29</sup>

Accordingly, if our legislator included this article in the chapter on crimes directed against timely prevention and detection of crimes, then we could not consider the principal and accomplice of the previous crime as its subject.

As we see, out of various threats created by the legalization of illegal income, our legislator considered the most important the threat created for entrepreneurial or other economic activities of the country. That is why the norm under consideration was included in the relevant chapter of the Criminal Code.

It is noteworthy that according to one of the international studies conducted in 2011, among the economic implications of the legalization of illegal income, the emphasis is placed on: unfair competition; the threat created for privatization; changes in currency exchange rates and interest rates; the risk that may arise in relation to the financial sector; the reputation of the financial sector; pollution of legal business by illegal business; capital flight/outflow (it implies the transfer of capital from one country to another in order to avoid its expropriation); distortion of economic statistics, etc.<sup>30</sup>

Money laundering is detrimental to the well-being of the entire economy because the trust in financial institutions is generally considered a basic requirement for long-term economic growth... in addition, confidence in the financial sector is not only a domes-

tic necessity, but it is necessary to attract foreign capital and investment.<sup>31</sup>

The major problem related to the circulation of illegal origin and unlaundered money is that there is money in circulation that is not officially known. This can lead to distortions and changes in national accounts, thereby reducing tax revenues.<sup>32</sup>

Proceeding from the above, it does not matter who will create a threat to the economy of the country with appropriate action - the perpetrator of the previous crime or another third party. The fact of inclusion of legalization of illegal income in this chapter on the Criminal Code of Georgia (along with other circumstances) gives us a reason **not to exclude** (on the contrary, to imply) the perpetrator of a previous crime from the list of subjects.

If this is indeed true, it is evidenced by the existence of a goal such as "the goal of helping another person to avoid the responsibility" in the main content of Article 194 of the Criminal Code.

**The question is:** who is "another person"? He/she is the perpetrator of a previous crime, and by "laundering" of illegally obtained property, a third party helps him/her to evade the responsibility.

**Example:** A bank representative agreed to a perpetrator of a previous crime (say, perpetrator of fraud) that he would distribute the amount relevant to the one transferred to his bank and then disburse as credits to fraudulent persons, and then he would transfer the returned and combined amount to the bank of another country, which would be returned to the perpetrator of the previous crime. Indeed, everything was carried out according to the agreement.

By depositing the illegally acquired property in the bank and pre-negotiating further actions with the bank representative, the purpose of perpetrator of

<sup>28</sup> Mamulashvili, *Todua*, in book: Private section of Criminal Law, book II, Ed. G. Mamulashvili, N. Todua, Tbilisi, 2020, p. 568-572.

<sup>29</sup> About crime complicity, *Nachkebia*, in book: Criminal Law, General section, Ed. G. Nachkebia, N. Todua, Tbilisi, 2019, p. 441-443;

<sup>30</sup> Comp. *Yikona, Slot, Geller, Hansen, el Kadiri*, Ill-Gotten Money and the Economy: Experiences from Malawi and Namibia, World Bank Study, Washington, DC, United States, 2011, p. 11.

<sup>31</sup> Comp. *Yikona, Slot, Geller, Hansen, el Kadiri*, Ill-Gotten Money and the Economy: Experiences from Malawi and Namibia, World Bank Study, Washington, DC, United States, 2011, p. 12-13.

<sup>32</sup> *Yikona, Slot, Geller, Hansen, el Kadiri*, Ill-Gotten Money and the Economy: Experiences from Malawi and Namibia, World Bank Study, Washington, DC, United States, 2011, p. 14.

previous crime was to cover up the illegal origin of the property. **As for the representative of the bank,** his goal was to help the person committing the previous crime to avoid the responsibility.

Section 328 of the POCA, the Proceeds of Crime Act 2002 (Proceeds of Crime Act 2002), provides that a person commits an offense if he/she enters into an agreement when he/she knows or suspects that will in any way facilitate the acquisition, keeping, use or control of illegal property by or on behalf of another person. An example of this in the gambling industry

would be the case of a casino operator knowingly accepting the bets that are obtained as a result of criminal activity.<sup>33</sup>

As we see, it is emphasized that in case of prior agreement the subject of legalization of illegal income is also a third party (e.g. casino operator), who facilitates an action taken by or on behalf of another person with respect to criminal property (for example, use of property). Hence the conclusion that the subjects of legalization of illegal income are both parties - the perpetrator of the previous act and the third party.

---

<sup>33</sup> Gambling Commission, The prevention of money laundering and combating the financing of terrorism, Guidance for remote and non-remote casinos, Third edition, July 2016, p. 10.