

Die Bedeutung prozessualen Denkens bei der Lösung materiellrechtlicher Fragen (und Klausuren) – exemplarisch vorgeführt anhand der sogenannten Aufladungsrechtsprechung und der Pflicht zur Fehleraufklärung nach dem Patientenrechtegesetz

Prof. Dr. Moritz Brinkmann, Bonn*

Die Bedeutung des Zivilprozessrechts in den juristischen Prüfungen ist beträchtlich: Geradezu zentral ist das Verfahrensrecht im zweiten Examen, aber auch in der ersten juristischen Prüfung kommen nicht selten prozessuale Zusatzfragen und Einkleidungen vor. Insofern gilt: „Wer ZPO kann, ist klar im Vorteil!“ Dieser Satz hat auch für Fälle (und Klausuren) seine Berechtigung, die auf den ersten Blick nur materiellrechtliche Fragen aufwerfen. Die folgenden Überlegungen zum Verhältnis von Prozessrecht und materiellem Recht sollen zeigen, dass bei der Auslegung einer materiellrechtlichen Vorschrift die Konsequenzen für ein mögliches gerichtliches Verfahren stets mit in den Blick zu nehmen sind.

I. Einleitung

Das Verhältnis von Verfahrensrecht und materiellem Recht ist ein altes Thema. Oft wird das Prozessrecht als Diener des materiellen Rechts bezeichnet.¹ Damit das Prozessrecht diese dienende Funktion aber auch erfüllen kann, darf das materielle Recht nicht ohne jede Rücksicht auf seine Durchsetzung und Bewährung im Prozess konzipiert und gedacht werden. Denn die Rechtsmaterien sind wechselseitig aufeinander bezogen,² so dass sich der Rechtsanwender (und damit auch der Klausurbearbeiter) beim Umgang mit dem materiellen Recht immer wieder eine „verfahrensrechtliche Brille“ aufsetzen muss, nicht zuletzt um zu gewährleisten, dass die gewonnenen materiellrechtlichen Lösungen prozessual umsetzbar sind. Wer das nicht tut, setzt die Mobilisierbarkeit des materiellen Rechts durch das Verfahren aufs Spiel, nämlich in dem Sinn, dass materielle Rechte geschaffen werden, die sich im Streitfall aus verfahrensrechtlichen Gründen als undurchsetzbar erweisen. Materielles Recht ist eben – wie Zöllner es

so plastisch formuliert hat – „stets nur die halbe Wahrheit“.³ Dies soll im Folgenden an zwei durchaus heterogenen Beispielen erläutert werden, nämlich anhand der Begrenzung der zur Vormerkung ergangenen sogenannten „Aufladungsrechtsprechung“ durch ein Urteil des BGH aus dem Jahr 2012 einerseits,⁴ und anhand der durch das Patientenrechtegesetz⁵ geschaffenen Pflicht zur Fehleraufklärung nach § 630 Abs. 2 S. 2 BGB andererseits. Es wird sich jeweils zeigen, dass der Schlüssel zu den sich hier stellenden materiellrechtlichen Fragen im Verfahrensrecht zu suchen ist.

II. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Aufladung einer Vormerkungseintragung

Die Vormerkung nach §§ 883 ff. BGB ist ein Sicherungsmittel für schuldrechtliche Ansprüche, die auf die Einräumung eines Rechts an einem Grundstück gerichtet sind. Sie wird ins Grundbuch eingetragen und signalisiert einem potentiellen Erwerber, dass eine Eintragung zu Gunsten eines anderen bevorsteht.⁶ Die Vormerkung ist bekanntlich akzessorisch ausgestaltet,⁷ so dass sie automatisch unwirksam wird, wenn der vorgemerkte Anspruch erlischt oder endgültig nicht mehr entstehen kann.⁸ Die Eintragung der Vormerkung im Grundbuch wird hierdurch unrichtig.⁹

³ Zöllner, AcP 190 (1990), 471 (474).

⁴ BGHZ 193, 152.

⁵ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013, BGBl. I S. 277.

⁶ Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 20 Rn. 3; Hager, JuS 1990, 429 f.; Tiedtke, Jura 1981, 354 f.

⁷ BGH NJW 2001, 3701 (3702); Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, 28. Aufl. 2013, § 18 Rn. 7; Prütting, Sachenrecht, 35. Aufl. 2014, Rn. 178.

⁸ Dagegen erlischt die Vormerkung nach der Entscheidung des BGH v. 13. Februar 2014 nicht, wenn jemand im Wege der befreienden Schuldübernahme die Schuld eines anderen übernimmt, deren zugrunde liegender Anspruch durch eine Vormerkung gesichert ist, und er zeitgleich Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts wird, BGH NJW 2014, 2431 ff. In diesem Fall soll der Schuldnerwechsel nicht in das Grundbuch eingetragen werden können. Zustimmend M. Zimmer, JZ 2014, 793 (794).

⁹ BGH NJW 2009, 1414 (1415); BGHZ 60, 46 (50); Baur/Stürner,

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Zivilverfahrensrecht sowie Insolvenzrecht an der Universität Bonn. Für die wertvolle Unterstützung bei der Recherche und der Redaktion des Manuskriptes danke ich meiner studentischen Hilfskraft Frau Elisabeth Patt.

¹ Pohle, Festschrift für Lent (1957), 195 (212).

² Zöllner, AcP 190 (1990), 471; Saenger, Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung (1998), S. 1.

1. Die Lockerung der Akzessorietät durch den BGH

Die vom BGB-Gesetzgeber streng durchgeführte Akzessorietät der Vormerkung hat der *BGH* in seiner viel beachteten Entscheidung aus dem Jahr 1999 gelockert.¹⁰ Der *BGH* entschied, dass es möglich sei, eine alte, unrichtig gewordene Vormerkungseintragung für einen neuen Anspruch wieder zu verwenden, die alte Eintragung also gleichsam mit einem neuen Anspruch „aufzuladen“. Der Rückgriff auf die alte Eintragung sei zulässig, so der *BGH* im Jahr 1999, weil und sofern Eintragung und nachträgliche Bewilligung inhaltlich den gleichen sicherungsfähigen Anspruch betreffen. Heben die Parteien etwa den Kaufvertrag auf, aus dem sich der vorgemerkte Auflassungsanspruch ergibt, und schließen später einen neuen Vertrag, so erlischt zwar die Vormerkung im Moment der Aufhebung des ersten Kaufvertrags, die Parteien können aber die noch im Grundbuch stehende, unrichtige Eintragung mit dem neuen Auflassungsanspruch durch erneute Bewilligung aufladen.¹¹ Der *BGH* führt für seine großzügige Handhabung des Akzessorietätsprinzips an, dass sie den Parteien eine Löschung und anschließende Neueintragung der Vormerkung und damit unnötigen Formalismus erspare.¹² In Fortführung dieser Rechtsprechung entschied der *BGH* im Jahr 2007, dass eine zur Sicherung eines durch Rücktritt bedingten Rückauflassungsanspruchs eingetragene Vormerkung durch Bewilligung auf weitere Rücktrittsgründe erstreckt werden könne, ohne dass es einer erneuten Eintragung bedürfe.¹³

In der Literatur ist diese Rechtsprechung überwiegend auf Ablehnung gestoßen.¹⁴ Geltend gemacht wurde vor allem, dass sie mit dem akzessorischen Charakter der Vormerkung nicht vereinbar sei.¹⁵ Aus diesem folge zwingend, dass bei einer Novation zusammen mit dem ersetzten Anspruch die für diesen bestellte Vormerkung erlösche. Das Grundbuch werde unrichtig und für den neu geschaffenen Anspruch müsse eine neue Vormerkung bewilligt werden, die neu eingetragen werden müsse.¹⁶

2. Das Kongruenzerfordernis als Eingrenzung der Aufladungsmöglichkeiten

Im Jahr 2012 hat der *BGH* seine Aufladungsrechtsprechung nunmehr „präzisiert“, um nicht zu sagen eingeschränkt.¹⁷ Der Sachverhalt lag – etwas vereinfacht – wie folgt:

Die Inhaberin einer Eigentumswohnung übertrug diese auf ihre Tochter, wobei der Übergabevertrag ein persönliches, also unvererbliches Rückforderungsrecht zu Gunsten der Mutter vorsah. Dieses wurde durch eine Vormerkung gesichert. Nachdem die Mutter verstorben war und sich damit der Rückauflassungsanspruch infolge des Todes der Gläubigerin erledigt hatte (weil dieser unvererblich war), veräußerte die Tochter die Wohnung. Um die noch im Grundbuch stehende Vormerkung löschen zu lassen und so das Grundbuch zu berichtigen, stellte die Erwerberin einen Antrag nach § 22 GBO. Das Vorgehen nach § 22 GBO ermöglicht die Grundbuchberichtigung ohne die Bewilligung des Voreingetragenen und ist in der Praxis weitaus bedeutsamer als der materielle Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB. Das Grundbuchamt verweigerte jedoch die Löschung der Vormerkung mit der Begründung, dass der ursprüngliche unvererbliche Rückauflassungsanspruch aufgrund des Todes der Mutter zwar nicht mehr bestehen könne, es sei aber nicht nachgewiesen, dass dieser Anspruch nicht zu Lebzeiten der Mutter durch einen anderen – vererblichen – Auflassungsanspruch ersetzt worden sei. Der *BGH* wies diese Argumentation zurück. Er stellte klar, dass die vom Grundbuchamt für möglich gehaltene Aufladung scheitert, weil die Vormerkung ursprünglich für einen nicht vererblichen Anspruch eingetragen wurde, so dass sie nicht mit einem vererblichen Anspruch aufgeladen werden konnte.¹⁸ Alter und neuer Anspruch müssten nicht nur zwischen denselben Parteien bestehen und auf das identische Ziel gerichtet sein, sie müssten auch im Übrigen „kongruent“ sein, was nicht der Fall sei, wenn ein vererblicher Anspruch an die Stelle eines unvererblichen treten solle.¹⁹ Man kann zur Begründung dieser Rechtsprechung auf das Akzessorietätsprinzip verweisen und sich auf den Standpunkt stellen, dass dessen Grenzen überschritten seien, wenn die Ansprüche Unterschiede hinsichtlich ihrer Übertragbarkeit aufweisen.²⁰ Wirklich überzeugend ist das allerdings nicht, denn eine Begründung, warum hier das Akzessorietätsprinzip verletzt sein soll, aber nicht bei dem Austausch zweier in diesem Sinn kongruenter Ansprüche, ist nicht ersichtlich. Zu ergänzen ist, dass auch begrifflich das Kriterium der „Kongruenz“ kaum fassbar ist.²¹ Die rein materiellrechtlich angelegte Begründung des Urteils vermag daher nicht zu befriedigen.

3. Die verfahrensrechtliche Dimension der Aufladungsrechtsprechung

Eine verfahrensrechtliche Analyse der Entscheidung führt zu einer ganz anderen Beurteilung. Denn indem der *BGH* die Aufladungsmöglichkeiten auf materiellrechtlicher Ebene einschränkt, stellt er zugleich die Funktionsbedingungen des Grundbuchberichtigungsverfahrens gemäß § 22 GBO wieder her.²² Nach § 22 GBO ist eine Vormerkung vom Grundbuchamt

Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 20 Rn. 25.

¹⁰ BGHZ 143, 175.

¹¹ BGHZ 143, 175 (181).

¹² BGHZ 143, 175 (182).

¹³ *BGH* NJW 2008, 578 (580).

¹⁴ *Kohler*, in: *MüKoBGB*, 6. Aufl. 2013, § 885 Rn. 2 Fn. 14; *Demharter*, *MittBayNot* 2000, 104 (107); *M. Zimmer*, *NJW* 2000, 2978 (2979); *Lorenz*, in: *Erman BGB*, 13. Aufl. 2011, § 885 Rn. 19; *Soergel/Stürner*, *BGB*, 13. Aufl. 2002, § 885 Rn. 6.

¹⁵ *Prütting*, *Sachenrecht*, 35. Aufl. 2014, Rn. 179a; *Gursky*, in: *Staudinger BGB* 2008 § 883 Rn. 361; *Soergel/Stürner*, *BGB*, 13. Aufl. 2002, § 885 Rn. 6.

¹⁶ *Kesseler*, *NJW* 2012, 2765 (2768).

¹⁷ BGHZ 193, 152.

¹⁸ BGHZ 193, 152 (157).

¹⁹ BGHZ 193, 152 (157).

²⁰ Vgl. *Böttcher*, *NJW* 2013, 838 (838).

²¹ So auch *Reymann*, *MittBayNot* 2013, 456 (457).

²² *Kesseler*, *NJW* 2012, 2765 (2768) über Erleichterung in der Praxis.

auch ohne Bewilligung des Eingetragenen zu löschen, wenn der Antragsteller nachweist, dass der vorgemerkte Anspruch erloschen ist bzw. nicht mehr entstehen kann. Vor dem Hintergrund der sogenannten Aufladungsrechtsprechung muss der Antragsteller nun aber nicht nur das Nichtbestehen des ursprünglichen Anspruchs nachweisen, sondern auch, dass die Eintragung nicht durch die Bewilligung einer neuen Vormerkung wieder aufgeladen wurde.²³

Dieser Beweis kann einer *probatio diabolica* gleichkommen, wie nicht zuletzt der dargestellte Fall zeigt. Denn es kann für den Antragsteller unmöglich sein zu beweisen, dass die vom Grundbuchamt in Erwägung gezogene Auswechslung des Anspruchs nicht stattgefunden hat. Einerseits beruhen diese Beweisschwierigkeiten auf den hohen beweisrechtlichen Anforderungen des Grundbuchrechts, denn Nachweise können hier gem. § 29 GBO grundsätzlich nur mittels öffentlicher Urkunde erbracht werden. Andererseits sind sie Ausdruck der grundsätzlichen Probleme im Zusammenhang mit dem Beweis des Nichtvorliegens einer Tatsache.²⁴ Eine uneingeschränkte Zulassung der Aufladung von Vormerkungseintragungen würde aus diesen Gründen zu einer Dysfunktionalität des in der Praxis so wichtigen Verfahrens nach § 22 GBO führen.²⁵

Das insofern bei einer großzügigen Handhabung der Wiederverwendungsmöglichkeit der Vormerkungseintragung drohende Leerlaufen des Verfahrens nach § 22 GBO hat der BGH mit seinem Urteil aus dem Jahr 2012 abgewendet. Das dort entwickelte Kongruenzkriterium hat insofern weniger eine materiellrechtliche Funktion, es stellt vielmehr sicher, dass eine „Aufladung“ nur dann stattfindet, wenn sie nicht die oben skizzierten Beweisprobleme mit sich bringt, wenn sie gleichsam „verfahrensrechtlich verträglich“ ist. Da nach der neuen Rechtsprechung ein unvererblicher Auffassungsanspruch nur durch einen anderen gleichfalls unvererblichen Anspruch ersetzt werden kann, ist sichergestellt, dass die Vormerkung jedenfalls mit dem Tod des Vormerkungsberechtigten unwirksam geworden ist, so dass ihre Eintragung im Wege des § 22 GBO gelöscht werden kann. Hierzu ist nicht mehr erforderlich als die Vorlage der Sterbeurkunde.²⁶

Ganz ähnliche Probleme kann die Möglichkeit der Wiederaufladung auch im Zwangsversteigerungsverfahren verursachen, wie die Entscheidung des BGH vom 10.05.2012 zeigt, in der der BGH zur Beseitigung dieser Probleme

ebenfalls auf das Kongruenzkriterium rekurrierte.²⁷ Auch hier führt die Begrenzung der Aufladungsmöglichkeiten dazu, dass die reibungslose Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens nicht an Unsicherheiten über stattgehabte Aufladungen scheitert. Die vom BGH vorgenommene Einschränkung, die ausweislich der Urteilsbegründung eine rein materiellrechtliche Dimension hat, dient insofern der Funktionalität des grundbuchrechtlichen bzw. zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahrens.²⁸

Mit dieser Ausführung ist keine Bewertung der Aufladungsrechtsprechung in materiellrechtlicher Hinsicht verbunden.²⁹ Es geht lediglich darum zu zeigen, dass die beiden genannten Urteile nicht befriedigend gedeutet werden können, wenn man sie nur aus der Sicht des materiellen Rechts betrachtet, denn die wesentlichen Konsequenzen dieser neuen Rechtsprechung sind verfahrensrechtlicher Natur.

III. Die prozessuale Dimension des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB

Das zweite Beispiel für die Wechselbezüglichkeit von materiellem Recht und Verfahrensrecht entstammt dem im vergangenen Jahr in Kraft getretenen Patientenrechtegesetz.³⁰ Dieses Gesetz kodifiziert in erster Linie die bisherigen richterrechtlich entwickelten Grundsätze des Arzthaftungsrechts.³¹ Darüber hinaus schafft das Patientenrechtegesetz in § 630c Abs. 2 S. 2 BGB eine Pflicht des Arztes, den Patienten über erkennbare Umstände aufzuklären, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen.

Diese Aufklärung über Umstände, die auf stattgehabte Fehler hindeuten, kann zwei Funktionen haben: Zum einen kann sie dazu dienen, den Patienten in den Stand zu versetzen, therapeutisch auf den Fehler zu reagieren, um etwaige gesundheitliche Gefahren abzuwenden, die aus dem Fehler resultieren können. Diese therapeutisch motivierte Aufklärung war bereits bisher von Literatur und Rechtsprechung anerkannt.³² Zum anderen muss ein Arzt auf Nachfrage nunmehr aber auch über einen Behandlungsfehler aufklären, wenn eine Therapie im Hinblick auf den Fehler nicht erforderlich oder möglich ist. Diese Fehleraufklärung ist nach der Gesetzesbegründung Ausfluss der ärztlichen Sorge um die Gesundheit des Patienten.³³ Eine solche Aufklärung schuldet sowohl der Arzt, der den Fehler selbst begangen hat, als auch ein anderer später behandelnder Arzt, soweit dieser der von einem anderen begangene Fehler erkennbar ist.³⁴

²³ Zu den Beweisschwierigkeiten vgl. auch *Amman*, DNotZ 2014, 178 (186); *Wiggers*, FGPrax 2012, 47 (48f.).

²⁴ Zwar ist der Beweis des Nichtvorliegens einer Tatsache nicht von vornherein ausgeschlossen (*Prütting*, in: MüKo-ZPO, 4. Aufl. 2013, § 286 Rn. 122 m.w.N.), allerdings werden hier regelmäßig Beweiserleichterungen notwendig sein. Zu den Schwierigkeiten beim Beweis negativer Tatsachen im Zivilprozess allgemein *Bischoff*, JA 2010, 532 (533) und speziell im Grundbuchverfahren *Völmann*, RNotZ 2012, 380 ff.

²⁵ Instanzengerichte haben in diversen Entscheidungen nach 1999 trotz Feststehens des Erlöschens der gesicherten Forderung einen Unrichtigkeitsnachweis als nicht geführt angesehen, vgl. zur Übersicht nur *Wiggers*, FGPrax 2012, 47 (48).

²⁶ *Böhlinger*, BWNotZ 2013, 47 (51); *Böttcher*, NJW 2013, 838 (838).

²⁷ BGHZ 193, 183 (190).

²⁸ Ebenso *Kesseler*, NJW 2012, 2765 (2768).

²⁹ Zur Problematik der Wiederaufladung: ausführlich *Kohler*, DNotZ 2011, 808 ff.; *Krüger* in FS Krämer 2009, S. 475 ff.; *Karsten Schmidt*, JuS 2012, 943 ff.

³⁰ Gesetz vom 20. Februar 2013, BGBl. I S. 277.

³¹ *Katzenmeier*, NJW 2013, 817 (817); *Wagner*, VersR 2012, 789 (789); *Thole*, MedR 2013, 145 (145). Siehe insbesondere zu den Aufklärungspflichten nach dem Patientenrechtegesetz *Lechner*, MedR 2013, 429 ff. Kritisch zu einer Kodifizierung des Arzthaftungsrechts *Heyers*, BRJ 2012, 135 ff.

³² *Schelling/Wartje*, MedR 2012, 506 (507).

³³ BR Drucksachen 312/12, S. 30.

³⁴ BT Drucksachen 17/10488, S. 38; *Katzenmeier*, NJW 2013, 817 (819).

1. Die unklare materiellrechtliche Bedeutung des § 630c Abs. 2 S. 2 2. Alt. BGB

Die Funktion einer solchen nicht-therapeutisch motivierten Aufklärungspflicht ist auf den ersten Blick unklar. Auf den ersten Blick scheint die Vorschrift an die frühere Rechtsprechung zur Anwaltshaftung angelehnt zu sein, die eine vergleichbare Pflicht zur Fehleraufklärung seitens des Anwaltes vorsah.³⁵ Diese Pflicht hatte allerdings vor dem Hintergrund des alten Verjährungsrechts, das einen objektiv angeknüpften Verjährungsbeginn vorsah, den Zweck eine Vereitelung der Anspruchsdurchsetzung infolge der Verjährung zu vermeiden.³⁶ In der Arzthaftung ist aber wegen des subjektiv angeknüpften Beginns der Verjährungsfrist kein entscheidender Vorteil für den Patienten erkennbar: Die Verjährung beginnt erst zu laufen, wenn der Patient von dem Fehler erfährt. Daher wurde jedenfalls bisher eine Fehleroffenbarungspflicht von der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur abgelehnt.³⁷

Auch eine Schadensersatzhaftung, die nicht ohnehin schon existierte, ist an die Nichterfüllung der Aufklärungspflicht nicht geknüpft: Der Arzt, der den Fehler selbst begangen hat, haftet dem Patienten schon aufgrund der fehlerhaften Behandlung. Die Verletzung der Aufklärungspflicht führt insofern zu einer „funktionslosen Verdoppelung der Haftung“.³⁸ Soweit es um die Aufklärungspflicht eines Arztes geht, der den Fehler nicht selbst begangen hat, ergibt sich aus einer Nichtbefolgung der Pflicht regelmäßig gleichfalls keine Haftung, da es an einem kausalen Schaden fehlen wird.³⁹ Weiterhin wurde eingewendet, dass die Vorschrift ein Papiertiger sei, da es für den Arzt an einem klaren Anreiz fehle, der statuierten Pflicht nachzukommen.⁴⁰ Der einzig denkbare Anreiz, den das Gesetz zur Erfüllung der Pflicht zur Fehleraufklärung jedenfalls durch den früher fehlerhaft handelnden Arzt setzt, besteht insofern darin, dass Informationen, die auf diesem Weg offenbart werden, gemäß § 630c Abs. 2 S. 3 BGB im Rahmen eines Straf- oder Bußgeldverfahrens gegen den behandelnden Arzt nur mit dessen Zustimmung verwendet werden dürfen. Dass allerdings der Arzt nur um das Verwertungsverbot auszulösen auf den Fehler hinweist, darf bezweifelt werden. Für ihn wird es regelmäßig wesentlich attraktiver sein, „auf Risiko“ zu spielen, denn wenn er den Fehler nicht offenbart, darf er darauf hoffen, sowohl straf- als auch zivilrechtliche Konsequenzen vollständig vermeiden zu können.⁴¹

³⁵ BGHZ 94, 380, 385; *BGH NJW* 2001, 3543 (3544).

³⁶ Nachdem die spezielle Verjährungsregelung des Art. 51b BRAO am 15.12.2004 aufgehoben wurde, gelten allerdings auch hier die allgemeinen Verjährungsfristen, womit die Rechtsprechungspraxis an Bedeutung verloren hat vgl. *Mansel/Budzikiewicz*, *NJW* 2005, 321 (325).

³⁷ Nachweise auch zur Gegenansicht bei *Prütting*, in: *Festschrift für Laufs* (2005), 1009, 1014. Ausführlich auch *Schelling/Warntje*, *MedR* 2012, 506, 509 ff.

³⁸ *Wagner*, *VersR* 2012, 789 (795).

³⁹ *Wagner*, *VersR* 2012, 789 (798).

⁴⁰ Ausführlich hierzu vgl. *Wagner*, *VersR* 2012, 789 (795 f.); *Katzenmeier NJW* 2013, 817 (819); *Preis*, *NZS* 2013, 281 (283); *Thurn*, *MedR* 2013, 153 (155): „Verletzung bleibt ohne erkennbare Folgen für den Arzt“.

⁴¹ Zu der grundsätzlichen Schwierigkeit des Patienten, dem Arzt

Eine rein materiellrechtliche Betrachtung der Fehleraufklärungspflicht führt insofern zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass der Gesetzgeber hier eine Pflicht geschaffen hat, deren Funktion aus materiellrechtlicher Sicht unklar ist und für deren Erfüllung überdies keine hinreichenden Anreize bestehen.

2. Die prozessuale Dimension der Pflicht zur Fehleraufklärung

Analysiert man die Vorschrift aus verfahrensrechtlicher Sicht, so gelangt man zu einer günstigeren Bewertung, denn dann erweist sich, dass § 630c Abs. 2 S. 2 BGB prozessual eine sinnvolle Funktion zugewiesen werden kann, weil die Vorschrift hier die Zweifel erledigt, ob den Arzt eine Pflicht zur Mitwirkung an der Sachaufklärung trifft.

Zum Verständnis muss man sich zunächst die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Arzthaftungsprozess vor Augen führen: Den Patienten trifft hier nach allgemeinen Regeln die Darlegungs- und Beweislast für den Behandlungsfehler, für die Rechtsgutsverletzung sowie für die haftungsbegründende Kausalität.⁴² Die Führung des Beweises hinsichtlich der Kausalität wird dem Patienten bekanntlich insbesondere dann abgenommen, wenn der Arzt einen groben Behandlungsfehler begangen hat, wie sich heute aus § 630h Abs. 5 BGB ergibt.⁴³

Für den Fehler selbst sieht aber § 630h Abs. 5 BGB eine vergleichbare Beweislastumkehr nicht vor, so dass der Patient auch nach dem Patientenrechtegesetz insoweit die Darlegungs- und Beweislast trägt.⁴⁴ In einigen Fällen sind Beweiserleichterungen hinsichtlich der Pflichtverletzung auch gar nicht erforderlich, weil der Fehler relativ leicht zu beweisen ist. So ist es häufig, wenn es sich um einen groben Behandlungsfehler handelt: Dass ein Tupfer in der Bauchhöhle vergessen wurde,⁴⁵ ist leicht durch ein Röntgenbild zu zeigen. In vielen anderen Fällen liegen die Umstände aber nicht so klar, weil der Patient schlicht nicht weiß und oft auch nicht wissen kann, wie sich die Dinge zugetragen haben. Wegen dieses strukturellen Informationsdefizits fällt dem Patienten im Prozess oft schon die substantiierte Darlegung eines Fehlers seitens des Arztes sehr schwer. Er kann dann kaum mehr tun, als die unbestimmte Behauptung aufzustellen, dass nicht alles in Ordnung gewesen sein könne. Bei einer strengen Handhabung des Beibringungsgrundsatzes müsste eine Klage, die auf so vage Behauptungen gestützt wird, mangels hinreichender Substantiierung als un schlüssig abgewiesen werden.⁴⁶ Um dies zu vermeiden, hat die Rechtsprechung schon bisher

einen Fehler nachzuweisen, *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, S. 392 f.

⁴² *BGH NJW* 1999, 1778 (1779); *OLG Karlsruhe NJW-RR* 2006, 458 (459); *Greiner*, in: *Spickhoff*, *Medizinrecht*, 1. Aufl. 2011, § 839 Rn. 122 ff.

⁴³ So zuvor die ständige Rspr.: *BGHZ* 72, 132 (135); *BGHZ* 85, 212 (215f.); *BHGZ* 138 I (6). Siehe auch *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, S. 440 m.w.N.

⁴⁴ *Olzen/Kaya*, *Jura* 2013, 661 (670).

⁴⁵ *BGH VersR* 1981, 462.

⁴⁶ *Schilken*, *Zivilprozessrecht*, 6. Aufl. 2010, Rn. 347; *Musielak*, *GK ZPO*, 10. Aufl. 2010, Rn. 394.

sehr geringe Anforderungen an die Substantiierungslast des Patienten gestellt.⁴⁷

Weiterhin hat der *Bundesgerichtshof* in einzelnen Fällen der Behandlungsseite eine sogenannte sekundäre Darlegungslast aufgebürdet.⁴⁸ Bei der sekundären Darlegungslast geht es darum, dass ausnahmsweise die nicht beweis- und damit auch grundsätzlich nicht darlegungsbelastete Seite es nicht bei einem bloßen Bestreiten des gegnerischen Vortrags belassen kann – obwohl der Gegner nur pauschale Behauptungen aufgestellt hat –, sondern detailliert vortragen muss, wie sich die Dinge aus ihrer Sicht zugetragen haben.⁴⁹ Mit anderen Worten: Die nicht-beweisbelastete Seite muss ausnahmsweise substantiiert vortragen als die beweisbelastete Partei selbst. Die Anforderungen an die Substantiierung durch die nicht-beweisbelastete Seite – in unserem Zusammenhang der beklagte Arzt – werden nach der Rechtsprechung dann erhöht, wenn die Gegenpartei außerhalb des für ihren Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht und deshalb die maßgebenden Tatsachen im Einzelnen nicht kennt, während diese der nicht-beweisbelasteten Partei bekannt sind und es ihr zumutbar ist, nähere Angaben zu machen.⁵⁰ Trägt der Beklagte nach diesen Grundsätzen die sekundäre Darlegungslast und kommt er ihr nicht nach, so ist das Vorbringen des Klägers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden zu werten, so dass der Klage ohne Beweiserhebung stattzugeben ist.

Problematisch an dem Rückgriff auf das Institut der sekundären Darlegungslast ist, dass die Parteien eines Rechtsstreits aufgrund der unbestimmten Tatbestandsmerkmale des Instituts nicht sicher vorhersehen können, wann die Gerichte hierauf zurückgreifen, was sie dem Beklagten jeweils für zumutbar erachten und welche Konsequenzen sie daraus ziehen. Eingewendet wird auch, dass die Anwendung des Instituts der sekundären Darlegungslast der Anerkennung einer Mitwirkungslast der nicht beweisbelasteten Partei bei der Sachaufklärung jedenfalls im Ergebnis sehr nahe komme. Ob eine solche aber für das deutsche Prozessrecht anzuerkennen ist, ist Gegenstand eines intensiv geführten Streits.⁵¹ An dieser Stelle bringt nun die Pflicht zur Fehleraufklärung tatsächlich Fortschritte. Denn indem § 630c Abs. 2 S. 2 BGB einen materiellrechtlichen Auskunftsanspruch des Patienten statuiert, wird ein Rückgriff

auf das prozessuale Institut der sekundären Darlegungslast ebenso überflüssig wie der auf eine allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht. Es ist nämlich unstrittig, dass eine materiellrechtliche Auskunftspflicht auch prozessual beachtlich ist, da sie notfalls über eine Stufenklage durchgesetzt werden könnte. Insofern erledigen sich bei der Existenz einer materiellrechtlichen Pflicht zur Auskunft die verfahrensrechtlichen Bedenken, die dagegen bestehen könnten, eine prozessuale Pflicht des Arztes zu statuieren, auch über für ihn nachteilige Vorgänge aufzuklären. Die Schaffung einer materiellen Pflicht zur Aufklärung trägt für die Fälle des Behandlungsfehlers dem Hauptargument der Gegner einer allgemeinen prozessualen Aufklärungspflicht der nicht-beweisbelasteten Partei Rechnung, dass das materielle Recht einen entsprechenden Informationsanspruch nicht kennt und es nicht Sache des Prozessrechts sein könne, solche Ansprüche zu begründen.⁵² Die Pflicht zur Fehleraufklärung aus § 630c Abs. 2 S. 3 BGB hat insofern Folgen für die Verteilung der Darlegungslast, die bisher in der Würdigung der Vorschrift unterschätzt wurden: Der Arzt ist materiellrechtlich zur Auskunft verpflichtet, weshalb es erst recht prozessual angemessen ist, ihm eine entsprechende Aufklärungslast zuzuweisen. Kommt er dieser Last nicht nach, kann sein Schweigen im Prozess ohne Weiteres als Geständnis im Sinne von § 138 Abs. 3 ZPO gewertet werden. Auch kommt es nicht in Betracht, dass sich der Arzt auf die Unzumutbarkeit der Auskunft beruft, denn eine strafrechtliche Verfolgung muss er aufgrund des Verwertungsverbots aus § 630c Abs. 2 S. 3 BGB nicht fürchten. Diese prozessuale Dimension des § 630c Abs. 2 Satz 2 BGB bringt also insofern Neues, weil sie den Rückgriff auf das in seinen Voraussetzungen und Wirkungen vage Institut der sekundären Darlegungslast entbehrlich macht. Gegen die hier vorgeschlagene Deutung der Pflicht zur Aufklärung über stattgehabte Fehler kann auch nicht eingewendet werden, dass sie vor dem Hintergrund der Befundsicherungs- und Dokumentationspflicht des Arztes entbehrlich sei. Nach § 630f BGB ist der Behandelnde verpflichtet, eine Patientenakte in Papierform oder elektronisch zu führen und hier sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen. Wenn sich ein Behandlungsfehler aus der Patientenakte ergibt, z.B. weil hier ein Befundergebnis aufgezeichnet ist, das einer Reaktion bedurft hätte, die aber in der Akte nicht dokumentiert ist, so bedarf der Patient in der Tat nicht einer Aufklärung über stattgehabte Fehler nach § 630c Abs. 2 S. 2 BGB. Diese Fehler ergeben sich bereits aus der Akte selbst, hinsichtlich derer er nach § 630g BGB ein Recht zur Einsichtnahme sowie zur Erteilung elektronischer Abschriften hat. Nicht selten wird ein Behandlungsfehler aber gerade nicht aus der Akte zu entnehmen sein, man denke nur wiederum an den in der Bauchhöhle vergessenen Tupfer. Auch die Dokumentationspflicht macht die Aufklärungspflicht also im Hinblick auf die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen nicht entbehrlich.

⁴⁷ BGH VersR 1991, 752; Katzenmeier, Arzthaftung, S. 392; Laufs, Arztrecht, 5. Aufl. 2005, Rn. 586.

⁴⁸ BGHZ 86, 23 (29); BGHZ 140, 156 (158); BGH NJW 2000, 2272 (2274); vgl. dazu Katzenmeier, NJW 2005, 3391 (3392).

⁴⁹ Stadler, in: Musielak, ZPO, 11. Aufl. 2014, § 138 Rn. 10; Wagner, in: MüKo ZPO, 4. Aufl. 2013, § 138 Rn. 21.

⁵⁰ BGHZ 100, 190 (196); BGH VersR 1983, 1035 (1037); Prütting, in: MüKo ZPO, 4. Aufl. 2013, § 286 Rn. 103.

⁵¹ Eine prozessuale Verpflichtung zur allgemeinen Mitwirkung seitens der nicht beweisbelasteten Partei befürworten: Stürner, Aufklärungspflichten der Parteien im Zivilprozess, 1976, S. 85 ff.; ders. ZZZ 104 (1991), 208 (210); Stadler, in: Musielak ZPO, 11. Aufl. 2014, § 138 Rn. 11 m.w.N.; Rspr. und h.L. lehnen dies jedoch ab: BGH NJW 1990, 3151 (3151); BGH NJW 2007, 155 (156); Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 137 ff.; Peters, Festschrift für Schwab (1990), 399 (407); Lücke JuS 1986, 1 (3); Leipold, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2013, § 138 Rn. 27, 39 m.w. Nachw.

⁵² Arens, ZZZ 96 (1983), 1, 10 ff.; Prütting in MüKo ZPO, 4. Aufl. 2013, § 286 Rn. 130; Leipold, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2013, § 138 Rn. 27.

Die Anordnung eines materiellrechtlichen Auskunftsanspruchs bringt einen Gewinn an Rechtssicherheit, weil hierdurch die Unwägbarkeiten im Zusammenhang mit der Anerkennung einer sekundären Darlegungslast ebenso vermieden werden wie die dogmatischen Bedenken gegen die Anerkennung einer allgemeinen prozessualen Aufklärungspflicht der nicht-beweisbelasteten Partei. Die Lösung ist aus prozessualer Sicht insofern dogmatisch wie praktisch überzeugend.

IV. Resümee und Ausblick

Die beiden ganz unterschiedlichen Beispiele zeigen, dass die Lösung materiellrechtlicher Fragen nicht losgelöst vom Verfahrensrecht erfolgen kann. Zahlreiche materiellrechtliche Vorschriften und Institute lassen sich nur vor dem jedenfalls gedachten Hintergrund eines Prozesses richtig einordnen. Dies gilt beispielsweise ganz offensichtlich auch für das Recht des Besitzschutzes, dessen Funktion nur der erfassen kann, der die prozessuale Durchsetzung der Herausgabeansprüche mitdenkt. Und auch die alternative Haftung von Vertretenem oder vollmachtlosem Vertreter wird in ihrem Zusammenspiel nur dem klar werden, der das Institut der Streitverkündung kennt und so versteht, wie die materiellrechtliche Haftungsalternativität prozessual abgebildet wird.

Deutsche Zivilrechtler sind der Gefahr, diese Wechselbezüglichkeit von materiellem Recht und Verfahrensrecht zu verkennen, in besonderem Maße ausgesetzt, weil wir es – anders als *common law* Juristen – nicht mehr gewohnt sind, aktionenrechtlich zu denken. Mit der Überwindung der römisch-rechtlichen Lehre der *Actio*⁵³ ist uns zugleich ein wenig das Bewusstsein für die Ausstrahlungswirkung des Verfahrens auf das materielle Recht verloren gegangen. Für die juristische Ausbildung folgt aus diesen Überlegungen schließlich, dass das Prozessrecht seinen festen Platz im Studienplan zu Recht innehat. Das Prozessrecht ist eben nicht nur ein „Modul“, das ebenso gut in die Referendarausbildung verschoben werden könnte. Eine universitäre Ausbildung, die nicht den Blick dafür öffnet, dass das materielle Recht von der Möglichkeit lebt, durch den Prozess mobilisiert zu werden, würde eine wichtige Dimension des Rechts ignorieren.

⁵³ Windscheid, Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856), S. 3: „Für das heutige Rechtsbewusstsein ist das Recht das Prius, die Klage das Spätere, das Recht das Erzeugende, die Klage das Erzeugte“. Siehe auch die Kritik an der Auffassung Windscheids von Muther, Zur Lehre von der römischen Actio (1857). Siehe auch Zöllner, AcP 190 (1990), 471 (473).