

Jan-Luca Beck*

Die wirtschaftliche Aufklärungspflicht nach § 630c Abs. 3 BGB – eine dogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung

Abstract

In seinem Urteil vom 28.1.2020 – VI ZR 92/19 befasste sich der *BGH* erstmalig näher mit der seit dem 26.2.2013 in § 630c Abs. 3 BGB verankerten wirtschaftlichen Aufklärungspflicht des Arztes. Die bereits zuvor von der Rechtsprechung entwickelte Pflicht wirft grundsätzliche rechtsdogmatische Fragen auf und ruft bei kritischen Stimmen den Einwand hervor, durch sie werde der Arzt in unzulässiger Weise zum Sachwalter fremder Vermögensinteressen gemacht. Der nachfolgende Beitrag widmet sich im ersten Teil der Untersuchung des Normzwecks und der Rechtsnatur der Aufklärungspflicht und zieht hierfür Vergleiche mit der *fiduciary relationship* des US-amerikanischen Rechts und den französischen *obligations de s'informer pour informer*. In einem zweiten Schritt werden diese Ergebnisse verwertet, um Lösungen für problematische Einzelfragen bei der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht zu entwickeln.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im neunten Fachsemester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist studentische Hilfskraft am Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft sowie studentischer Mitarbeiter bei Tiefenbacher in Heidelberg. Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen eines von Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Maître en droit (Université Aix-Marseille III) im Sommersemester 2020 angebotenen medizinzivilrechtlichen Seminars entstanden und wurde redaktionell betreut von stud. iur. Moritz Barth.

A. Einleitung und Ziel des Beitrags

Die seit dem 26.2.2013 in § 630c Abs. 3 BGB normierte und bereits zuvor in der Rechtsprechung anerkannte wirtschaftliche Aufklärungspflicht¹ des Arztes steht, was die ihr zuteilwerdende wissenschaftliche Aufmerksamkeit angeht, noch im Schatten der zeitgleich normierten Aufklärungspflichten des § 630e Abs. 1 BGB und der Informationspflichten nach § 630c Abs. 1 S. 2 BGB. Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung befasste sich erst im vergangenen Jahr erstmalig mit ihr.² Dabei ist die wirtschaftliche Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB aufgrund ihrer dogmatischen Besonderheiten vielversprechender Gegenstand wissenschaftlicher Analyse.³ So versteht sich etwa nicht ohne Weiteres, warum den nach § 630a Abs. 1 BGB nur zur Leistung der versprochenen Behandlung verpflichteten Arzt darüber hinaus eine – auf den ersten Blick nur vermögensschützende – Auskunftspflicht im Hinblick auf die Behandlungskosten treffen soll. Hieran schließt die Frage an, ob der Arzt durch die Informationspflicht in die Rolle eines „Sachwalters fremder Vermögensinteressen“ gedrängt wird.⁴ Auch die praktische Relevanz der wirtschaftlichen Informationspflicht hat in den letzten Jahren zugenommen.⁵ Zurückzuführen ist dies vor allem auf die wachsende Diskrepanz zwischen dem sich durch den medizinischen und technischen Fortschritt stets erweiternden Angebot an Untersuchungs- und Behandlungsmethoden einerseits und der für die Versicherer bestehenden Notwendigkeit, die steigende Kostenlast infolge der demographischen Entwicklung zu begrenzen, andererseits, welche zu einer

¹ Präziser wäre – zur Abgrenzung von den Aufklärungspflichten des § 630e Abs. 1 BGB und jedenfalls aufgrund des eindeutigen gesetzgeberischen Willens – die Bezeichnung als „Informationspflicht“, BT-Drucks. 17/10488, S. 21; befürwortend auch *Weidenkaff*, in: Palandt, 80. Aufl. 2021, § 630e Rn. 1; *Ziegler*, Beweislast bei wirtschaftlicher Aufklärung im Arzthaftungsrecht, NJW 2020, 1187 ff.; der Dichotomie dagegen keine inhaltliche Bedeutung beimessend: *Wagner*, in: MüKo-BGB V, 8. Aufl. 2020, § 630e Rn. 3, *Thurn*, Das Patientenrechtgesetz, MedR 2013, 153 (155); zu den Unterschieden in der Sache zu den Aufklärungspflichten des § 630e Abs. 1 BGB siehe **B. III. 2.**

² *BGH*, NJW 2020, 1211 ff.; mit überwiegender Zustimmung von *Ziegler* (Fn. 1), S. 1187 und *Katzenmeier/Voigt*, Anmerkung zu *BGH*, Urt. v. 28.1.2020 – VI ZR 92/19, JZ 2020, 472 ff.

³ Den Normzweck des § 630c Abs. 3 BGB für kaum dogmatisch zufriedenstellend herauszuarbeiten hält *Voigt*, in: NK-BGB II, 4. Aufl. 2021, § 630c Rn. 17.

⁴ Den Begriff prägend: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 65 Rn. 17; kritisch ebenfalls *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 630c BGB Rn. 33 und bereits zur ungeschriebenen Aufklärungspflicht: *Füllgraf*, Zur wirtschaftlichen Aufklärungspflicht des Arztes, NJW 1984, 2619 (2620).

⁵ Zu dieser Einschätzung kommen auch *Hegerfeld*, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, S. 428; *Laufs/Kern/Rebborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 64 Rn. 25.

spürbaren Begrenzung ihres Leistungsumfangs führt.⁶ Vor dem Hintergrund dieses praktischen Bedeutungszuwachs und nicht zuletzt anlässlich der infolge des Urteils des *BGH* zu erwartenden neuentfachten wissenschaftlichen Aufmerksamkeit erschließt dieser Beitrag die dogmatischen Grundlagen der wirtschaftlichen Informationspflicht nach § 630c Abs. 3 BGB. Hierzu werden zunächst ihre Rechtsnatur und ihr Normzweck untersucht (**B.**), bevor die wirtschaftliche Informationspflicht rechtsvergleichend kontextualisiert wird (**C.**). Abschließend lassen sich die Ergebnisse zur Lösung ausgewählter Probleme bei den Voraussetzungen und Rechtsfolgen der wirtschaftlichen Informationspflicht fruchtbar machen (**D.**).

B. Normzweck und Rechtsnatur der wirtschaftlichen Informationspflicht

Zunächst ist der Zweck der wirtschaftlichen Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB herauszuarbeiten (**I.**), bevor ihre Rechtsnatur anhand einer Einordnung in das System schuldrechtlicher Pflichten (**II.**) und in das der Pflichten aus dem Behandlungsvertrag (**III.**) näher untersucht wird.

I. Normzweck der wirtschaftlichen Informationspflicht

Schon nach der Rechtsprechung vor Inkrafttreten des § 630c Abs. 3 BGB waren Ärzte in bestimmten Fällen verpflichtet, den Patienten über die Möglichkeit einer fehlenden Kostenübernahme durch den Versicherer zu informieren.⁷

Die wirtschaftliche Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB soll ausweislich der Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (PatRG) diese von der Rechtsprechung entwickelte wirtschaftliche Aufklärungspflicht im Kern gesetzlich festhalten, um dem Patienten einen besseren Überblick über seine Rechte zu ermöglichen.⁸ Dies zeigt, dass der Gesetzgeber von einer teleologischen Kontinuität zwischen der

⁶ *Arnade*, Kostendruck und Standard, 2010, S. 11 ff.; *Voß*, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, 1999, S. 148; zur Kostenentwicklung: Im Jahr 2017 entfielen auf das Gesundheitswesen insgesamt Ausgaben i. H. v. ca. 375,6 Mrd. € (ca. 11,5 % des BIP), wovon allein etwa 214,2 Mrd. € (ca. 6,5 % des BIP) in die gesetzliche Krankenkasse flossen; zu den genauen Angaben vgl. *Statistisches Bundesamt*, Statistisches Jahrbuch 2019, S. 150, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Jahrbuch/statistisches-jahrbuch-2019-dl.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 31.12.2021). Demgegenüber waren die Kosten noch im Jahr 2005 mit ca. 241,4 Mrd. € (ca. 10,5 % des BIP) respektive etwa 135,3 Mrd. € (ca. 5,9 % des BIP) sowohl nominal als auch relativ spürbar geringer.

⁷ Zu den einzelnen Nuancen bei Umfang und Grenzen: *Michalski*, (Zahn-)Ärztliche Aufklärungspflicht über die Ersatzfähigkeit von Heilbehandlungskosten, *VersR* 1997, 137 (142 f.).

⁸ BT-Drucks. 17/10488, S. 22.

richterrechtlich anerkannten Aufklärungspflicht und der nunmehr kodifizierten Informationspflicht ausging. Zudem soll die Aufklärung den Patienten ausweislich der Entwurfsbegründung in die Lage versetzen, die wirtschaftliche Tragweite seiner Entscheidung zu überschauen und ihn so zu eigenverantwortlichen und selbstbestimmten Entscheidungen im Rahmen der Behandlung befähigen.⁹

Im Hinblick auf den mit der richterrechtlichen wirtschaftlichen Aufklärungspflicht verfolgten Zweck wurde indes betont, sie diene (nur) dazu, den Patienten vor unnötigen Kosten und unverhältnismäßigen finanziellen Belastungen zu bewahren.¹⁰ Der von der Entwurfsbegründung daneben in Bezug genommene Schutz der Entscheidungsfreiheit taucht in dieser Zweckbeschreibung nicht auf, sodass man zu der Annahme gelangen könnte, der Normzweck sei durch das PatRG erweitert worden. Diese geläufige Zweckbeschreibung der richterrechtlichen wirtschaftlichen Aufklärungspflicht hat jedoch einen topischen Charakter, der auf die Vermengung zweier unterschiedlicher Begründungsansätze in der Rechtsprechung zurückgeht.¹¹ Wie zu zeigen sein wird, bestand auch nach der früheren Rechtsprechung der Zweck der Aufklärung im Schutz der Entscheidungsfreiheit des Patienten in Ansicht der wirtschaftlichen Behandlungsfolgen.

1. Vermengung unterschiedlicher Begründungsansätze

Erstmals eine Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung nahm das *AG Köln* im Hinblick auf den möglichen Selbstkostenanteil einer zahnärztlichen Behandlung an.¹² Mit diesem Urteil bildete sich eine Reihe von Entscheidungen bis hoch zum *BGH* heraus, welche diese Pflicht darauf gründeten, dass dem Patienten keine Informationen vorenthalten werden sollen, welche für dessen Behandlungsentscheidung von Bedeutung sind, wozu auch die Übernahmemöglichkeit durch den Versicherer zähle.¹³ Zu dieser Linie ausdrücklich in Widerspruch setzte sich das *LG Saarbrücken*.¹⁴ Pflichtwidrig sei nicht das Vorenthalten der Information über die Kostenerstattungsmöglichkeit, da diese nicht unmittelbar das Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Patient

⁹ BT-Drucks. 17/10488, S. 1, 9, 22; so auch: *BGH*, NJW 2020, 1211 (1212).

¹⁰ *BGH*, NJW 2000, 3429 (3431); *OLG Stuttgart*, NJW-RR 2013, 1183 (1183); *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rn. 268.

¹¹ Vgl. *Baden*, „Wirtschaftliche Aufklärungspflichten“ in der Medizin, NJW 1988, 746 (747), mit Bedenken hinsichtlich einer fehlenden klaren Grenzziehung zur heute von § 630e BGB erfassten Selbstbestimmungsaufklärung.

¹² *AG Köln*, NJW 1980, 2756.

¹³ *LG Köln*, VersR 1983, 960; *BGH*, NJW 1983, 2360 f.; *OLG Köln*, NJW 1987, 2304.

¹⁴ *LG Saarbrücken*, NJW 1984, 2632 (2633).

betreffe. Stattdessen maßgeblich sei die Verursachung überflüssiger Behandlungskosten, wodurch die allgemeine dienstvertragliche Schadensabwendungspflicht des Dienstverpflichteten gegenüber dem Dienstherrn verletzt würde.¹⁵ Trotz der ausdrücklichen Distanzierung des *LG Saarbrücken* von der bisherigen, dem ersten Ansatz folgenden *BGH*-Rechtsprechung, übernahm der sechste Senat in einem späteren Urteil begrifflich den vom *LG Saarbrücken* entwickelten, an die Vermeidung unnötiger Behandlungskosten und unverhältnismäßiger finanzieller Belastungen anknüpfenden Pflichtbegriff, ohne dabei inhaltlich von seiner vorherigen, auf die Entscheidungserheblichkeit der Information abstellenden, Rechtsprechung abzugehen.¹⁶

2. Maßgeblichkeit der Entscheidungsfreiheit

Trotz einer Übernahme des auf einen reinen Vermögensschutz hindeutenden Topos wird auch in der darauffolgenden Rechtsprechung in der Sache auf das schützenswerte Vertrauen des Patienten hinsichtlich der Mitteilung von Informationen, welche die Kostenübernahmemöglichkeit betreffen, abgestellt.¹⁷ Auch brächte ein rein vermögensschützender Charakter der wirtschaftlichen Aufklärung die Notwendigkeit mit sich, die Vermögensschädigung als eigentlichen Pflichtverstoß zu sehen.¹⁸ Hiermit wäre es nicht vereinbar, dass die Rechtsprechung eine Aufklärung selbst dann für erforderlich gehalten hat, wenn der Patient eine bestimmte, mit unnötigen Kosten verbundene Behandlungsmethode ausdrücklich wünscht.¹⁹ Überdies führte das Anerkenntnis einer derartigen Pflicht dazu, dass der Arzt grundsätzlich nur die günstigste Behandlung vornehmen dürfte, obwohl er anerkanntermaßen durch den Behandlungsvertrag nur zur medizinisch sorgfaltsgemäßen Behandlung verpflichtet ist.²⁰ Somit bestand auch der Zweck der von der Rechtsprechung entwickelten wirtschaftlichen Aufklärungspflicht nur im Ausgleich von Informationsasymmetrien, die zu Schäden führen können und nicht im

¹⁵ Auch in der jüngeren Rechtsprechung wird deswegen teilweise noch in Bezug auf die wirtschaftliche Aufklärung von einer Schutzpflicht gesprochen, so: *OLG Frankfurt a. M.*, NJW-RR 2004, 1608 f., was wie zu zeigen sein wird, technisch unsauber ist, siehe **B. II. 2. a).**

¹⁶ *BGH*, NJW 1988, 759 (760); die inhaltliche Kontinuität wird an dem Verweis auf das Urteil *BGH*, NJW 1983, 2630 f. ersichtlich.

¹⁷ *BGH*, NJW 2000, 3429 (3431); *OLG-Stuttgart*, NJW-RR 2002, 1604 (1605); *LG Karlsruhe*, NJW-RR 2005, 1690 ff.

¹⁸ Dass das Vorliegen eines Vermögensschadens für sich bereits Schwierigkeiten bereitet, wird noch zu zeigen sein, siehe dazu **D. VI.**

¹⁹ *BGH*, NJW 1983, 2630 (2631).

²⁰ In diese Richtung auch *Füllgraf* (Fn. 4), S. 2620.

Verhindern von Vermögensschäden als solchen.²¹ Durch die Kodifikation wurde der Schutzzweck folglich nicht erweitert. Soweit auch heute noch oft die Rede davon ist, dass § 630c Abs. 3 BGB ausschließlich den Schutz des Vermögens des Patienten bezwecke,²² wird damit nicht an den Begründungsansatz des *LG Saarbrücken* angeknüpft. Vielmehr soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass die Entscheidungsfreiheit des Patienten nicht im Hinblick auf seine grundrechtlich geschützte körperliche Selbstbestimmung beim ärztlichen Eingriff, sondern nur angesichts der wirtschaftlichen Folgen des Behandlungsvertrags geschützt wird.²³

II. Die wirtschaftliche Informationspflicht im System der allgemeinen schuldrechtlichen Pflichten

Der Arzt ist nach § 630a Abs. 1 BGB nur zur Leistung der medizinischen Behandlung verpflichtet. Mangels Erheblichkeit für diese ist die wirtschaftliche Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB als Nebenpflicht einzuordnen.²⁴ Ersichtlich an ihrer Stellung innerhalb der aus dem Behandlungsvertrag folgenden Pflichten der §§ 630a ff. BGB ist sie als nach dem Vertragsschluss entstehende Nebenpflicht konzipiert.²⁵ Auch die ungeschriebene wirtschaftliche Aufklärungspflicht, in deren Zweckbestimmung die Pflicht des § 630c Abs. 3 BGB unverändert eintritt²⁶, wurde überwiegend als vertragliche Nebenpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB abgeleitet.²⁷ Um sich mit den bereits eingangs erwähnten Bedenken, der Arzt werde durch die wirtschaftliche Aufklärungs- bzw. Informationspflicht zum Sachwalter der Vermögensinteressen des Patienten gemacht, auseinander setzen zu können (3.), ist zunächst der richtige dogmatische Rechtsgrund für die Aufklärung herauszuarbeiten und dessen

²¹ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 454; *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630c Rn. 54, 55; *Kim*, Aufklärungspflicht im Arztrecht, 1989, S. 72.

²² *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 429; *Spickhoff*, Die Arzthaftung im neuen bürgerlich-rechtlichen Normenumfeld, MedR 2015, 845 (850); *Francke/Hart*, Charta der Patientenrechte, 1999, S. 189.

²³ So auch: *Schelling*, Die Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung im Lichte zunehmender ökonomischer Zwänge im Gesundheitswesen, MedR 2004, 422 (426), der von der „Selbstbestimmung des Patienten über seine finanziellen Belastungen spricht“; näher zur Abgrenzung **B. III. 2.**

²⁴ *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 21; *Katzenmeier*, in: BeckOK-BGB, Ed. 60, Stand: 1.11.2021, § 630a Rn. 116; dies entspricht auch dem gesetzgeberischen Willen: BT-Drucks. 17104/88, S. 22.

²⁵ *Voigt*, in: NK-BGB II (Fn. 3), § 630c Rn. 17.

²⁶ Siehe oben **B. I.**

²⁷ *BGH*, NJW 2000, 3429 (3431); *OLG Köln*, Urt. v. 23.3.2005 – 5 U 144/04, Rn. 6 (juris); *AG Bergheim*, Urt. v. 30.9.2008 – 28 C 515/07, Rn. 15 (juris); *Katzenmeier*, in: BeckOK-BGB (Fn. 24), § 630c Rn. 16.

tatsächliches Vorliegen zu untersuchen (2.). Dabei soll auch berücksichtigt werden, dass die Rechtsprechung die wirtschaftliche Aufklärungspflicht teilweise als vorvertragliche Nebenpflicht eingeordnet hatte (1.).²⁸

1. Vorvertraglicher Charakter der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht

Vorvertragliche Aufklärungspflichten unterscheiden sich von vertraglichen Aufklärungspflichten anhand des Grundes, weswegen die Information für den geschützten Teil erheblich ist. Bei vorvertraglichen Aufklärungspflichten liegt dieser Grund darin, dass die vorenthaltenen Informationen geeignet sind, den anderen vom Vertragsschluss abzuhalten.²⁹ Aufklärung nach Vertragsschluss ist dagegen geschuldet, wenn ohne sie die Gefahr einer Selbstschädigung durch den anderen Teil besteht.³⁰ Infolge seines Versicherungsschutzes wünscht der Patient in aller Regel nur solche Maßnahmen, die ihm von seinem Versicherer erstattet werden.³¹ Das Vorenthalten der Information über das Risiko einer fehlenden Kostenerstattung ist somit sowohl geeignet, den Patienten vom Abschluss des Behandlungsvertrags abzuhalten, als auch stellen die selbst zu tragenden Kosten für den Patienten eine ungewollte Vermögenseinbuße dar.³² Dennoch dominiert der vorvertragliche Charakter, da die Möglichkeit einer Information nach Vertragsschluss keine eigenständige schädigungsverhindernde Bedeutung hat, sondern dem Patienten nur die nachträgliche Betätigung seiner bereits bei Vertragsschluss geschützten Entscheidungsfreiheit ermöglicht.³³ Somit handelt es sich bei § 630c Abs. 3 BGB um eine vertragliche Nebenpflicht, welche eine schwerpunktmäßig vorvertragliche Interessenlage regelt.

2. Rechtsgrund für eine den Vertragspartner schützende Nebenpflicht

Ausweislich der Gesetzesbegründung ist der Rechtsgrund für die wirtschaftliche Informationspflicht das überlegene Wissen des behandelnden Arztes hinsichtlich

²⁸ So bereits *AG Köln*, NJW 1980, 2756, das auf den aus Treu und Glauben abgeleiteten Grundsatz des Vertrauensschutzes bei Vertragsverhandlungen abhebt; *OLG Hamm*, NJW 1995, 790; *OLG Düsseldorf*, VersR 1985, 458 (459).

²⁹ *Olzen*, in: Staudinger, 2019, § 241 Rn. 452; vgl. zu der Aufklärungspflicht eines Hausverkäufers *BGH*, NJW 1979, 2243 (2243).

³⁰ *Breidenbach*, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss, 1989, S. 3; *Pohlmann*, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 106; *Kramme*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, 16. Aufl. 2021, § 242 Rn. 73.

³¹ *LG Bremen*, NJW 1991, 2353 (2354); *Vofß* (Fn. 6), S. 162.

³² Zur problematischen Frage, ob ein Vermögensschaden durch Anrechnung des Behandlungswerts im Wege der Differenzhypothese ausgeschlossen ist, siehe **D. VI.**

³³ So räumt auch *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 430, 478 ein, dass die Information über die Kosten dazu führen kann, dass der Patient seine getroffene Entscheidung nochmals überdenkt und sich umentscheidet.

der Erstattungsfähigkeit der Behandlungskosten.³⁴ Hierin sah zuvor auch schon die Rechtsprechung den Grund für die wirtschaftliche Aufklärungspflicht.³⁵ Tatbestandlich knüpft § 630c Abs. 3 S. 1 BGB folglich in seiner ersten Variante an die positive Kenntnis des Arztes über die nicht gesicherte Übernahme der Behandlungskosten durch einen Dritten an. In der zweiten Variante genügt es dagegen bereits, wenn sich nach den Umständen hierfür hinreichende Anhaltspunkte ergeben.

Zunächst ist der Frage nachzugehen, ob dieser Rechtsgrund die wirtschaftliche Aufklärungs- und Informationspflicht überhaupt in dogmatischer Hinsicht überzeugend zu tragen vermag. In einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, ob ein entsprechender Informationsvorsprung in den von § 630c Abs. 3 BGB erfassten Fällen auch tatsächlich gegeben ist.

a) Dogmatische Richtigkeit des Rechtsgrunds

Zu Beginn der Untersuchung, ob ein etwaiger Wissensvorsprung des Arztes in Bezug auf die Kostenübernahmemöglichkeiten als Rechtsgrund für die wirtschaftliche Aufklärungspflicht dogmatisch überzeugt, ist zunächst eine Einordnung der von der Rechtsprechung ursprünglich als vertragliche Nebenpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB hergeleiteten wirtschaftlichen Aufklärungspflicht in die zu § 241 Abs. 2 BGB entwickelten Untergruppen vertraglicher Schutzpflichten vorzunehmen. Als Generalklausel bedarf § 241 Abs. 2 BGB nämlich der Konkretisierung, die traditionell anhand verschiedener Fallgruppen vorgenommen wird.³⁶ Zu unterscheiden sind bei den Schutzpflichten i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB einerseits die einer unmittelbaren Schädigung des geschützten Vertragspartners in seinen Rechten, Rechtsgütern oder Interessen durch den Schutzpflichtigen entgegenwirkenden Fürsorge- und Obhutspflichten von den Informationspflichten, welche die Verhinderung einer Selbstschädigung des geschützten Teils infolge fehlender oder mangelhafter Information bezwecken.³⁷ Die Informationspflichten selbst sind wiederum in Aufklärungs- und Beratungspflichten zu unterteilen. Aufklärungspflichten werden durch konkrete Umstände ausgelöst und zielen in der Regel auf die

³⁴ BT-Drucks. 17/10488, S. 22: „Dies folgt schon aus dem überlegenen Wissen des Behandelnden im täglichen Umgang mit Abrechnungen und dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung“.

³⁵ BGH, NJW 2000, 2429 (2431); OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2004, 1608 (1608).

³⁶ Bachmann, in: MüKo-BGB II, 8. Aufl. 2019, § 241 Rn. 55; Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499 (519).

³⁷ Olzen, in: Staudinger (Fn. 29), § 241 Rn. 441; Krebs, Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten, 2000, S. 508; Breidenbach (Fn. 30), S. 11.

Information über bestimmte Tatsachen ab, durch die ein Mangel an Wissen beseitigt werden soll.³⁸ Die Information ist neutral gehalten und enthält keine Handlungsempfehlung.³⁹ Demgegenüber umfasst Beratung nicht nur die Tatsacheninformation, sondern auch Werturteile hinsichtlich der Schlüsse, die aus diesen Informationen zu ziehen sind, also Handlungsempfehlungen, und ist somit eine umfassendere Informationspflicht, welche zudem unabhängig von speziellen Auslösfaktoren besteht.⁴⁰

Wie unter **B. I.** gezeigt, besteht der in der wirtschaftlichen Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB fortlebende Zweck der wirtschaftlichen Aufklärung nicht unmittelbar im Vermögensschutz als solchem, sondern im Schutz der Entscheidungsfreiheit des Patienten im Hinblick auf die wirtschaftlichen Folgen einer Behandlung. Somit ist die ungeschriebene wirtschaftliche Aufklärungspflicht als Informationspflicht und nicht als Obhutspflicht einzuordnen. Nach der Rechtsprechung zur ungeschriebenen wirtschaftlichen Aufklärungspflicht war der geschuldete Informationsinhalt die bloße Information über die mögliche Nichtübernahme der Behandlungskosten.⁴¹ Demgegenüber verlangt § 630c Abs. 3 BGB eine Information über die voraussichtlichen Kosten der Behandlung.⁴² Geschuldet ist jedoch sowohl nach der alten Rechtsprechung als auch nach § 630c Abs. 3 BGB somit ein bestimmter Informationsgehalt, der dem Patienten nur eine Entscheidungsgrundlage, nicht aber ihm bereits eine Entscheidungsempfehlung liefern soll. Die wirtschaftliche Aufklärungs- bzw. Informationspflicht ist somit als Aufklärungs- und nicht als Beratungspflicht einzuordnen. Eine Aufklärungspflicht setzt ein erkennbares Informationsgefälle zulasten einer Vertragspartei hinsichtlich einer für diese entscheidungserheblichen Information voraus, an deren Kenntniserlangung die unwissende Vertragspartei ein schützenswertes Interesse hat und deren Mitteilung der wissenden Partei zumutbar ist.⁴³

³⁸ *Bachmann*, in: MüKo-BGB II (Fn. 36), § 241 Rn. 124; *Pohlmann* (Fn. 30), S. 29.

³⁹ *Lang*, Informationspflichten bei Wertpapierdienstleistungen, 2003, S. 33.

⁴⁰ *Olzen*, in: Staudinger (Fn. 29), § 241 Rn. 437; *Lang* (Fn. 39), S. 34.

⁴¹ *BGH*, NJW 1983, 2630 (2631); *LG Bremen*, NJW 1991, 2353 (2354).

⁴² Die Frage nach dem konkreten Inhalt der Informationspflicht wird unter **D. III.** vertieft.

⁴³ So die Rechtsprechung seit dem Bond-Urteil: *BGHZ* 123, 126 (128 ff.); vgl. auch *Olzen*, in: Staudinger (Fn. 29), § 241 Rn. 448; *Pohlmann* (Fn. 30), S. 103.

Das Abstellen auf den Wissensvorsprung des Arztes im Hinblick auf die Kostenübernahme ist somit ein dogmatisch überzeugender Rechtsgrund für die Pflicht des § 630c Abs. 3 BGB.⁴⁴

b) Tatsächliches Bestehen des Rechtsgrundes

Bei der Untersuchung, ob ein solches Informationsgefälle auch tatsächlich besteht und ob der Patient hinsichtlich der Information schutzwürdig ist, werden insbesondere Unterschiede zwischen gesetzlich und privat Versicherten sowie zwischen den von den beiden Tatbestandsvarianten des § 630c Abs. 3 BGB jeweils erfassten Konstellationen zu berücksichtigen sein.

aa) Schutzbedürftigkeit des Patienten

Eine Schutzbedürftigkeit des Informationsbedürftigen besteht dann, wenn sich die aufgrund der widerstreitenden Parteiinteressen grundsätzlich zulässige Ausnutzung von Wissensvorteilen ausnahmsweise als unbillig darstellt.⁴⁵ Dies ist namentlich dann der Fall, wenn das Ausnutzen des Wissensvorteils nach Treu und Glauben ein Verstoß gegen die Fairness am Markt ist.⁴⁶ Zur Bewertung der Billigkeit oder Unbilligkeit des Ausnutzens eines Informationsvorsprungs hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit der Behandlungskosten gilt es sich zunächst vor Augen zu führen, dass ohne eine entsprechende Informationspflicht nur selten über die voraussichtliche Kostenhöhe gesprochen werden dürfte. Denn der Arzt ist auf eine Erörterung der Behandlungskosten nicht angewiesen. Im Falle eines gesetzlich Krankenversicherten erwirbt er nach § 630a Abs. 1 BGB mit der Leistungsbewirkung ohnehin zumeist einen Vergütungsanspruch gegen die kassenärztliche Vereinigung oder im Falle stationärer Behandlung unmittelbar gegen die Krankenkasse, dessen Höhe sich nach den vertraglichen Regelungen nach §§ 82 ff. SGB V bzw. §§ 108 f. SGB V bemisst.⁴⁷ Entsteht ein solcher Anspruch nicht oder ist der Patient privatversichert, ist eine ausdrückliche Kostenvereinbarung ebenfalls nicht erforderlich, da sich die

⁴⁴ Insofern verwundert die Distanz, welche der BGH erkennen zu lassen scheint, wenn er explizit hervorhebt, dass der Gesetzgeber den Grund für die wirtschaftliche Informationspflicht in einem Wissensvorsprung sehe, ohne sich diese Einschätzung zu eigen zu machen, BGH, NJW 2020, 1211 (1212).

⁴⁵ BGH, NJW 1984, 2289 (2290); Pohlmann (Fn. 30), S. 102.

⁴⁶ BGH, NJW 1967, 1022 (1023); Bachmann, in: MüKo-BGB II (Fn. 36), § 241 Rn. 136; Olzen, in: Staudinger (Fn. 29), § 241 Rn. 454.

⁴⁷ Laufs/Katzenmeier/Lipp (Fn. 24), Kap. 3 Rn. 52 ff.

Vergütungshöhe dann nach §§ 630b, 612 Abs. 1 und 2 BGB nach der GOÄ und der GOZ richtet, welche zwingendes Preisrecht sind.⁴⁸

Demgegenüber gehen sowohl der privat als auch der gesetzlich versicherte Patient in aller Regel davon aus, hinsichtlich der Behandlung selbst nicht belastet zu werden.⁴⁹ Als zumeist medizinischer Laie, vermag der Patient zudem die mit der Übernahmefähigkeit der Behandlungskosten eng zusammenhängende Frage nach der medizinischen Notwendigkeit der Behandlung nicht zu beurteilen.⁵⁰ Es wäre somit mit der Fairness am Markt nicht vereinbar, wenn der nicht auf Preisverhandlungen angewiesene Arzt in Ansicht des erkennbar nicht bestehenden Willens des Patienten zur Selbstkostentragung seinen Wissensvorsprung hinsichtlich der (möglichen) Nichtübernahme der Kosten durch den Versicherer für sich behielte, um eine höher zu vergütende Behandlung durchführen zu können.

bb) Informationsgefälle

Ein erkennbares Informationsgefälle besteht grundsätzlich nur, wenn eine Seite die entsprechende Information hat, während der andere Teil erkennbar nicht über die Information verfügt und sie für ihn auch nicht ohne weiteres aus ihm zugänglichen Informationsquellen erschließbar ist.⁵¹

(1) Wissen des Arztes, § 630c Abs. 3 S. 1 Var. 1 BGB

Verhältnismäßig unproblematisch besteht ein Informationsgefälle, wenn der Arzt positive Kenntnis davon hat, dass eine Kostenübernahme durch den Versicherer des Patienten jedenfalls ungesichert ist. Denn dem hierum wissenden Arzt steht in aller Regel ein unwissender Patient gegenüber. Weder gesetzlich noch privat Versicherte, welche sich erkennbar gleichermaßen auf ihre Selbstbelastungsfreiheit verlassen,⁵² haben so eine weitgehende Kenntnis des gesetzlichen Leistungskatalogs oder der sich für die Übernahmemöglichkeit stellenden Fragen der medizinischen Notwendigkeit der Behandlung, als dass sie

⁴⁸ *Katzenmeier*, in: BeckOK-BGB (Fn. 24), § 630b Rn. 2; *Voigt*, in: NK-BGB II (Fn. 3), § 630b Rn. 5; *Uleer/Miebach/Patt*, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 3. Aufl. 2006, Teil 1. A. Rn. 2.

⁴⁹ *AG Pforzheim*, MedR 2003, 234 (235); *Schelling* (Fn. 23), S. 425; *Voß* (Fn. 6), S. 162; *Glatz*, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, 1998, S. 328: auch der Privatversicherte geht nur davon aus, dass er im Verhältnis zu seiner Versicherung die Behandlungskosten vorübergehend kreditiert.

⁵⁰ BT-Drucks. 17/10488, S. 22; *Schelling* (Fn. 23), S. 423; *Schmid*, Medizinisch notwendige Heilbehandlung und private Krankenversicherung, NJW 1981, 2504 (2504).

⁵¹ *BGH*, WM 1986, 6 (7); *Pohlmann* (Fn. 30), S. 106; *Breidenbach* (Fn. 30), S. 46.

⁵² Siehe dazu **B. II. 2. b) aa**).

das Risiko des Ausbleibens einer Kostenübernahme selbst einschätzen könnten.⁵³ Die sich in der Entwurfsbegründung und bereits in der früheren Literatur zu findende Differenzierung zwischen gesetzlich und privat krankenversicherten Patienten,⁵⁴ welche auch in der aktuellen Kommentarliteratur prominent hervortritt,⁵⁵ ist in Bezug auf diese Konstellation allenfalls von empirischem Wert. Denn sofern der Arzt positive Kenntnis über mitteilungspflichtige Umstände hat, ist es gleichgültig, ob er diese bezüglich eines Privatversicherten oder eines gesetzlich Krankenversicherten erlangt. Dies mag freilich bei letzterem angesichts der (vermeintlich)⁵⁶ besseren Kenntnis des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung als des Leistungsangebots einer privaten Krankenversicherung häufiger vorkommen.⁵⁷ Dennoch erscheint es irreführend, einen Grundsatz der eigenverantwortlichen Informationsbeschaffung durch den privat versicherten Patienten aufzustellen und eine Ausnahme dann anzunehmen, wenn der Arzt doch einen Informationsvorsprung hat.⁵⁸ Maßgeblicher Rechtsgrund ist von vornherein nur der Informationsvorsprung.⁵⁹

(2) Hinreichende Anhaltspunkte, § 630c Abs. 3 S. 1 Var. 2 BGB

Fraglich ist ein Informationsvorsprung jedoch in den von § 630c Abs. 3 S. 1 Var. 2 BGB erfassten Konstellationen, also dann, wenn der behandelnde Arzt kein positives Wissen über die ungesicherte Erstattungsfähigkeit besitzt. Unklar ist bereits, was mit den „hinreichenden Anhaltspunkten“ gemeint ist. Zurecht weist *Spickhoff* darauf hin, dass denkbar ist, dass der Gesetzgeber damit an die

⁵³ *AG Pforzheim*, MedR 2003, 234 (234); *Schelling* (Fn. 23), S. 423; *Glatz* (Fn. 49), S. 332.

⁵⁴ BT-Drucks. 17/10488, S. 22, wonach der einen gesetzlich Versicherten behandelnde Arzt in aller Regel ein überlegenes Wissen habe, wohingegen es bei Privatpatienten grundsätzlich in deren Verantwortungsbereich liege, Kenntnisse über den Inhalt und Umfang des Versicherungsvertrags zu haben; so schon: *Michalski* (Fn. 7), S. 144.

⁵⁵ *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630c Rn. 59 f., *Walter*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.11.2021, § 630c Rn. 51; *Katzenmeier*, in: BeckOK-BGB (Fn. 24), § 630c Rn. 19.

⁵⁶ Zurecht wird auf die auch bei gesetzlichen Krankenversicherungen zunehmenden Unterschiede zwischen den Leistungskatalogen, die zahlreichen Änderungen im Krankenversicherungsrecht und die primäre Informationspflicht auch der gesetzlichen Krankenkasse hingewiesen, *Spickhoff*, Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus, VersR 2013, 267 (274); *Montgomery*, Das Patientenrechtgesetz aus Sicht der Ärzteschaft, MedR 2013, 149 (153).

⁵⁷ *Baden* (Fn. 11), S. 747; *Wagner*, Kodifikation des Arzthaftungsrechts – Zum Entwurf eines Patientenrechtgesetzes, VersR 2012, 789 (794).

⁵⁸ So aber BT-Drucks. 17/10488, S. 22; anschließend *Katzenmeier*, Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2012, 817 (819); *Wagner* (Fn. 56), S. 794; kritisch auch *Rehborn/Gescher*, in: Erman, 16. Aufl. 2020, § 630c Rn. 36.

⁵⁹ Siehe oben **B. II. 2. a).**

Rechtsprechung zur ungeschriebenen wirtschaftlichen Aufklärungspflicht anknüpfen wollte, nach der es genüge, wenn begründete Zweifel an der Kostenübernahme bestanden.⁶⁰ Ohne dass dies eindeutig herausgearbeitet worden wäre, scheint diese Rechtsprechung eher so zu verstehen sein, dass nur die (positive) Kenntnis der unsicheren Übernahmelage erfasst sein soll (also nicht nur positive Kenntnis von der gesicherten Nichtübernahme) und nicht auch ein Kennenmüssen einer ungesicherten Übernahme.⁶¹ Da jedoch schon nach § 630c Abs. 3 S. 1 Var. 1 BGB die Kenntnis von einer nicht gesicherten vollständigen Kostenübernahme genügt, wird § 630c Abs. 3 S. 1 Var. 2 BGB überwiegend so verstanden, dass eine positive Kenntnis nicht erforderlich ist und eine infolge von fahrlässiger Nichtkenntnis unterbliebene Information genügt.⁶²

Hierin muss dogmatisch nicht unbedingt ein Verzicht auf das Erfordernis des überlegenen Wissens des Arztes im Einzelfall zugunsten der generellen Unterstellung eines solchen liegen.⁶³ Denn ein Informationsgefälle besteht auch dann, wenn der Auskunftspflichtige zwar noch keine positive Kenntnis hat, diesen aber eine vorgeschaltete Informationsbeschaffungspflicht trifft.⁶⁴ Diese subjektive Pflichterweiterung ist jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn sie zugleich mit objektiven Begrenzungen einhergeht. Diese bestehen darin, dass die Information für den Pflichtigen leicht zu beschaffen sein muss und die Sonderverbindung zwischen den Parteien ein besonderes Fürsorge- oder Beratungselement enthält.⁶⁵ Letzteres kann aufgrund der beruflichen Stellung des

⁶⁰ *Spickehoff* (Fn. 4), § 630c BGB Rn. 36.

⁶¹ Vgl. *BGH*, NJW 1983, 2630 (2631); *KG*, NJW-RR 2000, 35 (36): dort wird das Aufdrängen nämlich nicht objektiv anhand bestimmter, dem Arzt unbekannter Umstände bejaht, sondern subjektiv daraus, dass dem Arzt Tatsachen bekannt waren, aus denen sich die Unsicherheit der Kostenübernahme ergibt; in diese Richtung wohl *Voigt*, in: NK-BGB II (Fn. 3), § 630c Rn. 20; *Deutsch/Spickehoff* (Fn. 21), Rn. 561, sprechen von „Wissen über die Ungewissheit“.

⁶² *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630c Rn. 61, *Jaeger*, Patientenrechtegesetz, 2013, Rn. 173, *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 436; gerungen wird um den Fahrlässigkeitsmaßstab, siehe dazu **D. IV.**

⁶³ So aber *Voigt*, in: NK-BGB II (Fn. 3), § 630c Rn. 20 in Bezug auf die Entwurfsbegründung.

⁶⁴ *Olzen*, in: Staudinger (Fn. 29), § 241 Rn. 449; *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl. 2005, § 5 Rn. 16 ff.

⁶⁵ *Krebs* (Fn. 37), S. 509; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 584; *Breidenbach* (Fn. 30), S. 59 ff.; dies entspricht den Parametern „Möglichkeit der Information“ und „Funktionskreis“ aus dessen „beweglichem System“; Der dritte Parameter „Informationsbedarf“ entspricht der bereits dargelegten Schutzwürdigkeit, siehe **B. II. 2. b) aa).**

Auskunftspflichtigen oder infolge der Inanspruchnahme besonderen Vertrauens bestehen.⁶⁶

Die Aufklärung über die Möglichkeit einer Kostenübernahme ist ohne Belang für die medizinische Effektivität der nach § 630a Abs. 1 BGB geschuldeten Behandlung, sodass sich aus der beruflichen Stellung eines Arztes kein besonderer Vertrauenstatbestand ergibt.⁶⁷ Auch eine tatsächliche Inanspruchnahme besonderen Vertrauens wird schon mangels Erörterung der Kostenfrage⁶⁸ in aller Regel nicht bestehen. Jedoch ist zuzugeben, dass es Konstellationen gibt, in denen der Arzt mit deutlich geringen Informationsbeschaffungskosten zuverlässig Kenntnis über Unsicherheiten bei der Kostenerstattung erlangen kann. Bei Zugrundelegung von *Breidenbachs* beweglichem System können auch geringere Informationsbeschaffungskosten allein in Verbindung mit dem Schutzbedürfnis des Patienten eine Informationsbeschaffungspflicht rechtfertigen.⁶⁹ Hierbei erlangt die Differenzierung zwischen gesetzlich und privat Versicherten, welche für die Frage der positiven Kenntnis nur von empirisch-deskriptivem Wert ist, auch sachlich Bedeutung. Denn in der Tat dürfte infolge der fehlenden öffentlichen Bekanntmachung der Versicherungsbedingungen bei Privatpatienten ein die Auskunftspflicht mit vorgeschalteter Informationsbeschaffungspflicht rechtfertigender sachkundebasierter Informationsbeschaffungskostenvorsprung des Arztes grundsätzlich nicht bestehen, auch wenn er sich im Einzelfall hinsichtlich Versicherern, mit denen der Arzt in besonders regelmäßigem Kontakt steht, ergeben kann.⁷⁰ Demgegenüber ist ein solcher angesichts der nach § 94 Abs. 2 S. 1 SGB V bekanntgegebenen verbindlichen Richtlinien bei Kassenpatienten grundsätzlich zu bejahen, wobei sich auch hier angesichts von Abweichungen zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und häufigen Gesetzesänderungen im Einzelfall ein anderes Bild ergeben kann.⁷¹

⁶⁶ *Breidenbach* (Fn. 30), S. 75 f.

⁶⁷ *Francke/Hart* (Fn. 22), S. 189; *Glatz* (Fn. 49), S. 328.

⁶⁸ Siehe **B. II. 2. b) aa**.

⁶⁹ *Breidenbach* (Fn. 30), S. 72; *Müller/Hempel*, Nebenpflichten des Verkäufers unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, AcP 205 (2005), 246 (248); zum Gebrauchtwagenverkauf: *BGH*, NJW 1983, 218 (218); zur Schutzbedürftigkeit des Patienten siehe schon **B. II. 2. b) aa**.

⁷⁰ *Schelling* (Fn. 23), S. 423; *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 437; *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630c Rn. 60; *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 21), Rn. 563.

⁷¹ *Spickhoff* (Fn. 4), § 630c BGB Rn. 36; *Katzenmeier*, in: BeckOK-BGB (Fn. 24), § 630c Rn. 19.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass ein die wirtschaftliche Informationspflicht dogmatisch tragender Wissensvorsprung des Arztes auch in den von der zweiten Variante des § 630c Abs. 3 BGB erfassten Fällen grundsätzlich besteht. Bei privat versicherten Patienten ist bei der Auslegung jedoch Zurückhaltung geboten, da für eine vorgeschaltete Informationsbeschaffungspflicht des Arztes erhöhte Anforderungen an die Schutzbedürftigkeit des Patienten und den Informationsbeschaffungskostenvorsprung des Arztes zu stellen sind.

3. Der Arzt als Sachwalter fremder Vermögensinteressen?

Die gegenüber der wirtschaftlichen Informationspflicht geäußerten Bedenken im Hinblick auf eine zu weite Ausdehnung der Pflichten des Arztes in den wirtschaftlichen Bereich lassen sich zwei Gruppen zuordnen. Zum einen finden sich vor allem in der älteren Literatur Stimmen, welche bereits die richterrechtliche wirtschaftliche Aufklärungspflicht für rechtsgrundlos hielten, da den Arzt keine Vermögensbetreuungspflicht treffe und er somit nicht gehalten sei mit der Übernahmemöglichkeit durch den Versicherer auf einen Umstand hinzuweisen, welcher in einem Rechtsverhältnis wurzele, an dem der Patient selbst und gerade nicht der Arzt beteiligt sei.⁷² Diese Einwände vermögen nicht zu verfangen. Denn wie gezeigt wurde, handelt es sich bei der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht entsprechend ihrer Zweckbestimmung um eine Aufklärungspflicht i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB, deren Rechtsgrund dogmatisch zulässig in einem in aller Regel tatsächlich gegebenen Informationsgefälle besteht.⁷³ Eine allgemeine Vermögensbetreuungspflicht ist hierfür nicht erforderlich und wird dem Arzt somit auch nicht unterstellt.⁷⁴ Das zwischen Arzt und Patient bestehende Informationsgefälle entfällt ferner nicht allein dadurch, dass die Informationen aus dem Versicherungsverhältnis stammen.⁷⁵ Es entspricht vielmehr gerade der Eigenart von Aufklärungspflichten i. S. d. Dogmatik zu § 241 Abs. 2 BGB, dass diese im Gegensatz zu informationellen Leistungspflichten Informationen zum Gegenstand haben, die nicht mit der Hauptleistungspflicht korrespondieren.⁷⁶

⁷² So etwa *Füllgraf* (Fn. 4), S. 2620; in diese Richtung auch heute noch *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 21), Rn. 561, welche die wirtschaftliche Aufklärung nur für eine Obliegenheit und deren Normierung als vertragliche Nebenpflicht somit für eine Überbetonung der wirtschaftlichen Beratung halten.

⁷³ Siehe **B. II. 2. b).**

⁷⁴ *Terbille/Schmitz-Herscheidt*, Zur Offenbarungspflicht bei ärztlichen Behandlungsfehlern, NJW 2000, 1749 (1752) zur insoweit ähnlichen Lage bei der Fehleroffenbarungspflicht.

⁷⁵ So präzise bereits *BGH*, NJW 1983, 2630 (2631).

⁷⁶ *Pohlmann* (Fn. 30), S. 30.

In diesem Zusammenhang ist auch der wenig überzeugende und bereits unter **B. I. 1.** dargestellte Ansatz des *LG Saarbrücken* ergangen, welches zur Vermeidung der Bezugnahme auf das Versicherungsverhältnis vordergründig im Verhältnis Arzt-Patient auf eine Vermögensfürsorgepflicht des Arztes abhebt, was nicht nur sachlich nicht überzeugt, sondern kurioserweise außervertragliche wirtschaftliche Aspekte noch prominenter hervorstellt als die auf die bloße Information gerichtete Aufklärungspflicht.

Demgegenüber finden sich vor allem in der neueren Literatur Stimmen, welche die wirtschaftliche Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB nicht generell infrage stellen, aber zur Zurückhaltung und Grenzziehung bei der Annahme einzelner wirtschaftlicher Aufklärungspflichten mahnen.⁷⁷ Diese Bedenken sind berechtigt. Denn die wirtschaftliche Aufklärungspflicht ist auslöschungsfaktorabhängige Aufklärungspflicht i. S. d. Dogmatik zu § 241 Abs. 2 BGB und keine auslöschungsfaktorunabhängige Beratungspflicht.⁷⁸ Als von dem konkreten Auslöschungsfaktor „Wissensvorsprung hinsichtlich bestimmter Tatsachen“ abhängige Nebenpflicht, darf diese nicht weiter ausgedehnt werden, als ein tatsächliches Wissen⁷⁹ oder eine gerechtfertigte Informationsbeschaffungspflicht⁸⁰ besteht. Mangels genereller Inanspruchnahme besonderen Vertrauens durch die berufliche Stellung des nur für die medizinische Behandlung verantwortlichen Arztes können letztere nicht generell, sondern nur bei sorgfältiger Prüfung im Einzelfall angenommen werden. Andernfalls würde der Arzt tatsächlich in die ihm fremde Rolle eines beratenden und nicht bloß aufklärenden Sachwalters fremder Vermögensinteressen gedrängt.

III. Die wirtschaftliche Informationspflicht im System der behandlungsvertraglichen Pflichten der §§ 630a ff. BGB

Untersuchungsbedürftig ist zum einen das Verhältnis zur therapeutischen Informationspflicht des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB sowie zur Selbstbestimmungsaufklärung nach § 630 e Abs. 1 BGB.

1. Therapeutische Informationspflicht des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB

Was das Verhältnis der wirtschaftlichen Informationspflicht zu der therapeutischen Informationspflicht des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB angeht, so wird

⁷⁷ *Spickhoff*, Patientenrechte und Gesetzgebung, Rechtspolitische Anmerkungen zum geplanten Patientenrechtgesetz, ZRP 2012, 65 (67); *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 21), Rn. 562.

⁷⁸ Siehe oben **B. II. 2. a).**

⁷⁹ Siehe **B. II. 2. b) bb) (1).**

⁸⁰ Siehe **B. II. 2. b) bb) (2).**

teilweise angenommen, dass die wirtschaftliche Informationspflicht des § 630c Abs. 3 zur „Basis-Information“ des § 630c Abs. 2 S. 1 gehöre, jedoch nicht überwiegend medizinische Inhalte, sondern die aus dem medizinischen Anlass entstehenden wirtschaftlichen Konsequenzen betreffe.⁸¹ Dies erscheint zweifelhaft. Denn die Informationspflicht des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB soll ausweislich der Gesetzesbegründung identisch mit den von der Rechtsprechung zur „therapeutischen Aufklärung bzw. Sicherheitsaufklärung“ entwickelten Grundsätzen sein.⁸² Diese erfassten nur solche Schutz- und Warnhinweise, die zur Sicherstellung des „Behandlungserfolges“ notwendig sind, sog. Compliance.⁸³ Trotz der überschießenden Umsetzung der Kodifikation, welche auch Umstände wie die Erläuterung der Diagnose und der Therapie, die auch nach § 630e Abs. 1 BGB erforderlich sind, miteinbezieht,⁸⁴ ist die therapeutische Informationspflicht somit nur typisierte Ausprägung der nach § 630a Abs. 1 BGB für die Behandlung geschuldeten Sorgfalt.⁸⁵ Demgegenüber ist die nach § 630c Abs. 3 BGB geschuldete Information für den Behandlungserfolg ohne Bedeutung. Ungeachtet der systematischen Plausibilität infolge der gemeinsamen Normierung in § 630c BGB besteht aufgrund dieser Wesensverschiedenheit keine Spezialität des § 630c Abs. 3 zu § 630c Abs. 2 S. 1 BGB.⁸⁶

2. Verhältnis zu den Aufklärungspflichten des § 630e Abs. 1 BGB

Was das Verhältnis zu den als Selbstbestimmungsaufklärung bezeichneten Pflichten des § 630e Abs. 1 BGB angeht, scheint insbesondere in der frühen Rechtsprechung zwischen den beiden Pflichtregimen nicht sauber getrennt worden zu sein. So leitet das *OLG Köln* eine wirtschaftliche Informationspflicht zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten bei der Entscheidung über die Vornahme einer konkreten Behandlungsmethode ab.⁸⁷ Diese Vermengung wurde viel kritisiert, meist mit dem Hinweis darauf, dass die wirtschaftliche Aufklärungspflicht ja nur das Vermögen und nicht die

⁸¹ *Walter*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 55), § 630c Rn. 49; *ders.*, Das neue Patientenrechtegesetz, 2013, Rn. 135.

⁸² BT-Drucks. 17/10488, S. 21.

⁸³ *BGH*, NJW 1981, 2002 (2003); *Katzenmeier*, Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie, MedR 2012, 576 (580).

⁸⁴ Dies kritisierend: *Spickhoff* (Fn. 77), S. 67; *Thurn* (Fn. 1), S. 155.

⁸⁵ *Mansel*, in: Jauernig, 18. Aufl. 2021, § 630c Rn. 3; *Hart*, Patientensicherheit nach dem Patientenrechtegesetz, MedR 2013, 159 (160).

⁸⁶ So auch *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 429; *Hart*, Ein Patientenrechtegesetz ohne Eigenschaften, GesR 2012, 385 (386).

⁸⁷ *OLG Köln*, NJW 1987, 2304 (2304); jedenfalls nicht klar trennend auch: *BGH*, NJW 1983, 2630 (2630).

grundrechtliche Selbstbestimmung des Patienten schütze.⁸⁸ Auch wenn hier erneut das Topos des Vermögensschutzes⁸⁹ durchscheint, ist diese Forderung nach einer klaren Trennung berechtigt. Denn die Selbstbestimmungsaufklärung nach § 630e Abs. 1 BGB, welche bereits vor ihrer Kodifikation im Deliktsrecht als vertragsunabhängige ärztliche Berufspflicht anerkannt war,⁹⁰ soll den Patienten infolge der Wissensakzessorietät der Einwilligungswirksamkeit nur in die Lage versetzen, die Tragweite des mit der Behandlung verbundenen ärztlichen Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit und die Gesundheit sowie die Heilungschance richtig einschätzen zu können.⁹¹ Hierfür kommt es nicht auf die Höhe der zu erwartenden Kosten an.⁹² Demzufolge kann in einem – infolge einer möglichen Nichtübernahme der Behandlung – höheren Eigenkostenanteil auch keine Belastung i. S. d. § 630e Abs. 1 S. 3 BGB gesehen werden, welche für sich isoliert eine Hinweispflicht auf eine alternative Behandlungsmethode begründet.⁹³ In dogmatischer Hinsicht besteht der Unterschied zwischen den beiden gleichermaßen auf den Ausgleich eines Informationsgefälles gerichteten vertraglichen Pflichten darin, dass die Selbstbestimmungsaufklärung nach § 630e Abs. 1 BGB vertragliche Hauptleistungspflicht ist,⁹⁴ wohingegen die wirtschaftliche Information nach § 630c Abs. 3 BGB vertragliche Nebenpflicht mit vorvertraglichem Charakter ist.

IV. Zwischenergebnis

In diesem ersten Teil des Beitrags wurde gezeigt, dass der Zweck der wirtschaftlichen Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB und auch schon der ungeschriebenen wirtschaftlichen Aufklärungspflicht nicht unmittelbar im Schutz des Patientenvermögens, sondern im Ausgleich eines Informationsgefälles lag, damit letzterer eigenverantwortlich beim Schluss des Behandlungsvertrags auch in Kenntnis der wirtschaftlichen Folgen der Behandlung entscheiden kann (**I.**). Daraus folgt, dass die nach der Systematik der

⁸⁸ Hegerfeld (Fn. 5), S. 429; Kim (Fn. 21), S. 72; Francke/Hart (Fn. 22), S. 189.

⁸⁹ Siehe oben **B. I. 1.**

⁹⁰ BGH, NJW 1959, 814 (814 f.); Katzenmeier, in: BeckOK-BGB (Fn. 24), § 630e Rn. 5.

⁹¹ Wagner, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630e Rn. 4; Spickhoff (Fn. 4), § 630e BGB Rn. 1.

⁹² Hart (Fn. 85), S. 162; somit kann die wirtschaftliche Information niemals Elemente der Selbstbestimmungsaufklärung enthalten, a. A. Katzenmeier (Fn. 58), S. 819.

⁹³ So aber: AG Pforzheim, MedR 2003, 234 (234); Deutsch/Spickhoff (Fn. 21), Rn. 440; hiergegen richtigerweise mit Hinweis auf den unterschiedlichen Zweck: Hegerfeld (Fn. 5), S. 430, Gafner/Strömer, Die Arzthaftung bei der Behandlung gesetzlich krankenversicherter Patienten, MedR 2012, 159 (165); Schelling (Fn. 23), S. 426.

⁹⁴ Aufgrund des engen inneren Zusammenhangs zwischen der Einwilligung, welche die Behandlung erst zulässig werden lässt: BGH, NJW 1984, 1807 (1808 f.); Hart (Fn. 85), S. 161.

§§ 630a ff. BGB eindeutig als vertragliche Nebenpflicht konzipierte Pflicht in erheblichem Maße einen vorvertraglichen Charakter hat (**II. 1.**). Es wurde ausgehend von der Einordnung der wirtschaftlichen Informationspflicht als vom überlegenen Wissen des Arztes getragene Aufklärungspflicht die Bedeutung einer strengen Bindung an tatsächlich vorhandenes Wissen oder an begründbare Wissensverschaffungspflichten unterstrichen (**II. 2.**). Zuletzt wurde gezeigt, dass die wirtschaftliche Informationspflicht nach § 630c Abs. 3 BGB als vertragliche Nebenpflicht von den Hauptleistungspflichten zur therapeutischen Information nach § 630c Abs. 2 S. 1 BGB und zur Aufklärung nach § 630e Abs. 1 BGB zu trennen ist (**III.**).

C. Rechtsvergleichende Einordnung

Als vertrauensschutzbasierte Pflicht zur Aufklärung über behandlungsexterne Faktoren,⁹⁵ gerät die wirtschaftliche Informationspflicht in den Verdacht einer Verwandtschaft mit den aus der *fiduciary relationship* zwischen Arzt und Patient abgeleiteten Pflichten im US-amerikanischen Recht (**I.**). In einem zweiten Schritt soll ein kurzer Überblick über die Erweiterung (vor)vertraglicher Aufklärungspflichten durch Vorschaltung von Informationsbeschaffungspflichten bei geringeren Informationsbeschaffungskosten zur Überwindung vertraglicher Informationsasymmetrien in anderen Rechtskreisen gegeben werden (**II.**).

I. Behandlungsexterne Aufklärung aufgrund *fiduciary relationship*

Der Untersuchung ist voranzustellen, dass im Gegensatz zum deutschen Recht ein Verstoß gegen vertragliche Aufklärungspflichten im US-amerikanischen Medizinrecht meist keinen vertraglichen Schadensersatzanspruch nach sich zieht. Denn das Vertragsrecht ist aufgrund der Annahme, dass der Patient regelmäßig nicht in der Lage sei, dem Arzt vertraglich ausgehandelte Verhaltenspflichten aufzuerlegen, die von der normalen ärztlichen Praxis abweichen, weitgehend durch die standardisierten Deliktsregeln und die Deliktshaftung überlagert.⁹⁶ Der Begriff des *fiduciary*, also sinngemäß des Treuhänders, ist nicht in einem personalen, sondern in einem funktionalen Sinne zu verstehen. Der unter ihn fallende Personenkreis erfasst auf den ersten Blick ganz unterschiedliche Berufsbilder vom Beamten bis zum Gewerkschaftsführer und wurde im

⁹⁵ Glatz, (Fn. 49), S. 327.

⁹⁶ Ebd., S. 64; *District of Columbia Court of Appeals, Vassiliades v. Garfinckel's Brooks Brothers*, 13.5.1985, 492 A.2d 580 (592): „We hold that the breach of the physician-patient relationship is an actionable tort“; Shultz, *From Informed Consent to Patient Choice: A New Protected Interest*, 95 Yale L. J. (1985), 219 (223 f.).

20. Jahrhundert auch auf den behandelnden Arzt erweitert.⁹⁷ Gemeinsamer Anknüpfungspunkt für jede *fiduciary relationship* ist dabei, dass der Treuhänder – regelmäßig aufgrund besonderer fachlicher Kompetenz – eine eigene Angelegenheit einer anderen Person in deren Interesse wahrnimmt.⁹⁸ Hinsichtlich der Durchführung der anvertrauten Tätigkeit befindet sich der Treugeber durch die Abgabe der Befugnis und infolge der Fachkompetenz des Treuhänders in einer Abhängigkeit.⁹⁹ Ziel der Pflichten aus der *fiduciary relationship* ist es, zu verhindern, dass der Treuhänder diese Machtposition eigennützig missbraucht.¹⁰⁰

Aus der *fiduciary relationship* trifft den Treuhänder die Pflicht zur Weitergabe tatsächlich vorhandener Informationen hinsichtlich solcher Tatsachen, die im Zusammenhang mit dem anvertrauten Geschäft die Rechte und Interessen des Prinzipals in relevanter Art und Weise betreffen und geeignet sind, sein weiteres Verhalten möglicherweise zu beeinflussen.¹⁰¹ Auch wenn die aus der *fiduciary relationship* erwachsende Aufklärungspflicht funktional der wirtschaftlichen Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB auf den ersten Blick zu entsprechen scheint, besteht zwischen beiden doch ein grundlegender Unterschied. Während die wirtschaftliche Informationspflicht als die Entscheidungsfreiheit des Patienten in Ansehung der finanziellen Behandlungsfolgen schützende eigenständige vertragliche Nebenpflicht neben die ärztliche Behandlung nach § 630a Abs. 1 BGB tritt (**B. II. 2.**), stellt im Falle der *fiduciary*-Aufklärung die vertraglich geschuldete medizinische Behandlung zugleich das übertragene Geschäft und somit Anknüpfungspunkt der Aufklärungspflichten dar.¹⁰² Eine darüber hinausgehende Treuhänderstellung hinsichtlich wirtschaftlicher Aspekte wird abgelehnt.¹⁰³ In der Konsequenz bedeutet dies, dass obwohl eine deliktische Fahrlässigkeitshaftung (*negligence*) auf Schadensersatz für einen durch einen *breach of fiduciary duty* herbeigeführten Vermögensschaden möglich ist, diese nur dann

⁹⁷ Glatz (Fn. 49), S. 138; Frankel, *Fiduciary Law*, 71 Cal. L. Rev. (1983), 795 (796).

⁹⁸ Scott, *The Fiduciary Principle*, 37 Cal. L. Rev. (1949), 539 (540): „who undertakes to act in the interest of another person“.

⁹⁹ Glatz (Fn. 49), S. 139; Frankel (Fn. 97), S. 800: „By definition, the entrustor becomes dependent because he must rely on the fiduciary for a particular service“.

¹⁰⁰ Glatz (Fn. 49), S. 139; Weinrib, *The Fiduciary Obligation*, 25 Tor. L. J. (1975), 1 (7): „to obviate the danger, that discretion’s exercise might be prejudiced by self-serving considerations“.

¹⁰¹ Glatz (Fn. 49), S. 143; *Supreme Court of Arizona, Matter of Swartz*, 15.6.1981, 630 P.2d 1020 (1026): „the duty of an agent to make full disclosure to his principal of all material facts relevant to the agency“.

¹⁰² Glatz (Fn. 49), S. 151.

¹⁰³ *Supreme Court of California, Moore v. Regents of the University of California*, 9.7.1990, 793 P.2d 479 (485) Fn. 10: „A physician is not the patient’s financial adviser“.

durch die Nichtmitteilung behandlungsexterner Umstände ausgelöst wird, wenn sie sich über die mögliche Beeinflussung des ärztlichen Urteils in einen behandlungsinternen Faktor verwandelt haben.¹⁰⁴ Um einen originären Schutz der finanziellen Entscheidungsfreiheit des Patienten wie bei § 630c Abs. 3 BGB geht es somit gerade nicht. Die erfassten Konstellationen – etwa der einen Patienten mit Bereicherungsabsicht nicht auf eine medizinisch gleichwertige oder eingriffsfärmere aber wesentlich kostengünstigere Behandlungsmethode hinweisende Arzt¹⁰⁵ – fallen demnach eher in die Anwendungsbereich der typisierten Sorgfaltspflichten der §§ 630c Abs. 2, 630e Abs. 1 BGB.

II. Überwindung von Informationsasymmetrien durch vorgeschaltete Informationsbeschaffungspflichten

Die Vorschaltung von Informationsbeschaffungspflichten vor kenntnisakzessorische (vor)vertragliche Aufklärungspflichten zur Schaffung einer informationellen Fahrlässigkeitshaftung reiht sich historisch in eine zunehmende Durchbrechung des Grundsatzes ein, dass für eine vorvertragliche Informationshaftung vorsätzliches Handeln erforderlich ist.¹⁰⁶ Diese wurde in Kontinentaleuropa durch das Rechtsinstitut der *culpa in contrahendo* (*c.i.c.*) ermöglicht.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Glatz (Fn. 49), S. 151; *Supreme Court of California, Moore v. Regents of the University of California*, 9.7.1990, 793 P.2d 479 (485) Fn. 10: „the reason why a physician must disclose possible conflicts is not because he has a duty to protect his patient's financial interests, but because certain personal interests may affect professional judgment“.

¹⁰⁵ Glatz (Fn. 49), S. 164 f.

¹⁰⁶ Fleischer (Fn. 65), S. 584: Dieser Grundsatz folgt im deutschen Recht daraus, dass Einzelschriften des BGB aus dem Bereich der vorvertraglichen Informationshaftung, z. B. §§ 123 Abs. 1, 444, 826 BGB sowie § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 263, 264a StGB, an eine arglistige Täuschung anknüpfen, Pohlmann (Fn. 30), S. 32; Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 37 leitet hieraus sogar ein grundsätzlich jede fahrlässige Haftung für vorvertragliches Informationsverhalten ausschließendes Vorsatzdogma ab.

¹⁰⁷ Fleischer (Fn. 65), S. 991; die vor der Kodifikation der *c.i.c.* in §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB nur richterrechtliche Derogation des informationellen Vorsatzdogmas hält auch Grigoleit (Fn. 106), S. 50 ff. für methodisch zulässig; Schwierigkeiten bestehen bis heute bei der Abgrenzung der Anfechtung nach § 123 BGB zur Vertragsrückgängigmachung nach *c.i.c.*: Die in BGH, NJW 1998, 302 (303 f.) getroffene Abgrenzung, wonach ein Schadensersatzanspruch nach *c.i.c.* zusätzlich tatbestandlich einen Vermögensschaden voraussetzt, setzt sich dem Einwand aus, dass auch die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit zu den nach § 241 Abs. 2 BGB geschützten Interessen gehört und es eines Vermögensschadens für die Annahme einer Interessenschädigung folglich nicht bedarf, Loosbelders, Schuldrecht AT, 19. Aufl. 2021, Rn. 155; Fleischer, Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo, AcP 200 (2000), 91 (118).

Auch in Frankreich werden im Rahmen der – im Gegensatz zum deutschen Recht auch vermögensschützenden – deliktsrechtlichen Generalklausel des Art. 1240 CC Informationspflichten mit vorgeschalteten Informationsbeschaffungspflichten, sog. *obligations de s’informer pour informer* tatbestandlich erfasst.¹⁰⁸ Diese können auch fahrlässig verletzt werden.¹⁰⁹ Auch hinsichtlich der objektiven Begrenzungen scheint ein weitgehender Gleichlauf zur deutschen Rechtslage zu bestehen, seit sich die für die Annahme einer Informationsbeschaffungspflicht erforderliche *impossibilité de connaître l’information* aus der streng am Informationsbedürftigen ausgerichteten Perspektive einem komparativen, an den unterschiedlichen Informationszugang der Parteien anknüpfenden Maßstab geöffnet hat.¹¹⁰

Der für Kontinentaleuropa prägende vorvertragliche Rundumschutz durch *c.i.c.* ist im US-amerikanischen Recht nicht zu finden und vertrüge sich wohl auch nicht mit dem trotz einiger Durchbrechungen noch immer prägenden *caveat-emptor*-Prinzip.¹¹¹ Funktional an die Stelle der vorvertraglichen Haftung für Informationspflichtverletzungen tritt der deliktsrechtliche *misrepresentation*-Tatbestand.¹¹² Dieser setzt zwar den Eintritt eines Vermögensschadens voraus, lässt hierfür jedoch in Abkehr vom früheren Erfordernis einer *intentional misrepresentation* auch kausales fahrlässiges informationelles Handeln genügen.¹¹³ Hinsichtlich der objektiven Begrenzung der Aufklärungspflicht geht das US-Recht zwar von dem Grundsatz „the duty is a duty to disclose, and you cannot disclose what you do not know.“¹¹⁴ aus. Es ist jedoch anerkannt, dass eine

¹⁰⁸ Fleischer (Fn. 65), S. 739; Ghestin, La formation du contrat, 3. Aufl. 1993, n°640; zur ursprünglich den Gewerbetreibenden ins Auge nehmenden Rechtsprechung, vgl. *Cour de Cassation, Chambre commerciale*, 10.2.1987, Bull. civ. IV, n° 41 und *Cour de Cassation, Chambre civile 1ère*, 18.4.1989, Bull. civ. I, n° 150, S. 99.

¹⁰⁹ Fleischer (Fn. 65), S. 735; Ghestin (Fn. 108), n°575, S. 633: „On quitte ainsi le domaine du dol pour entrer dans celui de la simple faute, qui peut consister dans la violation d’une obligation d’informer l’autre partie“.

¹¹⁰ *Fabré-Magnan*, De l’obligation d’information dans le contrats, 1992, n°259 ff.: „l’égal accès des contractants à l’information“; aufgegriffen von *Cour de Cassation, Chambre commerciale*, 4.7.1989, Bull. civ. IV, n°213, S. 143: „L’information sur les prestations antérieures du mannequin était difficilement accessible à l’agence de publicité.“; Fleischer (Fn. 65), S. 756.

¹¹¹ *Kessler/Fine*, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, 77 Harv. L. Rev. (1964), 401 (439).

¹¹² Fleischer (Fn. 65), S. 917.

¹¹³ Fleischer (Fn. 65), S. 919; *Prosser/Keeton*, *On the Law of Torts*, 5. Aufl. 1984, § 107, S. 745 ff.

¹¹⁴ Vgl. auch *Court of Appeal, Joel v. Law Union and Crown Insurance Co.*, 30.7.1908, [1908] 2 K.B. 863 (884).

Aufklärungspflicht auch hinsichtlich solcher Tatsachen bestehen kann, zu denen die eine Seite über einen besseren Informationszugang als die andere verfügt.¹¹⁵

Es lässt sich somit festhalten, dass es sich bei der Verbindung von Aufklärungspflichten mit Informationsbeschaffungspflichten und somit bei der Schaffung fahrlässiger Informationshaftungstatbestände um ein rechtskreisübergreifendes allgemeines, auch rechtsökonomisch motiviertes Prinzip zur Überwindung von Informationsasymmetrien handelt.¹¹⁶

D. Ausgewählte Probleme bei den Voraussetzungen und Rechtsfolgen

Im letzten Teil des Beitrags sollen die gewonnen dogmatischen Erkenntnisse zur Entscheidung von Auslegungsfragen auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite des § 630c Abs. 3 BGB eingesetzt werden.

I. Nicht gesicherte Übernahme der Behandlungskosten

Eine nicht gesicherte Übernahme liegt jedenfalls dann vor, wenn die Erstattungsfähigkeit durch die private Krankenversicherung unsicher oder es nicht sicher ist, ob bestimmte Maßnahmen in den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung fallen, auf die der Versicherte einen Anspruch hat.¹¹⁷ Fraglich ist, ob auch der Fall erfasst ist, dass der Patient überhaupt keinen Versicherungsschutz hat. Teilweise wird dies im Wege eines erst-recht-Schlusses bejaht.¹¹⁸ Hiermit wird jedoch verkannt, dass die für die Annahme einer Aufklärungspflicht erforderliche Schutzbedürftigkeit des (versicherten) Patienten daraus resultiert, dass er infolge seines Versicherungsschutzes glaubt, selbst keine Kosten tragen zu müssen.¹¹⁹ Ein nicht versicherten Patient weiß dagegen ohnehin schon, dass kein Dritter für die Kosten aufkommen wird.¹²⁰ Mangels Erheblichkeit der Information für den Patienten besteht folglich der Rechtsgrund für eine entsprechende Informationspflicht nicht, sodass dieser

¹¹⁵ *Holmes*, A Contextual Study of Commercial Good Faith: Good-Faith Disclosure in Contract Formation, 39 U. Pitt. L. Rev. (1978), 381 (446): „The existence of reasonable access to basic facts should be one factor in determining the existence and extent of the duty to speak“; unter umgekehrten Vorzeichen eine Aufklärungspflicht verneinend bereits: *U.S. Supreme Court, Laidlaw v. Organ*, 15.3.1817, 15 U.S. 178 (1817), 195 „where the means of intelligence are equally accessible to both parties“.

¹¹⁶ *Fleischer*, (Fn. 65), 992; *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630c Rn. 61.

¹¹⁷ *Spickhoff* (Fn. 4), § 630c BGB Rn. 34.

¹¹⁸ *Schmidt*, in: JurisPK-BGB, Stand: 23.6.2020, § 630c Rn. 31.

¹¹⁹ Siehe oben **B. II. 2. b) aa**.

¹²⁰ So auch *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 440; *Wenzel/Steinmeister*, Das neue Patientenrechtgesetz, Veränderungen in der Arzthaftung, BuGBl 58 (2015), 23 (26 f.).

vom Wortlaut erfasste Fall im Wege der teleologischen Reduktion aus dem Anwendungsbereich des § 630c Abs. 3 BGB auszuschneiden ist.

II. Maßstab für das Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte für die nicht gesicherte Kostenübernahme, § 630c Abs. 3 S. 1 Var. 2 BGB

Das Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte wird teilweise mit fahrlässiger Unkenntnis gleichgesetzt.¹²¹ Nach dem Fahrlässigkeitsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB komme es demnach darauf an, ob ein vernünftiger Arzt in der Situation des Behandelnden erkannt hätte, dass die vollständige Übernahme der Behandlungskosten nicht gesichert ist.¹²² Dem wird entgegen, dass mit der zweiten Variante nur die bisherige Rechtsprechung übernommen werden sollte, nach der eine Informationspflicht nur bei begründeten Zweifeln an der Kostenübernahme bestand.¹²³ Der Mehrwert dieses Rückgriffs auf einen unbestimmten Rechtsbegriff ist begrenzt.¹²⁴ Soweit ersichtlich, soll damit lediglich ein Ausschluss leichter Fahrlässigkeit bezweckt werden.¹²⁵ Ob diese Wertung der Rechtsprechung zu den begründeten Zweifeln entnommen werden kann, ist schon deshalb fraglich, da diese wohl nur die Ausweitung der Aufklärungspflicht auf dem Arzt tatsächlich bekannte Tatsachen, aus denen sich die Möglichkeit der Nichtübernahme der Kosten ergibt, bezweckte und keine Aufklärungspflicht bei fahrlässiger Unkenntnis statuieren wollte.¹²⁶ Plausibler ist es aus dogmatischer Sicht, davon auszugehen, dass in den von der zweiten Variante erfassten Fällen der Informationspflicht eine Informationsbeschaffungspflicht aufgrund leichterer Informationsbeschaffung vorgeschaltet ist. Dies liegt auch deshalb nahe, da hierin ein rechtskreisübergreifendes Prinzip zum Ausgleich struktureller Informationsnachteile liegt.¹²⁷ Sollte für die Verletzung der (vor)vertraglichen Informationsbeschaffungspflicht nicht der Verschuldensmaßstab des § 276 Abs. 1 BGB gelten, hätte der Gesetzgeber dies deutlicher zum Ausdruck bringen müssen.¹²⁸ Dogmatische Bedenken an dieser Lösung bestehen allein insofern, als dass – insbesondere bei privat Versicherten – der Arzt nicht in jedem Fall einen leichteren Zugang zur Frage der Möglichkeit der Nichtübernahme der Kosten

¹²¹ *Jaeger*, (Fn. 62), Rn. 173.

¹²² *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630c Rn. 61.

¹²³ *Spickhoff* (Fn. 22), S. 850; *Rebborn*, Das Patientenrechtegesetz, GesR 2013, 257 (261); *Schneider*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 30), § 630c BGB Rn. 15.

¹²⁴ So auch *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 436.

¹²⁵ *Spickhoff* (Fn. 4), § 630c BGB Rn. 36.

¹²⁶ Siehe oben **B. II. 2. b) bb) (2)**.

¹²⁷ Siehe oben **C. II.**

¹²⁸ *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 437.

hat.¹²⁹ Dem kann jedoch dadurch Rechnung getragen werden, dass eine Information des Patienten trotz fehlender positiver Kenntnis nur dann der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entspricht, wenn diese leichtere Informationsbeschaffungsmöglichkeit tatsächlich besteht. Entscheidend ist somit nur Zurückhaltung bei der Bestimmung der objektivierten Sorgfaltsanforderungen des § 276 Abs. 2 BGB im Einzelfall. Auf eine Restriktion bei der Intensität des Sorgfaltsverstößes kommt es dagegen nicht an. Mithin ist aus dogmatischer Sicht der Ansicht beizupflichten, welche den Fahrlässigkeitsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB anlegen möchte.

III. Umfang der Informationspflicht

Nach dem Wortlaut des § 630c Abs. 3 BGB hat der Behandelnde nur über die voraussichtlichen Kosten der Behandlung zu informieren. Bei engem Wortlautverständnis könnte dies bedeuten, dass ein expliziter Hinweis auf die Möglichkeit der Nichtübernahme der Behandlungskosten durch den Dritten nicht erforderlich ist.¹³⁰ Hiergegen spricht jedoch, dass ein expliziter Hinweis auf die möglicherweise fehlende Kostenübernahme nach der Rechtsprechung zur ungeschriebenen wirtschaftlichen Aufklärungspflicht geschuldet war¹³¹ und der Gesetzgeber an diese anknüpfen wollte.¹³² Auch wird dem im Ausgleich vertragsschlussrelevanter Informationsungleichgewichte liegenden Zweck nur dann entsprochen, wenn der grundsätzlich von der Selbstbelastungsfreiheit ausgehende Patient¹³³ auf die Möglichkeit hingewiesen wird, dass er die Kosten möglicherweise selbst zu tragen hat.¹³⁴ Nach wie vor hat der Arzt somit auch auf die Möglichkeit der fehlenden Kostenübernahme hinzuweisen.

Auslegungsspielräume bestehen auch hinsichtlich der Frage, über welche Kosten zu informieren ist. Zwar liegt es begrifflich näher, dass mit „der“ Behandlung nur die konkret vorzunehmende Behandlung gemeint ist.¹³⁵ Dennoch wird der Arzt teilweise auch für verpflichtet gehalten, über die Kosten einer aufgrund eines Behandlungsfehlers erforderlichen Folgebehandlung aufzuklären.¹³⁶ Dabei sind

¹²⁹ Zuletzt auch: *BGH*, NJW 2020, 1211 (1212); für eine restriktive Auslegung der „Kenntnis“ und der „Zweifel“ bei der ungeschriebenen wirtschaftlichen Aufklärungspflicht bereits *Schelling* (Fn. 23), S. 427.

¹³⁰ *Voigt*, in: NK-BGB II (Fn. 3), § 630c Rn. 27, der diesen aber auf § 241 Abs. 2 BGB stützt.

¹³¹ *BGH*, NJW 1983, 2630 (2631).

¹³² BT-Drucks. 17/10488, S. 9 f.

¹³³ Siehe dazu **B. II. 2. b) aa).**

¹³⁴ *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 444.

¹³⁵ *Ebd.*, S. 449; *Frahm/Nixdorf/Walter*, *Arzthaftungsrecht*, 6. Aufl. 2018, Rn. 33.

¹³⁶ *Spickhoff* (Fn. 4), § 630c BGB Rn. 38.

zwei Spielarten denkbar. Zum einen könnte dies im Wege einer nach der Erstbehandlung entstehenden auf wirtschaftliche Aspekte begrenzten Fehleroffenbarungspflicht erfolgen.¹³⁷ Hiermit würde man jedoch den vorvertraglichen Zuschnitt des Zwecks der wirtschaftlichen Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB verkennen, der im Schutz der Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Behandlung besteht.¹³⁸ Mit der Vornahme der Erstbehandlung ist der Vergütungsanspruch des Arztes diesbezüglich jedoch endgültig entstanden. Eine nachträgliche Information vermag diesen Zweck nicht zu erreichen.¹³⁹ Zudem wird über die Folgebehandlung meist ein eigener, die wirtschaftliche Informationspflicht nach § 630c Abs. 3 BGB erneut auslösender Behandlungsvertrag geschlossen, sodass für eine die Grenze zu § 630c Abs. 2 S. 2 BGB verwischende wirtschaftliche Fehleroffenbarungspflicht gar kein Bedürfnis besteht.¹⁴⁰

Alternativ wäre auch denkbar, dass zu den voraussichtlichen Kosten der vorzunehmenden Erstbehandlung auch stets die Kosten etwaiger Folgebehandlungen gehören. Dies birgt nicht nur das praktische Problem, dass die genaue Art der Folgebehandlungen und somit die Kosten vor der Vornahme der Erstbehandlung nur schwer zu beziffern sind. Diese Pflicht bedeutete letztlich auch eine Missachtung der systematischen Unterschiede zwischen der lediglich die Eigenkosten für die Erstbehandlung betreffenden wirtschaftlichen Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB und der Aufklärungspflicht des § 630e Abs. 1 BGB, welche den Patienten in die Lage versetzen soll, die Erfolgsaussichten der Behandlung und somit die Notwendigkeit von Folgebehandlungen einschätzen zu können.¹⁴¹

IV. Zeitpunkt der Information

Die Information hat „vor Beginn der Behandlung“ zu erfolgen. Ausweilich der Entwurfsbegründung ist der Behandlungsbegriff des § 630c BGB jedoch in Abgrenzung von der von § 630e BGB erfassten konkreten medizinischen Maßnahme in einem weiten Sinne als Gegenstand des Behandlungsvertrags zu verstehen.¹⁴² Nach einem solchen Verständnis wäre bereits in einem Stadium zu informieren, welches noch vor dem Anamnesegespräch liegt und in dem

¹³⁷ *Terbille/Schmitz-Herscheidt* (Fn. 74), S. 1754.

¹³⁸ Siehe dazu **B. II. 1.**

¹³⁹ *Jaeger* (Fn. 62), Rn. 186; *Schelling/Warntjen*, Die Pflicht des Arztes zur Offenbarung von Behandlungsfehlern, *MedR* 2012, 506 (510).

¹⁴⁰ *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 450.

¹⁴¹ *Ebd.*, S. 449, siehe dazu schon **B. III. 2.**

¹⁴² BT-Drucks. 17/10488, S. 21.

regelmäßig die Tatbestandsvoraussetzungen der positiven Kenntnis oder der hinreichenden Anhaltspunkte für eine ungesicherte Kostenübernahme noch nicht vorliegen dürften.¹⁴³ Da der Wortlaut bei der Zeitpunktbestimmung folglich nicht weiterhilft, sind teleologische Aspekte in Augenschein zu nehmen. Klar ist, dass die Information jedenfalls vor der Vornahme der kostenpflichtigen Maßnahme zu erfolgen hat, da andernfalls die Vergütungspflicht vollumfänglich entstanden ist.¹⁴⁴ Dennoch sollte hieraus nicht der Schluss gezogen werden, dass „vor Beginn der Behandlung“ jeder Zeitpunkt vor der Durchführung der konkreten Maßnahme ist.¹⁴⁵ Denn der einer vorvertraglichen Situation entsprechende bezweckte Schutz der Entscheidungsfreiheit des Patienten¹⁴⁶ setzt voraus, dass dieser die Möglichkeit hat, seine Behandlungsentscheidung ernsthaft zu überdenken, was auch die Kontaktaufnahme mit dem eigenen Versicherer zwecks Kostenübernahme einschließt.¹⁴⁷ Somit ist ein gewisser zeitlicher Mindestabstand zur Vornahme der kostenpflichtigen Maßnahme einzuhalten.

V. Form der Information

Nach § 630c Abs. 3 S. 1 BGB hat die Information in der Textform des § 126b BGB zu erfolgen. Weitergehende Formanforderungen bleiben unberührt, § 630c Abs. 3 S. 2 BGB. Umstritten ist dabei die Rechtsfolge eines Formverstößes. Teilweise wird davon ausgegangen, dass der Formverstoß nach § 125 S. 1 BGB zur Nichtigkeit des Behandlungsvertrags führe.¹⁴⁸ Dies überzeugt nicht. Denn bereits inhaltlich ist die Information über die voraussichtlichen Kosten als Erfüllung einer vertraglichen Nebenpflicht nicht identisch mit dem vertragsbegründenden Behandlungsversprechen des Arztes.¹⁴⁹ Dieser kommt, wie gezeigt, sogar ohne ausdrückliche Kostenvereinbarung nach §§ 630b, 612 Abs. 1 BGB zustande.¹⁵⁰ Überdies kann die Information auch nach Vertragsschluss erfolgen.¹⁵¹ Schließlich spricht auch der eindeutige Wille des Gesetzgebers, dass der Pflichtverstoß in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung nur als Schadensersatzanspruch dem Vergütungsanspruch

¹⁴³ *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630c Rn. 56.

¹⁴⁴ *Schneider*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 30), § 630c Rn. 16; *Voigt*, in: NK-BGB II, § 630c Rn. 22; siehe **B. II. 1.**

¹⁴⁵ So aber wohl *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 461 f.

¹⁴⁶ Siehe dazu **B. II. 1.**

¹⁴⁷ So auch *Weidenkaff*, in: Palandt (Fn. 1), § 630c Rn. 11.

¹⁴⁸ *Rebborn* (Fn. 123), S. 262; *Mansel*, in: Jauernig (Fn. 85), § 630c Rn. 9; *Rebborn/Gescher*, in: Erman (Fn. 58), § 630c Rn. 40.

¹⁴⁹ *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 456; *Weidenkaff*, in: Palandt (Fn. 1), § 630c Rn. 11.

¹⁵⁰ Siehe hierzu **B. II. 2. b) aa).**

¹⁵¹ Siehe diesbezüglich **D. IV.**

entgegengehalten werden könne,¹⁵² gegen eine Annahme der Nichtigkeit des gesamten Behandlungsvertrages.

VI. Ersatzfähiger Schaden

Ausgehend von diesem gesetzgeberischen Willen geht man auch überwiegend davon aus, dass ein Verstoß gegen § 630c Abs. 3 BGB zu einem mit dem Vergütungsanspruch aufrechenbaren Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB führt, wobei der Schaden darin liegen soll, dass der Patient die Kosten selbst zu tragen hat und diese nicht vom Krankenversicherer übernommen werden.¹⁵³ Hieran wird gelegentlich Kritik geäußert. So bleibe unklar, warum die aus einer privatautonom vereinbarten Behandlung rechtlich geschuldete Arztvergütung als unfreiwillige Vermögenseinbuße des Patienten einzuordnen ist.¹⁵⁴ Nach den Untersuchungen im ersten Teil handelt es sich in den von der wirtschaftlichen Informationspflicht erfassten Fällen gerade um Konstellationen, in denen infolge einer vertragsschlusswesentlichen Informationsasymmetrie keine rein eigenverantwortliche Entscheidung hinsichtlich einer persönlichen Vergütungspflicht getroffen wird. Eine nicht erstattbare Vergütungspflicht ist nicht gewollt, sodass am Merkmal der Unfreiwilligkeit kein Zweifel bestehen kann.¹⁵⁵ Möglicherweise liegt jedoch schon deshalb keine Vermögenseinbuße vor, da nach der Differenzhypothese die erhaltene Behandlung als geldwerter Vorteil, dessen Wert nach der GOÄ der Höhe der Vergütung entspricht, in Anrechnung zu bringen ist.¹⁵⁶ Diese Frage kann hier nicht in der gebotenen Ausführlichkeit erörtert werden. Nach meinem Dafürhalten sollten bei deren Beantwortung die Erkenntnis, dass die wirtschaftliche Informationspflicht im Kern eine vorvertragliche Aufklärungspflicht ist¹⁵⁷ und die zur Vertragsaufhebung durch *c.i.c.* entwickelte Kontroverse berücksichtigt werden. Wer wie der *BGH* davon ausgeht, dass zusätzlich zur Willensbeeinflussung ein Vermögensschaden erforderlich ist,¹⁵⁸ wird sich wohl näher mit der Frage beschäftigen müssen, warum nach dem subjektiven Schadensbegriff die

¹⁵² BT-Drucks. 17/10488, S. 22 unter Berufung auf *BGH*, VersR 2000, 999 (1002); die Rechtsprechung nahm einen (vorvertraglichen) Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung i. H. d. Arzthonorars an: *BGH*, NJW 2000, 3429 (3432); *OLG Stuttgart*, NJW-RR 2002, 1604 (1605); *LG Bielefeld*, VersR 1998, 1516.

¹⁵³ *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630c Rn. 67; *Spickhoff* (Fn. 4), § 630c BGB Rn. 42; zuletzt *BGH*, NJW 2020, 1211 (1213).

¹⁵⁴ *Voigt*, in: NK-BGB II (Fn. 3), § 630c Rn. 17; *Katzenmeier/Voigt* (Fn. 2), S. 474.

¹⁵⁵ So auch *Schütz/Dopbeide*, Fehlerhafte medizinische Behandlung und ärztlicher Honoraranspruch, VersR 2006, 1440 (1444).

¹⁵⁶ *Katzenmeier/Voigt* (Fn. 2), S. 474; *Schütz/Dopbeide* (Fn. 155), S. 1444.

¹⁵⁷ Siehe dazu **B. II. 1.**

¹⁵⁸ *BGH*, NJW 1998, 302 (305).

medizinische Leistung des Arztes stets für die Zwecke des Patienten nicht voll brauchbar sein soll. Am Ergebnis des (teilweisen) Ausschlussanspruchs kann trotz der Unstimmigkeiten aufgrund des eindeutigen gesetzgeberischen Willens und der früheren Rechtsprechung kein Zweifel bestehen.¹⁵⁹ Eine vorzugswürdige Alternative könnte aber darin liegen, die Frage nach dem Vermögensschaden durch die Annahme eines Ausschlusses der Durchsetzung des Vergütungsanspruchs aufgrund unzulässiger Rechtsausübung nach § 242 BGB auszuklammern.¹⁶⁰

VII. Beweislast

Unter Zugrundelegung der herrschenden Annahme eines Vermögensschadens stellt sich sodann die Frage, wer diesen zu beweisen hat. Nach dem als *Rosenberg'sche* Formel bekannten Umkehrschluss ist es grundsätzlich Sache des Patienten als Anspruchsteller, den Verstoß gegen die Informationspflicht und den Ursachenzusammenhang mit dem Schaden, also den Umstand, dass er sich bei Erhalt der Information gegen die Behandlung entschieden hätte, zu beweisen.¹⁶¹ Da die wirtschaftliche Informationspflicht gegenüber der leistungssichernden therapeutischen Information nach § 630c Abs. 2 und der Selbstbestimmungsaufklärung nach § 630e Abs. 1 BGB eigenständige („vermögensschützende“) Nebenpflicht ist, unterfällt sie auch keinem beweislasterkehrenden Tatbestand des § 630h BGB.¹⁶² In seinem jüngsten Urteil zur wirtschaftlichen Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB hat der *BGH* auch der Übertragung sowohl der Rechtsprechung zur Beweislastumkehr bezüglich „aufklärungsrichtigen Verhaltens“ nach der Verletzung therapeutischer Informationspflichten als auch bei der Kapitalanlageberatung eine Absage erteilt.¹⁶³ Eine Beweislastumkehr zu Lasten des Auskunftspflichtigen für aufklärungsrichtiges Verhalten wird angenommen, wenn eine vertragliche Aufklärungspflicht, bei der es um einen auf eine bestimmte Verhaltensweise ausgelegten Rat oder Hinweis geht, verletzt wird und es für den anderen Teil

¹⁵⁹ *Katzenmeier/Voigt* (Fn. 2), S. 474; *Voigt*, in: NK-BGB II (Fn. 3), § 630c Rn. 28, die jedoch auf die Notwendigkeit einer sorgfältigen Prüfung eines Mitverschuldens nach § 254 Abs. 1 BGB hinweisen.

¹⁶⁰ So auch *Spickhoff* (Fn. 4), § 630c BGB Rn. 42; *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 21), Rn. 561

¹⁶¹ *Ziegler* (Fn. 1), S. 1188; vgl. zu Hinweispflichten des Verkäufers kosmetischer Präparate *BGH*, NJW 1975, 824 (825).

¹⁶² BT-Drucks. 17/10488, S. 22; *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630h Rn. 16; a. A. *Ziegler* (Fn. 1), S. 1190, der wohl aufgrund eines zusätzlichen Verstoßes einer den Vorgaben des § 630c Abs. 3 BGB nicht genügenden Erklärung gegen AGB-rechtliche Bestimmungen einen groben Informationsfehler i. S. d. § 630h Abs. 5 S. 1 BGB annimmt.

¹⁶³ *BGH*, NJW 2020, 1211 (1213).

vernünftigerweise nur eine bestimmte Möglichkeit gibt, sich „aufklärungsrichtig“ zu verhalten.¹⁶⁴ Der *BGH* lehnt eine Übertragung auf Verletzungen der wirtschaftlichen Informationspflicht mit der Begründung ab, dass der Behandelnde nach § 630c Abs. 3 BGB keinen auf eine bestimmte Verhaltensweise ausgerichteten Rat schulde, sondern nur eine Information über die voraussichtlichen Kosten der Behandlung, welche dem Patienten die wirtschaftliche Tragweite seiner Entscheidung vergegenwärtigen soll.¹⁶⁵ Aus dogmatischer Sicht steht hier hinter die überzeugende Erwägung, dass es sich bei der wirtschaftlichen Informationspflicht um eine Schutzpflicht in Form einer Aufklärungspflicht handelt, welche dem Informationsbedürftigen nur eine Entscheidungsgrundlage liefern soll,¹⁶⁶ wohingegen es bei der therapeutischen Aufklärung des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB um eine leistungssichernde Beratungspflicht geht, welche im Hinblick auf den angestrebten Vertragszweck der Heilung auch den Entscheidungsprozess beeinflussen soll.¹⁶⁷

Auch eine Übertragung der Rechtsprechung zu Aufklärungspflichtverletzungen in Kapitalanlagefällen, bei denen eine Beweislastumkehr auch bei mehreren gleich „vernünftigen“ Handlungsalternativen angenommen wird,¹⁶⁸ lehnt der *BGH* unter Berufung auf die andere Interessenlage im Medizinrecht, bei der nicht die wirtschaftliche Disposition, sondern persönliche und medizinische Fragen im Vordergrund stünden, ab.¹⁶⁹ Diese Interessenserwägungen mögen etwas irreführend sein, da sie den Anschein erwecken, eine Übertragung sei im Einzelfall möglich, wenn doch ausnahmsweise wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen.¹⁷⁰ Eindeutiger wäre es gewesen, die dogmatischen Unterschiede in den Vordergrund und nicht im Stile einer salvatorischen Klausel an das Ende der Erwägungen zu stellen.¹⁷¹ Entscheidender Punkt ist, wie schon bei der Verwerfung der Beweislastumkehr für „aufklärungsrichtiges Verhalten“, dass § 630c Abs. 3 BGB als integritätsinteresseschützende Aufklärungspflicht nur den Schutz vor finanziellen Überraschungen bezweckt¹⁷² und keine Schutzrichtung hinsichtlich der Art der medizinischen Behandlung entfaltet, sodass im Rahmen des § 630c Abs. 3 BGB ein Hinweis auf alternative

¹⁶⁴ *BGH*, NJW 1973, 1688 (1688); 1989, 2320 (2321).

¹⁶⁵ *BGH*, NJW 2020, 1211 (1213).

¹⁶⁶ Siehe dazu **B. II. 2. a)**.

¹⁶⁷ *Katzenmeier/Voigt* (Fn. 2), S. 475.

¹⁶⁸ *BGH*, NJW 2012, 2427 (2429 f.); NJW-RR 2016, 1187 (1188).

¹⁶⁹ *BGH*, NJW 2020, 1211 (1214).

¹⁷⁰ Dies nimmt etwa *Ziegler* (Fn. 1), S. 1189 für medizinisch vergleichbare Behandlungsalternativen mit erheblich unterschiedlichen Kosten an.

¹⁷¹ *BGH*, NJW 2020, 1211 (1215).

¹⁷² Siehe dazu **B. I.**

Behandlungsmethoden nicht geschuldet ist.¹⁷³ Bei Verletzungen der wirtschaftlichen Informationspflicht geht es also im Gegensatz zur Verletzung von Beratungspflichten bei der Kapitalanlage nie um einen unübersichtlichen und die Beweisführung für den Anleger unzumutbar erschwerenden Kreis von Handlungsalternativen,¹⁷⁴ sondern nur um die konkrete Frage, ob sich der Patient in Ansicht der Kosten für oder gegen die Behandlungsmethode entschieden hätte.

Eine generelle Übertragung der Beweislastumkehrungen ist somit ausgeschlossen. Möglich bleibt im Rahmen der Überzeugungsbildung nach § 286 ZPO eine tatsächliche Vermutung oder ein Anscheinsbeweis.¹⁷⁵

E. Fazit

Im letzten Teil des Beitrags wurde der Wert einer grundsätzlichen dogmatischen und rechtsvergleichenden Untersuchung der wirtschaftlichen Informationspflicht für die Beantwortung konkreter Auslegungsfragen aufgezeigt. Es wäre ein erfreulicher Erfolg dieses Beitrags, wenn einige der Erkenntnisse Eingang in die infolge des Urteils des *BGH* und der zunehmenden Praxisrelevanz erwartbar steigende wissenschaftliche Beschäftigung mit der wirtschaftlichen Informationspflicht fänden.

¹⁷³ Katzenmeier/Voigt (Fn. 2), S. 475.

¹⁷⁴ Roth, Beweislastprobleme um Verletzungen der Aufklärungspflicht bei Kapitalanlagen, JZ 2015, 1081 (1083 f.).

¹⁷⁵ Katzenmeier/Voigt (Fn. 2), S. 476.