

# Die 'Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens'

Briesemeister

2020

ISBN 978-3-406-75300-8

C.H.BECK

wirksame Effektuierung des Parteiwillens.<sup>909</sup> Diese wird erheblich dadurch gefährdet, dass eine Aufklärungspflichtverletzung des Schuldners regelmäßig folgenlos bleibt, weil der Gläubiger seinen Schadensersatzanspruch wegen der Beweisschwierigkeiten nicht gerichtlich durchsetzen kann. Steht dem Gläubiger aber kein wirksames Instrumentarium zur Hand, den Schuldner zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten, wird der Vertrag als Mittel zur Verwirklichung der Privatautonomie grundsätzlich in Frage gestellt – eine Folge, die von der Rechtsordnung nicht hingenommen werden kann und eine Korrektur der bestehenden Rechtslage verlangt. Die Forderung wird noch lauter, wenn man bedenkt, dass die vertragliche Informationspflichtverletzung regelmäßig eine Verletzung der Hauptleistungspflicht des Schuldners darstellt und somit zugleich eine Störung des Äquivalenzinteresses des Gläubigers bedeutet.<sup>910</sup> Diese ist nach allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen auszugleichen. Da bei Aufklärungspflichtverletzungen die nachträgliche Erfüllung nicht sinnvoll ist, kann der Ausgleich nur durch einen wirksamen Schadensersatzanspruch erreicht werden. Die Wirksamkeit des Schadensersatzanspruchs wird aber, wie bereits mehrfach und zuletzt im Zusammenhang mit den vorvertraglichen Informationspflichten dargestellt, hinreichend nur durch die Anordnung einer Beweislastumkehr gewährleistet. Die Anwendung der „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ ist somit zur Effektuierung des Parteiwillens und zum Ausgleich der Störung des Äquivalenzinteresses des Gläubigers geboten. Wegen des weitreichenden Eingriffs in das materielle Recht durch die Beweislastumkehr genügen die beiden Argumente trotz ihrer Überzeugungskraft aber noch nicht, die Rechtsfortbildung abschließend zu legitimieren. Hierfür bedarf es weiterer Sachgründe.

#### b) Ausgeprägtes Treueverhältnis zwischen den Vertragsparteien

Bei den interessenwahrnehmenden Verträgen spricht noch die besondere Interessenlage, die zwischen den Parteien besteht, für die Anwendung der „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“. Diese wird durch ein umfassendes Vertrauen, das der Ratsuchende dem Ratgeber entgegenbringt, geprägt. Regelmäßig zieht er den Schuldner wegen dessen Sachkunde und Expertise zu Rate. Häufig geht dies mit einer entsprechenden Bevollmächtigung einher, die den Aufklärenden zur selbständigen Wahrnehmung der Angelegenheiten des anderen Teils ermächtigt. In dem Moment, in dem der Aufzuklärende seine Angelegenheiten dem Schuldner überträgt, ist er in besonderer Weise darauf angewiesen, dass dieser seine Pflichten ordnungsgemäß erfüllt. Denn aufgrund des zwischen den Parteien bestehenden, im Einzelfall erheblichen Wissensgefälles hat der Aufzuklärende in der Regel nicht die Möglichkeit, die Tätigkeit des Schuldners zu überwachen und zu kontrollieren.<sup>911</sup> Erschwerend tritt hinzu, dass er von einer mangelhaften Ausführung regelmäßig erst erfährt, wenn es bereits zu spät ist. Zu denken ist bspw. an den Abschluss eines Vergleichs über den Zugewinnausgleich auf Anraten des Rechtsbeistands, obwohl dieser eine erhebliche Abfindungssumme nicht

<sup>909</sup> Allgemein zur Bedeutung des Vertrages als Form privatautonomes Handelns *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 41992, S. 6f.

<sup>910</sup> Vgl. *Canaris*, Festschrift Hadding, 2004, S. 1, 24.

<sup>911</sup> Für die Anlageberatung beschreibt der XI. Zivilsenat die Interessenlage anschaulich wie folgt: Der Anlageinteressent tritt an den Berater in dem Bewusstsein heran, „daß er selbst keine ausreichenden wirtschaftlichen Kenntnisse und erst recht keinen genügenden Überblick über wirtschaftliche Zusammenhänge hat, daß er auch nicht in der Lage ist, sich selbst Beurteilungsunterlagen zu verschaffen und diese richtig einzuordnen [...]“, BGH NJW 1982, 1095, 1096.

berücksichtigt hat,<sup>912</sup> oder an den Verkauf eines GmbH-Anteils aufgrund der Empfehlung des Steuerberaters, obwohl dieser steuerliche Nachteile mit sich bringt.<sup>913</sup> In beiden Fällen werden die Betroffenen von dem Beratungsfehler erst erfahren, wenn eine Korrektur nicht mehr möglich ist, weil zum Beispiel das Finanzamt den Steuerbescheid bereits erlassen hat. Anders als bei gegenstandsbezogenen Austauschverträgen kann die mangelhafte Hauptleistung auch nicht nachgebessert oder ausgetauscht werden. Der Gläubiger eines Beratungsvertrages räumt dem Schuldner somit erhebliche Einflussmöglichkeiten auf seine Rechtsgüter, namentlich sein Vermögen ein.

Die Rechtsprechung versucht, dieser Interessenlage dadurch gebührend Rechnung zu tragen, dass sie dem Schuldner ein umfassendes Pflichtenprogramm auferlegt. Es sei nur an die Pflicht des Rechtsanwalts, den Mandanten „umfassend und möglichst erschöpfend aufzuklären“<sup>914</sup> oder an die Verpflichtung der Bank, eine „allein am Kundeninteresse ausgerichtete Empfehlung“<sup>915</sup> auszusprechen, erinnert. Diese Pflichten sind aber dann nicht geeignet, die Interessen des Gläubigers im gebotenen Maße zu schützen, wenn sie, wie dies bei den Aufklärungspflichten wegen der Beweisschwierigkeiten der Fall ist, nicht durchgesetzt werden können. Angesichts der weitreichenden Einwirkungsmöglichkeiten auf das Vermögen des Gläubigers und der überlegenen Stellung des Schuldners ist das Vertrauen des Ratsuchenden in die Richtigkeit der Informationen deshalb beweisrechtlich abzusichern.

#### c) Zumutbarkeit der Beweislastumkehr, insbesondere Versicherbarkeit des Schadensrisikos

Insbesondere der für die Haftung der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe zuständige IX. Zivilsenat des BGH hat sein Grundsatzurteil aus dem Jahr 1993, in dem er sich für einen Anscheinsbeweis und gegen eine Beweislastumkehr ausgesprochen hat, darauf gestützt, dass eine Beweislastumkehr dem Aufklärungsschuldner wegen der resultierenden Beweisschwierigkeiten unzumutbar sei.<sup>916</sup> Diese Begründung vermag hinsichtlich der interessenwahnnehmenden Verträge in zweifacher Hinsicht nicht zu überzeugen.

Zunächst ist festzuhalten, dass die pauschale Feststellung, der Aufklärungsschuldner könne den Beweis des Gegenteils nicht erbringen, weil er hierfür Umstände aus der persönlichen Sphäre des Aufklärungsgläubigers darzulegen hat, so nicht zutrifft. Anders als der IX. Senat meint, ist der Schuldner nicht bereits deshalb mit der Beweisführung „überfordert“<sup>917</sup>. Denn im Gegensatz zu den anderen Informationspflichten wird der Berater im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages in die Willensbildung des anderen Teils einbezogen.<sup>918</sup> Das bedeutet, dass er Kenntnis von der persönlichen Situation, den Beweggründen und Zielen des Aufzuklärenden erlangt. Diese ist sogar Voraussetzung dafür, dass er die geschuldete Leistung, eine an den individuellen Bedürfnissen des Aufklärungsgläubigers ausgerichtete Beratung, erbringen kann. So besteht der erste Arbeitsschritt eines Rechtsanwalts in der umfassenden Sachverhaltsaufklärung und der Ermittlung der Ziele des Mandanten. Dies geschieht zumeist

<sup>912</sup> BGH NJW 1998, 749, 750.

<sup>913</sup> BGH NJW 2015, 3447.

<sup>914</sup> BGH NJW 1984, 791, 792 = BGHZ 89, 178.

<sup>915</sup> BGH NJW 2011, 1949, 1952 = BGHZ 189, 13, 27 (CMS Spread Ladder Swap).

<sup>916</sup> BGH NJW 1993, 3259, 3260 = BGHZ 123, 311, 316.

<sup>917</sup> BGH NJW 1993, 3259, 3260 = BGHZ 123, 311, 316.

<sup>918</sup> Siehe bereits § 5.B.II.1.b.aa.

im Rahmen eines persönlichen oder telefonischen Gesprächs, über das im Anschluss eine Aktennotiz gefertigt wird, sowie der Übersendung der erforderlichen Unterlagen durch den Mandanten. Idealerweise sollte der Anwalt am Ende der Sachverhaltsaufnahme über einen ähnlichen Wissensstand wie der Mandant verfügen. Selbst wenn es in der Praxis immer wieder vorkommt, dass der Mandant bestimmte Informationen, absichtlich oder unabsichtlich, zurückhält, oder selbst nicht umfänglich im Bilde ist, so wird doch der Rechtsbeistand über die zur Beurteilung des Sachverhalts maßgeblichen Umstände informiert sein. Auf dieser Grundlage sollte er eine Einschätzung geben können, wie sich die unterbliebene Information auf die Handlungsoptionen seines Mandanten ausgewirkt hätte. Deshalb kann aus dem bloßen Umstand, dass sich der Beweis des Gegenteils auf Umstände aus der persönlichen Sphäre des Mandanten bezieht, nicht pauschal gefolgert werden, dass eine Beweislastumkehr unzumutbar ist.

Damit ist freilich noch nicht gesagt, weshalb es gerechtfertigt ist, dem Anwalt das Risiko der Unaufklärbarkeit des Ursächlichkeitszusammenhangs auch in den Fällen zuzuweisen, in denen selbst der Mandant nicht eindeutig sagen kann, wie er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung verhalten hätte. Wie bei den vorvertraglichen Informationspflichten ist auch hier auf die Verantwortlichkeit des Aufklärungsschuldners für die Beweisnot des Aufklärungsgläubigers zu verweisen, weshalb ihm die von ihm verursachten Beweisschwierigkeiten zuzumuten sind. Darüber hinaus kann für die interessenwahrnehmenden Verträge die Versicherbarkeit des Schadensrisikos als zusätzliches Argument fruchtbar gemacht werden. Derjenige, der berufsmäßig eine Beratungsleistung erbringt, hat die Möglichkeit, sich gegen etwaige Haftungsfälle zu versichern. Die Ausübung der klassischen Beratungsberufe, wie die Rechtsberatung, notarielle Beratung, Steuerberatung oder Wirtschaftsprüfung, ist sogar an den obligatorischen Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung geknüpft, vgl. §§ 12 Abs. 2 Nr. 2, 51 BRAO, § 67 Abs. 1 StBerG, § 19a BNotO, § 54 WPO. Sie dient nicht nur dem Mandanten, sondern auch der Sicherung der Existenz des Berufsträgers.<sup>919</sup> Den Beratenden treffen somit die Kosten eines erfolglosen Rechtsstreits nicht unmittelbar selbst. Es können lediglich indirekte Kosten, wie zum Beispiel durch die Abwicklung des Versicherungsfalls oder eine etwaige Erhöhung der Versicherungsprämie, entstehen. Diese sind jedoch mit Blick auf die Verantwortlichkeit des Ratgebers hinzunehmen. In den Fällen, in denen gesetzliche Vergütungsregelungen greifen, also im Bereich der Rechts- und Steuerberatung sowie der notariellen Beratung, vgl. § 1 Abs. 1 RVG, § 1 StBVV, §§ 85 ff. GNotKG, und die Parteien keine hiervon abweichende Vereinbarung getroffen haben, besteht auch nicht die Gefahr, dass die Versicherungskosten auf den Mandanten mittelbar im Wege der Honorarberechnung umgelegt werden. Deshalb ist es gerechtfertigt, dem Aufklärungsschuldner die erhöhten Haftungsrisiken, die aus der Beweislastumkehr resultieren, aufzubürden.

## 2. Folgerungen

Die „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ ist somit auf die interessenwahrnehmenden Verträge anzuwenden. Wie bereits angeklungen ist, steht dieses Ergebnis im Widerspruch zur aktuellen Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH zur Haftung der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe.<sup>920</sup> Die von dem Senat praktizierte Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises ist nicht nur mit Blick auf die wirksame Effektivierung des Parteiwillens und das besondere Schutzbedürfnis des

<sup>919</sup> Sassenbach, in: Höra (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, 42017, 1, 3.

<sup>920</sup> Siehe § 3.B.I., insbesondere die Nachweise in Fn. 69.

Aufklärungsgläubigers kritisch zu sehen. Erschwerend tritt noch hinzu, dass der prima facie-Beweis in den virulenten Fällen eines Entscheidungskonflikts bei ordnungsgemäßer Aufklärung versagt. Dann kann kein Erfahrungssatz für ein aufklärungsrichtiges Verhalten gebildet werden. Bedenkt man, dass die Beratung zu den originären Pflichten des Anwalts gehört und sie, wenn der Mandant vor unterschiedlichen Handlungsalternativen steht, von eminenter Bedeutung für die Bewahrung seiner Entschließungsfreiheit ist, und gerade in diesem Fall eine Pflichtverletzung sanktionslos bleibt, kann dieses Ergebnis nicht überzeugen.<sup>921</sup> Es erscheint unbillig und ist durch keinen Sachgrund gerechtfertigt. Deshalb ist für die Anwendung der „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ auch im Bereich der Berufshaftung zu plädieren.

Hingegen trägt die hier vertretene Auffassung die aktuelle Rechtsprechung des XI. Zivilsenats zur Anlageberatung, derzufolge die „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ auf Beratungsverträge mit Anlageberatern anzuwenden ist.<sup>922</sup> Selbst wenn in vielen Fällen keine überzeugenden Anhaltspunkte für einen Vertragsschluss vorliegen und vorzugswürdigerweise von einem vorvertraglichen Schuldverhältnis zwischen Anleger und Anlageberater auszugehen ist,<sup>923</sup> lässt die rechtliche Einordnung des Schuldverhältnisses die Anwendung der „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ unberührt. Es besteht somit ein beweisrechtlicher Gleichlauf zwischen den vorvertraglichen Informationspflichten und den Beratungspflichten. Dieser macht die Systematisierung jedoch nicht entbehrlich, da die Gründe, die für eine Beweislastumkehr sprechen, sich in beiden Fallgruppen unterscheiden und diese erst durch die Kategorisierung sichtbar gemacht werden konnten. Zudem stellt das Ergebnis sicher, dass die Unsicherheiten, die derzeit hinsichtlich der Qualifizierung der bankrechtlichen Beratungspflichten bestehen, nicht zu Lasten des Anlegers gehen. Seine beweisrechtliche Position ist unabhängig davon, ob die Aufklärungspflichten der Bank auf ein vorvertragliches oder vertragliches Schuldverhältnis zurückgeführt werden.

## II. Interessengegensätzliche Verträge

Anders liegt es jedoch bei den vertraglichen Informationspflichten, die im Rahmen von Austauschverträgen geschuldet werden. Bei diesen ist die Anwendung der „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ nicht gerechtfertigt. Zwar stellt auch hier die Informationspflichtverletzung zugleich eine Verletzung der Hauptleistungspflicht des Schuldners mit der Folge einer Störung des Äquivalenzverhältnisses dar. Auch ist der Aufklärungsschuldner für die Unaufklärbarkeit des Ursachenzusammenhangs verantwortlich. Darüber hinaus liegen jedoch keine weiteren Sachgründe vor, die die Anwendung der „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ begründen können. Vielmehr sind einige Erwägungen in Betracht zu ziehen, die ausdrücklich gegen eine Beweislastumkehr sprechen.

### 1. Keine Anwendung der „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“

#### a) Unzumutbarkeit des Gegenteilbeweises

Hierzu gehört zuvorderst die Unzumutbarkeit des Gegenteilbeweises. Im Gegensatz zu den interessenwahrnehmenden Verträgen kann dieser Schluss für die Aus-

<sup>921</sup> Ebenso *Canaris*, Festschrift Hadding, 2004, S. 1, 24.

<sup>922</sup> Siehe § 3.C.I.1., insbesondere die Nachweise in Fn. 90.

<sup>923</sup> Siehe zur Begründung § 5.B.I.2.c.bb.(2).

kunftsverträge bereits aus dem Umstand gezogen werden, dass für die Widerlegung der Vermutung der Beweis von Umständen aus der persönlichen Einfluss- und Kenntnis-sphäre des Aufklärungsgläubigers erforderlich ist. Charakteristisch für die Auskunft ist ihre fehlende Individualisierung.<sup>924</sup> Der Schuldner ist weder verpflichtet, seine Aufklärung an den persönlichen Bedürfnissen des Gläubigers auszurichten, noch treffen ihn diesbezügliche Erkundigungspflichten. Somit hat er regelmäßig keine Kenntnis von der individuellen Situation, den Beweggründen und Zielen des Auskunftsgläubigers. Denkbar ist, dass er nicht einmal von dem konkreten Verwendungszweck der geschuldeten Information weiß. Ohne dieses Wissen ist es ihm aber unmöglich, darzulegen und zu beweisen, wie sich der Gläubiger in Kenntnis der unterbliebenen Information verhalten hätte. Damit ist der Beweis des Gegenteils für ihn praktisch nicht zu führen.

Anders als bei den vorvertraglichen Informationspflichten, bei denen der Auskunftsschuldner aufgrund der Beweislastumkehr vor denselben Beweisschwierigkeiten steht, sind ihm diese nicht deshalb zuzumuten, weil ihm sonst ein rechtswidrig erlangter Vorteil erhalten bliebe.<sup>925</sup> Regelmäßig korreliert der Schaden des Auskunftsgläubigers nicht mit einem Vorteil des Auskunftsschuldners. Das ist darauf zurückzuführen, dass der Auskunftsvertrag zumeist in ein Dreipersonenverhältnis eingebettet ist, weshalb der Aufklärungsschuldner nicht mit dem Schuldner des intendierten Vertrages identisch ist. Auch kann er für gewöhnlich nicht dem Lager des zukünftigen Vertragspartners zugerechnet werden. Beide Vertragsverhältnisse stehen somit rechtlich unabhängig nebeneinander. Zu denken ist nur an die Bank, die bei der SCHUFA wegen der Kreditanfrage eines Dritten eine Bonitätsauskunft einholt. Ist die positive Bonitätsauskunft falsch, profitiert nicht die SCHUFA, sondern der Dritte. Die SCHUFA profitiert auch nicht mittelbar von ihrer Pflichtverletzung. Damit kann das schlagkräftige Argument der Vorteilsziehung nicht für die Auskunftsverträge fruchtbar gemacht werden.

Ebenso wenig können die mit dem Beweis des Gegenteils verbundenen Schwierigkeiten wegen einer möglichen Versicherbarkeit des Schadensrisikos hingenommen werden.<sup>926</sup> Rechtsverbindliche Auskünfte kann grundsätzlich jeder erteilen; im Gegensatz zur Beratung werden sie nicht typischerweise im Rahmen der Ausübung einer Tätigkeit erbracht, zu deren originären Pflichten die Wahrnehmung fremder Interessen gehört und die deshalb gegen das erhöhte Haftungsrisiko kraft Gesetzes versichert sind. Es handelt sich vielmehr um ein reguläres Austauschverhältnis. Zwischen den Parteien besteht kein der Geschäftsbesorgung vergleichbares Informations- und Machtgefälle.<sup>927</sup> Die Pflicht des Auskunftsgabers beschränkt sich auf die Übermittlung wahrheitsgemäßer Informationen, erforderlichenfalls hat er seine Unwissenheit offenzulegen. In der Folge entsprechen seine Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechtsgüter des anderen Teils denjenigen, die sich die Parteien im Rahmen eines gewöhnlichen Vertragsverhältnisses einräumen. Sie gehen nicht darüber hinaus. Der Auskunftsgläubiger bringt dem Schuldner auch kein gesteigertes Vertrauen entgegen, das ihn besonders schützenswert erscheinen lässt. Er bedarf somit auch unter diesem Gesichtspunkt keines beweisrechtlichen Schutzes.

---

<sup>924</sup> Siehe dazu bereits § 5.B.II.1.c.aa.

<sup>925</sup> Siehe dazu § 6.A.I.2.

<sup>926</sup> Siehe dazu § 6.B.I.1.c.

<sup>927</sup> Paradigmatisch ist insoweit die Abgrenzung des XI. Zivilsenats von Anlageberatung und Anlagevermittlung, vgl. BGH NJW 1982, 1095 f.

### b) Verschiedenartigkeit der zugrunde liegenden Sachverhalte

Ferner ist zu bedenken, dass sich die den Auskunftsverträgen zugrunde liegenden Sachverhalte erheblich voneinander unterscheiden. So kann jemand eine Auskunft anfordern, weil er sie selbst als Informationsgrundlage für eine bevorstehende Entscheidung braucht, wie in dem Beispiel der SCHUFA-Bonitätsauskunft. Er kann sie aber auch anfordern, um sie einem Dritten zum Schutze dessen Entschließungsfreiheit vorzulegen. Beispielhaft sei die Beantragung eines Führungszeugnisses bei der zuständigen Behörde genannt, um es einem potentiellen Arbeitgeber vorzulegen. Aufklärungsfehler können sich zwar auch in diesem Fall zu seinen Lasten auswirken, so wenn ein Eintrag entgegen § 34 BZRG nicht gelöscht worden ist. Dann liegt der Schaden aber nicht in der Beeinträchtigung der rechtsgeschäftlichen Entschließungsfreiheit des Aufzuklärenden, sondern zum Beispiel in der Verweigerung des Abschlusses eines Arbeitsvertrages. Auch bezieht sich die geschuldete Auskunft nicht zwangsläufig auf einen für den Vertragsschluss erheblichen Umstand. Die Parteien können jede beliebige Information zum Gegenstand des Auskunftsvertrages erheben. Damit spricht aber auch keine abstrakt-objektive Wahrscheinlichkeit für die Ursächlichkeit der Aufklärungspflichtverletzung für den eingetretenen Schaden.<sup>928</sup>

### c) Keine strukturelle Beweisnot des Aufklärungsgläubigers

Schließlich wird die Auskunftspflichtverletzung in vielen Fällen zu keiner strukturellen Beweisnot auf Seiten des Auskunftsgläubigers führen. Insbesondere wenn es sich bei dem Gläubiger um ein Unternehmen oder eine Behörde handelt, der die Auskunft im Rahmen seiner Tätigkeit verlangt, werden häufig interne Richtlinien oder Verhaltensanweisungen vorliegen, die den Umgang mit der angeforderten Information regeln. Erhält zum Beispiel eine Bank eine negative Bonitätsauskunft über einen potentiellen Darlehensnehmer, wird in ihren internen Richtlinien die pflichtgemäße Reaktion, wie die Versagung der Kreditanfrage oder die Einholung zusätzlicher Sicherungsmittel, vorgegeben sein. Liegen solche Leitlinien vor, kann auf dieser Grundlage das hypothetische Verhalten bei ordnungsgemäßer Information bestimmt werden. Damit besteht keine den vorvertraglichen und anderen vertraglichen Informationspflichten vergleichbare Beweisnot.

## 2. Folgerungen

### a) Auskunftsverträge

aa) **Allgemeine Auskunftsverträge.** Das hier gefundene Ergebnis stimmt nur teilweise mit der aktuellen Rechtsprechung überein. In den wenigen Entscheidungen, die Auskunftsverträge außerhalb der Anlagevermittlung zum Gegenstand hatten, hat die Rechtsprechung die „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ angewendet.<sup>929</sup> Mit Blick auf die weitreichenden Rechtsfolgen der Beweislastumkehr für den Auskunftsschuldner, insbesondere die Unzumutbarkeit des Gegenteilsbeweises sowie die fehlende strukturelle Beweisnot auf Seiten des Auskunftsgläubigers ist ihr insoweit nicht zu folgen. Vorzugswürdig ist an der Grundregel der Beweislastverteilung festzuhalten; danach ist der Auskunftsgläubiger auch hinsichtlich des Ursächlichkeitszusammenhangs der Informationspflichtverletzung darlegungs- und beweisbelastet.

<sup>928</sup> Siehe zu diesem Gesichtspunkt bei den vorvertraglichen Informationspflichten § 6 A.II.1.

<sup>929</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 01.04.1993 – III ZR 193/91–, juris; BGH NJW 1994, 2541, 2542; OLG Hamm BeckRS 2009, 22317.



**bb) Anlagevermittlung.** Die weit überwiegende Rechtsprechung stammt jedoch aus dem Bereich der Anlagevermittlung. Wie bereits dargelegt wurde, ist das Rechtsverhältnis zwischen Anleger und Anlagevermittler, wenn nicht überzeugende Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens sprechen, vorzugswürdig als vorvertragliches Schuldverhältnis zu qualifizieren.<sup>930</sup> Bei diesem gelangt die „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ zur Anwendung.<sup>931</sup>

Das leitet zugleich zu einer Ausnahme von der soeben für allgemeine Auskunftsverträge aufgestellten Beweislastregel über: Haben die Parteien einen Auskunftsvertrag über eine Anlagevermittlung geschlossen, ist die „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ anzuwenden. Es handelt sich hierbei um eine Sonderkonstellation, in der die Interessenlage trotz bestehenden Auskunftsvertrages der bei vorvertraglichen Informationspflichten entspricht: Die Auskunft des Anlagevermittlers dient dem Schutz der rechtsgeschäftlichen Entschließungsfreiheit des Anlegers, der wie bereits dargestellt, hinreichend nur durch eine beweisrechtliche Absicherung der Haftungsanordnung gewährleistet wird. Unabhängig von dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis ist der Anlagevermittler wie ein Verkäufer an dem Erwerbsgeschäft, auf das sich die geschuldete Auskunft bezieht, interessiert. Entscheidet sich der Anleger für den Erwerb der Kapitalanlage, erzielt der Vermittler eine Provision. Er profitiert somit wenigstens mittelbar von der Aufklärungspflichtverletzung. Deshalb ist die Anordnung einer Beweislastumkehr auch geboten, um die Aufrechterhaltung eines auf rechtswidrige Weise erlangten Vorteils zu verhindern. Es liegen somit dieselben Sachgründe wie bei der vorvertraglichen Anlagevermittlung vor. Deshalb ist eine beweisrechtliche Gleichbehandlung mit den vorvertraglichen Informationspflichten erforderlich. Anderenfalls käme es zu unbilligen Wertungswidersprüchen, wenn für den Anleger, der in Vertragsverhandlungen mit dem Anlagevermittler gestanden hat, eine Beweislastumkehr streitet, hingegen nicht für den Anleger, der einen Auskunftsvertrag mit dem Vermittler geschlossen hat. Der Gleichlauf ist schließlich auch geboten, weil die Abgrenzung zwischen vorvertraglichem Schuldverhältnis und Auskunftsvertrag im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann und Zufälligkeiten bei der rechtlichen Einordnung nicht zulasten des Anlegers gehen dürfen.

## b) Aufklärungspflichten des Arztes

Die „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ ist nicht bei den medizinischen Aufklärungspflichten anzuwenden, wenngleich sich die zugrunde liegenden Erwägungen von denen, wie sie für die allgemeinen Auskunftsverträge angestellt wurden, unterscheiden. Das hier vertretene Ergebnis stimmt im Wesentlichen mit Rechtsprechung des für die Arzthaftung zuständigen VI. Zivilsenats, die unverändert vom Gesetzgeber übernommen wurde, überein.

### aa) Eingriffsaufklärung

**(1) Geltende Rechtslage: Keine Beweislastumkehr.** Aufgrund der Annahme, dass jede ärztliche Behandlung einen rechtswidrigen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten bedeutet, ist der Arzt zur umfassenden Aufklärung über den Eingriff und die damit verbundenen Chancen und Risiken verpflichtet, vgl. § 630e BGB.<sup>932</sup> Die Rechtswidrigkeit entfällt erst, wenn der Patient in die Vornahme der Behandlung

<sup>930</sup> Siehe zur Begründung § 5.B.I.2.b.bb.(2).

<sup>931</sup> Siehe zur Begründung § 6.A.I.

<sup>932</sup> Siehe dazu bereits § 5.B.II.1.c.bb.(1).



eingewilligt hat. Entspricht die sog. Eingriffsaufklärung nicht den gesetzlichen Anforderungen, kommt ein vertraglicher oder deliktischer Schadensersatzanspruch des Patienten wegen einer durch die Missachtung des Selbstbestimmungsrechts hervorgerufenen Gesundheits- oder Körperverletzung in Betracht. Dieser reicht so weit, wie sich im Schaden ein Risiko verwirklicht hat, über das nicht ordnungsgemäß aufgeklärt wurde.<sup>933</sup> Lediglich wenn bereits die Grundaufklärung über Art und Schwere des Eingriffs fehlt mit der Folge, dass sich der Patient gar kein zutreffendes Bild über die Reichweite der Maßnahme machen konnte, haftet der Arzt für die Verwirklichung von nur äußerst seltenen, nicht aufklärungspflichtigen Risiken, da er sich dann so behandeln lassen muss, als wäre der Eingriff ohne Einwilligung erfolgt.<sup>934</sup>

Der Behandelnde ist hinsichtlich der Aufklärung und der Einwilligung des Patienten beweispflichtig. Diese Beweislastverteilung ergibt sich für die deliktische Haftung bereits aus allgemeinen Grundsätzen,<sup>935</sup> da die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund ein für den Arzt günstiges Tatbestandsmerkmal darstellt. Für die vertragliche Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB hat der Gesetzgeber eine Beweislastumkehr in § 630h Abs. 2 S. 1 BGB angeordnet. Dadurch soll nicht nur ein Gleichlauf mit dem Deliktsrecht herbeigeführt, sondern auch den Beweisschwierigkeiten des Patienten Rechnung getragen werden, der regelmäßig nicht über die erforderlichen medizinischen Kenntnisse verfügt, um eine mangelhafte Aufklärung nachzuweisen.<sup>936</sup> Die Regelung ist erforderlich, weil die Eingriffsaufklärung nach vertragsrechtlichen Grundsätzen eine Hauptleistungspflicht des Arztes darstellt, vgl. § 630e Abs. 1 S. 1 BGB, weshalb nach allgemeinen Grundsätzen der Patient insoweit beweibelastet ist.

Der VI. Zivilsenat hat sich ausdrücklich gegen eine Beweislastumkehr für die Ursächlichkeit des eigenmächtigen Eingriffs für den Körper- oder Gesundheitsschaden ausgesprochen.<sup>937</sup> Hieran hat auch der Gesetzgeber festgehalten. Lediglich in Einzelfällen wurde dem Patienten die Beweisführung durch einen Anscheinsbeweis<sup>938</sup> oder den Hinweis auf den zeitlichen Zusammenhang zwischen dem Eingriff und dem eingetretenen Schaden<sup>939</sup> erleichtert. Der Senat begründet seine Auffassung damit, dass die Erwägungen, die eine Beweisbelastung des Arztes für die pflichtgemäße Risikoauflklärung des Patienten legitimieren, nicht für die Feststellung, ob der ohne rechtswirksame Einwilligung vorgenommene ärztliche Eingriff auch zu einem Schaden geführt hat, gelten.<sup>940</sup> Es bestünde kein Sachgrund, den Arzt bei Verletzung der Aufklärungspflicht beweismäßig schlechter zu stellen.<sup>941</sup>

Hat der Patient den Kausalbeweis erfolgreich erbracht, kann sich der Behandelnde mit dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens verteidigen. Dafür muss er beweisen, dass sich der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung für die ärztliche

<sup>933</sup> BGH NJW 1984, 1395, 1396 = BGHZ 90, 96, 100; BGH NJW 1991, 2346, 2347; BGH NJW 1989, 1533, 1535 = BGHZ 106, 391, 395; BGH NJW 2000, 1784, 1786 = BGHZ 144, 1, 5; BGH NJW 2001, 2798. Vgl. auch BT-Drs. 17/10488, S. 29.

<sup>934</sup> BGH NJW 1991, 2346, 2347; BGH NJW 1996, 777, 779.

<sup>935</sup> Grundlegend BGH NJW 1957, 785, 786 = BGHZ 24, 21, 28.

<sup>936</sup> BT-Drs. 17/10488, S. 29.

<sup>937</sup> BGH NJW 1986, 1541, 1542; BGH VersR 1987, 667; BGH NJW 1992, 754, 755; BGH VersR 2000, 190; BGH NJW 2012, 850, 851 = BGHZ 192, 298, 302.

<sup>938</sup> BGH NJW 1989, 1533, 1534.

<sup>939</sup> BGH NJW 1986, 1541, 1542.

<sup>940</sup> BGH NJW 1986, 1541, 1542; BGH VersR 2002, 438.

<sup>941</sup> BGH NJW 1986, 1541, 1542; BGH VersR 2002, 438; BGH NJW 2012, 850, 851 = BGHZ 192, 298, 302.