

folgend auch zeitnah im vollen Umfang erfüllten Vertrag. Die im Streitfall einschlägig gewesenen gesetzlichen Bestimmungen haben in dieser Hinsicht keine Unterscheidung vorgenommen.

- 38 ee) Der bekl. Makler wird durch die vorliegend vorgenommene Beurteilung im Übrigen nicht rechtlos gestellt. Ihm hätte ein Anspruch auf Wertersatz für die von ihm geleisteten Maklerdienstleistungen zugestanden, wenn er diese erst erbracht hätte, nachdem er die Kl. in der gem. § 312e Abs. 2 Nr. 1 BGB a.F. geboten gewesenen Weise informiert hätte und die Kl. daraufhin gem. § 312e Abs. 2 Nr. 2 BGB a.F. ausdrücklich einem sofortigen Beginn der Ausführung der Dienstleistung durch den Bekl. zugestimmt hätten.
- 39 6. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Kl. ihr Widerrufsrecht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwirkt haben oder dessen Ausübung rechtsmissbräuchlich ist.
- 40 a) Die Revisionserwiderung macht vergeblich geltend, das Vertrauen des Unternehmers auf ein Unterbleiben des Widerrufs könne auch beim Vorliegen von Belehrungsmängeln schutzwürdig sein. Im Streitfall geht es nicht um einen im Einzelfall möglicherweise nicht ins Gewicht fallenden Belehrungsmangel; vielmehr ist eine Belehrung der Kl. hier völlig unterblieben.
- 41 b) Bei einem Widerrufsrecht ist zwar auch eine Verwirkung denkbar (vgl. BGH v. 10.10.2017 – XI ZR 449/16, NJW 2018, 223 Rz. 19 m.w.N.) und kann seine Ausübung zudem eine unzulässige Rechtsausübung darstellen (vgl. BGH v. 12.7.2016 – XI ZR 501/15, BGHZ 211, 105 Rz. 39 m.w.N.). Im Streitfall fehlt es jedoch an Anhaltspunkten für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten. Anders als in der von der Revisionserwiderung für ihren gegenteiligen Standpunkt angeführten Entscheidung (BGH v. 10.10.2017 – XI ZR 455/16, juris Rz. 21) war die Widerrufsbelehrung hier nicht nur fehlerhaft, sondern fehlte gänzlich.
- 42 7. Da das Widerrufsrecht der Kl. danach nicht erloschen ist, waren diese aufgrund ihres fristgerecht erklärten Widerrufs gem. § 355 Abs. 1 BGB a.F. nicht mehr an ihre auf den Abschluss des Vertrags gerichteten Willenserklärungen gebunden.
- 43 Gemäß § 357 Abs. 1 BGB a.F. hatte die Rückabwicklung des Vertrags nach § 346 BGB zu erfolgen. Danach waren die Vertragsparteien zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen verpflichtet, wenn der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht Gebrauch machte. Dem Bekl. stand auf der Grundlage des § 357 Abs. 1 BGB a.F. i.V.m. § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB allerdings kein Anspruch auf Wertersatz zu. Nach § 312e Abs. 2 BGB a.F. hatte der Verbraucher bei Fernabsatzverträgen über Dienstleistungen abweichend von § 357 Abs. 1 BGB a.F. Wertersatz nur dann zu leisten, wenn er vor der Abgabe seiner Vertragserklärung auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden war (Nr. 1) und er ausdrücklich zugestimmt hatte, dass der Unternehmer vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung begann (Nr. 2). Im Streitfall waren beide Voraussetzungen nicht erfüllt (vgl. oben unter II 3 b und II 5 d).
- 44 Den Einwand, er sei hinsichtlich des von ihm an das Finanzamt abgeführten Mehrwertsteuerbetrags entreichert, den der Bekl. in seinem allein zu dem Tatsachenvorbringen in der mündlichen Verhandlung vor dem AG am 23.10.2014 nachgelassenen Schriftsatz vom 6.11.2014 erhoben hat, hat das AG mit Recht als gem. § 296a ZPO verspätet zurückgewiesen. Damit war der

Bekl. mit diesem Vorbringen auch in der Berufungsinstanz ausgeschlossen (§ 531 Abs. 1 ZPO).

Haftungsrecht

Arzthaftung: Vom Patienten behaupteter Hygieneverstoß kann sekundäre Darlegungslast der Behandlungsseite auslösen L (Anmerkung von Marie-Thérèse May)

ZPO § 138; BGB § 823

Im Arzthaftungsprozess wird die erweiterte – sekundäre – Darlegungslast der Behandlungsseite ausgelöst, wenn die primäre Darlegung des Konfliktstoffs durch den Patienten den insoweit geltenden maßvollen Anforderungen genügt und die Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens der Behandlungsseite aufgrund der Folgen für ihn gestattet, während es dieser möglich und zumutbar ist, den Sachverhalt näher aufzuklären. Letzteres wird bei der Behauptung eines Hygieneverstoßes regelmäßig der Fall sein (Fortführung von BGH v. 16.8.2016 – VI ZR 634/15, VersR 2016, 1380 = NJW-RR 2016, 1360 Rz. 14).
(amtl.)

BGH, Urt. v. 19.2.2019 – VI ZR 505/17, abgedruckt in VersR 2019, 553

Anmerkung:

Mit seinem Urteil vom 19.2.2019 hat der BGH – in Abkehr und nicht in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGH v. 16.8.2016 – VI ZR 634/15, VersR 2016, 1380) – erneut zur Darlegungslast der Patienten- und Behandlungsseite im Zusammenhang mit behaupteten Hygienemängeln Stellung genommen.

Hatte der BGH in seinem Beschluss (vgl. BGH v. 16.8.2016 – VI ZR 634/15, VersR 2016, 1380) aus dem Jahr 2016 noch darauf abgestellt, dass die Patientenseite konkret zu etwaigen Hygienemängeln auf Behandlungsseite vorzutragen habe, um eine entsprechende sekundäre Darlegungslast der Behandler auszulösen, so wird nun konstatiert, dass Derartiges gerade nicht erforderlich sei. Man habe in dem vorausgegangenen Beschluss aus dem Jahr 2016 solchen Vortrag lediglich ausreichen lassen, diesen aber nicht zur Voraussetzung für eine sekundäre Darlegungslast der Behandlungsseite erhoben. Denn zur Erfüllung der primären Darlegungslast auf Patientenseite sei es erforderlich, aber auch ausreichend, wenn der grundsätzlich beweisbelastete Patient durch seinen nur mit maßvollen Anforderungen zu belegenden Vortrag die Vermutung begründe, dass es aufgrund von Hygienemängeln zu den bei ihm aufgetretenen Beeinträchtigungen gekommen sei. Begründet wird dies zum einen mit dem Grundsatz der Waffengleichheit und den sich daraus ergebenden herabgesetzten Anforderungen an die Darlegungslast des Patienten, was gefestigte Rechtsprechung (vgl. etwa BGH v. 14.3.2017 – VI ZR 605/15, VersR 2017, 822; BGH v. 24.2.2015 – VI ZR 106/13, VersR 2015, 712) ist. Zum anderen wird auf den im Arzthaftungsrecht geltenden Quasi-Amtsermittlungsgrundsatz (vgl. etwa BGH v. 4.3.1980 – VI ZR 6/79, VersR 1980, 533; BGH v. 23.3.2004 – VI ZR 428/02, VersR 2004, 790; BGH v. 8.7.2008 – VI ZR 259/06, VersR 2008, 1265; BGH v. 16.6.2015 – VI ZR 332/14, VersR 2015, 1293) abgestellt, welcher das Gericht zur Einholung eines Sachverständigengutachtens von Amts wegen verpflichtet, wenn der Patient auf die hierdurch erfolgende Sachverhaltsaufbereitung angewiesen ist (vgl. BGH v. 8.1.1991 – VI ZR 102/90, VersR 1991, 467).

Die Anforderungen an die Darlegungslast des Patienten im Arzthafungsprozess beschränken sich deshalb auf Vortrag, der die Vermutung eines fehlerhaften Verhaltens des Arztes aufgrund der Folgen für den Patienten gestattet, weil dem Patienten regelmäßig die Einsicht in das Behandlungsgeschehen und das nötige Fachwissen zur Erfassung und Darstellung des Konfliktstoffes fehlen (vgl. etwa BGH v. 14.3.2017 – VI ZR 605/15, VersR 2017, 822). Im Bereich von Hygienemängeln muss diese erleichterte Darlegungslast aber dort ihre Grenze finden, wo der Vortrag völlig offen lässt, ob die Infektionsquelle überhaupt im Risikobereich des Behandelnden liegt. Denn für die Tatsache, dass es sich um eine Infektionsquelle aus dem voll beherrschbaren Risikobereich handelt, ist der Patient darlegungs- und beweisbelastet. Hierfür muss er dann aber zumindest schlüssig vortragen, dass es sich um ein voll beherrschbares Risiko handelt. Dafür genügt die bloße Behauptung, die Infektion sei während des Krankenhausaufenthaltes oder anlässlich einer Behandlung erfolgt, nicht.

Das hiesige Urteil stellt nicht nur eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung zu Hygienemängelvorfällen des Senats und der OLG (vgl. etwa OLG München v. 25.3.2011 – 1 U 4594/08, VersR 2011, 885; OLG Köln v. 13.11.2012 – 5 U 69/12, VersR 2013, 463; OLG Hamm v. 14.4.2015 – 26 U 125/13, juris) dar, sondern auch zur Rechtsprechung des Senats zum voll beherrschbaren Risiko (vgl. etwa BGH v. 8.1.1991 – VI ZR 102/90, VersR 1991, 467; BGH v. 17.1.2012 – VI ZR 336/10, VersR 2012, 363), zu dem auch Mängel bei der Hygiene gehören. Auch in einer jüngeren Entscheidung (Vgl. BGH v. 28.8.2018 – VI ZR 509/17, VersR 2018, 1510 [1513]) hatte der Senat unter ausdrücklichem Verweis auf den Beschluss aus dem Jahr 2016 ausgeführt, dass der Patient konkrete Anhaltspunkte für einen Behandlungsfehler vorzutragen habe. Warum nun dargelegt wird, man habe dies nicht als Voraussetzung an den erforderlichen Vortrag der Patientenseite bezeichnet, erschließt sich nicht.

Zuzugeben ist dem BGH, dass auch in dem der hiesigen Entscheidung zugrunde liegenden Fall keine zu allgemeinen Anforderungen an den Patientenvortrag gestellt wurden. Allerdings wurden hier von der Kl. ebenso wie im Fall, der dem Beschluss von 2016 zugrunde lag, *konkrete* Anhaltspunkte genannt, welche den vom BGH als Voraussetzung genannten maßvollen Anforderungen entsprochen haben, dennoch konkreter waren als der BGH offensichtlich verlangen möchte. Denn die hiesige Kl. hatte zur Entstehungsursache der bei ihr vorliegenden Infektion mit dem Darmbakterium *Enterococcus faecalis* sowie zu den Hygienemängeln erläutert, dass ihre Mitpatientin die Wände des gemeinsamen Krankenzimmers mit Kot beschmiert habe und zudem Schimmel in der Dusche gewesen sei. Dieser Vortrag ist mit dem des Kl. in dem Fall, der dem Beschluss des BGH aus dem Jahr 2016 zugrunde lag, vergleichbar. Dort hatte der Kl. vorgetragen, er sei als frisch operierter Patient neben einem Patienten gelegt worden, der unter einer offenen, mit einem Keim infizierten Wunde im Kniebereich gelitten und sein offenes Knie ständig allen Anwesenden gezeigt habe. Beiden Fällen ist also gemeinsam, dass die dortigen Kl. konkrete und nicht lediglich abstrakte Behauptungen aufgestellt haben, die die vom BGH geforderte Vermutung eines Fehlverhaltens auf Behandlerseite – nämlich keine ausreichende Prävention bezüglich einer Infektionsgefahr durch Mitpatienten oder Sauberkeit der Sanitäranlagen – zulassen.

Dass die vom BGH als Voraussetzung genannte Vermutung von Hygienemängeln und hieraus entstehenden Gesundheitsbeeinträchtigungen stets begründet ist, wenn derart konkrete Behauptungen nicht aufgestellt werden, ist aber gerade nicht zu konstatieren. Denn oftmals bleibt es – was die Praxis bereits jetzt zeigt – bei der bloßen Behauptung, dass ein Patient, der zuvor an keiner Infektion gelitten

hat, sich im Krankenhaus eine solche zugezogen hat und dies einem vermeidbaren Hygienemangel geschuldet sei. Dies kann aber auch nach der aktuellen Entscheidung des BGH weder die – wenn auch nur maßvollen – Anforderung an die Darlegungslast des Patienten erfüllen noch einem Sachverständigen im Bereich der Hygiene ausreichende Anknüpfungstatsachen an die Hand geben, die er seiner Begutachtung zugrunde zu legen hat. Die Anknüpfungstatsachen ergeben sich in solchen Fällen dann erst aus der von der Bkl. pflichtgemäß vorgelegten umfangreichen Dokumentation.

Mit der Voraussetzung, konkreten Vortrag hinsichtlich eines Hygienemangels zu erbringen, wird der Patient in seiner Darlegungslast auch nicht übermäßig belastet, da die Rechtsprechung (vgl. BGH v. 20.6.2002 – IX ZR 177/99, juris) es ihm gestattet, auch bloße vermutete Tatsachen zu behaupten. Positive Kenntnis dieser Tatsachen ist hingegen nicht erforderlich.

Zutreffend weist der BGH in der hiesigen Entscheidung zudem auf das Wechselspiel zwischen dem primären Vortrag der Patientenseite und der Darlegungslast der Behandlungsseite hin, welche sich durch die Tiefe des Vortrags des Patienten bestimmt und vom Einzelfall abhängig ist. Dann kann aber eine Behauptung für einen Fehler auf der Behandlungsseite ohne konkrete Anhaltspunkte nicht gleichzeitig eine umfassende sekundäre Darlegungslast auslösen, die die Vorlage von Desinfektions-, Hygiene- und Reinigungsplänen erforderlich macht, wie dies der BGH verlangt. Letztendlich führt die Entscheidung des BGH dazu, dass sich die Behandlungsseite mit konkretem Vortrag zu einer bloßen Behauptung der theoretischen und abstrakten Möglichkeit einer Schadenkausalität entlasten muss. Dass dem vom BGH in Bezug genommenen Wechselspiel zwischen der Tiefe des Patientenvortrags auf der einen und der Tiefe des Vortrags der Behandlungsseite auf der anderen Seite Rechnung getragen wird, ist mit dieser Entscheidung also gerade nicht gewährleistet.

Im Ergebnis wird die Entscheidung, sollte sie zu einer gefestigten Rechtsprechung werden, auch zur erheblichen Verlängerung der Verfahrensdauer und noch höheren Prozesskosten führen. Dabei werden nahezu ausufernde Anforderungen an die Behandlungsseite gestellt werden, die über das vom BGH genannte Maß hinausgehen. Denn werden die Tatsachengerichte die Vorgaben des BGH befolgen, wird die Behandlungsseite neben der Vorlage entsprechender Hygienepläne auch zu deren Überwachung und Kontrolle sowohl im ärztlichen als auch pflegerischen Bereich vorzutragen und Zeugenbeweis anzubieten haben. Zusätzlich werden Hygienegutachten in Auftrag zu geben sein. Dies wird letztendlich auch dem Interesse des Patienten an einem zügigen Verfahren zu wider laufen. Allerdings liegt die Beweislast für die Kausalität außer im Fall eines groben Organisationsfehlers aufgrund eines Hygienemangels weiterhin beim Patienten, so dass für den praktisch häufig vorliegenden Fall, dass mehrere mögliche Infektionsursachen vorliegen, die Rüge eines Hygienemangels für den Patienten zumindest auf Kausalitätsebene ergebnislos bleiben dürfte. Denn aus der sekundären Darlegungslast resultieren für die Patientenseite keine Beweiserleichterungen. Ob diese Rechtsprechung der Patientenseite im Ergebnis also überhaupt einen Vorteil bringen wird, bleibt demnach abzuwarten.

Die Autorin, Marie-Thérèse May, LL.M. (Medizinrecht), ist Rechtsanwältin in der Sozietät BLD Bach Langheid Dallmayr Rechtsanwälte PartGmbH, Büro Frankfurt/M.