

<https://doi.org/10.1007/s00350-020-5723-8>

**Carolin Wever**

## I. Kommentierte Gerichtsentscheidungen

### Arzthaftungsrecht

KG Berlin, Beschl. v. 25. 6. 2020 – 20 U 110/19

*Zum Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht: überblicksmäßige Darstellung potentieller Folgen (hier: eine Vielzahl von Nervschädigungen) ausreichend*

Beim Kläger wurde eine Hüftendoprothesen-Wechseloperation durchgeführt, in deren Folge es zu einer Schädigung des Nervus ischiadicus kam.

Die Berufung gegen das abweisende Urteil des LG verfolgt die erstinstanzlichen Anträge weiter, stützt sich aber nicht mehr auf Behandlungs-, sondern nunmehr ausschließlich auf Aufklärungsfehler. Der Kläger trägt vor, nicht darüber aufgeklärt worden zu sein, dass das Risiko, eine Nervschädigung zu erleiden, bei der (letztlich schadensauslösenden) Wechseloperation gegenüber der Erstoperation erhöht gewesen sei. Die konkreten Folgen eines Nervschadens (Spitzfußstellung) seien ihm nicht erläutert worden.

Das KG bestätigte das landgerichtliche Urteil und verweist darauf, dass dem Kläger im Rahmen einer Aufklärung „im Großen und Ganzen“ nicht habe mitgeteilt werden müssen, dass das Risiko einer Nervschädigung gegenüber der Erstoperation erhöht sei. Zu einer ordnungsgemäßen Aufklärung über die Risiken eines Eingriffs gehöre es nach ständiger Rechtsprechung des BGH, dass der Patient einen Überblick über die Risiken des Eingriffs (hier: Wechseloperation), gegenübergestellt den Risiken seiner Grunderkrankung (hier: gelockerte Hüftendoprothese), erhält, damit er die ihm allein vorbehaltenen Entscheidung darüber treffen könne, ob er das eine Risiko gegen das andere austauschen möchte. Dazu gehöre auch, dass die Risiken nicht nur tatsächlich benannt werden („Nervschäden“), sondern dass der Patient auch weiß, was das konkret für ihn bedeuten kann (Lähmungen, Taubheit, Schmerzen).

Da einem solchen Eingriff jedoch das Risiko einer Vielzahl von Verletzungen unterschiedlichster Art innewohne, würde es den Patienten nach Auffassung des Senats überfordern, im Rahmen des präoperativen Aufklärungsgesprächs „eine medizinische Vorlesung“ über alle möglichen betroffenen Nerven und deren mögliche Schädigungsformen zu erhalten. Es genüge vielmehr eine überblicksmäßige Darstellung potenzieller Folgen, verbunden mit einer Einschätzung, wie groß die Eintrittsgefahr konkret ist. Im vorliegenden Fall sei dies nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme in ausreichendem Maße geschehen. Der Kläger sei darüber aufgeklärt worden, dass es bei der Operation zu Schädigungen von Hauptnervenbahnen kommen könnte, die für die Versorgung des Fußes mitverantwortlich sind. Welche konkreten Folgen die Schädigung eines solchen Nerven für den Fuß haben kann (hier konkret eingetreten: Spitzfußstellung) geht nach Ansicht des Senats über den Rahmen einer Aufklärung „im Großen und Ganzen“ hinaus. Wenn der Kläger dazu hätte Informationen haben wollen, weil er sich nicht vorstellen kann, wie sich Lähmungen, Taubheit und Bewegungseinschränkungen am Fuß konkret auswirken, hätte er in Ausübung seines Selbst-

bestimmungs- und Informationsrechtes konkret nachfragen müssen, so der Senat.

Mit seiner Entscheidung knüpft der Senat an die Rechtsprechung des BGH zur Risikoaufklärung (vgl. bspw. Ur. v. 29. 1. 2019, VI ZR 117/18) an.

### Zahnärztliches Haftungsrecht

OLG Köln, Ur. v. 10. 6. 2020 mit Korrekturbeschl. v. 17. 6. 2020 – 5 U 171/19 –

*Entfallen des ärztlichen Honoraranspruchs bei fortgesetzter Nutzung der Versorgung*

Das OLG Köln hatte über die Frage zu entscheiden, ob ein Honoraranspruch gegen den Patienten auch nach mangelhafter Behandlung besteht.

Die beklagte Patientin ließ bei der Arztpraxis, die ihre Honoraransprüche an die Klägerin (ein zahnärztliches Abrechnungsunternehmen) abgetreten hatte, eine prothetische Neuversorgung des Ober- und Unterkiefers durchführen. Die Prothese im Unterkiefer löste von Beginn an Schmerzen bei der Beklagten aus. Nach mehreren Nachbesserungsversuchen kamen die Ärzte der Praxis zu dem Ergebnis, dass eine Neuherstellung der Prothese erforderlich sei. Die Beklagte ließ sich jedoch nicht bei dem Zedenten der Klägerin weiter behandeln, da dieser ihr die Kosten der Nachbehandlung in Rechnung stellen wollte.

Die Klägerin erhob Klage zum LG Köln auf Zahlung des Honorars, Mahn- und Anwaltskosten. Die Beklagte berief sich auf die völlige Unbrauchbarkeit des Zahnersatzes und beantragte, die Klage abzuweisen. Das LG Köln hat der Klage größtenteils stattgegeben. Dagegen richtete sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Der Senat gab der Berufung statt. Der Klägerin stehe kein Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von Zahnarztvergütung aus §§ 611, 398 BGB zu.

Der Vergütungsanspruch des Zahnarztes könne nach § 628 Abs. 1 S. 2 BGB i. V. mit § 630b BGB entfallen, wenn und soweit die fehlerhaft erbrachte Leistung infolge einer Kündigung des Vertrages von keinem Interesse für den Patienten mehr ist. Die Voraussetzung dafür sei, dass die zahnärztliche Leistung für den Patienten vollkommen unbrauchbar ist. Mit Verweis insbesondere auf den BGH (Ur. v. 29. 3. 2011 – VI ZR 133/10 –, Rdnr. 18; Beschl. v. 19. 10. 2015 – 5 U 44/15 –, Rdnr. 2; v. 30. 3. 2015 – 5 U 139/14 –, Rdnr. 3; v. 27. 8. 2012 – 5 U 52/12 –, Rdnr. 2, zitiert nach juris) stellt der Senat des OLG Köln klar, dass dafür nicht genügt, dass die zahnärztliche Leistung objektiv wertlos ist, wenn der Patient sie gleichwohl nutzt.

Der Senat widmet sich sodann der Frage, wann eine fortgesetzte Nutzung der Leistung, die einem Entfallen des Honoraranspruchs entgegenstehen würde, besteht.

Dass die zahnärztliche Versorgung für irgendeinen Zeitraum überhaupt im Mund des Patienten verbleibe, könne keinen relevanten Umstand darstellen. Denn ansonsten könnte der Honoraranspruch trotz objektiver Unbrauchbarkeit der Versorgung wohl nie entfallen. Eine tatsächliche Nutzung liege vielmehr dann vor, wenn der Patient die Versorgung auch tatsächlich als Versorgung nutzen wolle. Und das obwohl er eine reelle und zumutbare Möglichkeit hat, sie nicht zu nutzen. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH (BGHZ 219, 298 ff., Rdnr. 29) liege eine tatsächliche Nutzung hingegen gerade nicht vor, wenn sie nur als Notmaßnahme zur Vermeidung eines eventuell noch größeren Übels weiterverwendet werde. Letztlich müsse sich aus der Art der Nutzung ergeben, dass der Patient noch ein gewisses Interesse an ihr hat. Das werde etwa dann anzunehmen sein, wenn der Patient über einen längeren Zeitraum nichts unternimmt, dass seine Absicht zur Aufnah-

me einer Neuversorgung erkennen ließe (z. B. sich einen Heil- und Kostenplan bei einem Nachbehandler erstellen lässt). Maßstab für die Beurteilung sei dabei „Handeln eines vernünftig denkenden Menschen, dessen Motivation primär an seiner Gesundheit ausgerichtet ist und der von dem Willen getragen ist, so schnell wie objektiv möglich und gesundheitlich wie rechtlich wie wirtschaftlich zumutbar den Zustand einer brauchbaren Versorgung zu erlangen“.

Letztlich sei es eine Einzelfallentscheidung. Die Abgrenzung entziehe sich einer klaren kasuistischen Einordnung. Jedenfalls tendiere der Senat dazu, dem Patienten eine gewisse Frist von wenigen Monaten zuzubilligen, um seine Rechtsposition zu klären (etwa durch eine medizinische Begutachtung) und insbesondere nicht signifikant zu verschlechtern oder gar ganz aufzugeben.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Senat in zwei Fällen durchaus strenge Anforderungen stellt: Behauptet der Patient, ihm fehle für eine Neuversorgung das Geld, soll das regelmäßig nicht ausreichen. Es bedürfe eines substantiierten Vortrags, dass trotz aller zumutbaren Anstrengungen eine Neuversorgung nicht habe erlangt werden können. Als zumutbare Anstrengung wertet der Senat dabei ausdrücklich die etwaige Aufnahme eines Darlehens. Ebenfalls strenge Anforderungen seien zudem an den Einwand zu stellen, dass man keinen Arzt gefunden habe, der sich zur Nachbehandlung bereit erklärt hätte, solange der Rechtsstreit noch nicht abgeschlossen sei.

Im vorliegenden Fall könne unter Berücksichtigung der vorgenannten Ausführungen von einer von einem Nutzungsinteresse getragenen tatsächlichen Nutzung nicht gesprochen werden. Zu keinem Zeitpunkt habe die Beklagte die streitgegenständliche Versorgung akzeptiert. Vielmehr habe sie von Beginn an eine Neuversorgung angestrebt. Ihr Bemühen darum sei konstant geblieben. Insbesondere habe sich die Beklagte nicht auf das wiederholt vom Zedenten unterbreitete Angebot, die Neuherstellung der Prothetik bei ihm in der Praxis vornehmen zu lassen einlassen müssen. Denn der Zedent war dazu nur unter Bedingungen bereit, die der Senat als unzulässig bewertet: Er machte die Neuversorgung von der Bedingung abhängig, dass die Beklagte deren Kosten übernehme und dass sie zudem ihren Antrag auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens zurücknehme. Darauf musste die Beklagte sich nicht einlassen.

Dieses Urteil des OLG Köln reiht sich in die Rechtsprechung des BGH zum Entfallen des ärztlichen Honorarspruchs bei fortgesetzter Nutzung der Versorgung ein. Es nimmt die höchstrichterlichen Leitlinien auf und präzisiert die Kriterien für eine gerichtliche Bewertung solcher Fälle.

## II. Gerichtsentscheidungen in Leitsätzen

### Sozialrecht

*LSG Bad.-Württ., Urtr. v. 10. 8. 2020 – L 4 BA 2513/19*

*Zur Abgrenzung einer abhängigen Beschäftigung zu einer selbstständigen Tätigkeit bei einer Pflegekraft*

1. Eine Pflegefachkraft, die in einer Wohneinheit für an Demenz erkrankte Bewohner im Schichtdienst arbeitet, ist

aufgrund bestehender Weisungsabhängigkeit und Eingliederung in die Arbeitsorganisation abhängig beschäftigt.

2. Für eine nur ausnahmsweise in Betracht kommende selbstständige Tätigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne müssen gewichtige Indizien bestehen (BSG, Urtr. v. 7. 6. 2019 – B 12 R 6/18 R –, juris, Rdnr. 26 zur stationären Pflegeeinrichtung). Da die Anforderungen an einen ambulanten Leistungserbringer nach § 71 Abs. 1 SGB XI aber mit denen nach § 71 Abs. 2 Nr. 1 SGB XI für eine stationäre Pflegeeinrichtung übereinstimmen, muss dieses Regel-Ausnahmeverhältnis unabhängig von der Form der Leistungserbringer (ambulant/stationär) gelten.

### Verwaltungsrecht

*OVG Saarlouis, Beschl. v. 6. 8. 2020 – 2 B 255/20*

*Verhältnismäßigkeit der Besuchsbeschränkungen in Altenheimen*

1. Die Beschränkung der Besuche in Altenheimen und Seniorenresidenzen auf Besucherzonen oder im Außenbereich zu dem Zweck, die Bewohner vor einer Einbringung des Coronavirus zu schützen, ist verhältnismäßig.

2. Die durch die Besuchsbeschränkung für die Bewohner entstehenden Unzuträglichkeiten müssen ebenso wie das Interesse ihrer Bevollmächtigten, den Zustand des Zimmers kontrollieren zu können, hinter den hohen Schutzgütern des Lebens und der Gesundheit zurückstehen.

### Heilmittelwerberecht

*OLG Stuttgart, Urtr. v. 6. 8. 2020 – 2 W 23/20*

*Auslobung einer Werbegabe für medizinisches Fachpersonal – „Brillengeschenk für Pflegehelden“*

1. Eine den Anwendungsbereich des § 7 Abs. 1 S. 1 HWG eröffnende Produktwerbung liegt vor, wenn die Botschaft das Ziel verfolgt, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln oder Medizinprodukten zu fördern. Dies ist dann anzunehmen, wenn die Botschaft auch die Leistungen des Unternehmens transportiert.

2. Eine unmittelbare Kopplung zwischen dem Erhalt der Werbegabe und einer Kaufentscheidung wird für das zur Anwendung des § 7 Abs. 1 S. 1 HWG notwendige Bestehen der Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung nicht vorausgesetzt.

3. Eine solche Gefahr ist bei einer Publikumswerbung anzunehmen, wenn es nach den Umständen nicht fernliegt, dass sich ein Verbraucher für das beworbene Produkt entscheidet, ohne zuvor eine von ihm andernfalls vorgenommene Prüfung durchzuführen, ob das Angebot eines anderen Unternehmens seinen persönlichen Bedürfnissen besser entspricht.

4. Bei kostenlosen Waren ergibt sich die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung auch daraus, dass sich die Beschenkten durch den (sofortigen oder späteren) kostenpflichtigen Erwerb anderer Produkte erkenntlich zeigen.

5. In der kostenlosen Werbegabe ist weder ein Geld- noch ein Naturalrabatt i. S. v. § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HWG zu sehen.