REZENSIONEN

<https://doi.org/10.1007/s00350-022-6112-2>

Die Substantiierungslast im Zivilprozess.

Von Max Rust. Nomos-Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2021, 221 S., kart., €54,00

Die doppelte Schlüssigkeitsprüfung vor der Tatsachenfeststellung gehört zum unverrückbaren Kern der Arbeitsmethode des Zivilrichters (vgl. *Schellhammer*, Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, 18. Aufl. 2019, Rdnr. 48), die auch mit dem Begriff der „Relationstechnik“ in Bezug genommen wird. Nur gegen eine schlüssige Klage braucht sich der Beklagte zu verteidigen und nur bei schlüssiger Verteidigung des Beklagten ist eine Tatsachenfeststellung durchzuführen (vgl. *Schellhammer*, Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, 18. Aufl. 2019, Rdnrn. 151 ff.). Aber unter welchen Voraussetzungen ist ein Vorbringen schlüssig und wann bedarf es einer Präzisierung des Vorbringens durch weitergehenden Vortrag von Einzel Tatsachen? Vom Grundsatz her bedarf ein Tatsachenvortrag dann der Ergänzung, wenn infolge der Einlassung des Gegners der Tatsachenvortrag unklar wird und nicht mehr den Schluss auf die Entstehung des geltend gemachten Rechts zulässt (vgl. BGH, Beschl. v. 12. 6. 2008 – V ZR 223/07 –, BeckRS 2008, 14546; *Fritsche*, in: MüKo/ZPO, 6. Aufl. 2020, ZPO § 138, Rdnr. 20). Für die Grenzziehung zwischen einem noch schlüssigen Vorbringen und einem Vorbringen, dass näher zu substantiieren ist, lassen sich keine starren Regeln aufstellen (*Schellhammer*, Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, 18. Aufl. 2019, Rdnr. 167). *Sattelmacher*, der Begründer der heutigen Relationstechnik in Gestalt der doppelten Schlüssigkeitsprüfung (eingehend dazu *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 347 ff.) widmete der Substantiierungslast nur einen kleineren Absatz, in dem es u. a. hieß: „Unter Umständen ist ein einfaches Bestreiten der Behauptungen des Gegners ungenügend und rechtlich unbeachtlich. Die Partei ist nach § 138 ZPO gehalten, sich auf die vom Gegner vorgetragenen Tatsachen zu erklären; und diese Erklärung muss so gehalten sein, dass sie verständlich ist, sie darf dem Gericht nicht Rätsel aufgeben“ (*Daubenspeck/Sattelmacher*, Bericht, Gutachten und Urteil, 13. Aufl. 1930, S. 140). Die Rechtsfolgen sind heute wie damals dieselben: Eine in sich nicht oder nicht mehr verständliche Einlassung bleibt unberücksichtigt und die Behauptung des Gegners wird gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden behandelt. Die Relationstechnik offenbart die rechtliche Härte, mit der gegen unsubstantiiertes Vorbringen vorgegangen wird: Der Prozess ist grundsätzlich ohne Durchführung einer Tatsachenfeststellung verloren.

Die von Max Rust verfasste Berliner Dissertation beschäftigt sich mit den allgemeinen Grundsätzen der Substantiierungslast im Zivilprozess und hat sich zum Ziel gesetzt, „die Anforderungen, die an die Substantiierung des Vorbringens zu stellen sind“, zu untersuchen (S. 13). Auch wenn die Untersuchung von Rust keinerlei arzt haftungsrechtlichen Bezug aufweist, erscheint sie für den Arzthaftungsprozess umso interessanter, denn das praktische Problem stellt sich in jedem Prozess gleichermaßen: Der Ausgang des Prozesses wird allein bestimmt durch die „Qualität, die das Gericht den Behauptungen und dem Bestreiten der Parteien beimisst“ (S. 13) und gerade in Anbetracht der aufgezeigten Konsequenzen unsubstantiierten Vorbringens ist eine rechtliche Aufarbeitung umso wichtiger.

Der erste Teil der Arbeit widmet sich ausschließlich der Frage nach dem „richtigen Maßstab für das substantiierte Behaupten“ (S. 14). Dargestellt und hergeleitet wird zunächst die h. M., die sich anknüpfend an das Urteil des BGH v. 16. 5. 1962 (VII ZR 79/61) entwickelt hat, nach der (nur) die Möglichkeit zur Schlüssigkeitsprüfung alleiniger Maßstab für die Substantiierung ist und eine Ergänzung/Zergliederung des Vortrags nicht schon dann erforderlich ist, wenn der Gegner den Vortrag bestreitet, sondern wenn der Parteivortrag durch das gegnerische Vorbringen unklar wird (S. 32 f.). Daran anknüpfend wird in begrifflicher Hinsicht festgehalten, dass die Darlegungslast in erster Linie die Frage betrifft, wer welche Tatsachen

behaupten muss. Dagegen bezeichnet die Schlüssigkeit das Subsumtionsergebnis und die Substantiierungslast die Notwendigkeit, alle zur Schlüssigkeitsprüfung erforderlichen Tatsachen genau vorzutragen (S. 37). Im Anschluss daran werden die in der Literatur vertretenen alternativen Konzepte vorgestellt, die weitergehende Anforderungen an die Substantiierung stellen, insbesondere die Plausibilitätskontrolle (S. 41 ff.), die in Konflikt geraten kann mit dem Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung. Eine zentrale Rolle (S. 48 f.) nimmt für den weiteren Fortgang der Untersuchung die von *Stürmer* geforderte Plausibilitätsprüfung ein, nach dessen Auffassung u. a. Behauptungen, für die es keine tatsächlichen Anhaltspunkte gibt, nicht zugelassen werden können, da sie auf eine voraussetzungslose Wahrheitsprüfung hinauslaufen; zum Schutz vor missbräuchlichen Verfahrenseinleitungen seien nach Auffassung *Stürmers* tatsächliche Anhaltspunkte für die aufgestellte Behauptung notwendig (*Stürmer*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976). Jene Plausibilitätskontrolle ordnet Rust als eine Art Missbrauchskontrolle vor Geratewohl-Behauptungen ein (S. 49) und prüft im Anschluss (S. 51–77) sehr intensiv, ob es eines derartigen Schutzes überhaupt bedarf. Abgegrenzt wird zunächst die Geratewohl-Behauptung vom Ausforschungsbeweis; anschließend wird die Frage aufgeworfen, weshalb substantiierte, aber willkürlich in den Prozess eingeführte Tatsachenbehauptungen unzulässig sein sollen (S. 53). Dieser Frage wird im Spannungsfeld zwischen zulässiger Vermutung und Verstoß gegen die Wahrheitspflicht unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung nachgegangen und lässt das Kriterium des „Rechtsschutzbedürfnisses“ im Mittelpunkt erscheinen: Rust legt dar, dass ein Rechtsschutzbedürfnis für Geratewohl-Behauptungen nicht besteht (S. 69) und hält es für legitim, Anhaltspunkte für vermutungsweise aufgestellte Behauptungen zu fordern, sofern die Partei das Geschehen nicht aus eigenem Wissen schildert (S. 77). Im Arzthaftungsrecht begegnet uns die Substantiierungslast bei der Frage, welchen Tiefgang der Patientenvortrag enthalten muss, um die „Schlüssigkeits-hürde“ nach erfolgter (fachkompetenter) Einlassung durch die Behandlerseite nehmen zu können. Nach gefestigter Rspr. sind an die Substantiierungspflicht des Patienten nur maßvolle Anforderungen zu stellen. Dies stellt – aus Gründen prozessualer Waffengleichheit (auf. hierzu *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 378 ff.) – sicher, dass der Patient nicht gehalten ist, sich medizinisches Fachwissen anzueignen; selbst mit einem vorprozessual (negativem) Schlichtungsgutachten muss er sich inhaltlich nicht auseinandersetzen (BGH, MedR 2019, 951 m. Anm. *Laumen* = GuP 2020, 25 m. Anm. *Vogeler*). Die Rspr. behandelt den Patienten aufgrund des (erheblichen) Informationsdefizits im Vergleich zur Behandlerseite als einen am Geschehen nicht Anwesenden, was bekanntlich in einer gesteigerten Pflicht des Gerichts zur Sachverhaltsaufklärung mündet (vgl. *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 390 ff.).

Der zweite Teil der Arbeit ist dem „substantiierten Bestreiten“ gewidmet. Vordergründig wird untersucht, wann eine Last zum substantiierten Bestreiten besteht und unter welchen Voraussetzungen ein einfaches Bestreiten von Tatsachen genügt. Als Ergebnis seiner Untersuchung hält Rust fest, dass grundsätzlich ein substantiiertes Bestreiten erforderlich ist, wenn die Vorgänge sich im Wahrnehmungsbereich der Partei abgespielt haben (S. 130). Es folgen die Kapitel „Die Erklärung mit Nichtwissen“ (S. 131 ff.) und „Das Bestreiten negativer Tatsachen“ (S. 163 ff.), bis sich der Verf. der „sekundären Darlegungslast“ widmet (S. 178 ff.) und zur Aufgabe dieser Rechtsfigur rät. Denn seiner Ansicht nach handelt es sich bei der „sekundären Darlegungslast“ um „eine einzige – redundante – Umschreibung, dass schlüssige Behauptungen auf Grund von Vermutungen zulässig sind, und sich der Gegner, wie sonst auch, gegenüber schlüssigen Behauptungen zu erklären hat“ (S. 185 f.). Seit dem Beschluss des VI. Zivilsenats v. 16. 8. 2016 (BGH, MedR 2018, 239 m. Anm. *Walter*), der mit Urteil v. 19. 2. 2019 klargestellt (BGH, MedR 2019, 649 m. Anm. *Lorz* = GuP 2019, 223 m. Anm. *Vogeler*) und in der Folgezeit bestätigt wurde (BGH, NJW-RR 2019, 1360; MedR 2020, 924; NJW-RR 2021, 93 = GuP 2021, 36 m. Anm. *Vogeler*), besteht eine sekundäre Darlegungslast der Behandlerseite in Bezug auf Hygieneverstöße, wenn der Patient Vortrag hält, der (lediglich) die Vermutung eines Hygienefehlers aufgrund der Folgen für ihn gestattet. Bis heute ungeklärt ist, welche Tiefe der Patientenvortrag bei vermuteten Hygienefehlern haben muss, um die sekundäre Darlegungslast der Behandlerseite auszulösen. Oftmals handelt es sich nämlich um

willkürlich in den Prozess eingeführte Tatsachenbehauptungen, für die grundsätzlich – nach *Rust* (S. 77) – Anhaltspunkte für vermuthungsweise aufgestellte Behauptungen gefordert werden könnten. Dies gilt jedoch – wie ausgeführt – dann nicht, wenn die Partei das Geschehen nicht aus eigenem Wissen schildern kann (S. 77). Wenn die Rspr. aber den Patienten wie einen am Geschehen nicht Anwesenden behandelt, würden folgerichtig dann auch willkürlich in den Prozess eingeführte Tatsachenbehauptungen genügen, zumal der BGH gerade keine konkreten Anhaltspunkte für erforderlich erachtet (BGH, MedR 2019, 649 m. Anm. *Lorz* = GuP 2019, 223 m. Anm. *Vogeler*). In der arzt haftungsrechtlichen Literatur tritt man dafür ein, dass die sekundäre Darlegungslast erst bei einem Vortrag ausgelöst wird, der ein Mindestmaß an nachvollziehbarem Vorbringen enthält (vgl. *Katzenmeier*, MedR 2020, 900, 901; *Lorz*, MedR 2019, 652, 653; *Achterfeld*, MedR 2021, 655, 656; *Vogeler*, GuP 2021, 36, 40). Die Unterföhrung von *Rust* unterstützt diese Ansicht, denn es besteht Einigkeit darüber, dass weder einer voraussetzungslosen Sachverhaltsermittlung Tür und Tor geöffnet werden darf (S. 66) noch ein Rechtsschutzbedürfnis besteht für die Ermittlung „lediglich abstrakt-möglichen Sachverhalten auf einen dunklen Verdacht hin“ (S. 68). Ist nach der Rspr. Vortrag ausreichend, der die Vermutung eines Hygienefehlers aufgrund der Folgen für ihn gestattet, so bedarf die „Vermutungsbasis“, aus der die Schlussfolgerung auf einen Hygienefehler gezogen werden soll, einer hinreichenden (sachverhaltsbezogenen) Grundlage, um nicht eine voraussetzungslose sekundäre Darlegungslast mit nachfolgender Beweis aufnahme zu schaffen. Dass die Rspr. die Rechtsfigur der „sekundären Darlegungslast“ aufgeben wird, wie der Verf. vorschlägt, erscheint unwahrscheinlich. Schließt man sich allerdings dem Gedanken an, dass die „sekundäre Darlegungslast“ nichts anderes ist als die Last, sich zu schlüssigen Behauptungen erklären zu müssen (S. 185 f.), so zieht dies gleichzeitig das Postulat nach sich, dass die Anforderungen an die „sekundäre Darlegungslast“ nicht überspannt werden dürfen und ein substantiiertes Bestreiten ausreichend ist. Daher begegnet es Zweifeln, wenn gefordert wird, die Behandlerseite müsse konkret zu den ergriffenen Maßnahmen zur Sicherstellung der Hygiene und zum Infektionsschutz durch Vorlage von Desinfektions- und Reinigungsplänen sowie der einschlägigen Hausanordnungen und Bestimmungen des Hygieneplans vortragen (vgl. BGH, NJW-RR 2020, 720, 722), wenn auf der anderen Seite Tatsachenbehauptungen ohne Anhaltspunkte zur Substantiierung ausreichend sein sollen.

Die Arbeit von *Rust*, die noch einen dritten Teil („Behaupten und Bestreiten in der Praxis“, S. 191 ff.) und eine Zusammenfassung der Ergebnisse (S. 207 ff.) enthält, zeichnet sich durch eine klare Struktur und durch klare Gedankengänge aus. Die Arbeit veranschaulicht: Um die erforderliche Tiefe des Parteivortrags bestimmen zu können, bedarf es zunächst eines wissenschaftlichen Tiefgangs, denn der Maßstab für die Substantiierung ist weder ein „Bauchgefühl“ noch – und dies zwingt in der Praxis derweilen zu Disziplin – ein „Wahrscheinlichkeitsurteil“, denn auch auf unwahrscheinlich wahre Tatsachen ist aus anwaltlicher Sicht zu erwidern und über jene aus richterlicher Sicht Beweis zu erheben – manchmal sogar mit erstaunlichen Ergebnissen. Die hohe Abstraktionsebene der Arbeit leistet auch und gerade für Spezialmaterien wie das Arzthaftungsrecht einen wertvollen Beitrag, denn sie gibt Anlass, gefestigte Strukturen zu hinterfragen und sich die dogmatischen Grundlagen vor Augen zu führen.

Marcus Vogeler

Schutz des Patienten durch Kontrahierungszwang?

Von David Marski, Duncker & Humblot, Berlin, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 533, 2021, 355 S., kart., € 89,90.

Mit der Frage nach einem „Schutz des Patienten durch Kontrahierungszwang?“ hat *Marski* für seine Promotion an der Ludwig-

Maximilians-Universität München ein aktuelles Thema gewählt, das künftig wohl weiter an Bedeutung und rechtspolitischer Brisanz gewinnen wird. Die Aktualität zeigt etwa eine Entscheidung des LG Dortmund aus dem Jahr 2020 (MedR 2021, 264 ff.). Das Gericht hatte sich mit der Vertragsabschlusspflicht eines Krankenhausträgers auseinanderzusetzen, wenn eine Patientin die Testung auf SARS-CoV-2 oder einer Erkrankung an COVID-19 vor der Aufnahme in das Krankenhaus verweigert. *Marski* nimmt allerdings nicht diesen aktuellen Einzelfall in den Blick und befasst sich auch sonst nicht mit der Corona-Pandemie. Vielmehr problematisiert er den Kontrahierungszwang für Anbieter medizinischer Behandlungen vor dem Hintergrund des Ärztemangels in ländlichen Regionen sowie insbesondere der zunehmenden „Spezialisierung“ von Ärztinnen und Ärzten (S. 25 ff.).

Die Idee von einem Kontrahierungszwang ist als solche bekanntlich nicht neu; *Hans Carl Nipperdey* etwa hat sich ihr bereits im Jahr 1920 in seiner Schrift „Kontrahierungszwang und diktiert Vertrag“ eingehend gewidmet, *Jan Busche* hat sie im Jahr 1999 besonders im Kontext der Privatautonomie beleuchtet („Privatautonomie und Kontrahierungszwang“). *Busches* Beschreibung, der Kontrahierungszwang sei ein „die Vertragsbegründungsfreiheit begrenzende(s) Rechtsinstitut des Privatrechts“, schließt sich auch *Marski* an (S. 33 m. entspr. N.). Von diesem Kontrahierungszwang grenzt *Marski* im Rahmen seiner Begriffsbestimmung (2. Kapitel) eine „Behandlungspflicht“ ab; eine solche liege vor, wenn „eine Person rechtlich dazu verpflichtet ist, eine entsprechende (Erst-, oder Folge-)Behandlung zugunsten des betroffenen Patienten vorzunehmen“ (S. 31). Die Abgrenzung, bei der *Marski* im Ergebnis festhält, der Kontrahierungszwang sei „ein Aliud gegenüber der Behandlungspflicht“ (S. 35), erscheint *per se* durchaus überzeugend. Unterschiede sieht *Marski* primär bei dem jeweiligen „rechtlichen Anknüpfungspunkt“ (Behandlungspflicht: Anknüpfung an eine „tatsächliche [Be-]Handlung“; Kontrahierungszwang: Anknüpfung „an die Willenserklärung des durch den Kontrahierungszwang Verpflichteten“, S. 33 f.) und dem betroffenen Rechtsgebiet. Einen wesentlichen Aspekt lässt *Marski* allerdings weitestgehend unbehandelt. Denn es bleibt offen, ob die „Behandlungspflicht“ mit der aus dem Abschluss eines Behandlungsvertrages (infolge eines Kontrahierungszwangs) resultierenden Pflicht zur Durchführung einer medizinischen Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards gem. § 630a Abs. 1, 2 BGB inhaltlich vollständig korrespondiert (s. lediglich S. 33 zur „Behandlungspflicht“). Dies dürfte vor allem daran liegen, dass *Marski* wohl den Gehalt der Regelung des § 630a BGB nicht hinreichend erfasst. So konstatiert er: „Die Behandlungspflicht des Arztes ist auf den ersten Blick – zumindest im Regelungskomplex der §§ 630a ff. BGB – nicht erkennbar, aber dennoch dem Arztrecht immanent“ (S. 31).

Den „Kern für die Beschränkung (der Privatautonomie) durch den Kontrahierungszwang“ sieht *Marski* darin, „dass eine Partei typischerweise eine strukturell unterlegene Position gegenüber der anderen Partei innehat“ (S. 36 f.). Vorteilhaft für den Patienten sei ein Kontrahierungszwang, wenn keine Behandlungspflicht des Arztes besteht, eine effektivere Klagemöglichkeit eröffnet wird oder eine bestehende Behandlungspflicht später wegfällt (S. 39 ff.). Hier wird erst deutlich, dass eine Behandlungspflicht – wie im Falle des § 95 Abs. 3 S. 1 SGB V – nicht notwendig im Verhältnis zum Patienten bestehen muss (S. 41). Innerhalb der möglichen „Ausformungen des Kontrahierungszwangs“ differenziert *Marski* zutreffend zwischen „speziellen Kontrahierungszwängen“ und dem „allgemeinen Kontrahierungszwang“; der allgemeine Kontrahierungszwang sei „im Wege einer Gesamtanalogie“ dogmatisch (bzw. methodisch) zu begründen (S. 52 ff.).

Das 3. Kapitel über den „Schutz des Patienten im Rahmen des Arzt-Patienten-Verhältnisses“ behandelt eingehend das Patientenrechtsgesetz aus dem Jahr 2013 (S. 83 ff.), den strafrechtlichen Schutz (S. 102 ff.), den sozialrechtlichen Schutz durch das Krankenversicherungsrecht (S. 151 ff.) und den zivilrechtlichen Schutz (S. 184 ff.). Die Ausführungen sind weitestgehend stimmig und solide ausgearbeitet (berufsrechtliche Regelungen hätten noch Platz finden können). Zumindest missverständlich sind jedoch *Marskis* Ausführungen zum Behandlungsvertrag und insbesondere die These auf S. 88 f.: „Wie die Regelung des § 630a Abs. 1 BGB deutlich macht, ist lediglich der ‚Selbstzahler‘, also der privatversicherte Patient umfasst. (...) Die gesetzlich versicherten Patienten haben nämlich, soweit keine Behandlungen vereinbart wurden, die nicht von der gesetzlichen Krankenkasse abgedeckt sind, keinerlei Zahlungspflichten. Der Gesetzgeber hat diese ‚Lücke‘ erkannt und mit der Einführung der Formulierung ‚soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist‘ in § 630a Abs. 1