

Verschulden ausschließenden Tatsachen – im Bereich vertraglicher Haftung – im Grundsatz gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB beim Behandler²¹.

2. Berücksichtigt man weiter die Erwägungen, mit denen der Haftungsausschluss bei Diagnoseirrtum zu rechtfertigen versucht wird: Typische Mehrdeutigkeit bestimmter Symptome, unterschiedliche Reaktion verschiedener Patienten auf medizinische Maßnahmen²², so kann kein Zweifel bestehen, dass die Vortrags- und Beweislast für diese Tatsachen beim Behandler liegt, da er die entsprechenden Tatsachen wahrgenommen und – dies ist entscheidend – typischerweise nur er in der Lage ist, sie im Sinne einer bestimmten Diagnose zu deuten.

VI. Fazit

1. Alternativaufklärung ist nicht auf den Standard nach § 630 a Abs. 2 BGB beschränkt. Auch sinnvolle Therapiealternativen („wait and see“), die faktisch mangels tatsächlicher Anwendung nicht zum Standard zählen, sind aufklärungsbedürftig.

2. Unterbliebene Alternativaufklärung begründet die Rechtsfolge des § 630 d Abs. 2 BGB: Die Einwilligung des Patienten in die dann durchgeführte Behandlung ist unwirksam. Ob der Patient sich für die nicht aufgeklärte Alternative entschieden und diese den Schaden verhindert hätte, ist – bei echten, da gleichwertigen Alternativen – ohne Bedeutung.

3. Sogenannte Diagnoseirrtümer können dazu führen, dass ohne Verschulden eine Alternativaufklärung nach § 630 e Abs. 1 S. 3 BGB unterbleibt. Der dann vorgenommene Eingriff ist rechts-

widrig. Ist streitig, ob die fehlerhafte Diagnose ein unverschuldeter Diagnoseirrtum war, trägt die Vortrags- und Beweislast der Behandler.

- 21 Für den Kernbereich ärztlicher Tätigkeit soll die Beweislastumkehr nicht gelten, vgl. Einzelheiten bei *Martis-Winkart*, *Arztthaftungsrecht* 4. Aufl. B 472 ff. m. w. N. Wenig überzeugend die Argumentation des BGH in *VersR* 1991, 310: Die Unanwendbarkeit von § 282 BGB (a. F.) beruhe darauf, dass der Arzt nur sorgfältiges Bemühen, nicht aber einen Erfolg schulde. Dies ergibt sich aus dem Charakter des Behandlungsvertrags als Dienstvertrag, sagt aber nichts über die Beweislast für das Verschulden.
- 22 *Martis-Winkart*, *Arztthaftungsrecht* 4. Aufl. D 1.

Berichtigung

In dem in **VersR 2017, 1181** abgedruckten

Aufsatz von **Martin Wittke** (Haftungsfall Nierenlebendspende – Zugleich Anmerkung zu den Urteilen des OLG Düsseldorf vom 25. 8. 2016 (I-8 U 115/12) *VersR* 2016, 1567 und des OLG Hamm vom 7. 9. 2016 (3 U 6/16) *VersR* 2016, 1572 –)

muss die *-Fußnote auf S. 1181 richtig lauten: „Der Autor, *Martin Wittke*, LL.M. (Exeter), ist Fachanwalt für **Medizin-**, Versicherungs- und Sozialrecht und Partner der Kanzlei Rassek, Ehinger & Partner in Baden-Baden.“

Bücher

Schmerzensgeld für Trauer

162 Gerichtsurteile für Angehörige von Unfallopfern und von Schwerverletzten, für Rechtsanwälte, Richter, Versicherungen und für alle, die mit Unfällen zu tun haben

Von Ivo Greiter

(Verlag Österreich, Wien 2016, 205 S., brosch., ISBN 978-3-7046-7549-1, 42 Euro)

Spektakuläre Großereignisse, wie die Seilbahnkatastrophe in Kaprun im Jahr 2000 sowie der Germanwingsabsturz in den französischen Alpen im Jahr 2015, führen dazu, dass – wie bei Terroranschlägen – eine größere Anzahl von Personen getötet wird. Für manche Angehörige bricht eine Welt zusammen, wenn sie un plötzlich die engste Bezugsperson verlieren. Soweit es um den Unterhalt der Hinterbliebenen geht, hat der Gesetzgeber vorgesorgt: Unterhaltersatz ist vom Schädiger zu leisten, als ob der Getötete weiterleben würde. Die Unterschiede zwischen dem deutschen und österreichischen Recht beschränken sich auf Nuancen. Nicht immer wird aber der Unterhaltsschuldner getötet; dazu kommt, dass neben der unterhaltsrechtlichen Absicherung die hinterbliebenen Angehörigen tiefe Trauer empfinden. In jeder Rechtsordnung stellt sich die Frage, ob und wenn ja in welchem Ausmaß es dafür Ersatz geben soll. In Deutschland wurde bisher ein solcher Ersatzanspruch für ideelle Nachteile nur unter den Voraussetzungen eines Schockschadens bejaht, im Klartext bei Nachweis einer psychischen Krankheit, wobei der BGH an den Nachweis strenge Anforderungen gestellt hat und beim Umfang überaus engherzig war. Am 18. 5. 2017 hat der deutsche Gesetzgeber nun die am 21. 7. 2017 in BGBl 2017 I 48 verkündete Regelungen, namentlich § 844 Abs. 3 BGB, verabschiedet, die nach Art. 12 *leg cit* am

Tag nach seiner Verkündung in Kraft getreten sind. Der Ersatz von Trauerschäden ist damit seit Kurzem geltendes deutsches Privatrecht. Der Gesetzgeber hat eine Grundsatzentscheidung getroffen, die Ausgestaltung aber der Rechtsprechung überantwortet.

Die Rechtsprechung betritt insoweit Neuland. Sie ist gut beraten – und wird wohl auch so verfahren –, sich an der Spruchpraxis der (deutschsprachigen) Nachbarrechtsordnungen zu orientieren. Diese haben ein ähnlich aufgebautes Schadensersatzrecht und ähnliche Wertvorstellungen; vor allem aber gibt es eine Rechtsprechung dazu schon seit längerer Zeit. Das gilt sowohl für die Schweiz als auch für Österreich. Mag man für die Schweiz auf deren höheren Lebensstandard und die höhere Kaufkraftparität verweisen, sind die Verhältnisse zwischen Deutschland und Österreich auch insofern gleich. In einer spektakulären Grundsatzentscheidung hat der OGH¹ in einem Akt mutiger Rechtsfortbildung die Untätigkeit des Gesetzgebers überwunden und – immerhin – für den Fall grober Fahrlässigkeit Trauerschmerzensgeld zuerkannt, somit Ersatz für Trauer als solche ohne Nachweis einer psychischen Erkrankung.

Der (auch auf diesem Gebiet) renommierte Innsbrucker Anwalt *Ivo Greiter* hat es unternommen, die Judikatur zu sammeln und sie systematisch zu ordnen, und zwar chronologisch und der Höhe nach. Schon ein erster Blick macht deutlich, dass die Zusprüche des OGH für reine Trauer über den Werten liegen, die der BGH selbst bei Vorliegen einer psychischen Erkrankung für angemessen hält. Das ist umso bemerkenswerter, als in Österreich – wie

1 OGH vom 22. 2. 2001 – 2 Ob 79/00 g – SZ 74/24 = ZVR 2001/52 mit Anm. von *Kamer*.

auch in der Schweiz – das Schmerzensgeldniveau bei schwersten Verletzungen knapp über 200 000 Euro liegt, somit bei weniger als einem Drittel der deutschen Werte. Zu beachten ist, dass der Geschädigte nach österreichischem Recht kein unbeziffertes Begehren stellen kann, wobei eine Überklagung um das Doppelte freilich keine Kostenfolgen auslösen würde. Der Autor weist völlig zu Recht darauf hin, dass in 52 der von ihm referierten 162 Entscheidungen genau der begehrte Betrag vom Gericht zugesprochen wurde. Greiter stellt die durchaus berechnete Vermutung auf, dass in manchen – vielleicht sogar vielen – der Verfahren für den Geschädigten ein höherer Zuspruch möglich gewesen sein könnte.

In dem Buch werden auch Entscheidungen aufgeführt, in denen solcher Ersatz nach österreichischem Recht nicht nur bei Tötung, sondern auch schwerster Verletzung zuerkannt wird. Dem deutschen Gesetzgeber hat der Mut gefehlt, auch dafür Ersatz zuzubilligen. Im schweizerischen Recht findet sich in Art. 47 OR ebenfalls nur eine Regelung für die Tötung; die Rechtsprechung hat das allerdings auf Fälle der schwersten Verletzung erweitert – freilich erst nach Jahrzehnten. Wofür die Entscheidungssammlung auch sensibilisiert, das ist die inflationsbedingte Aufwertung bei Bezugnahme auf ältere Entscheidungen². Die Bindung an den Verbraucherpreisindex dürfte dabei die Untergrenze sein. Meines Erachtens müsste auch das Wirtschaftswachstum als Ausdruck zunehmenden Wohlstands, der von allen Bürgern erwirtschaftet wird und allen zugutekommen soll, berücksichtigt werden. Dazu kommt der Umstand, dass – jedenfalls im österreichischen Recht – das Schmerzensgeldniveau tendenziell – auch real – steigt, um damit der höheren Wertigkeit ideeller Einbußen Rechnung zu tragen.

Gerade jetzt mit Einführung des Hinterbliebenengeldes in Deutschland ist der Griff zu einem leicht fasslichen und systematisch und mit Akribie aufbereiteten Fallbuch der höchstrichterlichen österreichischen Judikatur für viele in Deutschland ein außerordentlich wertvoller Behelf, nämlich für Anwälte, Haftpflichtversicherer und Gerichte, aber auch für Verbraucherschützer und Betroffene, seien es Angehörige einerseits oder Verkehrsunternehmen, Ärzte bzw. Krankenhäuser andererseits, die sich einen ersten Überblick verschaffen wollen, was in der südlichen Alpenrepublik schon seit „gestern“ Rechtalltag ist und in Deutschland ab „heute“ werden sollte.

Der Rezensent, Prof. Dr. Christian Huber, ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der RWTH Aachen.

² Mustergültig klar OGH vom 24. 8. 2011 – 3 Ob 128/11 m – ZVR 2012/129 mit Anm. von Huber.

Praxishandbuch Arbeitsrecht

Beginn, Durchführung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Von Sebastian Hopfner, Kay Uwe Erdmann, Benjamin Heider, Martin Kock, Ylva Zimmermann, Andreas Hofelich und Anne Hümmer

(VVG GmbH, Karlsruhe 2017, 1624 S., geb., 170 x 240 mm, ISBN 978-3-89952-808-4, 159 Euro)

Von Praktikern für Praktiker: Dieses Praxisbuch mit vielen konkreten Beispielfällen bietet Arbeitshilfen und Anleitungen, die sich einfach umsetzen lassen. Schnelle, direkte Hilfen für alle, die in Personal- und Rechtsabteilungen, in Kanzleien und Ver-

bänden tätig sind. Das Praxisbuch Arbeitsrecht vermittelt übersichtlich höchstrichterliche Rechtsprechung und macht sie durch Formulare und Praxishilfen anschaulich und greifbar. Dazu werden die wichtigsten arbeitsrechtlichen Stichwörter klar und leicht verständlich dargestellt.

Die fast 30 Autoren sind allesamt Experten aus den Bereichen Anwaltschaft, Verbände, Wissenschaft und Wirtschaft sowie Gerichtsbarkeit.

Die Neuregelung der laufenden Versicherung im VVG 2008

Von Jeannette Maul-Odenwald

(VVG GmbH, Karlsruhe 2017, 454 S., kart., DIN A5, ISBN 978-3-89952-963-0, 69 Euro; Bd. 35 der Frankfurter Reihe – Versicherungswissenschaften an der Universität Frankfurt/M.)

Ungeachtet ihrer praktischen Bedeutung für bestimmte Risikobereiche, wie der Transportversicherung, war die laufende Versicherung im VVG 1908 nur durch eine einzige Sonderregelung erfasst und seit Juli 1990 überhaupt nicht mehr im VVG erwähnt. Erst im reformierten VVG 2008 hat die laufende Versicherung nunmehr eine umfassendere Regelung in den §§ 53–58 VVG erfahren, die aber – mit Ausnahme der Definition – gem. § 210 Abs. 1 VVG abdingbar sind.

Dieses Buch befasst sich mit der Versicherungstechnik der „laufenden Versicherung“. Es wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen eine laufende Versicherung nach §§ 53 ff. VVG gegeben ist und in welcher Ausgestaltungsstruktur sie nach dieser Definition abgeschlossen werden kann. Es werden die Abweichungen der Sondervorschriften zur laufenden Versicherung von den allgemeinen Regelungen des VVG analysiert und gewürdigt und geprüft, wie sich die Sondervorschriften in der Versicherungspraxis auswirken. Die in diesem Buch unterbreiteten Änderungs-/Ergänzungsvorschläge für die untersuchten Regelungen werden am Ende des Buches in einer Synopse zusammengefasst dargestellt.

Das Buch ist mit dem „Frankfurter Preis für Versicherungswissenschaften 2017“ ausgezeichnet worden und richtet sich an alle rechtskundigen Personen, die mit der laufenden Versicherung befasst sind, insbesondere Rechtswissenschaftler, aber auch an Praktiker, die eine weiter gehende Auseinandersetzung mit den §§ 53 ff. VVG suchen.

Der Haushaltsführungsschaden

Entgelttabellen TVöD/Bund zur Bewertung von Personenschäden in der Haushaltsführung (Stand: Februar 2017)

Von Hermann Schulz-Borck und Hans-Joachim Günther

(VVG GmbH, Karlsruhe, 2. Aufl. 2017, 44 S., geh., DIN A4, ISBN 978-3-89952-956-2, 29 Euro)

Die Entgelttabellen (Stand: Februar 2017) sind eine unentbehrliche Ergänzung zum Grundwerk „Der Haushaltsführungsschaden“. Im Grundwerk, begründet von Dr. Hermann Schulz-Borck, fortgeführt von Frank Pardey, wird erläutert, wie Schadensersatz bei Beeinträchtigung oder Ausfall unentgeltlicher Arbeit in Privathaushalten zeitlich berechnet wird.