

Dr. Carl Friedrich Nordmeier, Wiesbaden

Der Behandlungsvertrag (§§ 630a-h BGB) im Internationalen Privatrecht

I. Einleitung

Die Kodifizierung des Behandlungsvertrags in §§ 630a-h BGB ist das Herzstück des am 26.2.2013 in Kraft getretenen Patientenrechtegesetzes¹. Der Gesetzgeber verfolgte primär das Anliegen, bereits geltendes, richterrechtlich geprägtes Recht in Gesetzesform zu gießen, um so für mehr Rechtssicherheit und Transparenz zu sorgen.² Die neuen Regeln bieten eine willkommene Gelegenheit, sich der internationalprivatrechtlichen Erfassung des Behandlungsvertrags zu vergewissern.³ Der vorliegende Beitrag nimmt, der Ausgestaltung der §§ 630a BGB ff. folgend, die Bestimmungen des Internationalen Schuldvertragsrechts der Rom I-VO⁴ in den Blick.⁵ Das auf die außervertragliche Haftung des Behandlers anwendbare Recht wird hingegen nach der Rom II-VO⁶ bestimmt.⁷

Häufig dürfte sich der im deutschen Sachrecht in weitem Umfang zu konstatierende Gleichlauf von vertraglicher und deliktischer Haftung⁸ begrüßenswerterweise auch auf kollisionsrechtlicher Ebene erzielen lassen.⁹ Führt die Grundanknüpfung an den Schadeintrittsort nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO zu einem anderen Recht als demjenigen, das auf den Behandlungsvertrag anwendbar ist, kann die Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO das auf den Behandlungsvertrag anwendbare Recht auch auf die außervertragliche Rechtsbeziehung zwischen Behandler und Patient zur Anwendung bringen.¹⁰

II. Grundanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Behandlers

Der Behandlungsvertrag deutschen Rechts ist, wie § 630b BGB zeigt, als Unterfall des Dienstvertrags konzipiert.¹¹ Damit korrespondiert seine Einordnung als

▷ Dr. Carl Friedrich Nordmeier ist Richter, zurzeit beim LG Wiesbaden.

1 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, BGBl. I 2013, 277. Die Gesetzesbegründung findet sich im Gesetzesentwurf v. 15.8.2012, BT-Drucks. 17/10488. Zum Gesetz im Kurzüberblick *Spickhoff*, NJW 2013, 1714 m.w.N. in Fn. 3.

2 Vgl. *Katzenmeier*, NJW 2013, 817 (auch zum Gesetzgebungsprozess); kritisch insoweit *Thurn*, MedR 2013, 153 (154); s. auch die rechtsvergleichenden Betrachtungen zum englischen und französischen Recht von *Deutsch*, NJW 2012, 2009 (2013) und zum niederländischen Recht von *Kubella*, Patientenrechtegesetz, 2011, S. 38 ff.

3 Hierzu aus jüngerer Zeit vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes *Spickhoff*, Grundfragen des Arzt-Patienten-Verhältnisses im Spiegel des Internationalen Privat- und Zivilprozessrechts, in *Kronke/Thorn* (Hrsg.), Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag, 2011, S. 437; monographisch zudem *v. Domarus*, Internationales Arzthaftungsrecht nach Inkrafttreten der Rom I- und Rom II-Verordnung, 2013, S. 52 ff.; *Könning-Feil*, Das Internationale Arzthaftungsrecht, 1992, S. 180 ff.

4 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“), Text bei *Jayme/Hausmann*, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 16. Aufl. 2012, Nr. 80.

5 Zu internationalzivilverfahrensrechtlichen Fragen des Behandlungsvertrags mit grenzüberschreitenden Bezügen s. etwa OLG Köln, Beschl. v. 12.4.2011 – 5 W 11/11, MedR 2012, 125 m. Anm. *Nordmeier* (selbständiges Beweisverfahren bei im Ausland anhängiger Hauptsache).

6 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), Text bei *Jayme/Hausmann* (Fn. 4), Nr. 101.

7 Nach Konzeption des Gesetzgebers sollen §§ 630a BGB ff. das Deliktsrecht unberührt lassen, s. Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 17 f. Der Ausschluss von Verletzungen der Persönlichkeitsrechte in Art. 1 Abs. 2 lit. g, Alt. 2 Rom II-VO greift selbst unter der Prämisse nicht, dass man die Behandlung ohne Aufklärung als Persönlichkeitsrechtsverletzung ansieht, näher *Spickhoff* in FS v. Hoffmann (Fn. 3), S. 437 (440 f.); *ders.*, MedR 2012, 320 f.

8 Siehe *H. Prütting*, Die Beweislast im Arzthaftungsprozess und das künftige Patientenrechtegesetz, in Stamm (Hrsg.), FS für Helmut Rießmann, S. 609 (619); *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (281).

9 Instrukтив *Deutsch*, Das Internationale Privatrecht der Arzthaftung, in Heldrich/Henrich/Sonnenberger (Hrsg.), Konflikt und Ordnung – Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag, 1978, 117 (119 f.); *Spickhoff*, Medizinrecht, 2011, Nach Art. 26 Rom II Rz. 17.

10 *Deutsch*, VersR 2009, 1 (2 f.); Art. 4 Abs. 3 S. 2 Rom II-VO nennt den Vertrag zwischen den Parteien des außervertraglichen Schuldverhältnisses als einen Anwendungsfall der Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO; s. auch *Könning-Feil* (Fn. 3), S. 293-295. Selbst wenn zwischen Behandler und Patient keine vertraglichen Beziehungen bestehen, kann über die Ausweichklausel das Recht des Behandlungsortes zur Anwendung gelangen, vgl. BGH, Urt. v. 19.7.2011 – VI ZR 217/10, GesR 2011, 664 = NJW 2011, 3584 (3586), Rz. 14 ff. = MedR 2012, 316 m. Anm. *Spickhoff*, zu Art. 41 Abs. 1, 2 Nr. 1 EGBGB (Behandlung in einem schweizerischen Kantonshospital).

11 *Katzenmeier*, NJW 2013, 817 (818); *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281 (282).

Der Behandlungsvertrag (§§ 630a-h BGB) im Internationalen Privatrecht

Dienstleistungsvertrag nach Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO. Zur Anwendung berufen wird deshalb das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Behandlers als Dienstleister. Infolge der autonomen Auslegung des europäischen Kollisionsrechts ändert sich hieran nichts, wenn vertraglich geschuldete Leistung ein medizinischer Erfolg – etwa das Anfertigen einer Prothese – ist. Obgleich sachrechtlich in diesem Fall Werkrecht zur Anwendung gelangt,¹² erfasst der Dienstleistungsbegriff des Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO auch solche Werkverträge des deutschen Sachrechts.¹³ Selbst wenn im Einzelfall ein Vertrag mit einem Behandler nicht als Dienstleistungsvertrag i.S.d. Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO einzuordnen sein sollte, führt die subsidiäre Anknüpfung des Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO an den gewöhnlichen Aufenthalt der Partei, welche die vertragscharakteristische Leistung erbringt, ebenfalls zum Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Behandlers.¹⁴ Die Staatsangehörigkeiten des Patienten und des Behandlers sind hingegen grundsätzlich ohne Bedeutung. In besonders gelagerten Ausnahmefällen lässt sich nach Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO das Recht zur Anwendung bringen, mit dem der Behandlungsvertrag im Vergleich zum nach Art. 4 Abs. 1 oder 2 Rom I-VO bezeichneten Recht eine offensichtlich engere Beziehung aufweist.

1. Konkretisierung des gewöhnlichen Aufenthalts

Den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts konkretisiert Art. 19 Rom I-VO. Da der Behandler beruflich tätig wird, ist nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO das Recht des Ortes seiner Hauptniederlassung anzuwenden. Daher gibt das Recht des Praxisortes Maß,¹⁵ auch wenn der Behandler seinen Daseinsmittelpunkt¹⁶ nicht an diesem Ort hat, wie es beispielsweise bei „grenzpendelnden“ Behandlern der Fall sein kann: Der Behandlungsvertrag mit einem in Belgien wohnenden Arzt, der seine Tätigkeit in einer in Deutschland belegenen Praxis ausübt, unterliegt deutschem Recht. Reist der Behandler vom Staat seines Praxisortes in den Staat, in dem der Patient seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat,¹⁷ ändert sich an der Grundanknüpfung des Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO nichts. Es greift jedoch die Sonderregel des Art. 6 Rom I-VO.

2. Sonderanknüpfung nach Art. 6 Rom I-VO

Von der Grundanknüpfung an das Recht des Praxisortes abzuweichen, kann die Verbraucherschützende Bestimmung des Art. 6 Rom I-VO gebieten. Sie führt bei objektiver Anknüpfung zur Anwendung des Rechts des Staates, in dem der Patient seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die Grundanknüpfung an den Praxisort wird verdrängt.

Was die von der Norm geforderte Unternehmer-Verbraucher-Situation betrifft, wird der Behandler als Unternehmer i.S.d. Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO tätig;¹⁸ der Patient ist in aller Regel Verbraucher. Denn die medizinische Behandlung dient dazu, das körperliche Wohlbefinden des Patienten wiederherzustellen, zu bessern und zu sichern. Sie verfolgt damit keinen Zweck, welcher der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Patienten zugerechnet werden kann. Ausnahmen im Einzelfall bleiben freilich denkbar – etwa die Vorsorgeuntersuchung für eine ausschließlich beruflich veranlasste Auslandsreise.

Situativ erfasst Art. 6 Abs. 1 lit. a) Rom I-VO Fallgestaltungen, in denen sich der Behandler zur Durchführung der Behandlung in den Staat begibt, in welchem der Patient seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.¹⁹ Art. 6 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO lässt auch das „Ausrichten“ der Tätigkeit des Behandlers auf den Aufenthaltsstaat des Patienten genügen. Genannt werden kann hier vor allem das Werben um sog. „Medizintouristen“, d.h. Personen, die sich zur Inanspruchnahme einer Heilbehandlung in einen anderen Staat als den ihres gewöhnlichen Aufenthalts begeben. Ein Angebot oder Werbung des Behandlers im Aufenthaltsstaat des Patienten genügt. Als Werbekanäle kommen für den Behandler vor allem das Internet, eventuell auch Urlaubszeitungen in Betracht.²⁰ Unter welchen Umständen eine Internetpräsenz i.S.d. Art. 6 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO auf einen anderen als den Staat des Praxisortes ausgerichtet ist, bedarf der Prüfung im Einzelfall.²¹

Ist die Behandlungsleistung ausschließlich in einem Staat zu erbringen, welcher nicht der Aufenthaltsstaat des Patienten ist, greift die Bereichsausnahme für Auslandsdienstleistungen des Art. 6 Abs. 4 lit. a) Rom I-VO.²² Der Verbraucherschützende Art. 6 Rom I-VO bleibt in diesem Fall selbst dann unangewendet, wenn der Behandler in Staat des gewöhnlichen Aufenthalts der Verbrauchers die Behandlung beworben hat.²³ Begibt sich etwa eine in Österreich wohnhafte Patientin zu einem in Deutschland ansässigen Zahnarzt und führt dieser die Zahnbehandlung hier durch, gelangt deutsches Recht

12 Katzenmeier, NJW 2013, 817 (818); Spickhoff, VersR 2013, 267 (268 f.); näher zu Abgrenzung Schneider, JuS 2013, 104 f.

13 Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2011, Art. 4 Rom I-VO Rz. 40; Martiny in MünchKomm/BGB, 5. Aufl. 2010, Art. 4 Rom I-VO Rz. 26; Rauscher, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 2012, Rz. 1162; s. auch Nordmeier in Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2010, Kap. 37 Rz. 41.

14 Deutsch, MedR 2009, 576 (579).

15 BeckOK/BGB/Spickhoff, 26. Edition 2013, Art. 4 Rom I-VO Rz. 15; ders., (Fn. 9), Nach Art. 26 Rom II Rz. 14; Erman/G. Hohloch, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. 2011, Art. 4 Rom I-VO Rz. 14; Rauscher/Thorn, EuZPR/EuIPR, Bearbeitung 2010, Art. 4 Rom I-VO Rz. 34; Spickhoff, Die Arzthaftung im Europäischen Internationalen Privat- und Prozessrecht, in Greiner/Gross/Nehm/ders. (Hrsg.), Neminem laedere – Festschrift für Gerda Müller zum 65. Geburtstag, 2009, S. 287 (297 f.); s. auch Palandt/Thorn, 72. Aufl. 2013, Art. 4 Rom I Rz. 9; Reithmann/Martiny/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl. 2010, Rz. 193; Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, S. 661; Mansel, Kollisionsrechtliche Bemerkungen zum Arzthaftungsprozess, in Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht (Hrsg.), Einheit in der Vielfalt – Hermann Weitnauer zum 75. Geburtstag, 1985, S. 33 (46 f.); Hoppe, MedR 1998, 462 (465).

16 Zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts der natürlichen Person außerhalb ihrer beruflichen Tätigkeit Rauscher/Thorn (Fn. 15), Art. 19 Rom I-VO Rz. 15.

17 Beispiel: Arzt mit Praxis in Deutschland behandelt einen Patienten in dessen Haus in Frankreich.

18 Dies ist für den Arztvertrag anerkannt, s. etwa jurisPK-BGB/Limbach, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rom I-VO Rz. 14; BeckOK/BGB/Spickhoff (Fn. 15), Art. 6 Rom I-VO Rz. 20. Es gilt auch für die Angehöriger anderer Heilberufe wie Psycho- und Physiotherapeuten, Hebammen, Masseur u.Ä., deren Tätigkeiten § 630a Abs. 1 BGB auch erfasst, s. Katzenmeier, NJW 2013, 817 (818).

19 Vgl. Martiny in MünchKomm/BGB (Fn. 13), Art. 6 Rom I-VO Rz. 29.

20 Näher Deutsch, VersR 2009, 1 (2).

21 EuGH, Urt. v. 7.12.2010 – Rs. C-585/08, NJW 2011, 505 – Pammer = IPRax 2012, 160 m. Anm. Mankowski und m. Anm. Gebauer, LMK 2011, 316141 (zum parallel gelagerten Problem bei Art. 15 Abs. 1 lit. c) EuGVVO); s. auch Spindler/Schuster/Pfeiffer/Weller/Nordmeier, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, Art. 6 Rom I-VO Rz. 13 ff.; Leible/Müller, NJW 2011, 495.

22 Siehe Spickhoff (Fn. 9), Nach Art. 26 Rom II Rz. 13.

23 Spickhoff in FS v. Hoffmann (Fn. 3), S. 437 (444); zur Zahnarztleistung Staudinger/Magnus (Fn. 13), Art. 6 Rom I-VO Rz. 66.

Der Behandlungsvertrag (§§ 630a-h BGB) im Internationalen Privatrecht

zur Anwendung.²⁴ Zu beachten bleibt, dass Art. 6 Abs. 4 lit. a) Rom I-VO die ausschließliche Erbringung der Behandlungsleistung außerhalb des Verbraucheraufenthaltsstaates verlangt.²⁵ Wird auch ein nur geringer Teil der Behandlungsleistung im Staat, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, erbracht, greift Art. 6 Abs. 4 lit. a) Rom I-VO nicht.²⁶ So liegt es beispielsweise, wenn der in Deutschland behandelnde Arzt seinen in Belgien wohnhaften Patienten im Vorfeld der Behandlung oder im Rahmen der Nachsorge telefonisch oder über das Internet berät²⁷ oder wenn er beim Heimatarzt des Patienten Informationen über Vorerkrankungen einholt.

III. Rechtswahl

Die Vertragsparteien können nach Art. 3 Rom I-VO das auf ein vertragliches Schuldverhältnis anwendbare Recht – entweder durch ausdrückliche Erklärung oder konkludent – im Grundsatz frei wählen. Dies gilt auch für den Behandlungsvertrag nach § 630a BGB,²⁸ so dass für eine Behandlung, die ein Behandler mit Praxissitz im Ausland durchführt, deutsches Recht gewählt werden kann, wie auch umgekehrt mit einem Behandler, dessen Praxissitz im Inland liegt, die Geltung ausländischen Rechts vereinbart werden kann.

1. Konkludente Rechtswahl

Die konkludente Rechtswahl, die sich nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO „eindeutig“ aus den Bestimmungen des Vertrags oder den Umständen des Falls ergeben muss, bedarf einer Betrachtung und Gewichtung aller Umstände des Einzelfalls.²⁹ Da aus diesen Umständen auf ein den Parteien gemeinsamen Rechtswahlwillen geschlossen werden muss³⁰ und der Behandler regelmäßig nicht gewillt sein dürfte, nach einem anderen als dem ihm bekannten Recht, unter dem er seine Tätigkeit organisiert, zu kontrahieren, ist bei der Annahme einer konkludenten Rechtswahl Zurückhaltung geboten.³¹ So genügt bei-

spielsweise die Vereinbarung einer bestimmten Behandlungsmethode oder eines bestimmten Behandlungsstandards allein nicht, um auf eine konkludente Wahl des Rechts des Staates, dem Behandlungsmethode oder -standard entstammen, zu schließen.³² Auch sollte berücksichtigt werden, dass ein Behandler in aller Regel Bestimmungen des nicht parteidisponiblen öffentlichen Rechts, das am Praxisort gilt, unterworfen ist. Die bei einer Rechtswahl entstehenden Friktionen zwischen dem auf den Behandlungsvertrag anwendbaren Sachrecht und dem öffentlichen Recht des Praxisortes sprechen regelmäßig gegen die Annahme eines konkludent geäußerten, rechtsgeschäftlichen Willens des Behandlers, das Recht seines Praxisortes abzuwählen.

2. Rechtswahlschranken

Insbesondere aus rechtsberatender Perspektive ist von Interesse, ob ein in Deutschland praktizierender Behandler durch ausdrückliche Wahl ausländischen Rechts die Anwendbarkeit der §§ 630a BGB ff. ausschließen kann. Selbst in Fällen, in denen Behandler und Patient ihre gewöhnlichen Aufenthalte in Deutschland haben und die Behandlungsleistung ausschließlich in Deutschland zu erbringen ist, kann eine Rechtswahl getroffen werden.³³ Bei einem solchen reinen Inlandssachverhalt beschränkt jedoch Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO die Reichweite der Rechtswahl auf die parteidisponiblen Vorschriften des ansonsten anwendbaren Rechts, im genannten Fall also des deutschen.³⁴ Ferner bleibt im Anwendungsbereich des Art. 6 Rom I-VO³⁵ zu beachten, dass die Rechtswahl nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO zu einem Günstigkeitsvergleich³⁶ mit den nicht disponiblen Bestimmungen des Staates, in dem der Patient seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, führt.

IV. Beweiserleichterungen nach § 630h BGB als Teil des Vertragsstatuts

Bei den in § 630h BGB statuierten Beweiserleichterungen handelt es sich um die Kodifizierung höchstrichterlicher Rechtsprechung zur Beweislastverteilung im Arzthaftungsrecht.³⁷ Fünf gesetzliche Vermutungen und eine Beweislastregel in § 630h Abs. 2 BGB³⁸ modifizieren den Grundsatz des § 280 Abs. 1 BGB, dass der Patient für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs gegen den Behandler – mit Ausnahme des Verschuldens – beweisbelastet ist.

Die Rom I-VO gilt nach Art. 1 Abs. 3 Rom I-VO nicht für den Beweis und das Verfahren, die prinzipiell dem

24 Siehe OGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 4 Ob 65/09a (zur Vorgängerregel Art. 5 EVÜ); Koziol/Bydliński/Bollenberger/Musger, Kurzkomm. zum ABGB, 3. Aufl. 2010, Art. 6 Rom I-VO Rz. 4.

25 Offen ist, ob es zur Ermittlung der Ausschließlichkeit der Leistungserbringung vorrangig auf den tatsächlichen (hierfür Staudinger/Magnus [Fn. 13], Art. 6 Rom I-VO Rz. 72; jurisPK-BGB/Limbach [Fn. 18], Art. 6 Rom I-VO Rz. 28) oder auf den rechtlichen Erfüllungsort (hierfür BeckOK/BGB/Spickhoff [Fn. 15], Art. 6 Rom I-VO Rz. 14; wohl auch Martiny in MünchKomm/BGB [Fn. 13], Art. 6 Rom I-VO Rz. 18) ankommt. Der Wortlaut des Art. 6 Abs. 4 lit. a) Rom I-VO („erbracht werden müssen“) spricht für den rechtlichen Erfüllungsort.

26 Allg. Ansicht, s. etwa Staudinger/Magnus (Fn. 13), Art. 6 Rom I-VO Rz. 73.

27 Vgl. Staudinger/Magnus (Fn. 13), Art. 6 Rom I-VO Rz. 73.

28 Vor dessen Kodifikation v. Domarus (Fn. 3), S. 57 ff.; Spickhoff in FS Müller (Fn. 15), S. 287 (297); Deutsch, MedR 2009, 576 (578 f.).

29 Näher Nordmeier in: Gebauer/Wiedmann (Fn. 13), Kap. 37 Rz. 26 ff.

30 Martiny in MünchKomm/BGB (Fn. 13), Art. 3 Rom I-VO Rz. 46.

31 Vgl. Spickhoff (Fn. 9), Nach Art. 26 Rom II Rz. 12; ders. in FS Müller (Fn. 15), S. 287 (297) (Rechtswahl im Kontext von Behandlungsverträgen einstweilen eine „seltene Ausnahme“). Reist der Patient in den Staat, in welchem der Behandler seine Praxis unterhält und die Behandlung vornimmt, kommt es im Ergebnis auf eine Unterwerfung des Patienten unter das Recht des Praxisstaates nicht an (eine konkludente Rechtswahl in diesem Fall befürwortend v. Domarus [Fn. 3], S. 58; Stumpf, MedR 1998, 546 [547]). Ein konkludent geäußertes Wille des Behandlers, den Behandlungsvertrag dem Heimatrecht des Patienten oder dem Recht eines sonstigen, dritten Staates zu unterstellen, wird sich in einer solchen Konstellation so gut wie nie feststellen lassen. Die objektive Anknüpfung nach Art. 4

Abs. 1 lit. b) Rom I-VO führt ohnehin zum Recht des Praxisortes, s. oben II.1.

32 Beispiel: keine konkludente Wahl des Rechts der Volksrepublik China bei Behandlung in Deutschland nach Methoden der traditionellen chinesischen Medizin.

33 Die für die Anwendbarkeit der Rom I-VO nach Art. 1 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO erforderliche Verbindung „zum Recht verschiedener Staaten“ wird in einem solchen Fall durch die Rechtswahl selbst begründet, s. Nordmeier in Gebauer/Wiedmann (Fn. 13), Kap. 37 Rz. 10.

34 Näher Spickhoff (Fn. 9), Nach Art. 26 Rom II Rz. 12; v. Domarus (Fn. 3), S. 59 f.

35 Zu diesem oben II.2.

36 Näher Nordmeier in Gebauer/Wiedmann (Fn. 13), Kap. 37 Rz. 74.

37 Näher H. Prütting in FS Rüßmann (Fn. 8), S. 609 (613 ff.); Katzenmeier, NJW 2013, 817 (821); Spickhoff, VersR 2013, 267 (278); sehr kritisch Mäsch, NJW 2013, 1354 (1355).

38 Zu dieser Deutsch, VersR 2013, 691 (mit rechtsvergleichender Betrachtung zum common law).

Der Behandlungsvertrag (§§ 630a-h BGB) im Internationalen Privatrecht

Recht des Gerichtsstaates unterliegen. Hiervon sind jedoch nach Art. 18 Abs. 1 Rom I-VO gesetzliche Vermutungen und die Beweislastverteilung ausgenommen, welche dem Vertragsstatut zugeschlagen werden. Als gesichert angesehen werden kann, dass Vermutungen und Beweislastregeln,³⁹ welche nicht auf tatsächlichen Erfahrungssätzen, sondern auf einer gesetzgeberischen oder richterlichen Wertentscheidung beruhen, infolge ihres materiell-rechtlichen Gehalts, d.h. ihrer engen Verflechtung mit dem materiellen Recht, dem nach der Rom I-VO bestimmten Sachrecht zu entnehmen sind.⁴⁰ So verhält es sich bei den Regelungen in § 630h BGB. Insbesondere die Beweislastverteilung zu Lasten des Behandlers hinsichtlich Einwilligung und Aufklärung des Patienten in § 630h Abs. 2 BGB fußt nicht auf einem naturwissenschaftlichen Erfahrungssatz, sondern dient der Sicherung prozessualer Waffengleichheit im Verhältnis von Behandler und Patient.⁴¹ Auch die in den übrigen Absätzen des § 630h BGB enthaltenen gesetzlichen Vermutungen beruhen auf durch die Rechtsprechung vorgezeichneten, gesetzgeberischen Wert- und Billigkeitsentscheidungen.

§ 630h BGB gelangt deshalb zur Anwendung, wenn der Behandlungsvertrag deutschem Recht unterliegt.⁴² Ist hingegen ausländisches Schuldvertragsrecht anwendbar, kann ein deutsches Gericht nicht auf § 630h BGB abstellen, sondern muss der Frage nach der Existenz entsprechender Regeln im ausländischen Recht nachgehen. Beweiswürdigung und Beweismaß⁴³ sind hingegen nach dem Verfahrensrecht des Gerichtsstaates zu beurteilen.

V. Fachliche Standards nach § 630a Abs. 2 BGB im Fall mit Auslandsbezug

Der Behandler schuldet seine Leistung – wenn keine abweichende Vereinbarung getroffen wurde – gem. § 630a Abs. 2 BGB nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards. Die Gesetzesbegründung betont die Bedeutung von Leitlinien, die wissenschaftliche Fachgesellschaften vorgeben, und fordert die regelmäßige Fortbildung sowie die Lektüre einschlägiger Fachzeitschriften.⁴⁴ Die so verstandenen Standards sind auf in Deutschland betriebene Praxen und hier lebende Behandler zugeschnitten.⁴⁵ Wird

die Behandlung unter Geltung deutschen Sachrechts in einer im Ausland belegenen Praxis von einem dort ansässigen Behandler durchgeführt, stellt sich die Frage, ob die Einhaltung der Standards, die dem deutschen Gesetzgeber vor Augen standen, geschuldet ist. Gleichgelagert ist das Problem, ob bei einer Behandlung im Inland unter Geltung ausländischen Rechts die ausländischen Standards entscheiden. Im Internationalen Deliktsrecht wird in diesem Zusammenhang Art. 17 Rom II-VO herangezogen, der es gestattet, am Handlungsort geltende Sicherheits- und Verhaltensregeln bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen, falls nicht das Recht des Behandlungsortes als Deliktsstatut ohnehin Maß gibt.⁴⁶

1. Fachliche Standards nach dem Recht des Behandlungsorts

Tangiert wird hier die Frage nach der Normqualität fachlicher Standards. Denn die Rom I-VO beruft „Recht“ – genauer: staatlich gesetzte Sachnormen⁴⁷ – zur Anwendung, nicht Tatsachen. Spricht man fachlichen Standards, insbesondere soweit sie in Leitlinien niedergelegt sind, Normqualität zu,⁴⁸ werden sie vom Verweisungsbefehl der Rom I-VO erfasst.⁴⁹ Begreift man sie vorzugswürdigerweise als Tatsachen, ist auf sachrechtlicher Ebene zu erwägen, den zum Vertragsstatut gehörigen § 630a Abs. 2 BGB dahingehend auszulegen, dass in Sachverhalten mit Auslandsbezug – insbesondere bei im Ausland liegendem Praxisort – die im Ausland allgemein anerkannten fachlichen Standards, welche an die dortigen Realitäten angepasst sind, gemeint sein sollen. Dies erinnert an das kollisionsrechtliche Problem der Substitution, trifft aber nicht deren Kern, da nicht die Gleichwertigkeit des ausländischen und des deutschen Standards in Frage steht,⁵⁰ sondern die Relevanz ausländischer Standards für die Bestimmung des vertraglichen Pflichtenprogramms. Vorzugswürdig scheint es, bei Anwendbarkeit deutschen Vertragsrechts und im Ausland belegenen Praxis- und Behandlungsort ausländische Standards zugrunde zu legen.⁵¹ Der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, dass der zu erfüllende Behandlungsstandard auf die konkret angebotene Behandlung bezogen zu er-

39 Gesetzliche Vermutung nach § 292 ZPO und gesetzliche Beweislastregel sind aus Sicht des deutschen Prozessrechts inhaltlich identisch, s. *H. Prütting* in FS Rüßmann (Fn. 8), S. 609 (616). Es ist daher stimmig, sie kollisionsrechtlich gleich zu behandeln.

40 Sog. materiell-rechtliche Beweislastfragen, s. *Reithmann/Martiny/Martiny* (Fn. 15), Rz. 341; *Nordmeier* in *Gebauer/Wiedmann* (Fn. 13), Kap. 37 Rz. 127. Anders gelagert ist die Frage beim auf empirischen Sachzusammenhängen beruhenden Anscheinsbeweis. Dessen kollisionsrechtliche Behandlung ist umstritten. Für die Zuordnung zum Verfahrensrecht des Gerichtsstaates BeckOK/BGB/Spickhoff (Fn. 15), Art. 18 Rom I-VO Rz. 4; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. 2011, § 9 Rz. 346; *Thole*, IPRax 2010, 285 (286 f.); für die materiell-rechtliche Einordnung *Staudinger/Magnus* (Fn. 13), Art. 18 Rom I-VO Rz. 25; *MünchKomm/BGB/Spellenberg* (Fn. 13), Art. 18 Rom I-VO Rz. 22.

41 Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 29; s. auch *Preis/Schneider*, NZS 2013, 281 (285).

42 Zur Beweislastumkehr wegen groben Behandlungsfehlers vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes so bereits *Spickhoff* (Fn. 9), Nach Art. 26 Rom II Rz. 19.

43 Streitig, wie hier LG Saarbrücken, Urt. v. 9.3.2012 – 13 S 51/11, NJW-RR 2012, 885 (886); *Linke/Hau* (Fn. 40), § 9 Rz. 348, jeweils m.w.N.; a.A. etwa *Seibl*, Die Beweislast bei Kollisionsnormen, 2009, S. 139 ff.

44 Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 19.

45 Das Gesetz selbst definiert die Standards nicht, s. *Thurn*, MedR 2013, 153 (154).

46 *Spickhoff* in FS Müller (Fn. 15), S. 287 (302) (Sicherheitsvorschriften für medizinische Geräte); v. *Domarus* (Fn. 3), S. 191 (lokale Verhaltensstandards stets zu beachten); tendenziell auch *Deutsch*, MedR 2009, 576 (579). Das Problem ist anhand der Telemedizin eingehend erörtert worden, s. *Fischer*, Ärztliche Verhaltenspflichten und anzuwendendes Recht bei grenzüberschreitender telemedizinischer Behandlung, in *Kern/Wadle/Schroeder/Katzenmeier* (Hrsg.), FS für Adolf Laufs, 2006, S. 781 (786 f.); *Steffen*, Einige Überlegungen zur Haftung für Arztfehler in der Telemedizin, in *Hohloch/Frank/Schlechtriem* (Hrsg.), FS für Hans Stoll, 2001, S. 71 (86 f.); *Hoppe*, MedR 1998, 462 (466).

47 Dies verdeutlicht die Rechtswahl nach Art. 3 Rom I-VO, die auf staatlich gesetztes Recht beschränkt ist, s. *Staudinger/Magnus* (Fn. 13), Art. 3 Rz. 40.

48 Zurückhaltend *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (271) (Leitlinien käme nicht ohne weiteres normativer Charakter im Sinne eines Automatismus zu).

49 So im Ergebnis *Fischer* in FS Laufs (Fn. 46), S. 781 (786).

50 Gegenstand der Substitution ist die Frage, ob das Tatbestandsmerkmal einer inländischen Norm durch eine ausländische Gestaltung als erfüllt angesehen werden kann, s. Art. 1 der Resolution des Institut de Droit International vom 27.10.2007, *Annuaire* 72 – Session de Santiago (Chile), 2007, Rapporteur *Jayne*; v. *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht I – Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 7 Rz. 240; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, S. 231 f.; *Mansel*, Substitution im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht – zur funktionellen Rechtsvergleichung bei der Sachrechtsauslegung, in *Pfister/Will* (Hrsg.), FS für Werner Lorenz zum 70. Geburtstag, 1991, S. 689 f.

51 Für das Internationale Deliktsrecht ebenso *Spickhoff* (Fn. 9), Nach Art. 26 Rom II Rz. 20; *ders.* in FS Müller (Fn. 15), S. 287 (302).

Der Behandlungsvertrag (§§ 630a-h BGB) im Internationalen Privatrecht

mitteln ist: Von einem Heilpraktiker wird keine Behandlung unter Beachtung des ärztlichen medizinischen Standards verlangt, sondern die fachgerechte medizinische Heilpraktikerbehandlung.⁵² Auch die Person des Behandlers spielt für den Inhalt der geschuldeten Behandlung eine Rolle. So bleibt der ärztliche Spezialist, der über den Standard hinausgehende besondere Expertise aufweist, unter Geltung der §§ 630a BGB ff. auch ohne gesonderte vertragliche Abrede verpflichtet, dieses Spezialwissen einzusetzen.⁵³ Findet nun die Behandlung bei Anwendbarkeit deutschen Sachrechts im Ausland durch einen dort ansässigen Behandler statt, scheint es dementsprechend angezeigt, dem Auslandsbezug Rechnung zu tragen und grundsätzlich von den am Behandlungsort geltenden Standards auszugehen. Hielte man bei deutschem Vertragsstatut starr an den deutschen Behandlungsstandards fest, stellte sich ferner die Frage der subjektiven Unmöglichkeit, falls der im Ausland praktizierende Behandler nicht in der Lage ist, die deutschen Standards dort zu gewährleisten. Zudem hat auch außerhalb des Arztrechts bei der Bestimmung des nach § 276 Abs. 2 BGB zu beachtenden Sorgfaltsmaßstabs ein Auslandsbezug des Sachverhalts Bedeutung: Sorgfaltsanforderungen werden an tatsächliche Umstände im Ausland angepasst.⁵⁴ Dies lässt sich auf § 630a Abs. 2 BGB übertragen. Denn die Norm wurde vom Gesetzgeber als Ergänzung⁵⁵ – treffender wohl: Konkretisierung⁵⁶ – des § 276 Abs. 2 BGB konzipiert.

2. Abweichende Vereinbarungen im Sachrecht

Unabhängig von der Normqualität fachlicher Standards unterliegen sie nach § 630a Abs. 2 Halbs. 2. BGB der Parteidisposition. Auch wenn bei der Annahme konkludent vereinbarter Abweichungen Zurückhaltung geboten ist,⁵⁷ wird man – legt man mit der hier vertretenen Ansicht im Ausgangspunkt den ausländischen Standard zugrunde – eine konkludente Vereinbarung des deutschen Standards feststellen können, falls der Patient im Ausland einen bestimmten Behandler gerade deswegen aufsucht, um nach in Deutschland anerkanntem fachlichem Standard behandelt zu werden.⁵⁸ Der hier vorgeschlagene Ansatz, der keine zwingende Parallelität der Anwendbarkeit deutschen Rechts und der Geltung deutscher Standards sieht, trägt dem Umstand Rechnung, dass sich die Parteien des Behandlungsvertrags regelmäßig dann zu einer – ausdrücklich oder konkludent erklärten – Vereinbarung über den Behandlungsstandard veranlasst sehen,⁵⁹ wenn vom Standard des Ortes, an dem

der Behandler seine Praxis hat, abgewichen werden soll.⁶⁰

VI. Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (§ 630d BGB)

Die Verpflichtung des Behandlers aus § 630d Abs. 1 BGB, die Einwilligung des Patienten vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme einzuholen, ist als Vertragspflicht ausgestaltet.⁶¹ Die Behandlung ohne vorherige wirksame Einwilligung stellt eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar und kann den Behandler schadensersatzpflichtig machen.⁶² Es handelt sich bei ihr zwar um eine rechtlich relevante Erklärung, die jedoch von der auf den Abschluss des Behandlungsvertrags gerichteten Willenserklärung des Patienten zu unterscheiden ist.⁶³ Die wirksame Einwilligung ist außer Voraussetzung der behandlerischen Pflichterfüllung im Vertragsrecht auch Rechtfertigungsgrund im Deliktsrecht wie im Strafrecht. Ihre Wirksamkeit erfordert die Einwilligungsfähigkeit des Patienten; deren Voraussetzungen werden in § 630d BGB nicht geregelt.⁶⁴ Insbesondere hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger und der Beteiligung der Erziehungsberechtigten sind sachrechtliche Fragen offen.⁶⁵ Wie sich die Einwilligung und ihre Voraussetzungen in Gesetzesform fassen lassen, zeigt ein rechtsvergleichender Blick über den Atlantik. So enthalten beispielsweise der Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act der kanadischen Provinz British Columbia⁶⁶ oder Art. 16-36 Indiana Code des U.S.-Bundesstaates Indiana ausführliche Bestimmungen zu den Anforderungen an die Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung.⁶⁷

52 Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 19.

53 *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (272).

54 Beispiele aus der Rechtsprechung: OLG Hamm, Urt. v. 5.2.2003 – 31 U 109/02, zitiert nach juris, Rz. 4 (Mitnahme einer Bankkarte nebst Geheimnummer ins Ausland, obgleich diese dort nicht verwendet werden können, grob fahrlässig); LG Frankfurt/M., Urt. v. 23.12.1998 – 2-1 S 63/97, NJW-RR 1999, 930 (nächtliches Abstellen eines voll beladenen Pkws auf offener Straße in Südfrankreich fahrlässig); AG Berlin-Mitte, Urt. v. 1.12.2005 – 16 C 513/04, VersR 2006, 1639 (Fußweg von 2,5 km Länge mit Gepäck in Südafrika grob fahrlässig im Hinblick auf die Gefahr, Opfer eines Raubüberfalls zu werden).

55 Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 19; *Katzenmeier*, NJW 2013, 817 (818).

56 Siehe *Schneider*, JuS 2013, 104 (107); *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (281); *G. Wagner*, VersR 2012, 789 (791).

57 *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (271).

58 Dies haben *Deutsch*, MedR 2009, 576 (579), und *Spickhoff* (Fn. 9), Nach Art. 26 Rom II Rz. 20, bereits für das Internationale Deliktsrecht befürwortet. Zu denken ist beispielsweise an den in Mallorca ansässigen Arzt deutscher Herkunft, der dort nach deutschem medizinischem Standard behandelt.

59 Der Konnex zwischen anwendbarem Recht und zu beachtenden Standards ließe sich aufrechterhalten, wenn man bei Aufsuchen eines Behandlers, der im Ausland nach deutschen Standards behandelt, eine zumindest konkludente Wahl deutschen Rechts annähme (zu dieser oben III.1.). Hiergegen spricht, dass ein solcher Behandler ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht – wie von Art. 3 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO gefordert – eindeutig zu erkennen gibt, dass er über die Beachtung der deutschen Standards hinaus auch mit der Anwendbarkeit deutschen Rechts auf den Behandlungsvertrag einverstanden ist. So wird etwa ein in Brasilien ansässiger Arzt, der dort einen Patienten nach deutschen Standards behandelt, kein Interesse daran haben, seinen Vergütungsanspruch nach deutschem Recht abzurechnen (zur deutschen GOÄ als Teil des deutschen Vertragsstatuts *Spickhoff* in FS v. Hoffmann [Fn. 3], S. 437 [445 f.]; *ders.*, NJW 2004, 1710 [1712]; *Spoerr/Uwer*, MedR 2003, 668 [672]) und folgen zu müssen.

60 Hielte man bei deutschem Vertragsstatut den deutschen Standard auch bei einer Behandlung im Ausland für ausschlaggebend, müsste man eine abweichende Vereinbarung erwägen, wenn sich der Patient deswegen im Ausland behandeln lässt, weil der dortige Standard für die in Frage stehende Behandlung höher als der deutsche ist.

61 Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 23; *Katzenmeier*, NJW 2013, 817 (819 f.); *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (275).

62 Siehe *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (275).

63 Ausführlich *Wendelstein*, Kollisionsrechtliche Probleme der Telemedizin, 2012, S. 180 ff.

64 Siehe *Katzenmeier*, NJW 2013, 817 (820); *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (275). Eine gesetzliche Anordnung findet sich nur hinsichtlich der Folge mangelnder Einwilligungsfähigkeit in § 630d Abs. 1 S. 2 und 3 BGB.

65 Näher *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (275 f.); s. auch *Reborn*, MDR 2013, 497 (500). Die Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 23, verweist auf die Umstände des Einzelfalls.

66 Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act [RSBC 1996] Chapter 181; hierzu *Hall*, McGill Law Journal 58 (2012), 61 (77 f.).

67 Auch das polnische Recht regelt die Einwilligung des Patienten ausdrücklich, näher *Kalus*, Liability for Medical Damages in Polish Law, in Heiderhoff/Zmij (Hrsg.), Tort Law in Poland, Germany and Europe, 2009, S. 47 (68 ff.).

Der Behandlungsvertrag (§§ 630a-h BGB) im Internationalen Privatrecht

Aus Perspektive des Internationalen Vertragsrechts ist von Bedeutung, dass Art. 1 Abs. 2 lit. a) Rom I-VO den Personenstand und die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit natürlicher Personen von Anwendungsbereich der Verordnung ausnimmt.⁶⁸ Deshalb gilt zur Bestimmung des Rechts, das die für den Abschluss des Behandlungsvertrags erforderliche Rechts- und Geschäftsfähigkeit regelt, nicht die Rom I-VO, sondern das Kollisionsrecht des Gerichtsstaates.⁶⁹ Aus Sicht eines deutschen Gerichts beruft Art. 7 Abs. 1 S. 1 EGBGB im Wege der Gesamtverweisung das Recht der Staatsangehörigkeit.

1. Methodischer Ausgangspunkt: Die Vorfrage

Damit stellt sich die Frage, ob Einwilligung oder Einwilligungsfähigkeit als ihre Voraussetzung ebenfalls vom Ausschluss des Art. 1 Abs. 2 lit. a) Rom I-VO erfasst werden. Im Zusammenhang hiermit steht das bereits erwähnte Problem, dass der Einwilligung nicht nur vertragsrechtliche, sondern auch delikts- und strafrechtliche Relevanz zukommt. Divergieren anwendbares Vertrags-, Delikts- und Strafrecht, können rechtliche Verwerfungen auftreten, falls beispielsweise die Einwilligung nach dem Deliktsstatut wirksam, nach dem Strafstatut jedoch unwirksam ist.⁷⁰ Bereits vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes war auch aus diesem Grund umstritten, ob hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit Art. 7 EGBGB und Art. 12 EGBGB analog zu Anwendung kommen sollten⁷¹ oder ob sie dem Deliktsstatut zuzuordnen war.⁷² Methodisch steht dahinter das internationalprivatrechtliche Problem der Ermittlung einer sachrechtlichen Vorfrage⁷³: Wer Art. 7 EGBGB und Art. 12 EGBGB analog zur Anwendung bringen wollte, erblickte in der Einwilligungsfähigkeit eine selbständig anzuknüpfende Vorfrage; wer für das Deliktsstatut optierte, verstand die Einwilligungsfähigkeit als Teil des Hauptstatuts, d.h. als Teilfrage.⁷⁴

Die Existenz einer sachrechtlichen Vorfrage lässt sich nur im Zusammenspiel von Kollisionsrecht mit dem Sachrecht der Hauptfrage ergründen.⁷⁵ Es geht darum, die Reichweite kollisionsrechtlicher Verweisungsbefehle mit

den durch das Sachrecht als relevant bezeichneten Rechtsfragen und -lagen abzugleichen. Da der Verweisungsbefehl unionalen Kollisionsrechts durch den sachlichen Anwendungsbereich des in Frage stehenden internationalprivatrechtlichen Sekundärrechtsakts begrenzt wird,⁷⁶ ist jener auch für die Lösung des Vorfragenproblems relevant. Im Folgenden soll dieses für Vertrags-, Delikts- und Strafstatut getrennt untersucht werden. Gegen die Annahme einer Vorfrage spricht jedoch bereits unabhängig vom betreffenden Statut, dass die Einwilligung in die medizinische Behandlung eine nur geringfügige rechtliche Eigenständigkeit aufweist. Sie wurde spezifisch für den medizinischen Heileingriff entwickelt und ähnelt daher stärker Ehemündigkeit, Testier- und Deliktsfähigkeit als der allgemeinen Rechts- und Geschäftsfähigkeit. Solche besonderen Rechts- oder Geschäftsfähigkeiten für bestimmte Sachbereiche werden aber zumindest aus Sicht des deutschen Kollisionsrechts regelmäßig als Teilfrage, d.h. als unselbständiger Teil der Hauptfrage, angesehen.⁷⁷

2. Einwilligung und Vertragsstatut

Im Hinblick auf das Vertragsstatut ist bereits der Anwendungsbereich der Rom I-VO nicht eröffnet. Zwar betrifft der Ausschluss des Art. 1 Abs. 2 lit. a) Rom I-VO im Kern die Fähigkeit einer natürlichen Person, einen Vertrag zu schließen.⁷⁸ Der Ausschluss von Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit umfasst jedoch zumindest sämtliche Fragen, welche die Fähigkeit, losgelöst vom spezifischen Schuldverhältnis rechtsrelevant zu handeln, betreffen.⁷⁹ Dies kommt in anderen Sprachfassungen der Verordnung besser zum Ausdruck als in der deutschen,⁸⁰ wird aber auch in dieser durch die Bezugnahme auf die „Handlungsfähigkeit“, welche nach dem Normtext von der Rechts- und Geschäftsfähigkeit zu unterscheiden ist, deutlich. Deshalb untersteht die Einwilligungsfähigkeit als Frage der Handlungsfähigkeit nicht kraft Verweisung der Rom I-VO dem Vertragsstatut. Daraus folgt jedoch nicht zwangsläufig die Anwendung von Art. 7 EGBGB.⁸¹

3. Einwilligung und Deliktsstatut

Die Rom II-VO kennt keine Art. 1 Abs. 2 lit. a) Rom I-VO entsprechende Beschränkung ihres Anwendungsbereichs. Vielmehr werden nach Art. 15 lit. a), Alt. 1 Rom II-VO der Haftungsgrund und nach Art. 15 lit. b), Alt. 1 Rom II-VO die Haftungsausschlussgründe dem Deliktstatut unterstellt. Hierzu sind auch die Rechtferti-

68 Vorbehaltlich des Art. 13 Rom I-VO, der zum Schutz des Rechtsverkehrs die Berufung auf mangelnde Rechts-, Geschäfts- oder Handlungsunfähigkeit einschränkt. Näher Nordmeier in Gebauer/Wiedmann (Fn. 13), Kap. 37 Rz. 109.

69 Vgl. Rauscher (Fn. 13), Rz. 604.

70 Siehe eingehend Spickhoff, Die Einheit des Rechtswidrigkeitsurteils im Zusammenspiel von Internationalem Privat- und Strafrecht, in Ahrens/v. Bar/Fischer/ders./Taupitz (Hrsg.), Medizin und Haftung – Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag, 2009, S. 907 ff.; sowie ders. in FS Müller (Fn. 15), S. 287 (304 ff.), der in dieser Konstellation zugunsten des Behandlers die Einwilligungsfähigkeit nach dem Deliktsstatut auch im Strafstatut anerkennen möchte.

71 Könnig-Feil (Fn. 3), S. 297 mit S. 252; ablehnend Spickhoff in FS Müller (Fn. 15), S. 287 (305).

72 Nagel, Organtransplantation und Internationales Privatrecht, 2009, S. 101; im Ergebnis auch Spickhoff in FS Müller (Fn. 15), S. 287 (306).

73 Die Terminologie ist uneinheitlich, s. Nordmeier, Zulässigkeit und Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente im Internationalen Privatrecht, 2008, S. 202 ff.; Bernitt, Die Anknüpfung von Vorfragen im europäischen Kollisionsrecht, 2010, S. 9 ff. Im Folgenden wird mit „Vorfrage“ eine selbständig anzuknüpfende, von der lex causae aufgeworfene Frage bezeichnet, während unter „Teilfrage“ eine solche verstanden wird, die der Anknüpfung der Hauptfrage folgt.

74 Diese Differenzierung ist dem umstrittenen Problem von selbständiger und unselbständiger Vorfragenanknüpfung vorgeschaltet, s. v. Bar/Mankowski (Fn. 50), § 7 Rz. 187; Kegel/Schurig (Fn. 15), S. 376 f.

75 Näher MünchKommBGB/Sonnenberger (Fn. 13), Einl. IPR Rz. 542.

76 So können beispielsweise die Kollisionsnormen der Rom I-Verordnung nicht auf Bestimmungen verweisen, welche die Stellvertretung regeln, da diese nach Art. 1 Abs. 2 lit. g) Rom I-VO vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen ist.

77 v. Bar/Mankowski (Fn. 50), § 7 Rz. 187; Kegel/Schurig (Fn. 15), S. 376; Kropholler (Fn. 50), S. 317; zu Art. 7 EGBGB NK-BGB/G. Schulze, 2. Aufl. 2012, Art. 7 EGBGB Rz. 21; Staudinger/Hausmann, Neubearbeitung 2007, Art. 7 EGBGB Rz. 45; Lipp, Geschäftsfähigkeit im europäischen IPR: Status oder Willensmangel, in Baur/Sandrock/Scholtska/Shapira (Hrsg.), FS für Gunther Kühne zum 70. Geburtstag, 2009, S. 765 (774).

78 Staudinger/Magnus (Fn. 13), Art. 1 Rom I-VO Rz. 47; Morse in Chitty on Contracts Vol. 1, 31. Aufl. 2012, Rz. 30-152 mit Rz. 30-035 (capacity to enter into a contract).

79 Siehe Lipp (Fn. 77), S. 765 (778).

80 Englisch: „status or legal capacity“; Französisch: „l'état et la capacité juridique“; Italienisch: „stato e [...] capacità“; Portugiesisch: „estado e capacidade“; Spanisch: „estado civil e la capacidad“.

81 Näher unten VI.5.

Der Behandlungsvertrag (§§ 630a-h BGB) im Internationalen Privatrecht

gungsgründe zu rechnen.⁸² Daher kommt deren „Sonderanknüpfung“⁸³ grundsätzlich nicht in Betracht. Zwar folgt hieraus nicht, dass jegliche Rechtsfrage, welche für die Beurteilung der Rechtfertigung relevant ist, nach dem Deliktsstatut beantwortet wird. Dies lässt sich beispielhaft an der Rechtfertigung durch Betreiben eines gesetzlich geregelten Verfahrens⁸⁴ zeigen: Das Deliktsstatut entscheidet, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Rechtfertigung durch das Betreiben eines solchen Verfahrens möglich ist. Das Verfahren selbst richtet sich jedoch nach seinem eigenen Statut, in aller Regel also nach der betreffenden *lex fori*.⁸⁵ Dieser Gedanke dürfte sich jedoch nicht auf die Einwilligungsfähigkeit übertragen lassen. Denn bei ihr handelt es sich um eine spezifisch deliktsrechtliche Voraussetzung der Rechtfertigung. Im deutschen Sachrecht wurden die den ärztlichen Heileingriff rechtfertigende Einwilligung und die Einwilligungsfähigkeit als ihre Voraussetzung durch die Rechtsprechung primär im Deliktsrecht entwickelt. Sie erlangt zwar nunmehr auch vertragsrechtlich in § 630d Abs. 1 BGB eigenständige Bedeutung. Aus internationaldeliktsrechtlicher Perspektive bleibt sie aber dem Deliktsstatut zugeordnet.⁸⁶

4. Einwilligung und Strafstatut

Dass strafrechtlicher Rechtsgüterschutz mit zivilrechtlichem auch in Fällen mit grenzüberschreitenden Bezügen Hand in Hand geht, ist ein allgemeines, nicht auf das Verhältnis von Behandler und Patient beschränktes Problem. Steht die Rechtfertigung der Tat im Raum, treten neben die genuin strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe die des Zivilrechts. Was nach bürgerlichem oder öffentlichem Recht erlaubt ist, stellt auch für das Strafrecht einen Rechtfertigungsgrund dar.⁸⁷ Weist der Fall grenzüberschreitende Bezüge auf, gehören zu den einschlägigen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts auch diejenigen des Internationalen Privatrechts.⁸⁸ Soweit sie ausländisches Sachrecht für anwendbar erklären, sind diesem die bürgerlich-rechtlichen Rechtfertigungsgründe zu entnehmen, welche auch im Strafrecht rechtfertigend wirken können.⁸⁹ Aus strafrechtlicher Perspektive gilt damit ein Günstigkeitsprinzip: Der Behandler wird bei Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nicht bestraft, wenn die Einwilligung des Patienten entweder nach deutschem Strafrecht oder nach ausländischem bürgerlichen Recht,⁹⁰ welches das Internationale Privatrecht für an-

wendbar erklärt, wirksam ist.⁹¹ Der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, auf dem die rechtfertigende Wirkung bürgerlichen und öffentlichen Rechts im Strafrecht beruht, wird nicht durch den Auslandsbezug des Sachverhalts suspendiert. Umgekehrt entscheidet ausländisches bürgerliches Recht, ob infolge der Rechtfertigung durch das deutsche Strafstatut die bürgerlich-rechtliche Haftung entfällt.

5. Konsequenzen für die kollisionsrechtliche Erfassung der Einwilligungsfähigkeit

Steht die deliktische Haftung im Raum, wird die Einwilligungsfähigkeit dem durch die Rom II-VO bestimmten Deliktsstatut zugeordnet. Sie liegt jedoch, falls sie für die vertragliche Haftung des Behandlers relevant ist, außerhalb des Anwendungsbereichs der Rom I-VO. Es entscheidet insoweit das autonome nationale Kollisionsrecht. Aus Sicht des deutschen Internationalen Privatrechts scheint es vorzugswürdig, die Einwilligungsfähigkeit in diesem Fall nicht Art. 7 EGBGB zuzuschlagen, sondern sie aufgrund der Ähnlichkeit mit anderen besonderen Rechts- und Geschäftsfähigkeiten⁹² dem Statut der Hauptfrage, d.h. dem Vertragsstatut zuzuordnen. Die Anwendbarkeit des durch die Rom I-VO bezeichneten Rechts folgt hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit freilich nicht aus der Verordnung, sondern aus dem Anwendungsbefehl des autonomen deutschen Kollisionsrechts.⁹³

Damit können Konstellationen auftreten, in denen Vertrags- und Deliktsstatut die Einwilligungsfähigkeit unterschiedlich beurteilen – die Einwilligung nach dem Vertragsstatut etwa wirksam, nach dem Deliktstatut aber unwirksam ist. Ein solcher Widerspruch lässt sich durch sachrechtliche Anpassung beseitigen.⁹⁴ Für die zu treffende Wertentscheidung⁹⁵ sollte bedacht werden, dass der Patient, der einen Behandlungsvertrag schließt, grundsätzlich ein Interesse an der Behandlung hat und meint, ihrer zu bedürfen. Es gereicht insbesondere vor allem ihm zum Vorteil, wenn eine objektiv gebotene Behandlung nicht wegen Zweifeln an seiner Einwilligungsfähigkeit unterbleibt. Die Gesetzesbegründung zum Patientenrechtegesetz betont zudem, das Aufklärungserfordernis verhindere, dass der Patient Objekt der Behandlung werde; sie schütze seine persönliche Würde.⁹⁶ Diese Gefahr ist jedoch geringgewichtig, wenn ein Sachrecht, welches einen so bedeutenden Bezug zur in Frage stehenden Behandlung aufweist, dass es kollisionsrechtlich hinsichtlich eines Teils des Rechtsverhältnisses zwischen Behandler und Patient für anwendbar erklärt wird,⁹⁷ eine Degradierung zum Objekt und einen Würdeverstoß gerade nicht feststellt. Es scheint deshalb angebracht,

82 NK-BGB/Nordmeier, im Erscheinen, Art. 15 Rom II-VO Rz. 5 u. 9.

83 Spickhoff in FS Deutsch 80 (Fn. 70), S. 907 (915 f.) (Rechtswidrigkeit als „Wesenselement der Haftung aus unerlaubter Handlung“).

84 Vgl. Palandt/Sprau (Fn. 15), § 823 Rz. 37.

85 Diese – und nicht das Deliktsstatut – entscheidet also beispielsweise, ob das Verfahren wirksam eingeleitet wurde.

86 Vgl. Spickhoff (Fn. 9), Nach Art. 26 Rom II Rz. 21; ders. in FS Deutsch 80 (Fn. 70), S. 907 (912 f.); Bernitt (Fn. 73), S. 163 (jedoch ohne Unterscheidung zwischen Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit).

87 Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, Vorbem. § 32 ff. Rz. 27 (die Frage der Anwendbarkeit ausländischer Rechtfertigungsgründe jedoch für ungeklärt haltend).

88 Unabhängig davon, ob sie nationaler oder unionaler Provenienz sind. Näher Schmidt-Kessel, Das Internationale Privatrecht als Vorbild eines transnationalen Strafanwendungsrechts?, in Sinn (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität: Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht, 2012, S. 65 (68 ff.).

89 Grundlegend Cornils, Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht, 1978, S. 42 und 98. Ähnlich Spickhoff in FS Deutsch 80 (Fn. 70), S. 907 (920), der die für anwendbar erklärten ausländischen Rechtfertigungsgründe im deutschen Strafrecht „tolerieren“ möchte.

90 In Betracht kommt eine Rechtfertigung sowohl nach dem Vertragsstatut als auch nach dem Deliktsstatut.

91 Spickhoff in FS Deutsch 80 (Fn. 70), S. 907 (920 ff.).

92 Nachweise oben Fn. 77.

93 Eine solche akzessorische Anknüpfung im autonomen deutschen Kollisionsrecht findet sich beispielsweise auch in Art. 44 EGBGB.

94 Es handelt sich um einen echten Normenwiderspruch, weil die parallel anwendbaren Sachrechte sich gegenseitig ausschließende Rechtsfolgen anordnen, vgl. *v. Bar/Mankowski* (Fn. 50), § 7 Rz. 252; *Kegel/Schurig* (Fn. 15), S. 370 f.

95 Spickhoff in FS Deutsch 80 (Fn. 70), S. 907 (919), hält bei Divergenz von Deliktsstatut und Strafstatut eine Anpassung für nicht möglich, weil sich in den beteiligten Rechten keine Maßstäbe zur Auflösung der Disharmonie finden ließen. Jedoch könnten für die Anpassungsentscheidung auch die von Spickhoff in FS Deutsch 80 (Fn. 70), S. 907 (921), herangezogenen Aspekte der Praktikabilität der Lösung und der Erkennbarkeit der Rechtfertigung für den Täter fruchtbar gemacht werden.

96 Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 23.

97 Nämlich dasjenige Statut, nach dem die Einwilligung wirksam ist.

Aktuelle Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärung vor Schulimpfaktionen in Österreich und Deutschland

durch sachrechtliche Anpassung die statutenfremde bestehende Einwilligungsfähigkeit in das Statut zu übernehmen, nach dem sie eigentlich nicht besteht. Der Behandler kommt deswegen seiner Pflicht aus § 630d Abs. 1 BGB nach, wenn die Einwilligung nicht nach deutschem Vertragsstatut, aber nach ausländischem Deliktsstatut wirksam ist. Er haftet nicht aus § 823 BGB, wenn zwar nicht das deutsche Deliktsstatut, aber das ausländische Vertragsstatut die Einwilligung für wirksam erachtet.

6. Einwilligung Minderjähriger

Bei der Einwilligung Minderjähriger ist das Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern (KSÜ)⁹⁸ vom 19.10.1996 relevant. Nach Art. 16 Abs. 1 KSÜ unterliegen die Zuweisung oder das Erlöschen der elterlichen Verantwortung kraft Gesetzes und nach Art. 17 S. 1 KSÜ die Ausübung der elterlichen Verantwortung dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes.⁹⁹ Diese schließt die Frage nach dem Inhalt der elterlichen Verantwortung¹⁰⁰ und damit nach dem Erfordernis der Einwilligung der Eltern anstelle des Kindes oder der Zustimmung der Eltern zu einer Einwilligung des Kindes ein.¹⁰¹ Eine etwaige Beteiligung der Inhaber der elterlichen Verantwortung an der Einwilligung in die

medizinische Behandlung eines unter 18-jährigen Kindes¹⁰² richtet sich deshalb nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes im Moment der Einwilligung.¹⁰³

7. Kollisionsrechtliche Komplexität

Eine weitere internationalprivatrechtliche Implikation der Einwilligung findet sich im Verweis des § 630d Abs. 1 BGB auf die Patientenverfügung nach § 1901a BGB. Deren kollisionsrechtliche Erfassung erweist sich als schwierig und noch nicht abschließend geklärt.¹⁰⁴ Insgesamt betrachtet ist die internationalprivatrechtliche Beurteilung der Einwilligung und der Einwilligungsfähigkeit von einer Komplexität, die das Bedürfnis der behandlerischen Praxis an Klarheit über deren rechtliche Voraussetzungen konterkariert.

VII. Ergebnis

Die Kodifizierung des Behandlungsvertrags hat zur Folge, dass bei Behandlungen mit grenzüberschreitenden Bezügen das Vertragsstatut stärker in den Fokus rückt. Die internationalvertragsrechtliche Rechtswahlfreiheit mag im Einzelfall Gestaltungsspielraum eröffnen, ist aber insbesondere aufgrund des Art. 6 Rom I-VO eingeschränkt. Divergieren Vertrags- und Deliktsstatut, treten Spannungen auf – etwa bei der Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit –, die Korrekturen auf sachrechtlicher Ebene erfordern können. Die rechtliche Erfassung medizinischer Behandlungen mit grenzüberschreitenden Bezügen hat an Komplexität weiter zugenommen.

98 Für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft seit dem 1.1.2011; Text bei *Jayme/Hausmann* (Fn. 4), Nr. 53.

99 Hierzu *Dutta*, StAZ 2010, 193, 202. Rechtsgeschäftlichen Verkehrsschutz gewährt Art. 19 KSÜ.

100 NK-BGB/*Benicke* (Fn. 77), Anh. I zu Art. 24 EGBGB – Art. 16 KSÜ Rz. 1.

101 Die Zustimmung zur medizinischen Behandlung fällt in den Anwendungsbereich des KSÜ, s. *Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law*, Revised draft of the Practical Handbook on the operation of the 1996 Convention, Mai 2011, S. 109. Dies folgt auch im Umkehrschluss aus Art. 4 lit. h) KSÜ, nach dem öffentliche Maßnahmen allgemeiner Art in Angelegenheiten der Gesundheit vom Anwendungsbereich des KSÜ ausgenommen sind.

102 Das KSÜ ist nach Art. 2 KSÜ auf Kinder von der Geburt bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs anzuwenden.

103 Dies wäre etwa im von *Spickhoff* in FS Deutsch 80 (Fn. 70), S. 907 (908), gewählten Beispiel des 14-jährigen Österreichers, der in Deutschland von einem Arzt österreichischer Staatsangehörigkeit behandelt wird, zu berücksichtigen.

104 Grundlegend *Jayme*, Die Patientenverfügung: Erwachsenenschutz und Internationales Privatrecht, in FS v. Hoffmann (Fn. 3), S. 203 ff.