

Göttinger Schriften zum Medizinrecht
Band 21



Dario Holland

Das Verhältnis
von Selbstbestimmungsaufklärung
und therapeutischer Aufklärung



Universitätsverlag Göttingen

Dario Holland
Das Verhältnis von Selbstbestimmungsaufklärung
und therapeutischer Aufklärung

Dieses Werk ist lizenziert unter einer
[Creative Commons
Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen
4.0 International Lizenz](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).



erschienen als Band 21 der Reihe „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“
im Universitätsverlag Göttingen 2017

Dario Holland

Das Verhältnis von
Selbstbestimmungsaufklärung
und therapeutischer
Aufklärung

Göttinger Schriften
zum Medizinrecht Band 21



Universitätsverlag Göttingen
2017

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe

Zentrum für Medizinrecht
Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen
Geschäftsführender Direktor: Prof. Dr. Volker Lipp
www.zfm.uni-goettingen.de

Autorenkontakt

E-Mail: d.holland@gmx.de

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Dario Holland
Umschlaggestaltung: Kilian Klapp, Margo Bargheer

© 2017 Universitätsverlag Göttingen
<http://univerlag.uni-goettingen.de>
ISBN: 978-3-86395-303-4
DOI: <https://doi.org/10.17875/gup2017-1035>
eISSN: 2512-689X

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis März 2017 berücksichtigt, soweit dies sinnvoll und erforderlich war.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Andreas Spickhoff, der nicht nur das Thema der Arbeit angeregt und mir den erforderlichen wissenschaftlichen Freiraum gewährt, sondern auch das Erstgutachten zügig erstellt hat. Des Weiteren danke ich Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Costede für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Den Herausgebern der „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“ danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe.

Besonderer Dank gilt meiner gesamten Familie, die ich stets an meiner Seite weiß. Insbesondere möchte ich mich bei meinen Eltern für ihr stetiges Vertrauen und ihre Unterstützung bedanken.

Schließlich möchte ich mich bei Carina Hartje für ihre liebevolle Unterstützung vor und während des Verfassens dieser Arbeit bedanken.

Kassel, im April 2017

Dario Holland

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XI
Erstes Kapitel: Einleitung	1
A. Problemaufriss	3
B. Ziel und Gang der Untersuchung.....	4
Zweites Kapitel: Selbstbestimmungsaufklärung.....	7
A. Diagnoseaufklärung.....	9
B. Verlaufsaufklärung.....	12
C. Risikoaufklärung.....	15
D. Überschneidung von Risikoaufklärung und Verlaufsaufklärung	18
E. Rechtsfolgen bei Versäumnissen im Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung	19
F. Zurechnungszusammenhang.....	20

Drittes Kapitel: Therapeutische Aufklärung	23
A. Inhalt der therapeutischen Aufklärungspflicht	24
B. Maß und Umfang der therapeutischen Aufklärung	28
Viertes Kapitel: Die ärztlichen Aufklärungspflichten nach dem Patientenrechtegesetz.....	29
A. Einwilligungserfordernis gem. § 630d Abs. 1 S. 1 BGB.....	30
B. Aufklärungspflichten gem. § 630e Abs. 1 BGB.....	30
C. Informationspflichten gem. § 630c Abs. 2 und 3 BGB.....	31
D. Inhaltliche Überschneidungen der Aufklärungspflichten gem. § 630e Abs. 1 BGB und der Informationspflichten gem. § 630c Abs. 2 S. 1 BGB.....	32
Fünftes Kapitel: Die Beweislastverteilung bei Behandlungsfehlern (therapeutische Aufklärung) und Aufklärungsfehlern (Selbstbestimmungsaufklärung)	35
A. Beweislast bei Versäumnissen bzgl. der Selbstbestimmungsaufklärung.....	36
I. Beweislast bzgl. der (Aufklärungs-)Pflichtverletzung.....	36
II. Beweislast bzgl. des Verschuldens	39
III. Beweislast bzgl. des Kausalzusammenhangs und des Schadens.....	39
1. Beweislast bzgl. der hypothetischen Einwilligung	41
2. Beweislast bzgl. der hypothetischen Kausalität	43
B. Beweislast für Versäumnisse bzgl. der therapeutischen Aufklärung.....	43
I. Beweislast bzgl. der Pflichtverletzung.....	44
II. Beweislast bzgl. des Verschuldens	45
III. Beweislast bzgl. Kausalität und Schaden	45
1. Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens	46
2. Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern	48
Sechstes Kapitel: Die Bedeutung der ärztlichen Dokumentationspflicht für die Beweislastverteilung bei Versäumnissen im Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung und der therapeutischen Aufklärung.....	51
A. Dokumentationspflicht der Selbstbestimmungsaufklärung.....	52
I. Rechtslage vor Einführung des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB	53
II. Rechtslage nach Einführung des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB.....	54
B. Dokumentationspflicht der therapeutischen Aufklärung.....	57

I. Rechtsprechung zur Dokumentationspflicht der therapeutischen Aufklärung.....	59
1. Therapeutische Aufklärung über das Versagerrisiko.....	59
2. Therapeutische Aufklärung über aufgetretene Komplikationen ..	60
3. Therapeutische Aufklärung über notwendige Kontrolluntersuchungen und Wiedervorstellungen	63
4. Therapeutische Aufklärung über die medikamentöse Weiterbehandlung	67
5. Therapeutische Aufklärung in Fällen der Behandlungsverweigerung oder des Behandlungsabbruchs.....	69
6. Therapeutische Aufklärung über eine der Erkrankung angepasste Lebensweise	72
II. Kritik an der Rechtsprechung zur ärztlichen Dokumentationspflicht ..	73
1. Zweck und Umfang der ärztlichen Dokumentation	75
2. Ablehnung einer auf Beweissicherung gerichteten Dokumentationspflicht	81
 Siebtes Kapitel: Die Beweisprobleme des Patienten bzgl. der Pflichtverletzung bei Verstößen gegen die therapeutische Aufklärungspflicht	83
A. Die Ursachen der Beweisprobleme des Patienten bei Versäumnissen im Bereich der therapeutischen Aufklärung.....	85
I. Beweisprobleme bzgl. negativer Tatsachen.....	85
II. Beweisprobleme bzgl. mündlicher Erklärungen.....	86
III. Zusammenfassung.....	88
B. Die Forderung nach einer generellen Beweislast der Behandlungsseite für die ordnungsgemäße Durchführung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung.....	89
I. Die Notwendigkeit einer Unterscheidung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung	89
II. Vergleichbarkeit der therapeutischen Aufklärung mit voll beherrschbaren Behandlungsrisiken.....	90
1. Voll beherrschbare Behandlungsrisiken i.S.d. § 630h Abs. 1 BGB	91
2. Keine Übertragbarkeit der Grundsätze zu voll beherrschbaren Risiken auf die therapeutische Aufklärung.....	94
III. Beweislastumkehr im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung	96
1. Voraussetzungen der Beweislastumkehr	97
2. Keine dringende Notwendigkeit für eine Beweislastumkehr.....	97
IV. Zusammenfassung.....	102

Achtes Kapitel: Die Abgrenzung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung.....	105
A. Die Abgrenzung nach Einführung des Patientenrechtegesetzes	106
B. Der Zeitpunkt des Aufklärungsgesprächs als untaugliches Abgrenzungskriterium	107
C. Der Zweck des Aufklärungsgesprächs als taugliches Abgrenzungskriterium	108
D. Die inhaltliche Überschneidung von Diagnoseaufklärung und therapeutischer Aufklärung.....	109
E. Die inhaltliche Überschneidung von Verlaufsaufklärung und therapeutischer Aufklärung.....	109
F. Die inhaltliche Überschneidung von Risikoaufklärung und therapeutischer Aufklärung.....	111
I. Die Abgrenzung von Risikoaufklärung und therapeutischer Aufklärung bei der Arzneimitteltherapie	112
1. Therapeutische Aufklärung bei der Arzneimitteltherapie.....	113
2. Risikoaufklärung bei der Arzneimitteltherapie.....	116
II. Die Abgrenzung von Risikoaufklärung und therapeutischer Aufklärung bei der Sterilisation.....	123
1. BGH-Entscheidung vom 02.12.1980, VI ZR 175/78.....	125
2. BGH-Entscheidung vom 10.03.1981, VI ZR 202/79.....	126
3. Hinweis über das Versagerisiko als Teil der Selbstbestimmungsaufklärung.....	127
III. Die Pflicht zur nachträglichen „Selbstbestimmungs- und Sicherungsaufklärung“	134
IV. Die Abgrenzung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung bei echten Behandlungsalternativen.....	136
V. Zusammenfassung der unterschiedlichen Abgrenzungskonstellationen	138
Neuntes Kapitel: Die Anspruchskonkurrenz bei Verstößen gegen die Selbstbestimmungsaufklärung und die therapeutische Aufklärung.....	139
Zehntes Kapitel: Schlussbetrachtung	141
Literaturverzeichnis	145

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AHRS	Arzthaftungsrechtsprechung (Loseblattwerk)
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
ArztR	Arztrecht (Zeitschrift)
Aufl.	Auflage
A/ZusR	Der Arzt/Zahnarzt und sein Recht (Zeitschrift)
BayÄbl	Bayerisches Ärzteblatt (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BMJ	Bundesminister der Justiz
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise

CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
DÄbl	Deutsches Ärzteblatt (Zeitschrift)
Diss.	Dissertation
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
f.	folgende
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	folgenden
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GesR	Gesundheitsrecht (Zeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber
i.S.d.	im Sinne der, im Sinne des
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
Ls.	Leitsatz
MBO-Ä	Musterberufsordnung der Ärzte
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
PharmR	Pharma Recht (Zeitschrift)

RG	Reichsgericht
RGSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Satz, Seite
sog.	sogenannte, sogenanntes
StGB	Strafgesetzbuch
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
Vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Erstes Kapitel: Einleitung

Im Arzthaftungsprozess steht regelmäßig nicht nur die Beurteilung einer bestimmten Rechtsfrage im Mittelpunkt, sondern die Parteien streiten darüber, wie sich ein Sachverhalt tatsächlich zugetragen hat.¹ Eine gerichtliche Entscheidung hat auch dann zu ergehen, wenn der streitige Sachverhalt nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts aufgeklärt werden kann.² Welche Prozesspartei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat, wenn entscheidungserhebliche Tatsachen unbewiesen bleiben (sog. non liquet), regelt die objektive Beweislast (Feststellungslast).³ Dagegen gibt die subjektive Beweislast (Beweisführungslast) Auskunft darüber, welche Prozesspartei durch eigenes Tätigwerden streitige Tatsachen beweisen muss, wenn sie nicht beweisfällig bleiben und den Prozess verlieren will.⁴ Zu Beginn eines Arzthaftungsprozesses liegen die objektive und die subjektive Beweislast regelmäßig auf der Seite des Patienten, weil er den Vorwurf eines Behandlungsfehlers erhebt und dann die anspruchsbegründenden Tatsachen

¹ *Graf*, Die Beweislast im Arzthaftungsprozeß, S. 7.

² *Gottwald*, JURA 1980, 225, 225; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 115, Rn. 1.

³ *Gottwald*, JURA 1980, 225, 227; *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 107, Rn. 1; *MedR-Komm/Katzenmeier*, § 286 ZPO, Rn. 7; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 115, Rn. 2 f.

⁴ *Gottwald*, JURA 1980, 225, 226; *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 107, Rn. 2; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 115, Rn. 4.

seines Schadensersatz- bzw. Schmerzensgeldanspruchs beweisen muss.⁵ Die Beweisführung stellt den Patienten dann oftmals vor erhebliche Probleme.⁶ Zum einen wird der Patient nicht sämtliche Behandlungsschritte bewusst wahrnehmen und erinnern können.⁷ Zum anderen können sich individuelle Faktoren, wie die psychische und physische Konstitution oder das Krankheitsstadium des Patienten, entscheidend auf den Heilungsverlauf auswirken.⁸ Allein aus der Nichtheilung des Patienten kann nicht auf ein ärztliches Fehlverhalten geschlossen werden.⁹ Die „Unberechenbarkeit des lebenden Organismus“ kann dazu führen, dass Zwischenfälle trotz fachgerechter Behandlung schicksalhaft eintreten.¹⁰

Für den Patienten bietet es sich deshalb an, seine zivilrechtlichen Schadensersatz- bzw. Schmerzensgeldansprüche nicht lediglich auf den Vorwurf eines Behandlungsfehlers zu stützen.¹¹ Regelmäßig erhebt der Patient daneben oder isoliert den Vorwurf einer unterlassenen oder unzureichenden Selbstbestimmungsaufklärung.¹² Es handelt sich dabei um einen eigenständigen, von der Behandlungsfehlerhaftung unabhängigen Haftungsgrund.¹³ Die Selbstbestimmungsaufklärung hat zum Ziel, dem Patienten eine eigenverantwortliche Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob er sich einem bestimmten Eingriff unterziehen möchte.¹⁴ Nur wenn der Patient eine ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung erhalten hat, ist seine Einwilligung in den Eingriff wirksam und das ärztliche Handeln gerechtfertigt.¹⁵ Aus der Sicht des Patienten ist die Beweislastverteilung hier günstiger. Nach § 630h Abs. 2 S. 1 BGB muss der Behandelnde beweisen, dass er eine ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung durchgeführt und eine wirksame Einwilligung des Patienten eingeholt hat.¹⁶ Im Deliktsrecht folgt die Beweislastverteilung aus der

⁵ *Laufs/Kern*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 107, Rn. 3.

⁶ *Prütting*, FS-LG Saarbrücken (1985), 257, 259.

⁷ *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 127; *Graf*, Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess, S. 14 f.; *Kostka*, Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess bei fehlerhafter Befunderhebung und Gerätefehlern, S. 1.

⁸ *Graf*, Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess, S. 17; *Prütting*, FS-LG Saarbrücken (1985), 257, 259.

⁹ BGH, Urteil vom 18.12.1990 – VI ZR 169/90 – NJW 1991, 1540, 1541; *Graf*, Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess, S. 17; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 129; *Müller*, NJW 1997, 3049, 3049; *Prütting*, FS-LG Saarbrücken (1985), 257, 259; *Schmid*, NJW 1994, 767, 771; *Spickhoff*, NJW 2002, 2530, 2533.

¹⁰ BGH, Urteil vom 14.03.1978 – VI ZR 213/76 – NJW 1978, 1681, 1682; *Laufs/Kern*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 107, Rn. 12.

¹¹ Vgl. *Schenk*, Die medizinische Grundaufklärung, S. 4.

¹² Vgl. *Laufs/Kern*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 107, Rn. 17.

¹³ *Schenk*, Die medizinische Grundaufklärung, S. 4.

¹⁴ *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59, Rn. 11.

¹⁵ BVerfG, Beschluss vom 25.07.1979 – 2 BvR 878/74 – NJW 1979, 1925, 1930 ff.; *Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 122.

¹⁶ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 511.

Rechtsnatur der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund.¹⁷ Als Einwendung muss sie von dem Arzt bewiesen werden.¹⁸

A. Problemaufriss

Neben der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung treffen den Arzt weitere, seit der Einführung des Patientenrechtegesetzes¹⁹ als „Informationspflichten“ bezeichnete Aufklärungspflichten.²⁰ Hierzu zählt gem. § 630c Abs. 2 S. 2 BGB die Pflicht, den Patienten unter bestimmten Voraussetzungen über Behandlungsfehler aufzuklären.²¹ Der Behandelnde kann zudem verpflichtet sein, den Patienten über die mit der Behandlung verbundenen Kosten aufzuklären, § 630c Abs. 3 S. 1 BGB. Des Weiteren ist auch die therapeutische Aufklärungspflicht nunmehr in § 630c Abs. 1 S. 1 BGB als Informationspflicht gesetzlich geregelt. Die therapeutische Aufklärung soll den Behandlungserfolg sicherstellen und Selbstgefährdungen des Patienten vermeiden.²² Der Arzt muss dem Patienten entsprechende Warn- und Schutzhinweise erteilen und zu einem therapiegerechten Verhalten anleiten.²³ Es handelt sich bei der therapeutischen Aufklärung um eine Vertragspflicht, deren Erfüllung nicht Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung des Patienten ist.²⁴ Versäumnisse in diesem Bereich werden nicht als Aufklärungs-, sondern als Behandlungsfehler eingestuft.²⁵ Das hat zur Folge, dass der Patient beweisbelastet ist.²⁶

In Arzthaftungsfällen, in denen die Frage einer ordnungsgemäßen Selbstbestimmungsaufklärung oder therapeutischen Aufklärung im Mittelpunkt steht, entscheidet oftmals die Beweislast über den Ausgang des Verfahrens.²⁷ Die Gespräche zwischen Arzt und Patient finden im vertrauensvollen Rahmen und daher regelmäßig unter vier Augen statt.²⁸ Dadurch wird die Beweisführung für

¹⁷ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 511; *Kern/Laufs*: Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 171 f.

¹⁸ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 511.

¹⁹ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013, BGBl. I S. 277 ff.

²⁰ *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 185.

²¹ *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 185.

²² BGH, Urteil vom 14.09.2004 – VI ZR 186/03 – NJW 2004, 3703, 3704; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 95.

²³ BGH, Urteil vom 14.09.2004 – VI ZR 186/03 – NJW 2004, 3703, 3704; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 95.

²⁴ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 514.

²⁵ BGH, Urteil vom 14.09.2004 – VI ZR 186/03 – NJW 2004, 3703, 3704; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 98; *Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 120.

²⁶ BGH, Urteil vom 14.09.2004 – VI ZR 186/03 – NJW 2004, 3703, 3704; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 514; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, P 20.

²⁷ *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 282.

²⁸ *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 282.

die Parteien erheblich erschwert. Wenn es um die Frage geht, welchen Inhalt ein Aufklärungsgespräch hatte, wird es insbesondere dem Patienten nur selten gelingen zu beweisen, dass der Arzt einen erforderlichen Hinweis nicht erteilt hat.²⁹

Erhöht sich beispielsweise das Risiko für eine Karieserkrankung, weil der Patient eine feste Zahnspange trägt, muss der Arzt den Patienten über das erhöhte Kariesrisiko und die Notwendigkeit einer angemessenen Mundhygiene aufklären.³⁰ Handelt es sich dabei um eine Selbstbestimmungsaufklärung, für deren ordnungsgemäße Durchführung der Arzt beweiselastet ist? Oder ist ein solcher Hinweis dem Bereich der therapeutischen Aufklärung zuzuordnen, mit der Folge, dass der Patient Versäumnisse des Arztes bei der Aufklärung beweisen muss?

Aufgrund der unterschiedlichen Verteilung der Beweislast kann sich die Abgrenzung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung prozessentscheidend auswirken.³¹ In diesem Zusammenhang gewinnt die ärztliche Dokumentation an Bedeutung. Die ärztliche Dokumentationspflicht regelt, welchen Inhalt die von dem Behandelnden zu führende Patientenakte aufweisen muss. Wurde eine dokumentationspflichtige Maßnahme nicht aufgezeichnet, wird gem. § 630h Abs. 3 BGB vermutet, dass der Behandelnde diese Maßnahme nicht getroffen hat. Wäre eine therapeutische Aufklärung dokumentationspflichtig und läge eine entsprechende Dokumentation nicht vor, würde vermutet werden, dass eine therapeutische Aufklärung des Patienten insofern nicht stattgefunden hat.

B. Ziel und Gang der Untersuchung

Wie sind die Selbstbestimmungsaufklärung und die therapeutische Aufklärung inhaltlich ausgestaltet? Wie ist die Beweislast bei Versäumnissen im Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung und der therapeutischen Aufklärung zwischen den Parteien verteilt? Inwieweit wirkt sich die ärztliche Dokumentationspflicht auf diese Beweislastverteilung aus? Welche Konsequenzen haben die Beweisschwierigkeiten der Parteien für die Beweisführung bei Verstößen gegen die Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung bzw. therapeutischen Aufklärung? Auf welche Weise lassen sich Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung voneinander abgrenzen? Wie konkurrieren Ansprüche wegen eines Behandlungs- und Aufklärungsfehlers, wenn Versäumnisse sowohl im Bereich der therapeutischen Aufklärung als auch der Selbstbestimmungsaufklärung vorliegen? Ausgehend von diesen Fragestellungen wird im Rahmen dieser Arbeit das

²⁹ Vgl. Ratzel/Luxenburger/*Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 282.

³⁰ OLG Stuttgart, Urteil vom 20.05.2008 – 1 U 122/07 – VersR 2008, 927, 927.

³¹ Vgl. NK-MedR/*Werner*, § 630c BGB, Rn. 3; Ratzel/Luxenburger/*Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 282.

Verhältnis von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung untersucht.

Die Arbeit beginnt mit Ausführungen zum Inhalt der ärztlichen Aufklärungspflichten (Zweites und Drittes Kapitel). Es wird auch betrachtet, wie die Selbstbestimmungsaufklärung und die therapeutische Aufklärung seit der Einführung des Patientenrechtegesetzes gesetzlich geregelt sind (Viertes Kapitel). Anschließend werden die Unterschiede der Beweislastverteilung bei Verstößen gegen die Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischen Aufklärung analysiert (Fünftes Kapitel). Einen Schwerpunkt der Untersuchung bildet die Frage, inwieweit sich die Annahme von ärztlichen Dokumentationspflichten auf die grundsätzlich bestehende Beweislastverteilung bei Verstößen gegen die Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung bzw. therapeutischen Aufklärung auswirkt. Dazu wird die Rechtsprechung zur ärztlichen Dokumentationspflicht systematisch ausgewertet (Sechstes Kapitel). Danach werden die Beweisschwierigkeiten des Patienten und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Anforderungen an die Beweisführung im Arzthaftungsprozess betrachtet (Siebtes Kapitel). Mit der Problematik, wie sich Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung voneinander abgrenzen lassen, folgt ein weiterer Schwerpunkt der Untersuchung. Auch dort wird sich intensiv mit der bereits zu dem Problemkreis ergangenen Rechtsprechung auseinandergesetzt (Achstes Kapitel). Daran anknüpfend wird untersucht, in welchem Verhältnis die Haftung aus Behandlungs- und Aufklärungsfehler steht, wenn dem Arzt sowohl im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung als auch der therapeutischen Aufklärung Fehler unterlaufen sind (Neuntes Kapitel). Abschließend werden die im Rahmen der Untersuchung gewonnen Ergebnisse in einer Schlussbetrachtung zusammengefasst (Zehntes Kapitel).

Zweites Kapitel: Selbstbestimmungsaufklärung

Die Körperverletzungsdoktrin ist der dogmatische Ausgangspunkt der Selbstbestimmungsaufklärung.³² Schon das Reichsgericht stufte den ärztlichen Heileingriff per se als tatbestandliche Körperverletzung i.S.d. § 223 StGB ein, deren Strafbarkeit nur im Falle einer wirksamen Einwilligung entfallen könne.³³ Daran anknüpfend wurde auch eine Aufklärungspflicht des Arztes angenommen.³⁴ Den Arzt treffe eine allgemeine Beratungspflicht, aufgrund derer er einen Patienten vor einer Operation darüber aufzuklären habe, dass bestimmte Nebenwirkungen bestehen oder der gewünschte Erfolg möglicherweise nicht eintreten werde.³⁵ Nur wenn der Patient über „Anlaß, Wesen und Folgen der ärztlichen Maßnahmen“ unterrichtet worden war, konnte der Einwilligung rechtfertigende Wirkung zukommen.³⁶ Die Rechtsprechung hatte damit das

³² Vgl. Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 122.

³³ RGSt 25, 375, 382. Die Körperverletzungsdoktrin wurde anschließend von der zivilgerichtlichen Rechtsprechung übernommen; RGZ 68, 431 ff., *Brüggemeier*, Deliktsrecht, Rn. 631.

³⁴ RG, Urteil vom 19.05.1931 – RGZ III 202/30 – JW 1932, 3328 ff.; *Schmidt*, Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, S. 51 ff.

³⁵ RG, Urteil vom 19.05.1931 – RGZ III 202/30 – JW 1932, 3328, 3329 f.; *Schmidt*, Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, S. 52.

³⁶ *Schmidt*, Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, S. 33; *Voll*, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 9.

Erfordernis der „aufgeklärten Einwilligung“ geschaffen.³⁷ Im Mittelpunkt der sich daran anschließenden zivil- und strafrechtlichen Rechtsprechung des BGH³⁸ stand das Selbstbestimmungsrecht des Patienten.³⁹ Dem Menschen komme aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes das Selbstbestimmungsrecht über seinen Körper zu.⁴⁰ Dieses Recht könne der Patient nur sinnvoll ausüben, wenn er aufgrund der Aufklärung „Wesen, Bedeutung und Tragweite des ärztlichen Eingriffs jedenfalls in seinen Grundzügen erkannt“ habe.⁴¹ Später leitete das Bundesverfassungsgericht das Selbstbestimmungsrecht des Patienten aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG ab.⁴² Die Würde des Menschen und das Recht auf Selbstbestimmung würden es verbieten, dass der Patient als bloßes Objekt der Behandlung angesehen wird.⁴³ Erst der aufgeklärte Patient könne sein Selbstbestimmungsrecht sinnvoll ausüben und deshalb das Subjekt ärztlicher Fürsorge sein.⁴⁴ Auch wenn die Rechtsprechung bis zur Gegenwart an der Körperverletzungsdoktrin festhält, wird das Erfordernis der Selbstbestimmungsaufklärung heute primär mit der zivilrechtlichen Konkretisierung der Grundrechte des Patienten begründet.⁴⁵

Im Zusammenhang mit der Selbstbestimmungsaufklärung hat sich eine Vielzahl von Begrifflichkeiten herausgebildet.⁴⁶ So kann zwischen der Diagnose-, Verlaufs-, Risiko- und Alternativaufklärung (Inhalt der Selbstbestimmungsaufklärung), der Basis-, Stufen- sowie Totalaufklärung (Umfang der Selbstbestimmungsaufklärung) und der Spontanaufklärung (Aufklärung auf ärztliche Initiative) unterschieden werden.⁴⁷ Teilweise wird die Selbstbestimmungsaufklärung auch als Form der Behandlungsaufklärung bezeichnet oder die „Verlaufs- und Eingriffs-

³⁷ Vgl. *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 77; *Katzmeier*, Arzthaftung, S. 323 in Fn. 8.

³⁸ Für das Zivilrecht: BGH, Urteil vom 10.07.1954 – VI ZR 45/54 – NJW 1956, 1106 ff. „1. Elektroschock-Urteil“; BGH, Urteil vom 09.12.1958 – VI ZR 203/57 – NJW 1959, 811 ff. „2. Elektroschock-Urteil“; BGH, Urteil vom 16.01.1959 – VI ZR 179/57 – NJW 1959, 814 ff. „Strahlen-Urteil“; für das Strafrecht: BGH, Urteil vom 28.11.1957 – 4 StR 525/57 – NJW 1958, 267 f. „Myom-Urteil“.

³⁹ *Brüggemeier*, Deliktsrecht, Rn. 632; *Katzmeier*, Arzthaftung, S. 322 f.; *Voll*, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 10 f.

⁴⁰ BGH, Urteil vom 28.11.1957 – 4 StR 525/57 – NJW 1958, 267, 268 „Myom-Urteil“.

⁴¹ BGH, Urteil vom 10.07.1954 – VI ZR 45/54 – NJW 1959, 1106, 1107 „1. Elektroschock-Urteil“.

⁴² BVerfG, Beschluss vom 25.07.1979 – 2 BvR 878/74 – NJW 1979, 1925, 1930 f., Votum der Richter *Hirsch*, *Niebler* und *Steinberger*; BVerfG, Beschluss vom 16.09.1998 – 1 BvR 1130/98 – NJW 1999, 1777, 1777; BVerfG, Beschluss vom 18.11.2004 – 1 BvR 2315/04 – NJW 2005, 1103, 1104.

⁴³ BVerfG, Beschluss vom 18.11.2004 – 1 BvR 2315/04 – NJW 2005, 1103, 1104; BGH, Urteil vom 23.11.1982 – VI ZR 222/79 – NJW 1983, 328, 329.

⁴⁴ BVerfG, Beschluss vom 25.07.1979 – 2 BvR 878/74 – NJW 1979, 1925, 1932, Votum der Richter *Hirsch*, *Niebler* und *Steinberger*.

⁴⁵ *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 1; *Steffen/Paue*, Arzthaftungsrechts, Rn. 366.

⁴⁶ *Deutsch* spricht in diesem Zusammenhang von einer „babylonischen Sprachverwirrung“, *Deutsch*, Theorie der Aufklärungspflicht, S. 93.

⁴⁷ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 435.

aufklärung“ werden als Unterkategorien der Risikoaufklärung angesehen.⁴⁸ Vornehmlich wird die Selbstbestimmungsaufklärung jedoch als Oberbegriff für die Diagnose-, Verlaufs- und Risikoaufklärung verstanden.⁴⁹ An diesen Begriffen wird deshalb auch im Folgenden festgehalten. Dabei wird sich zeigen, dass sich die inhaltlichen Ausprägungen der Selbstbestimmungsaufklärung nicht immer trennscharf voneinander abgrenzen lassen und mitunter ineinander übergehen können.⁵⁰

A. Diagnoseaufklärung

Diagnoseaufklärung bedeutet, dass der Patient über den medizinischen Befund informiert wird.⁵¹ Dem Patienten wird mitgeteilt, dass er krank ist und um welche Erkrankung es sich handelt.⁵² Allerdings unterfällt nicht von vorneherein jede Mitteilung der Diagnose dem Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung.⁵³ Diagnoseaufklärung und Therapieentscheidung stehen in einem „Mittel-Zweck-Verhältnis“.⁵⁴ Unter dem Gesichtspunkt des Selbstbestimmungsrechts ist maßgeblich, dass der Patient die Diagnose kennen muss, um sich für oder gegen eine Therapie oder Behandlung entscheiden zu können.⁵⁵

⁴⁸ Selbstbestimmungsaufklärung als Form der Behandlungsaufklärung: *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 18; Risikoaufklärung als Oberbegriff für die Verlaufs-/Eingriffsaufklärung: *Ulsenheimer/Biermann*, Rn. 349.

⁴⁹ Vgl. *Brügemeier*, Deliktsrecht, Rn. 703; *Deutsch*, NJW 1984, 1802, 1802; *Fehn*, GesR 2009, 11, 12; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 325; *Kern*, GesR 2009, 1, 5; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59, Rn. 11; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 536.

⁵⁰ Vgl. *Fehn*, GesR 2009, 11, 13; *Glatz*, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 240; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59, Rn. 12; *Roxin/Schroth/Schöb*, Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 57; *Uphoff/Hindemith*, in: *Ratzel/Lissel*, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 43.

⁵¹ BVerfG, Beschluss vom 18.11.2004 – 1 BvR 2315/04 – NJW 2005, 1103, 1104; OLG Stuttgart, Urteil vom 14.04.1988 – 14 U 16/87 – VersR 1988, 695, 696; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 539.

⁵² BVerfG, Beschluss vom 18.11.2004 – 1 BvR 2315/04 – NJW 2005, 1103, 1104; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59, Rn. 13.

⁵³ *Buschmann*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 15; *Glatz*, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 240; *Müller-Hegen*, Die Haftung für Aufklärungsfehler im Arzthaftungsrecht, S. 214; *Uphoff/Hindemith*, in: *Ratzel/Lissel*, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 42; *Wenzel*, FA-MedR/*Bernsmann/Geilen*, Kap. 4, Rn. 439.

⁵⁴ Vgl. *Hermann*, MedR 1988, 1, 4.

⁵⁵ *Heberer/Butzmann/Eicher/Hüttl*, Organtransplantation, Patientenverfügung, Aufklärung und Einwilligung, S. 79; *Uphoff/Hindemith*, in: *Ratzel/Lissel*, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 42; *Wenzel*, FA-MedR/*Bernsmann/Geilen*, Kap. 4, Rn. 439.

Reine Diagnoseverträge sind dadurch gekennzeichnet, dass sich der Patient nur in Behandlung begibt, um eine ärztliche Meinung einzuholen.⁵⁶ Beispielsweise kann durch eine zweite ärztliche Meinung eine bereits bestehende Diagnose abgesichert und die Notwendigkeit weiterer Therapien geklärt werden. Die ärztliche Diagnostik erfolgt ausschließlich mit dem Ziel, die vertragliche Hauptpflicht zu erfüllen.⁵⁷ Es geht gerade nicht darum, durch die Mitteilung der Diagnose weitere Eingriffe oder Behandlungen zu legitimieren. Auch wenn der Patient in diesen Fällen über seine Diagnose informiert wird, liegt eine dem Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung zuzuordnende Diagnoseaufklärung nicht vor.⁵⁸

Aus dem „Mittel-Zweck-Verhältnis“ von Diagnoseaufklärung und Therapieentscheidung folgt nicht, dass die Mitteilung der Diagnose nur deshalb unterbleiben darf, weil sie für die Entscheidungsfindung des Patienten keine Bedeutung hat.⁵⁹ Es wäre mit dem Bild des mündigen und gleichgestellten Patienten unvereinbar, wenn die Mitteilung der Diagnose vollständig im Belieben des Arztes stünde.⁶⁰ Der Arzt ist deshalb dazu verpflichtet, dem Patienten die Diagnose mitzuteilen, wenn dieser ausdrücklich danach fragt.⁶¹ Das gilt auch dann, wenn die Diagnoseaufklärung für die Therapieentscheidung des Patienten nicht erforderlich ist.⁶² Darüber hinaus können sich schwerwiegende Erkrankungen auf Fragen wie Eheschließung, Mutterschaft und Berufswahl auswirken.⁶³ Ist dieses für den Arzt erkennbar, hat er dem Patienten die Diagnose auch dann ungefragt mitzuteilen, wenn sie für die Entscheidung über die weitere Behandlung nicht von Bedeutung ist.⁶⁴

Allerdings dient die Diagnoseaufklärung in beiden Konstellationen nicht dazu, dem Patienten eine eigenverantwortliche Entscheidung über das „Ob“ der

⁵⁶ *Deutsch*, NJW 1980, 1305, 1305; *Müller-Hegen*, Die Haftung für Aufklärungsfehler im Arzthaftungsrecht, S. 214; *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 42.

⁵⁷ *Buschmann*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 15; *Glatz*, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 240; *Müller-Hegen*, Die Haftung für Aufklärungsfehler im Arzthaftungsrecht, S. 214; *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 42.

⁵⁸ *Buschmann*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 15; *Engisch*, Heileingriff und ärztliche Aufklärung, S. 12 f.; *Geilen*, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, S. 81 in Fn. 196; *Glatz*, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 240; *Müller-Hegen*, Die Haftung für Aufklärungsfehler im Arzthaftungsrecht, S. 214; *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 42.

⁵⁹ *Hermann*, MedR 1988, 1, 4 f.

⁶⁰ *Hermann*, MedR 1988, 1, 5.

⁶¹ *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 82; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 570; *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 42.

⁶² *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 82; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 570.

⁶³ *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 82.

⁶⁴ *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 82.

Behandlung zu ermöglichen.⁶⁵ Dem Patienten muss die Diagnose zwar mitgeteilt werden, eine dem Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung zuzuordnende Diagnoseaufklärung liegt jedoch auch hier nicht vor.⁶⁶

Im Regelfall begibt sich der Patient mit dem Ziel in ärztliche Behandlung, von seiner Erkrankung geheilt zu werden.⁶⁷ Um den Patienten angemessen behandeln zu können, muss in einem ersten Schritt die richtige Diagnose erstellt werden.⁶⁸ Für gewöhnlich wird der Patient nicht ohne Anlass in die weitere Behandlung einwilligen.⁶⁹ Eine Diagnoseaufklärung, die dem Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung zugeordnet wird, ist durchzuführen, wenn die Kenntnis von der Diagnose für die Entscheidungsfindung des Patienten „erkennbar von Bedeutung“ ist.⁷⁰ Die Aufklärung hat dann „richtig und vollständig zu erfolgen, da nur so der Patient in die Lage versetzt wird, das Für und Wider der ihm empfohlenen Behandlung abzuwägen“.⁷¹ Die Kenntnis von der medizinischen Indikation schafft somit die Grundlage für eine eigenverantwortliche Entscheidung des Patienten.⁷² Eine Diagnoseaufklärung, die dem Patienten die medizinische Indikation zur in Rede stehenden Behandlung verständlich macht, ist erforderlich aber auch ausreichend.⁷³ Über sämtliche Einzelheiten der Diagnose muss der Patient nicht aufgeklärt werden.⁷⁴

Handelt es sich um einen geistig beweglichen Patienten, wird der Arzt bei weitläufig bekannten Krankheiten, wie beispielsweise einer Erkältung oder einem grippalen Infekt, auf eine detaillierte Diagnoseaufklärung verzichten dürfen.⁷⁵ Hier ist eine Mitteilung der Diagnose in „groben Zügen“ ausreichend oder mit anderen Worten, eine Diagnoseaufklärung unter sämtlichen Gesichtspunkten für den Patienten „erkennbar nicht von Bedeutung“.⁷⁶ Anders als das „Ob“ steht das

⁶⁵ Vgl. *Upbhoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 42.

⁶⁶ *Upbhoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 42.

⁶⁷ *Buschmann*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 15; *Glatz*, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 240; *Müller-Hegen*, Die Haftung für Aufklärungsfehler im Arzthaftungsrecht, S. 214.

⁶⁸ Vgl. *Buschmann*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 15; *Müller-Hegen*, Die Haftung für Aufklärungsfehler im Arzthaftungsrecht, S. 214.

⁶⁹ *Glatz*, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 242; *Müller-Hegen*, Die Haftung für Aufklärungsfehler im Arzthaftungsrecht, S. 214.

⁷⁰ OLG Stuttgart, Urteil vom 14.04.1988 – 14 U 16/87 – VersR 1988, 695, 696; *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 436; *Spickhoff*, FS-Fischer (2010), S. 503, 517; *Ulsenheimer/Biermann*, Rn. 345.

⁷¹ OLG Stuttgart, Urteil vom 14.04.1988 – 14 U 16/87 – VersR 1988, 695, 696; *Ulsenheimer/Biermann*, Rn. 348.

⁷² Vgl. *Glatz*, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 242; *Müller-Hegen*, Die Haftung für Aufklärungsfehler im Arzthaftungsrecht, S. 214; *Upbhoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 42.

⁷³ *Upbhoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 42.

⁷⁴ *Upbhoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 42.

⁷⁵ Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 436.

⁷⁶ Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 436.

„Wie“ des Aufklärungsgesprächs im pflichtgemäßen Ermessen des Arztes.⁷⁷ Der Arzt kann bei seiner Wortwahl das Wesen und den Bildungsgrad des Patienten angemessen berücksichtigen.⁷⁸ Das kann im Einzelfall bedeuten, dass bei einer Krebsdiagnose nicht zwingend das Wort „Krebs“ oder „Karzinom“ verwendet werden muss.⁷⁹

Aufklärungsbedürftig ist auch die Zuverlässigkeit oder Unzuverlässigkeit der getroffenen Diagnose.⁸⁰ Die ärztlichen Angaben müssen immer auf eine hinreichende Tatsachengrundlage zurückzuführen sein.⁸¹ Der Patient wird seine Entscheidung für oder gegen eine Behandlungsmaßnahme auch davon abhängig machen, inwieweit er sich auf die Richtigkeit der Diagnose verlassen kann.⁸² Es bedarf deshalb einer entsprechenden Klarstellung, wenn der Arzt nur eine Vermutung oder einen Verdacht äußert.⁸³ Anderenfalls liegt keine ordnungsgemäße Diagnoseaufklärung vor.⁸⁴ In diesem Fall ist die auf Grundlage der Verdachtsdiagnose erteilte Einwilligung unwirksam und der ärztliche Eingriff rechtswidrig.⁸⁵

B. Verlaufsaufklärung

Die Literatur definiert den Gegenstand der Verlaufsaufklärung, die vereinzelt auch als Behandlungsaufklärung⁸⁶ bezeichnet wird, nicht einheitlich.⁸⁷ Teilweise wird der Begriff der Verlaufsaufklärung sehr eng verstanden. Unter dem Gesichtspunkt der Verlaufsaufklärung sei der Patient lediglich über den „vorhersehbaren

⁷⁷ BGH, Urteil vom 16.01.1959 – VI ZR 179/57 – NJW 1959, 814, 815 „Strahlen-Urteil“; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59, Rn. 14.

⁷⁸ BGH, Urteil vom 16.01.1959 – VI ZR 179/57 – NJW 1959, 814, 815 „Strahlen-Urteil“.

⁷⁹ BGH, Urteil vom 16.01.1959 – VI ZR 179/57 – NJW 1959, 814, 815 „Strahlen-Urteil“; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59, Rn. 14.

⁸⁰ OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 03.03.1995 – 24 U 311/93 – NJW-RR 1995, 1048, 1048; *Ulsenheimer/Biermann*, Rn. 348.

⁸¹ OLG Köln, Urteil vom 18.12.1986 – 7 U 147/84 – NJW 1987, 2936, 2936; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59, Rn. 15; *Ulsenheimer/Biermann*, Rn. 348.

⁸² OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 03.03.1995 – 24 U 311/93 – NJW-RR 1995, 1048, 1049; *Ulsenheimer/Biermann*, Rn. 348.

⁸³ OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 03.03.1995 – 24 U 311/93 – NJW-RR 1995, 1048, 1048; *Ulsenheimer/Biermann*, Rn. 348.

⁸⁴ BGH, Beschluss vom 29.11.1988 – VI ZR 140/88 – VersR 1989, 478, 478; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 03.03.1995 – 24 U 311/93 – NJW-RR 1995, 1048, 1048; *Ulsenheimer/Biermann*, Rn. 348.

⁸⁵ BGH, Beschluss vom 29.11.1988 – VI ZR 140/88 – VersR 1989, 478, 478; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 03.03.1995 – 24 U 311/93 – NJW-RR 1995, 1048, 1048; *Ulsenheimer/Biermann*, Rn. 348.

⁸⁶ *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 18; *Heberer/Butzmann/Eicher/Hüttl*, Organtransplantation, Patientenverfügung, Aufklärung und Einwilligung, S. 76; *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 152.

⁸⁷ *Martis/Winkelhart*, Arzthaftungsrecht, A 562 ff.

postoperativen Zustand“ aufzuklären.⁸⁸ Teilweise wird in der Verlaufsaufklärung die Pflicht des Arztes gesehen, den Patienten über die Schmerzhaftigkeit einer Untersuchung oder einer Behandlung aufzuklären, wenn für diesen erhebliche körperliche Schmerzen zu erwarten sind.⁸⁹ Die Verlaufsaufklärung stellt danach lediglich eine Art „Schmerzaufklärung“ dar.⁹⁰ Nach anderer Auffassung ist eine alleinige Information über den zu erwartenden postoperativen Zustand hingegen nicht ausreichend.⁹¹ Der Patient müsse grundsätzlich über „Art, Umfang und Durchführung des Eingriffs“ aufgeklärt werden.⁹² Der Patient sei deshalb auch über die sicheren Folgen der Behandlung, die Erfolgchancen und die Erfolgssicherheit einer Behandlungsmethode zu informieren.⁹³ Ihm müsse auch mitgeteilt werden, wie sich sein Gesundheitszustand weiterentwickeln würde, wenn er auf eine medizinische Behandlung verzichte.⁹⁴ Die Verlaufsaufklärung müsse den Patienten über die weitere Entwicklung seines Gesundheitszustandes in behandelter und unbehandelter Form ins Bild setzen.⁹⁵

Letzteres ist angesichts des Zwecks der Verlaufsaufklärung, dem Patienten die Möglichkeit einer eigenverantwortlichen Entscheidung über das „Ob“ der Behandlung zu eröffnen, überzeugend. Der Patient kann die Entscheidung, ob er sich einer Behandlung unterziehen möchte, nur sinnvoll treffen, wenn ihm bewusst ist, welche Bedeutung die Behandlung für den weiteren Verlauf seiner Erkrankung hat. Hierfür ist es nicht ausreichend, dass der Patient das Wesen des in Rede stehenden Eingriffs durchblickt. Er muss die mögliche Entwicklung seines Gesundheitszustandes nicht nur in behandelter, sondern auch in unbehandelter Form kennen.⁹⁶ Erst dann kann er die denkbaren Entwicklungen seines Gesundheitszustandes gegenüberstellen, gegeneinander abwägen und eine selbstbestimmte Entscheidung über den weiteren Verlauf seiner Behandlung treffen.⁹⁷

Die Verlaufsaufklärung hat deshalb unter zwei Gesichtspunkten zu erfolgen. Zum einen muss der Patient über „die Art, den Umfang und die Durchführung des beabsichtigten Eingriffs und seinen voraussichtlichen Verlauf“ aufgeklärt werden.⁹⁸ Zum anderen muss ihm vermittelt werden, welchen Verlauf seine

⁸⁸ *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 43.

⁸⁹ *Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflichtrecht*, C 84.

⁹⁰ Vgl. *Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflichtrecht*, C 84.

⁹¹ Vgl. *Laufs*, in: Laufs/Kern, *Handbuch des Arztrechts*, § 59, Rn.16 ff.

⁹² *Laufs*, in: Laufs/Kern, *Handbuch des Arztrechts*, § 59, Rn. 16.

⁹³ *Laufs*, in: Laufs/Kern, *Handbuch des Arztrechts*, § 59, Rn. 18 f.

⁹⁴ *Laufs*, in: Laufs/Kern, *Handbuch des Arztrechts*, § 59, Rn. 16.

⁹⁵ *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 437.

⁹⁶ *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 437.

⁹⁷ *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 437.

⁹⁸ MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 297.

Erkrankung und sein gesundheitlicher Zustand voraussichtlich nehmen werden, sollte er auf eine Behandlung verzichten.⁹⁹

Beispielsweise umfasst die Verlaufsaufklärung über das Wesen des Eingriffs bei einem Trümmerbruch des Schienbeins den Hinweis, dass Scheiben und Schrauben zur Ausrichtung des Knochens verwendet werden, die später wieder entfernt werden müssen.¹⁰⁰ Ist eine Gastroskopie geplant, muss der Patient darüber aufgeklärt werden, dass ein Schlauch durch die Speiseröhre in den Magen geführt werden muss.¹⁰¹ Ist die Entfernung des Wurmfortsatzes notwendig, muss der Patient erfahren, dass hierzu die Bauchdecke geöffnet werden muss.¹⁰² Zu den sicheren und deshalb ebenfalls unter dem Aspekt der Verlaufsaufklärung aufklärungspflichtigen Operationsfolgen zählen unter anderem Operationsnarben, Unfruchtbarkeit oder Funktionseinbußen von Gliedmaßen und Organen, Dauerschmerz sowie der Verlust der Gehfähigkeit.¹⁰³ Über den zu erwartenden Umfang der Heilung ist ebenfalls aufzuklären.¹⁰⁴ Das gilt insbesondere dann, wenn mit der geplanten Operation nur ein Teil des Leidens beseitigt werden kann.¹⁰⁵ Ist ein mehrstufiger Eingriff vorgesehen, muss der Patient bereits vor dem ersten Eingriff über alle geplanten Stufen aufgeklärt werden.¹⁰⁶

Der Patient muss nicht in allen Einzelheiten wissen, worin er eingewilligt hat.¹⁰⁷ Es ist grundsätzlich ausreichend, wenn der Patient „im Großen und Ganzen“ das Wesen des Eingriffs durchblickt.¹⁰⁸ Allerdings sind hiervon auch Ausnahmen möglich. Das gilt zum einen, wenn dem Eingriff bereits von vorneherein ein hohes Misserfolgsrisiko anhaftet.¹⁰⁹ Nur wenn der Arzt die Argumente, die für und gegen den Eingriff sprechen, detailliert dem Patienten erläutert, kann ausgeschlossen werden, dass sich dieser keine falschen Illusionen

⁹⁹ MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 296.

¹⁰⁰ *Fehn*, GesR 2009, 11, 13; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59, Rn. 17.

¹⁰¹ *Fehn*, GesR 2009, 11, 13; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59, Rn. 17.

¹⁰² *Fehn*, GesR 2009, 11, 13; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59, Rn. 17.

¹⁰³ *Fehn*, GesR 2009, 11, 13; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59, Rn. 18; *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 162.

¹⁰⁴ *Kern*, GesR 2009, 1, 5.

¹⁰⁵ Vgl. *Kern*, GesR 2009, 1, 5.

¹⁰⁶ OLG Koblenz, Urteil vom 29.11.2001 – 5 U 1382/00 – NJW-RR 2002, 816, 817; *Kern*, GesR 2009, 1, 5.

¹⁰⁷ BGH, Urteil vom 08.05.1990 – VI ZR 227/89 – NJW 1990, 2929, 2930; *Fehn*, GesR 2009, 11, 13; *Kern*, GesR 2009, 1, 5; *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 152.

¹⁰⁸ BGH, Urteil vom 08.05.1990 – VI ZR 227/89 – NJW 1990, 2929, 2930; *Fehn*, GesR 2009, 11, 13; *Kern*, GesR 2009, 1, 5; *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 152.

¹⁰⁹ *Fehn*, GesR 2009, 11, 13; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59, Rn. 20; NK-MedR/*Wever*, § 630e BGB, Rn. 3.

macht.¹¹⁰ Zum anderen sind erhöhte Anforderungen an die Aufklärung zu stellen, wenn echte Behandlungsalternativen bestehen.¹¹¹ Voraussetzung hierfür ist, dass mehrere übliche Behandlungsmethoden gleichermaßen medizinisch indiziert sind, diese aber unterschiedliche Risiken und Heilungschancen aufweisen.¹¹² Das ist typischerweise der Fall, wenn sowohl eine Operation als auch eine konservative Behandlung in Betracht kommen.¹¹³ Einzig eine vollständige Aufklärung ermöglicht dem Patienten in derartigen Konstellationen eigenverantwortlich zwischen den bestehenden Behandlungsmöglichkeiten zu wählen.¹¹⁴

C. Risikoauflklärung

Im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung kommt der Risikoauflklärung erhebliche Bedeutung zu.¹¹⁵ In Arzthaftungsprozessen, in denen von dem Patienten ein Aufklärungsfehler geltend gemacht wird, geht es größtenteils um den Vorwurf einer unterlassenen oder unzureichenden Risikoauflklärung.¹¹⁶

Gegenstand der Risikoauflklärung sind Hinweise über die mit der ärztlichen Behandlung verbundenen Gefahren.¹¹⁷ Dem Patienten muss vermittelt werden, dass auch bei Anwendung der allergrößten ärztlichen Sorgfalt und bei fehlerfreier Durchführung des Eingriffs, der Eintritt dauernder oder vorübergehender Nebenfolgen nicht ausgeschlossen werden kann.¹¹⁸ Über mögliche Behandlungsfehler muss der Patient nicht aufgeklärt werden.¹¹⁹ Grundsätzlich ist eine Aufklärung über die bestehenden Risiken „im Großen und Ganzen“ ausreichend.¹²⁰ Es müssen daher nicht alle möglichen nachteiligen Folgen der

¹¹⁰ BGH, Urteil vom 24.02.1981 – VI ZR 168/79 – NJW 1981, 1319; 1320; BGH, Urteil vom 23.09.1980 – VI ZR 189/79 – NJW 1981, 633, 633; *Fehn*, GesR 2009, 11, 13; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59, Rn. 20; NK-MedR/*Wever*, § 630e BGB, Rn. 3.

¹¹¹ *Kern*, GesR 2009, 1, 5; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59, Rn. 20.

¹¹² *Kern*, GesR 2009, 1, 5; *Wever*, in: *Bazan/Dann/Errestink*, Rechtshandbuch für Ärzte und Zahnärzte, Rn. 1894.

¹¹³ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 438; *Kern*, GesR 2009, 1, 5.

¹¹⁴ Vgl. *Kern*, GesR 2009, 1, 5; *Voll*, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 116.

¹¹⁵ *Uphoff/Hindemith*, in: *Ratzel/Lissel*, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 44.

¹¹⁶ *Uphoff/Hindemith*, in: *Ratzel/Lissel*, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 44.

¹¹⁷ *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 554; *Roxin/Schroth/Schöb*, Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 55; *Spickhoff*, FS-Fischer (2010), S. 503, 518.

¹¹⁸ OLG Koblenz, Urteil vom 29.11.2001 – 5 U 1382/00 – NJW-RR 2002, 816, 817; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 325 f.; *Kern*, GesR 2009, 1, 6; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 60, Rn. 1; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 554; *Voll*, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 116 f.

¹¹⁹ BGH, Urteil vom 19.03.1985 – VI ZR 227/83 – NJW 1985, 2193, 2193; BGH, Urteil vom 20.10.1961 – VI ZR 39/61 – VersR 1962, 155, 156; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 12; *Kern*, GesR 2009, 1, 6; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 60, Rn. 3; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 300; NK-MedR/*Wever*, § 630e BGB, Rn. 8.

¹²⁰ BGH, Urteil vom 18.11.2008 – VI ZR 198/07 – VersR 2009, 257, 258; BGH, Urteil vom 15.02.2000 – VI ZR 48/99 – NJW 2000, 1784, 1786; BGH, Urteil vom 07.02.1984 – VI ZR

Behandlung genannt werden.¹²¹ Eine medizinisch exakte Darstellung der Risiken ist ebenfalls nicht erforderlich.¹²² Entscheidend ist, dass der Patient ein „allgemeines Bild von Schwere und Richtung des Risikospektrums“ erhält.¹²³ Von dem Arzt wird eine patientenbezogene und den Umständen des Einzelfalls gerecht werdende Aufklärung erwartet.¹²⁴ Dementsprechend haben Risikostatistiken und Komplikationshäufigkeiten nur eine untergeordnete Bedeutung.¹²⁵ Der Aufklärungsumfang wird stattdessen maßgeblich von der privaten und beruflichen Lebensführung und den sich daraus ergebenden Entscheidungspräferenzen des Patienten bestimmt.¹²⁶ Besteht die Gefahr, dass die Realisierung eines Risikos die Lebensführung des Patienten erheblich einschränkt, muss das im Rahmen der Aufklärung deutlich werden.¹²⁷ Deshalb ist auch ein seltenes Risiko aufklärungsbedürftig, „wenn dieses dem Eingriff spezifisch anhaftet, es für den Laien überraschend ist und durch die Verwirklichung des

174/82 – NJW 1984, 1397, 1398; OLG München, Urteil vom 21.09.2006 – 1 U 2175/06 – GesR 2007, 112, 113; OLG Oldenburg, Urteil vom 02.07.1991 – 5 U 23/91 – NJW-RR 1991, 1376, 1376; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 327; *Kern*, GesR 2009, 1, 7; NK-MedR/*Wever*, § 630e BGB, Rn. 5; *Voll*, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 117.

¹²¹ BGH, Urteil vom 18.11.2008 – VI ZR 198/07 – VersR 2009, 257, 257 f.; BGH, Urteil vom 07.02.1984 – VI ZR 174/82 – NJW 1984, 1397, 1398; OLG München, Urteil vom 21.09.2006 – 1 U 2175/06 – GesR 2007, 112, 113; OLG München, Urteil vom 23.06.1994 – 1 U 7286/93 – VersR 1995, 95, 95; OLG Oldenburg, Urteil vom 02.07.1991 – 5 U 23/91 – NJW-RR 1991, 1376, 1376; *Roxin/Schroth/Schöch*, Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 55; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrechts, Rn. 377.

¹²² BGH, Urteil vom 15.02.2000 – VI ZR 48/99 – NJW 2000, 1784, 1786; OLG München, Urteil vom 23.06.1994 – 1 U 7286/93 – VersR 1995, 95, 95; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 327; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 60, Rn. 1; NK-MedR/*Wever*, § 630e BGB, Rn. 6; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrechts, Rn. 377.

¹²³ OLG München, Urteil vom 21.09.2006 – 1 U 2175/06 – GesR 2007, 112, 113; OLG München, Urteil vom 23.06.1994 – 1 U 7286/93 – VersR 1995, 95, 95; OLG Oldenburg, Urteil vom 02.07.1991 – 5 U 23/91 – NJW-RR 1991, 1376, 1376; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 327; *Kern*, GesR 2009, 1, 7; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 60, Rn. 1; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 555; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrechts, Rn. 377; *Voll*, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 117.

¹²⁴ BGH, Urteil vom 18.11.2008 – VI ZR 198/07 – VersR 2009, 257, 258; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 60, Rn. 2.

¹²⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 18.11.2008 – VI ZR 198/07 – VersR 2009, 257, 258; BGH, Urteil vom 07.07.1994 – III ZR 52/93 – NJW 1994, 3012, 3012 f.; BGH, Urteil vom 22.04.1980 – VI ZR 37/79 – NJW 1980, 1905, 1907; OLG Oldenburg, Urteil vom 02.07.1991 – 5 U 23/91 – NJW-RR 1991, 1376, 1376; *Fehn*, GesR 2009, 11, 13; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 200; *Kern*, GesR 2009, 1, 6; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 60, Rn. 3.

¹²⁶ OLG Oldenburg, Urteil vom 02.07.1991 – 5 U 23/91 – NJW-RR 1991, 1376, 1376; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 60, Rn. 2; *Ulsenheimer/Biermann*, Rn. 353.

¹²⁷ BGH, Urteil vom 15.02.2000 – VI ZR 48/99 – NJW 2000, 1784, 1785; BGH, Urteil vom 07.02.1984 – VI ZR 174/82 – NJW 1984, 1397, 1398; BGH, Urteil vom 23.10.1979 – VI ZR 197/78 – NJW 1980, 633, 635; OLG München, Urteil vom 23.06.1994 – 1 U 7286/93 – VersR 1995, 95, 95; OLG Oldenburg, Urteil vom 02.07.1991 – 5 U 23/91 – NJW-RR 1991, 1376, 1376.

Risikos die Lebensführung des Patienten schwer belastet“ wird.¹²⁸ Selbst bei einer Schadenshäufigkeit von 1 zu 4,4 Millionen hat die Rechtsprechung eine Pflicht des Arztes zur Risikoaufklärung bejaht.¹²⁹

Das Risiko muss zum Zeitpunkt der Behandlung bereits in der Medizin bekannt sein.¹³⁰ Ein Hinweis darüber, dass „der Eintritt bislang unbekannter Komplikationen in der Medizin wohl nicht ganz auszuschließen“ ist, wird deshalb grundsätzlich nicht verlangt.¹³¹ Es handelt sich dabei um rein theoretische Überlegungen, die zudem für die Entscheidung des Patienten keine Bedeutung haben.¹³² Für eine Aufklärungsbedürftigkeit kann es aber ausreichen, dass ernstzunehmende Stimmen in der medizinischen Literatur auf ein neues Risiko hinweisen, wenn diese nicht „als unbeachtliche Außenseitermeinungen abgetan werden können, sondern als gewichtige Warnungen angesehen werden müssen“.¹³³ Erforderlich ist gerade nicht, dass die medizinische Diskussion über das möglicherweise bestehende Risiko abgeschlossen ist.¹³⁴

Über das schwerstmögliche Risiko ist immer aufzuklären.¹³⁵ Hingegen darf der Arzt die Kenntnis des Patienten von den allgemeinen Operationsrisiken, wie beispielweise die Möglichkeit eine Wundinfektion, einen Narbenbruch, eine Thrombose oder eine Embolie zu erleiden, als gegeben voraussetzen.¹³⁶ Über derartige Risiken ist nur aufzuklären, wenn der Patient den Eingriff offensichtlich für völlig ungefährlich hält.¹³⁷ Der Arzt muss darüber hinaus die Notwendigkeit, Dringlichkeit und Heilungswahrscheinlichkeit des Eingriffs berücksichtigen.¹³⁸ Diese bestimmen das Gewicht der medizinischen Indikation und haben daher

¹²⁸ BGH, Urteil vom 10.10.2006 – VI ZR 74/05 – NJW 2007, 217, 218; siehe auch: *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 330; *Kern*, GesR 2009, 1, 7; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 60, Rn. 2; NK-MedR/*Wever*, § 630e BGB, Rn. 10.

¹²⁹ Komplikationsdichte unter 0,1 %: BGH, Urteil vom 15.02.2000 – VI ZR 48/99 – NJW 2000, 1784, 1786; OLG Köln, Urteil vom 18.03.1992 – 27 U 178/89 – NJW-RR 1992, 984, 985; zahlreiche weitere Nachweise finden sich bei: *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 1105 f.

¹³⁰ BGH, Urteil vom 21.11.1995 – VI ZR 329/94 – NJW 1996, 776, 777; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 302.

¹³¹ BGH, Urteil vom 12.12.1989 – VI ZR 83/89 – NJW 1990, 1528, 1529.

¹³² BGH, Urteil vom 12.12.1989 – VI ZR 83/89 – NJW 1990, 1528, 1529.

¹³³ BGH, Urteil vom 21.11.1995 – VI ZR 329/94 – NJW 1996, 776, 777; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 303.

¹³⁴ BGH, Urteil vom 21.11.1995 – VI ZR 329/94 – NJW 1996, 776, 777; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 304.

¹³⁵ *Fehn*, GesR 2009, 11, 13; NK-MedR/*Wever*, § 630e BGB, Rn. 6; *Roxin/Schroth/Schöck*, Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 56.

¹³⁶ BGH, Urteil vom 19.11.1985 – VI ZR 134/84 – NJW 1986, 780, 780; BGH, Urteil vom 12.02.1974 – VI ZR 141/72 – NJW 1974, 1422, 1423; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 47; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 330; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 301; *Giebel/Wienke/Sauerborn/Edelmann/Menningen/Dievenich*, NJW 2001, 863, 864.

¹³⁷ BGH, Urteil vom 19.11.1985 – VI ZR 134/84 – NJW 1986, 780, 780; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 47; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 330 f.

¹³⁸ BGH, Urteil vom 18.11.2008 – VI ZR 198/07 – VersR 2009, 257, 258.

ebenfalls Bedeutung für das erforderliche Maß der Aufklärung.¹³⁹ Es gilt der Grundsatz: Je dringlicher der Eingriff aus zeitlichen und sachlichen Gründen ist, umso geringere Anforderungen sind an die Aufklärung zu stellen.¹⁴⁰ Dementsprechend wird bei kosmetischen Operationen eine schonungslose Aufklärung des Patienten gefordert.¹⁴¹ Gleiches gilt für medizinisch nicht indizierte diagnostische Eingriffe oder wissenschaftliche Untersuchungen.¹⁴² Über echte Behandlungsalternativen muss der Patient ebenfalls im Rahmen der Risikoaufklärung informiert werden.¹⁴³

D. Überschneidung von Risikoaufklärung und Verlaufsaufklärung

Die vorherigen Ausführungen zeigen, dass es zu inhaltlichen Überschneidungen der unterschiedlichen Aufklärungsarten kommen kann. Wie die Risikoaufklärung hat auch die Verlaufsaufklärung die Information des Patienten über den Eintritt von Nebenfolgen zum Gegenstand. Im Rahmen der Risikoaufklärung ist der Patient über bestehende Risiken aufzuklären, die sich trotz fehlerfreier Behandlung nicht vermeiden lassen.¹⁴⁴ Anders als bei der Verlaufsaufklärung ist der Eintritt der Nebenfolgen jedoch nicht sicher, sondern lediglich möglich.¹⁴⁵

¹³⁹ BGH, Urteil vom 18.11.2008 – VI ZR 198/07 – VersR 2009, 257, 258.

¹⁴⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 28.11.1972 – VI ZR 133/71 – NJW 1973, 556, 557; BGH, Urteil vom 02.11.1976 – VI ZR 134/75 – NJW 1977, 337, 337; *Briggemeier*, Deliktsrecht, Rn. 727 ff.; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 8; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 328; *Kern*, GesR 2009, 1, 6.

¹⁴¹ BGH, Urteil vom 06.11.1990 – VI ZR 8/90 – NJW 1991, 2349, 2349; BGH, Urteil vom 02.11.1976 – VI ZR 134/75 – NJW 1977, 337, 337; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 9; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 328; *Wever*, in: Bazan/Dann/Errestink, Rechtshandbuch für Ärzte und Zahnärzte, Rn. 1899.

¹⁴² *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 9; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 328; *Wever*, in: Bazan/Dann/Errestink, Rechtshandbuch für Ärzte und Zahnärzte, Rn. 1898. Hiervon ist der Fall zu unterscheiden, dass der Eingriff primär der Gesundheit des Patienten dient und zugleich auch diagnostische Zwecke erfüllen kann; *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 60, Rn. 10.

¹⁴³ *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 60, Rn. 6.

¹⁴⁴ *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 45.

¹⁴⁵ Vgl. *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 60, Rn. 1; *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 45. Eine andere Auffassung vertreten *Fehn* und *Schöb*, da sie nicht nur die Aufklärung über mögliche, sondern auch über sicher eintretende Folgen der Behandlung dem Bereich der Risikoaufklärung zuordnen; *Fehn*, GesR 2009, 11, 13; *Roxin/Schroth/Schöb*, Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 55. Allerdings sollte zwischen den möglichen oder sicher feststehenden Risiken einer Behandlung, deren Realisierung ungewiss ist (Risikoaufklärung), und sicher feststehenden Nebenfolgen der Behandlung (Verlaufsaufklärung) unterschieden werden.

Eine klare Abgrenzung erscheint an dieser Stelle nicht ohne Weiteres möglich.¹⁴⁶ Ferner kann die Information des Patienten über erhöhte Misserfolgsrisiken der Behandlung oder echte Behandlungsalternativen sowohl unter dem Gesichtspunkt der Risiko- als auch der Verlaufsaufklärung erforderlich sein.¹⁴⁷ Letztlich ergeben sich daraus jedoch keine weiteren Konsequenzen, da Fehler bei der Risiko- oder Verlaufsaufklärung Versäumnisse im Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung darstellen und daher einheitlichen Rechtsfolgen unterworfen sind.¹⁴⁸

E. Rechtsfolgen bei Versäumnissen im Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung

Der Arzt haftet grundsätzlich für alle Schäden, die sich aus einem Heileingriff ergeben, der ohne wirksame Einwilligung des Patienten durchgeführt worden ist.¹⁴⁹ Das gilt unabhängig davon, ob dem Arzt während des Eingriffs ein Behandlungsfehler unterlaufen ist.¹⁵⁰ Es muss jedoch zu einem körperlichen Schaden des Patienten gekommen sein.¹⁵¹ Die vereinzelt vertretene Ansicht, wonach dem Patienten auch ohne Verletzung der körperlichen Integrität ein Schmerzensgeld zuzusprechen sei, weil der Aufklärungsfehler zumindest eine Persönlichkeitsrechtsverletzung darstelle, konnte sich nicht durchsetzen.¹⁵² Zum einen kommt ein Schmerzensgeldanspruch von vorneherein nur bei schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzungen in Betracht.¹⁵³ Zum anderen würde die Haftung für Aufklärungsfehler ohne das Erfordernis eines Gesundheitsschadens nahezu grenzenlos ausgeweitet werden.¹⁵⁴

¹⁴⁶ Vgl. *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 43. *Laufs* weist ebenfalls darauf hin, dass die „verschiedenen Arten der Aufklärung [...] fließend ineinander übergehen“; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, *Handbuch des Arztrechts*, § 59, Rn. 11.

¹⁴⁷ Vgl. *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, S. 326; *Kern*, *GesR* 2009, 1, 7; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, *Handbuch des Arztrechts*, § 59, Rn. 21.

¹⁴⁸ Vgl. *Martis/Winkhart*, *Arzthaftungsrecht*, A 560.

¹⁴⁹ BGH, Urteil vom 12.03.1991 – VI ZR 232/90 – NJW 1991, 2346, 2347; BGH, Urteil vom 26.06.1990 – VI ZR 289/89 – NJW 1990, 2928, 2929; BGH, Urteil vom 14.02.1989 – VI ZR 65/88 – NJW 1989, 1533, 1534 f.; BGH, Urteil vom 23.10.1984 – VI ZR 24/83 – NJW 1985, 676, 676; *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 527; *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, S. 344.

¹⁵⁰ *Müller*, *FS-Geiß* (2000), 461, 465.

¹⁵¹ MAH *MedR/Terbille*, § 1, Rn. 437; *Müller*, *FS-Geiß* (2000), 461, 465.

¹⁵² Vgl. OLG Jena, Urteil vom 03.12.1997 – 4 U 687/97 – VersR 1998, 586, 588.

¹⁵³ *Müller*, *FS-Geiß* (2000), 461, 464.

¹⁵⁴ BGH, Urteil vom 27.05.2008 – VI ZR 69/07 – NJW 2008, 2344, 2345; MAH *MedR/Terbille*, § 1, Rn. 437; *Müller*, *FS-Geiß* (2000), 461, 464.

F. Zurechnungszusammenhang

Ein Versäumnis bei der Selbstbestimmungsaufklärung kann einen Schadensersatzanspruch nur begründen, wenn die Aufklärungsverletzung den Schaden zurechenbar verursacht hat.¹⁵⁵ Neben dem reinen Ursachenzusammenhang ist unter wertenden Gesichtspunkten erforderlich, dass es sich um einen adäquaten, in den Schutzbereich der Norm fallenden Schaden handelt.¹⁵⁶ Es ist dabei von Bedeutung, welches Risiko sich realisiert hat. Der bei dem Patienten eingetretene Gesundheitsschaden kann daraus resultieren, dass sich ein aufklärungspflichtiges Risiko oder ein nicht aufklärungsbedürftiges Risiko verwirklicht hat.¹⁵⁷ Nur wenn das verwirklichte Risiko in den Schutzbereich der Norm fällt, kann der Zurechnungszusammenhang bejaht werden.¹⁵⁸ Insofern müssen mehrere mögliche Konstellationen voneinander unterschieden werden.

Eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs ist möglich, wenn sich nicht das Risiko verwirklicht hat, über das nicht aufgeklärt wurde, sondern ein anderes, selbst wiederum nicht aufklärungsbedürftiges Risiko.¹⁵⁹

Voraussetzung hierfür ist, dass das nicht aufklärungsbedürftige Risiko hinsichtlich der Bedeutung und der Auswirkung nicht mit den aufklärungspflichtigen Risiken vergleichbar ist.¹⁶⁰ Zudem muss der Patient wenigstens eine Grundaufklärung erhalten haben.¹⁶¹ Die Grundaufklärung muss dem Patienten ein zutreffendes Bild von Art und Schwere des Eingriffs vermitteln und es muss zumindest das schwerwiegendste Risiko genannt werden.¹⁶² Anderenfalls wird das Selbstbestimmungsrecht des Patienten genauso schwerwiegend verletzt wie in Fällen, in denen überhaupt keine Einwilligung des Patienten eingeholt wird.¹⁶³ Es

¹⁵⁵ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 515.

¹⁵⁶ Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 29; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 520.

¹⁵⁷ MedR-Komm/*Jaeger*, § 823 BGB, Rn. 204.

¹⁵⁸ Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 525; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 63, Rn. 5 ff.

¹⁵⁹ BGH, Urteil vom 30.01.2001 – VI ZR 353/99 – NJW 2001, 2798, 2798; BGH, Urteil vom 14.11.1995 – VI ZR 359/94 – NJW 1996, 777, 779; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 525; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 63, Rn. 8; MedR-Komm/*Jaeger*, § 823 BGB, Rn. 204; *Müller*, FS-Geiß (2000), 461, 467 ff.

¹⁶⁰ BGH, Urteil vom 14.02.1989 – VI ZR 65/88 – NJW 1989, 1533, 2. Ls.; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 223; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 63, Rn. 8; MedR-Komm/*Jaeger*, § 823 BGB, Rn. 204; *Müller*, FS-Geiß (2000), 461, 471 f.

¹⁶¹ BGH, Urteil vom 30.01.2001 – VI ZR 353/99 – NJW 2001, 2798, 2798; BGH, Urteil vom 14.11.1995 – VI ZR 359/94 – NJW 1996, 777, 779; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 223; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 63, Rn. 8; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 272; kritisch: *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 525.

¹⁶² BGH, Urteil vom 30.01.2001 – VI ZR 353/99 – NJW 2001, 2798, 2798; BGH, Urteil vom 14.11.1995 – VI ZR 359/94 – NJW 1996, 777, 779; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 223; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 272.

¹⁶³ BGH, Urteil vom 30.01.2001 – VI ZR 353/99 – NJW 2001, 2798, 2798; BGH, Urteil vom 14.11.1995 – VI ZR 359/94 – NJW 1996, 777, 779; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht,

ist deshalb gerechtfertigt den Arzt in beiden Konstellationen gleich zu behandeln und ihn grundsätzlich für alle kausalen Schäden haften zu lassen.¹⁶⁴

Auf die Durchführung einer Grundaufklärung kommt es hingegen nicht an, wenn sich ein aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht hat, über das der Patient nicht aufgeklärt worden ist.¹⁶⁵ In diesem Fall liegt keine wirksame Einwilligung vor und der Arzt haftet nach den allgemeinen Grundsätzen des Aufklärungsfehlers.¹⁶⁶

Es kommt nicht darauf an, ob eine Aufklärung über aufklärungspflichtige Risiken unterblieben ist, wenn sich ein aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht hat und der Patient über dieses Risiko auch tatsächlich aufgeklärt worden ist.¹⁶⁷ Der Schutzzweck der Norm verbietet eine Haftung des Arztes, wenn der Patient in Kenntnis des Risikos seine Einwilligung erteilt hat.¹⁶⁸ Der Patient soll nur davor geschützt werden, dass sich das Aufklärungsversäumnis hinsichtlich des aufklärungspflichtigen Risikos im Schaden niederschlägt.¹⁶⁹ Ob der Patient auch nach einer Aufklärung über sämtliche aufklärungspflichtige Risiken seine Einwilligung erteilt hätte, ist spekulativ und darf nicht als Grundlage für einen Schadensersatzanspruch herangezogen werden.¹⁷⁰

Rn. 223; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 63, Rn. 8; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 272.

¹⁶⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 30.01.2001 – VI ZR 353/99 – NJW 2001, 2798, 2798; BGH, Urteil vom 14.11.1995 – VI ZR 359/94 – NJW 1996, 777, 779.

¹⁶⁵ BGH, Urteil vom 30.01.2001 – VI ZR 353/99 – NJW 2001, 2798, 2798; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 273.

¹⁶⁶ *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 273.

¹⁶⁷ BGH, Urteil vom 13.06.2006 – VI ZR 323/04 – NJW 2006, 2477, 2479; BGH, Urteil vom 30.01.2001 – VI ZR 353/99 – NJW 2001, 2798, 2798; BGH, Urteil vom 15.02.2000 – VI ZR 48/99 – NJW 2000, 1784, 1786; BT-Drs. 17/10488, S. 29; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 224; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 63, Rn. 8; *MedR-Komm/Jaeger*, § 823 BGB, Rn. 205; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 271.

¹⁶⁸ BGH, Urteil vom 13.06.2006 – VI ZR 323/04 – NJW 2006, 2477, 2479; BGH, Urteil vom 30.01.2001 – VI ZR 353/99 – NJW 2001, 2798, 2798; BT-Drs. 17/10488, S. 29; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 224; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 63, Rn. 8; *MedR-Komm/Jaeger*, § 823 BGB, Rn. 205.

¹⁶⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 29.

¹⁷⁰ BGH, Urteil vom 15.02.2000 – VI ZR 48/99 – NJW 2000, 1784, 1786; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 224. *Terbille* kritisiert an der Rechtsprechung des BGH, dass die Einwilligung des Patienten künstlich aufgespalten werde. Die Einwilligung des Patienten könne nur insgesamt wirksam oder unwirksam sein. Erhebliche Versäumnisse bei der Risikoaufklärung müssten zur Rechtswidrigkeit des Eingriffs und zur Haftung des Arztes führen. Das habe auch dann zu gelten, wenn sich ein aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht habe, über das der Patient ordnungsgemäß aufgeklärt wurde; *Terbille*, MDR 2000, 1012, 1012 f.

Drittes Kapitel: Therapeutische Aufklärung

Die therapeutische Aufklärung, teilweise auch Sicherungsaufklärung¹⁷¹ oder Sicherheitsaufklärung¹⁷² genannt, ist Bestandteil der ärztlichen Behandlung.¹⁷³ Sie hat das Ziel, den Eintritt des Behandlungserfolgs sicherzustellen.¹⁷⁴ Von dem Arzt wird verlangt, dass er alle möglichen Anstrengungen unternimmt, um vermeidbare Gefahren von dem Patienten abzuwenden.¹⁷⁵ Er hat entsprechende Hinweise, Ratschläge, Anweisungen und Empfehlungen auszusprechen.¹⁷⁶ Auf diese Weise soll der Patient vor möglichen Selbstgefährdungen bewahrt und zu einem

¹⁷¹ *Eblers*, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, S. 48 f.;

Ratzel/Luxenburger/*Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 259.

¹⁷² BGH, Urteil vom 07.07.1994 – III ZR 52/93 – MedR 1995, 25, 26; *Hauschild*, Der Maßstab für die ärztliche Aufklärung im amerikanischen, englischen und deutschen Recht, S. 27; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrechts, Rn. 370. Teilweise wird auch zwischen therapeutischer Aufklärung und Sicherungsaufklärung differenziert; so *Kubnert*, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, S. 12 ff.

¹⁷³ *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 97; *Ulsenheimer/Biermann*, Rn. 342; *Wever*, in: *Bazan/Dann/Errestink*, Rechtshandbuch für Ärzte und Zahnärzte, Rn. 1925.

¹⁷⁴ BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1716; *Gehrlein*, Grundwissen Arzthaftungsrecht, B Rn. 31; *Hauschild*, Der Maßstab für die ärztliche Aufklärung im amerikanischen, englischen und deutschen Recht, S. 27; *Nüßgens*, FS-Hauß (1978), S. 287, 288.

¹⁷⁵ BGH, Urteil vom 07.07.1994 – III ZR 52/93 – MedR 1995, 25, 26; *Ulsenheimer/Biermann*, Rn. 342; *Roxin/Schroth/Schöbch*, Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 61.

¹⁷⁶ *Ulsenheimer/Biermann*, Rn. 342.

therapierichtigen Verhalten angehalten werden.¹⁷⁷ Im Gegensatz zur Selbstbestimmungsaufklärung geht es nicht darum, dem Patienten eine eigenverantwortliche Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob er sich einer bestimmten Behandlung unterziehen möchte.¹⁷⁸ Versäumnisse in diesem Bereich werden als Behandlungsfehler, mit den sich daraus ergebenden beweisrechtlichen Konsequenzen, eingestuft.¹⁷⁹

A. Inhalt der therapeutischen Aufklärungspflicht

Inhaltlich werden verschiedene Informationen von der therapeutischen Aufklärung umfasst.

Der Arzt muss den Patienten zur Einhaltung einer dem Gesundheitszustand entsprechenden Lebensweise anleiten.¹⁸⁰ Für die Gesundung des Patienten kann beispielsweise die Ernährung nach einem Diätplan, Enthaltbarkeit oder die Durchführung gymnastischer Übungen erforderlich sein.¹⁸¹

Des Weiteren ist erforderlich, dass der Arzt über die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer Maßnahme aufklärt.¹⁸² Dieses gilt in besonderem Maße, wenn der Patient eine erforderliche Behandlung verweigert.¹⁸³ Regelmäßig liegen der ablehnenden Haltung des Patienten unsachliche Motive wie Angst- und Schockgefühle zugrunde, die im Interesse des Patienten durch eine sachgerechte therapeutische Aufklärung überwunden werden können.¹⁸⁴ Da der Arzt ohne die Einwilligung des Patienten nicht zu medizinischen Eingriffen befugt ist, trifft ihn die Pflicht im Rahmen der gebotenen Möglichkeiten alles zu unternehmen, um

¹⁷⁷ BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1716; *Hauschild*, Der Maßstab für die ärztliche Aufklärung im amerikanischen, englischen und deutschen Recht, S. 27; *Nießgens*, FS-Hauß (1978), S. 287, 288.

¹⁷⁸ Ratzel/Luxenburger/*Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 259; Ulsenheimer/*Biermann*, Rn. 342.

¹⁷⁹ BGH, Urteil vom 08.07.2008 – VI ZR 259/06 – NJW 2008, 2846, 2849; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 97; Ulsenheimer/*Biermann*, Rn. 343; *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 137; *Zoll*, MedR 2009, 569, 574.

¹⁸⁰ *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 95; *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 1; Ratzel/Luxenburger/*Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 266.

¹⁸¹ *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 1; Ratzel/Luxenburger/*Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 266.

¹⁸² BGH, Urteil vom 24.06.1997 – VI ZR 94/96 – NJW 1997, 3090, 3091; BGH, Urteil vom 27.11.1990 – VI ZR 30/90 – NJW 1991, 748, 749; BGH, Urteil vom 25.04.1989 – VI ZR 175/88 – NJW 1989, 2318, 2319; *Gehrlein*, Grundwissen Arzthaftungsrecht, B Rn. 33; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 95; Ratzel/Luxenburger/*Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 260.

¹⁸³ BGH, Urteil vom 16.12.1954 – VI ZR 143/52 – VersR 1954, 98, 99; *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 3; Ratzel/Luxenburger/*Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 260.

¹⁸⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 16.12.1954 – VI ZR 143/52 – VersR 1954, 98, 99.

den Patienten umzustimmen.¹⁸⁵ Ist das ärztliche Bemühen jedoch erfolglos und lehnt der Patient weiterhin eine Behandlung ab, muss diese selbstbestimmte, gegebenenfalls auch unvernünftige Entscheidung des Patienten respektiert werden.¹⁸⁶

Einen weiteren Anwendungsbereich stellt die therapeutische Aufklärung über noch durchzuführende Nachkontrollen bzw. Nachuntersuchungen dar, die nach Abschluss der eigentlichen Behandlung angezeigt sind. Auf deren Notwendigkeit und Dringlichkeit muss der Patient ebenfalls hingewiesen werden.¹⁸⁷

Mit der Aufklärung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit ärztlicher Maßnahmen ist die Aufklärung über ein therapiegerechtes Verhalten bei unzureichender Compliance eng verknüpft.¹⁸⁸ In beiden Fällen gefährdet der Patient den Behandlungserfolg, indem er eine Behandlung gänzlich ablehnt bzw. den ärztlichen Behandlungsanweisungen nur unzureichend nachkommt. Ein Beispiel fehlender Compliance ist die inkonsequente Befolgung eines Diätplans, obwohl diese aus gesundheitlichen Gründen notwendig ist. Ausgehend von dem Zweck der therapeutischen Aufklärung, nämlich den Erfolg der Behandlung sicherzustellen, erscheint in beiden Fällen die Durchführung einer therapeutischen Aufklärung gleichsam geboten.¹⁸⁹ Der Arzt ist deshalb dazu verpflichtet, sollte sich der Verdacht einer unzureichenden Compliance ergeben, den Patienten eindringlich zur Einhaltung der ärztlichen Anweisungen aufzufordern.¹⁹⁰

Die sog. Non-Compliance stellt eine Obliegenheitsverletzung des Patienten dar und kann unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens bedeutsam werden.¹⁹¹ Hat bei der Entstehung eines Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt, so hängt gem. § 254 Abs. 1 BGB die Ersatzpflicht insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. Liegt ein Behandlungsfehler vor, kann die Non-Compliance des Patienten daher dazu führen, dass dessen Ersatzanspruch zu kürzen oder sogar vollständig ausgeschlossen ist.¹⁹² Voraussetzung ist jedoch, dass der Patient die therapeutischen Hinweise erhalten und auch verstanden hat.¹⁹³ Auf ein Mitverschulden des Patienten kann sich der

¹⁸⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 16.12.1954 – VI ZR 143/52 – VersR 1954, 98, 99; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 3; *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 260.

¹⁸⁶ *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 3.

¹⁸⁷ BGH, Urteil vom 27.11.1990 – VI ZR 30/90 – NJW 1991, 748, 749; *Gebrelin*, Grundwissen Arzthaftungsrecht, B Rn. 33; *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 263; *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 93.

¹⁸⁸ Vgl. *Uphoff/Hindemith*, in: *Ratzel/Lissel*, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 134, 136.

¹⁸⁹ Vgl. *Uphoff/Hindemith*, in: *Ratzel/Lissel*, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 136.

¹⁹⁰ *Uphoff/Hindemith*, in: *Ratzel/Lissel*, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 136.

¹⁹¹ Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 679; *Erman/Rebborn/Gescher*, BGB, 14. Aufl., § 630c, Rn. 2.

¹⁹² *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 679; *Erman/Rebborn/Gescher*, BGB, 14. Aufl., § 630c, Rn. 2.

¹⁹³ *Erman/Rebborn/Gescher*, BGB, 14. Aufl., § 630c, Rn. 2.

Arzt daher erst berufen, wenn er die ordnungsgemäße therapeutische Aufklärung des Patienten bewiesen hat.¹⁹⁴ Das betrifft solche Fälle, in denen dem Arzt ein Behandlungsfehler unterlaufen ist, der eingetretene Schaden aber geringer ausgefallen wäre, wenn der Patient sich ordnungsgemäß verhalten hätte.¹⁹⁵

Im Rahmen der therapeutischen Aufklärung ist auch über die Dosis, die Unverträglichkeit und die Nebenwirkungen eines Medikaments aufzuklären.¹⁹⁶ Kann die Medikamenteneinnahme Auswirkungen auf die Fahrsicherheit haben, hat der Arzt den Patienten zunächst zu befragen, ob dieser ein Kraftfahrzeug führt.¹⁹⁷ Wird diese Frage bejaht, muss der Arzt den Patienten anschließend über seine eingeschränkte Fahrtüchtigkeit aufklären.¹⁹⁸ Nach der Rechtsprechung muss der Arzt in derartigen Fällen zudem sicherstellen, dass der Patient nach der Behandlung nicht unbemerkt das Krankenhaus verlassen kann.¹⁹⁹

Eine Selbstgefährdung des Patienten kann auch daraus resultieren, dass Gefahren, die im Zusammenhang mit der Behandlung oder Erkrankung stehen, ihm nicht bekannt sind.²⁰⁰ Das gilt nicht nur für die arzneimittelbedingte Beeinträchtigung der Fahrtüchtigkeit.²⁰¹ Beispielsweise kann das Auftreten bestimmter Komplikationen ein sofortiges ärztliches Einschreiten notwendig machen.²⁰² In derartigen Fällen muss der Patient vorab über das entsprechende Beschwerdebild informiert werden.²⁰³ Gleichzeitig ist ihm zu erläutern, wie er sich zu verhalten hat, sollten die Komplikationen tatsächlich auftreten.²⁰⁴

Der Arzt muss auch über Ansteckungsgefahren aufklären. Zum einen ist der Patient über die von einem anderen Patienten ausgehende Ansteckungsgefahr zu informieren.²⁰⁵ Zum anderen muss der Patient, z.B. nach einem positiven HIV-

¹⁹⁴ *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 139.

¹⁹⁵ Vgl. *MüKoBGB/Wagner*, § 630c BGB, Rn. 8.

¹⁹⁶ *Gehrlein*, *Grundwissen Arzthaftungsrecht*, B Rn. 35; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, *Handbuch des Arztrechts*, § 58, Rn. 8; *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, *Handbuch Medizinrecht*, 2. Aufl., § 13, Rn. 265.

¹⁹⁷ *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, *Handbuch des Arztrechts*, § 58, Rn. 14; *Riemenschneider*, *MedR* 1998, 17, 20.

¹⁹⁸ LG Konstanz, Urteil vom 14.04.1972 – 5 O 74/72 – NJW 1972, 2223, 2224; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, *Handbuch des Arztrechts*, § 58, Rn. 14; *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, *Handbuch Medizinrecht*, 2. Aufl., § 13, Rn. 265; *Riemenschneider*, *MedR* 1998, 17, 20.

¹⁹⁹ BGH, Urteil vom 08.04.2003 – VI ZR 265/02 – NJW 2003, 2309, 2311; kritisch: *Laufs*, NJW 2003, 2288 f.

²⁰⁰ *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 128 ff.

²⁰¹ Vgl. *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 128 ff.

²⁰² OLG Oldenburg, Urteil vom 18.03.1997 – 5 U 82/95 – VersR 1998, 720, 720 f.; *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 130.

²⁰³ OLG Oldenburg, Urteil vom 18.03.1997 – 5 U 82/95 – VersR 1998, 720, 720 f.; *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 130.

²⁰⁴ OLG Oldenburg, Urteil vom 18.03.1997 – 5 U 82/95 – VersR 1998, 720, 720 f.; *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 130.

²⁰⁵ BGH, Urteil vom 07.07.1994 – III ZR 52/93 – NJW 1994, 3012, 3012; *Gehrlein*, *Grundwissen Arzt Haftungsrecht*, B Rn. 34; *Ulsenheimer/Biermann*, Rn. 342.

Befund²⁰⁶ oder einer Impfung mit Lebendviren²⁰⁷, auch über die von ihm selbst ausgehende Ansteckungsgefahr aufgeklärt werden. Gegenüber Dritten bestand eine entsprechende Hinweispflicht zunächst nur dann, wenn dem Arzt diesen gegenüber eine Garantenstellung zukam oder eine vertragliche Bindung vorlag.²⁰⁸ Mittlerweile bejaht die Rechtsprechung jedoch eine Aufklärungspflicht auch gegenüber dem Ehepartner oder dem ständigen Lebensgefährten, der zum Zeitpunkt der Behandlung noch nicht bekannt war.²⁰⁹ Danach soll eine sog. „nachträgliche Sicherungsaufklärung“ gegenüber dem Patienten und dessen Kontaktpersonen erforderlich sein, wenn eine präoperative Risikoaufklärung nicht durchgeführt werden konnte.²¹⁰

Eine „nachträgliche Sicherungsaufklärung“ sei auch dann geboten, wenn intraoperativ das Versagerisiko einer Sterilisation erhöht worden ist.²¹¹ Über die bei Sterilisationen bestehende Versagerquote muss der Patient aber auch grundsätzlich therapeutisch aufgeklärt werden.²¹²

Ferner besteht eine therapeutische Aufklärungspflicht des Arztes auch dann, wenn es während einer Operation zu Komplikationen oder Zwischenfällen gekommen ist, da es nur so dem Patienten ermöglicht wird, spätere Beschwerden zielgerichtet versorgen zu lassen.²¹³ Entscheidend ist nicht, ob es zu einem Behandlungsfehler gekommen ist, sondern allein, ob durch eine therapeutische Aufklärung zukünftige gesundheitliche Gefahren für den Patienten verhindert werden können.²¹⁴

²⁰⁶ OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.04.1994 – 8 U 23/92 – VersR 1995, 339, 340; *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 7; Ratzel/Luxenburger/*Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 264; Ulsenheimer/*Biermann*, Rn. 342; *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 93.

²⁰⁷ BGH, Urteil vom 15.02.2000 – VI ZR 48/99 – NJW 2000, 1784, 1787; BGH, Urteil vom 07.07.1994 – III ZR 52/93 – NJW 1994, 3012, 3013; *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 10; Ratzel/Luxenburger/*Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 264.

²⁰⁸ Vgl. OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 08.07.1999 – 8 U 67/99 – NJW 2000, 875, 876.

²⁰⁹ BGH, Urteil vom 14.06.2005 – VI ZR 179/04 – NJW 2005, 2614, 2617 f.; Ulsenheimer/*Biermann*, Rn. 342.

²¹⁰ BGH, Urteil vom 14.06.2005 – VI ZR 179/04 – NJW 2005, 2614, 2617 f.; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 95.

²¹¹ BGH, Urteil vom 08.07.2008 – VI ZR 259/06 – NJW 2008, 2846, 2849; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 95; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 720.

²¹² BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2003; BGH, Urteil vom 12.02.1980 – VI ZR 175/78 – NJW 1981, 630, 631 f.; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 96; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 710; *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 129.

²¹³ OLG Koblenz, Urteil vom 24.08.1999 – 3 U 1078/95 – NJW 2000, 3435, 3436 f.; Ratzel/Luxenburger/*Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 268; *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 92.

²¹⁴ *Jäger*, Patientenrechtegesetz, Rn. 127; *Schelling/Wartjen*, MedR 2012, 506, 507 f.

Die Behandlung kann den Einsatz medizinischer Geräte erforderlich machen.²¹⁵ Setzt die gefahrenlose Nutzung eine bestimmte Bedienung des Patienten voraus, muss er entsprechend instruiert werden.²¹⁶ Es besteht eine Parallele zur therapeutischen Aufklärungspflicht bei der Verschreibung von Medikamenten. Wie die dosisgerechte Medikamenteneinnahme kann auch die ordnungsgemäße Nutzung medizinischer Geräte durch eine adäquate therapeutische Aufklärung sichergestellt werden.

B. Maß und Umfang der therapeutischen Aufklärung

Für das Maß der Aufklärung gilt: Lässt sich die Aufklärungspflicht des Arztes mit geringem Aufwand erfüllen und droht dem Patienten bei der Verwirklichung des Risikos eine erhebliche Gefahr, sind an die Aufklärung umso höhere Anforderungen zu stellen.²¹⁷

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass im Falle der therapeutischen Aufklärung, anders als bei der Selbstbestimmungsaufklärung, regelmäßig nicht die Gefahr besteht, dass der Patient infolge der Aufklärung sich gesundheitlich über Gebühr beschwert, von dem medizinisch Gebotenen abgehalten oder durch belastende Informationen geschädigt wird.²¹⁸ Wenn über seltene Risiken schon im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung aufgeklärt werden muss, muss dieses erst recht im Rahmen der therapeutischen Aufklärung gelten.²¹⁹ Selbst eine sehr niedrige Zwischenfallquote von 1 zu 15,5 Millionen ist deshalb im Bereich der therapeutischen Aufklärung aufklärungspflichtig.²²⁰

²¹⁵ Vgl. Wenzel, FA-MedR/Wenzel, Kap. 4, Rn. 287.

²¹⁶ Vgl. Wenzel, FA-MedR/Wenzel, Kap. 4, Rn. 287.

²¹⁷ Vgl. OLG Köln, Urteil vom 22.05.1995 – 5 U 298/94 – VersR 1996, 1278, 1278; *Laufs*, in:

Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 8.

²¹⁸ BGH, Urteil vom 07.07.1994 – III ZR 52/93 – NJW 1994, 3012, 3013; *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 10; Ulsenheimer/Biermann, Rn. 342.

²¹⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 07.07.1994 – III ZR 52/93 – NJW 1994, 3012, 3013.

²²⁰ BGH, Urteil vom 07.07.1994 – III ZR 52/93 – NJW 1994, 3012, 3013; *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 10; Ulsenheimer/Biermann, Rn. 342.

Viertes Kapitel: Die ärztlichen Aufklärungspflichten nach dem Patientenrechtegesetz

Angesichts der komplexen Judikatur wurde eine Normierung der ärztlichen Aufklärungspflichten lange Zeit für unrealistisch gehalten.²²¹ Der 52. Deutsche Juristentag hielt im Jahr 1978 eine gesetzliche Regelung der Aufklärungspflichten für nicht erforderlich.²²² Später wurde zwar im Rahmen der Diskussion zur Schuldrechtsmodernisierung ein in zwölf Paragraphen gegliederter Kodifikationsvorschlag²²³ von Deutsch und Geiger erarbeitet, dieser führte jedoch nicht zu einem Tätigwerden des Gesetzgebers.²²⁴ Erst nachdem sich CDU/CSU und FDP in dem Koalitionsvertrag vom 26.10.2009²²⁵ auf den Erlass eines „Patienten-

²²¹ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 323 f.; *Jung*, Das Recht auf Gesundheit, S. 144.

²²² Sitzungsbericht abgedruckt in: NJW 1978, 2193 f.

²²³ *Deutsch/Geiger*, Medizinischer Behandlungsvertrag, in: BMJ, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band 2, 1981, S. 1049 ff.

²²⁴ *Spickhoff/Spickhoff*, § 630a BGB, Rn. 1.

²²⁵ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP für die 17. Legislaturperiode, S. 90, abrufbar unter:

https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am: 31.03.2017).

schutzgesetzes“ geeinigt hatten, trat am 26. Februar 2013 das Patientenrechtegesetz²²⁶ in Kraft.

A. Einwilligungserfordernis gem. § 630d Abs. 1 S. 1 BGB

In § 630d Abs. 1 S. 1 BGB ist der Grundsatz festgehalten, dass die Behandlung des Patienten der vorherigen Einwilligung bedarf. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sind nicht nur „Eingriffe in den Körper oder die Gesundheit des Patienten“ als medizinische Maßnahmen i.S.d. Vorschrift zu verstehen.²²⁷ Erfasst werden sollen „auch alle sonstigen therapeutischen oder diagnostischen Maßnahmen im Rahmen der Behandlung“.²²⁸ Damit dürfte aber nicht ein Einwilligungserfordernis für jede ärztliche Maßnahme gewollt sein.²²⁹ Ausgehend von dem Zweck des Einwilligungserfordernisses, nämlich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu schützen, ist die Einholung einer Einwilligung dann notwendig, wenn die körperliche Integrität oder sonstige persönlichkeitsrechtlich geschützte Interessen betroffen sind.²³⁰

B. Aufklärungspflichten gem. § 630e Abs. 1 BGB

§ 630e BGB soll die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Selbstbestimmungsaufklärung normieren.²³¹ Der Umfang der Aufklärungspflichten wird in § 630e Abs. 1 BGB geregelt.²³² Nach § 630e Abs. 1 S. 1 BGB ist der Behandelnde dazu verpflichtet, den Patienten über sämtliche, für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären. In § 630e Abs. 1 S. 2 BGB werden die für den Regelfall aufklärungsbedürftigen Umstände genannt.²³³ Dazu zählen „insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie“. Wie sich schon aus dem Wortlaut „insbesondere“ ergibt, sind die genannten Beispiele keinesfalls abschließend.²³⁴ Eine dem Einzelfall gerecht werdende Aufklärung muss mitunter auch weitere Umstände zum Gegenstand haben.²³⁵

²²⁶ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013, BGBl. I S. 277 ff.

²²⁷ BT-Drs. 17/10488, S. 23.

²²⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 23.

²²⁹ Vgl. Spickhoff/*Spickhoff*, § 630d BGB, Rn. 2.

²³⁰ Vgl. Spickhoff/*Spickhoff*, § 630d BGB, Rn. 2.

²³¹ BT-Drs. 17/10488, S. 24.

²³² Spickhoff/*Spickhoff*, § 630e BGB, Rn. 2.

²³³ BT-Drs. 17/10488, S. 24.

²³⁴ *Franzke*, Der Behandlungsvertrag, S. 127.

²³⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 24.

Die Notwendigkeit über Behandlungsalternativen aufzuklären ist in § 630e Abs. 1 S. 3 BGB festgehalten. Können mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken und Heilungschancen führen, muss der Patient über die alternativen Behandlungsmethoden aufgeklärt werden.

C. Informationspflichten gem. § 630c Abs. 2 und 3 BGB

Der Gesetzgeber hat mit § 630c Abs. 2 und 3 BGB mehrere und jeweils inhaltlich zu unterscheidende Informationspflichten eingeführt.²³⁶ In § 630c Abs. 2 S. 2 und 3 BGB wurde die Pflicht zur Offenbarung eigener und fremder Behandlungsfehler kodifiziert.²³⁷ § 630c Abs. 3 BGB enthält eine Informationspflicht hinsichtlich der finanziellen Folgen der Behandlung, sog. wirtschaftliche Aufklärungspflicht.²³⁸ In § 630c Abs. 2 S. 1 BGB sollten die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur therapeutischen Aufklärung kodifiziert werden.²³⁹

„Der Behandelnde ist verpflichtet, dem Patienten in verständlicher Weise zu Beginn der Behandlung und, soweit erforderlich, in deren Verlauf sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände zu erläutern, insbesondere die Diagnose, die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung, die Therapie und die zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen.“

Dass die therapeutische Aufklärungspflicht nicht mehr als solche bezeichnet, sondern mit der Fehleroffenbarungspflicht und der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht unter dem Oberbegriff der Informationspflichten zusammengefasst wird, soll der begrifflichen Klarstellung dienen.²⁴⁰ Hierdurch soll die Abgrenzung zur Selbstbestimmungsaufklärung i.S.d. § 630e Abs. 1 BGB erleichtert werden.²⁴¹ Dass der Bezeichnung als Informationspflicht eine darüber hinausgehende Bedeutung zukommen soll, ist nicht ersichtlich.²⁴² Auch in der Gesetzesbegründung wird davon ausgegangen, dass „die Informationspflichten jedoch insbesondere mit den insoweit von der Rechtsprechung entwickelten und als therapeutische Aufklärung bzw. als Sicherungsaufklärung bezeichneten Grundsätzen [...] identisch“ sind.²⁴³

²³⁶ Franzke, Der Behandlungsvertrag, S. 86 f.; Spickhoff/Spickhoff, § 630c BGB, Rn. 3, 8.

²³⁷ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 555 ff.; Franzke, Der Behandlungsvertrag, S. 91.

²³⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 22; Franzke, Der Behandlungsvertrag, S. 102; Ulsenheimer/Biermann, Rn. 344.

²³⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

²⁴⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 21; Franzke, Der Behandlungsvertrag, S. 89.

²⁴¹ BT-Drs. 17/10488, S. 21; Franzke, Der Behandlungsvertrag, S. 89.

²⁴² Vgl. Wagner, VersR 2012, 789, 792.

²⁴³ BT-Drs. 17/10488, S. 21.

D. Inhaltliche Überschneidungen der Aufklärungspflichten gem. § 630e Abs. 1 BGB und der Informationspflichten gem. § 630c Abs. 2 S. 1 BGB

Der Wortlaut der Vorschrift geht über den vom Gesetzgeber intendierten Regelungszweck hinaus.²⁴⁴ Soweit nach § 630c Abs. 2 S. 1 BGB eine Erläuterung der „zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen“ gefordert wird, ist die therapeutische Aufklärung erfasst.²⁴⁵ Allerdings kann die Entscheidung des Patienten, ob er sich überhaupt einem Eingriff unterziehen möchte, auch von der Frage abhängen, welche Maßnahmen er „zu und nach der Therapie“ zu ergreifen hat.²⁴⁶ Stellen sich diese Maßnahmen für den Patienten als besonders belastend dar, könnte er allein aus diesem Grund die Durchführung des Eingriffs ablehnen.²⁴⁷ In diesen Konstellationen hat der Hinweis über die „zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen“ daher sowohl unter dem Gesichtspunkt der therapeutischen Aufklärung als auch der Selbstbestimmungsaufklärung zu erfolgen.²⁴⁸ Eine klare Grenzziehung zwischen den unterschiedlichen Aufklärungsverpflichtungen enthält das Gesetz im Hinblick darauf nicht.²⁴⁹

Zu einer Überschneidung von § 630c Abs. 2 S. 1 BGB und § 630e Abs. 1 BGB kommt es auch noch an anderer Stelle. Nach § 630c Abs. 2 S. 1 BGB gehören zu den Informationspflichten insbesondere auch „die Diagnose, die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung und die Therapie“. Die von dem Arzt geforderten Informationen zur Diagnose und Therapie sind aber typische Bestandteile der Selbstbestimmungsaufklärung.²⁵⁰ Da bereits nach § 630e Abs. 1 S. 2 BGB eine Aufklärung „im Hinblick auf die Diagnose und die Therapie“ zu erfolgen hat, besteht nach dem Wortlaut des Gesetzes eine doppelte Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung.²⁵¹

Sofern § 630c Abs. 2 S. 1 BGB eine Information über „die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung“ verlangt, ist damit der Bereich der Verlaufsaufklärung eröffnet. Auch wenn § 630e Abs. 1 S. 2 BGB die Aufklärung über den weiteren Verlauf der Erkrankung nicht explizit fordert, ergibt sich eine dahingehende Aufklärungspflicht aus dem Erfordernis über „zu erwartende Folgen [...] der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit“ auf-

²⁴⁴ Vgl. *Katzenmeier*, NJW 2013, 817, 818; *Katzenmeier*, MedR 2012, 576, 580; *Spickhoff*, ZRP 2012, 65, 67.

²⁴⁵ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 548; *Spickhoff/Spickhoff*, § 630c BGB, Rn. 12.

²⁴⁶ *Spickhoff/Spickhoff*, § 630c BGB, Rn. 12.

²⁴⁷ *Spickhoff/Spickhoff*, § 630c BGB, Rn. 12.

²⁴⁸ *Spickhoff/Spickhoff*, § 630c BGB, Rn. 12.

²⁴⁹ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 549.

²⁵⁰ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 549; *Franzke*, Der Behandlungsvertrag, S. 90; *Katzenmeier*, MedR 2012, 576, 580; *Spickhoff*, ZRP 2012, 65, 67.

²⁵¹ *Katzenmeier*, NJW 2013, 817, 818; *Katzenmeier*, MedR 2012, 576, 580; *Spickhoff*, ZRP 2012, 65, 67; *Spickhoff/Spickhoff*, § 630c BGB, Rn. 11.

zuklären.²⁵² Dieser Verpflichtung kann der Behandelnde nur nachkommen, wenn er dem Patienten eröffnet, wie sich sein Zustand in behandelter und unbehandelter Form weiterentwickelt.²⁵³

Für eine inhaltliche Überschneidung der geforderten Informations- bzw. Aufklärungspflichten spricht auch der identische Wortlaut der §§ 630c Abs. 4, 630e Abs. 3 BGB.²⁵⁴ Danach bedarf es keiner Information bzw. Aufklärung des Patienten, soweit diese aufgrund besonderer Umstände entbehrlich ist, insbesondere wenn es sich um eine unaufschiebbare Maßnahme handelt oder wenn der Patient selbst auf eine Information bzw. Aufklärung verzichtet hat.²⁵⁵

²⁵² *Franzki*, Der Behandlungsvertrag, S. 126.

²⁵³ *Franzki*, Der Behandlungsvertrag, S. 126.

²⁵⁴ Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 549; *Spickhoff*, ZRP 2012, 65, 67; *Spickhoff/Spickhoff*, § 630c BGB, Rn. 13.

²⁵⁵ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 549; *Spickhoff*, ZRP 2012, 65, 67; *Spickhoff/Spickhoff*, § 630c BGB, Rn. 13.

Fünftes Kapitel: Die Beweislastverteilung bei Behandlungsfehlern (therapeutische Aufklärung) und Aufklärungsfehlern (Selbstbestimmungsaufklärung)

Die Bedeutung der Frage, wie sich die Selbstbestimmungsaufklärung und die therapeutische Aufklärung voneinander abgrenzen lassen, hängt entscheidend von der Beweislastverteilung ab. Im Folgenden soll deshalb zunächst dargestellt werden, wie die Beweislast im Arzthaftungsprozess bei der Geltendmachung von Ansprüchen wegen Behandlungs- und Aufklärungsfehlern verteilt ist. Für den Zivilprozess gilt der folgende Grundsatz:

„Der Kläger trägt die Beweislast für die anspruchsbegründenden [...] Tatbestandsmerkmale, der Beklagte die Beweislast für rechtsvernichtende, rechtsbindende und rechtshemmende Normen“.²⁵⁶

Behandlungs- und Aufklärungsfehler stellen Pflichtverletzungen i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB dar.²⁵⁷ Demnach käme eine vertragliche Haftung nur in Betracht, wenn der Patient die Anspruchsvoraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB beweisen

²⁵⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 115, Rn. 9.

²⁵⁷ Spickhoff/Spickhoff, § 630h BGB, Rn. 2.

könnte.²⁵⁸ Da nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB das Vertretenmüssen vermutet wird, müsste der Patient die Beweislast für die Pflichtverletzung, den Schaden und die Kausalität tragen.²⁵⁹ Für einen deliktischen Anspruch nach den §§ 823 ff. BGB wäre der Patient ebenfalls beweisbelastet, ohne dass ihm die Beweislastumkehr nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zugute käme.²⁶⁰ Die Rechtsprechung weicht jedoch mitunter von diesen Grundsätzen ab und unterwirft den Arzthaftungsprozess besonderen Beweislastverteilungsregeln.²⁶¹ Die häufig bestehende Beweisnot der Parteien und die Gefahrgeneigntheit der ärztlichen Tätigkeit, die daraus resultiert, dass „die Einwirkung des Arztes auf den lebenden Organismus des Patienten nur in begrenztem Umfange beherrschbar ist“²⁶², machen die Anwendung besonderer Beweisregeln notwendig.²⁶³ Auf diesem Weg wird versucht, die unterschiedlichen Situationen der Parteien interessengerecht auszugleichen.²⁶⁴

A. Beweislast bei Versäumnissen bzgl. der Selbstbestimmungsaufklärung

Bei der Frage, wie die Beweislast bei Versäumnissen im Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung verteilt ist, muss zwischen den einzelnen Anspruchsvoraussetzungen unterschieden werden.

I. Beweislast bzgl. der (Aufklärungs-)Pflichtverletzung

Da der ärztliche Heileingriff tatbestandlich als Körperverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB eingestuft wird, ist die Rechtswidrigkeit indiziert.²⁶⁵ Um einer deliktischen Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB wegen eines Aufklärungsfehlers zu entgehen, muss der Arzt die Einwilligung des Patienten beweisen.²⁶⁶ Das kann ihm nur gelingen, wenn er eine entsprechende Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten nachweisen kann.²⁶⁷ Dass der Arzt in diesem Zusammenhang für die Aufklärung des Patienten beweisbelastet ist, folgt aus der Rechtsnatur der

²⁵⁸ Vgl. Spickhoff/*Spickhoff*, § 630h BGB, Rn. 2.

²⁵⁹ Spickhoff/*Spickhoff*, § 630h BGB, Rn. 2.

²⁶⁰ Vgl. *Lepa*, FS-Geiß (2000), 449, 449.

²⁶¹ *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 127.

²⁶² BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2004.

²⁶³ Vgl. *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 127; *Lepa*, FS-Geiß (2000), 449, 450.

²⁶⁴ *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 127; *Lepa*, FS-Geiß (2000), 449, 450.

²⁶⁵ Baumgärtel/*Katzenmeier*, Handbuch der Beweislast: Schuldrecht BT III, § 823 BGB Anhang II, Rn. 83; *Lepa*, FS-Geiß (2000), 449, 450; *Müller*, FS-Geiß (2000), 461, 462.

²⁶⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 14.09.2004 – VI ZR 186/03 – NJW 2004, 3703, 3704; BGH, Urteil vom 12.11.1991 – VI ZR 369/90 – NJW 1992, 741, 742; BGH, Urteil vom 07.02.1984 – VI ZR 174/82 – NJW 1984, 1397, 1399; *Franzke*, Der Arzthaftungsprozess, S. 47.

²⁶⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 14.09.2004 – VI ZR 186/03 – NJW 2004, 3703, 3704; BGH, Urteil vom 12.11.1991 – VI ZR 369/90 – NJW 1992, 741, 742; BGH, Urteil vom 07.02.1984 – VI ZR 174/82 – NJW 1984, 1397, 1399; *Franzke*, Der Arzthaftungsprozess, S. 47.

Einwilligung als Rechtfertigungsgrund und steht mit der allgemeinen Beweislastverteilung im Zivilprozess im Einklang.²⁶⁸

Gem. § 630e Abs. 1 S. 1 BGB und § 630d Abs. 1 S. 1 BGB ist der Arzt dazu verpflichtet, den Patienten über alle wesentlichen Umstände aufzuklären und dessen Einwilligung einzuholen. Die Einholung der Einwilligung wird damit in § 630d Abs. 1 S. 1 BGB ausdrücklich als Vertragspflicht des Arztes normiert.²⁶⁹ Wird die Einwilligung nicht eingeholt oder ist sie unwirksam, liegt eine Pflichtverletzung des Arztes vor.²⁷⁰ Diese müsste aber gerade von dem Patienten bewiesen werden.²⁷¹ Die Rechtsprechung hat jedoch bereits frühzeitig die für das Deliktsrecht geltende Beweislastverteilung auf die Geltendmachung eines vertraglichen Anspruchs des Patienten übertragen.²⁷² Die Aufklärungspflicht des Arztes sei derart eng mit dessen Behandlungspflicht verknüpft, dass der Arzt auch die Erfüllung der Aufklärungspflicht zu beweisen habe.²⁷³ Nicht zutreffend sind daher die Ausführungen des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung²⁷⁴, wonach der Patient nach bisheriger Rechtslage auf vertraglicher Ebene für die unterbliebene oder fehlerhafte Selbstbestimmungsaufklärung beweibelastet gewesen sei.²⁷⁵ Mit dem Wortlaut des § 280 Abs. 1 BGB war diese Rechtsprechung aber dennoch nicht vereinbar, da § 280 Abs. 1 S. 2 BGB eine Beweislastumkehr explizit nur für das Vertretenmüssen, nicht aber für die Pflichtverletzung vorsieht.²⁷⁶ Diesen Widerspruch hat der Gesetzgeber jetzt beseitigt, indem er die bereits zuvor geltende Beweislastverteilung in § 630h Abs. 2 S. 1 BGB ausdrücklich kodifiziert hat.²⁷⁷ Danach hat der Behandelnde zu

²⁶⁸ Baumgärtel/*Katzenmeier*, Handbuch der Beweislast: Schuldrecht BT III, § 823 BGB Anhang II, Rn. 83; *Lepa*, FS-Geiß (2000), 449, 449.

²⁶⁹ *Katzenmeier*, NJW 2013, 817, 819 f.; MedR-Komm/*Katzenmeier*, § 286 ZPO, Rn. 79.

²⁷⁰ *Katzenmeier*, NJW 2013, 817, 819 f.; MedR-Komm/*Katzenmeier*, § 286 ZPO, Rn. 79.

²⁷¹ *Katzenmeier*, NJW 2013, 817, 819 f.; MedR-Komm/*Katzenmeier*, § 286 ZPO, Rn. 79; a.A. *Lepa*, FS-Geiß (2000), 449, 450: „Die Risikoaufklärung des Patienten ist eine Hauptpflicht des Arztes. Aus dieser Pflichtenstellung ergibt sich im Streitfall die Beweislast des Arztes für diese Aufklärung. Wer eine Pflicht zu erfüllen hat, hat dafür zu sorgen, daß er die Pflichtenerfüllung beweisen kann. Darauf beruht die zu § 362 BGB entwickelte Regel, daß der Schuldner für die Erfüllung seiner Verpflichtung die Beweislast trägt. Diese Generalregel der Beweislastverteilung für die Risikoaufklärung folgt also schon aus den hergebrachten Regeln der Beweislastverteilung für die Fälle der Geltendmachung eines Rechtfertigungsgrundes bzw. der Erfüllung einer Rechtspflicht.“

²⁷² Vgl. BGH, Urteil vom 12.11.1991 – VI ZR 369/90 – NJW 1992, 741, 742; BGH, Urteil vom 28.02.1984 – VI ZR 70/82 – NJW 1984, 1807, 1808 f.; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 127; *Spickhoff/Spickhoff*, § 630h BGB, Rn. 7; *Wagner*, VersR 2012, 789, 793.

²⁷³ BGH, Urteil vom 28.02.1984 – VI ZR 70/82 – NJW 1984, 1807, 1808 f.; *Müller*, NJW 1997, 3049, 3051.

²⁷⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 28.

²⁷⁵ *Spickhoff/Spickhoff*, § 630h BGB, Rn. 7.

²⁷⁶ MedR-Komm/*Jaeger*, § 630h BGB, Rn. 23.

²⁷⁷ MedR-Komm/*Jaeger*, § 630h BGB, Rn. 23: „Damit schafft der Gesetzgeber eine den § 280 Abs. 1 BGB insofern modifizierende Gesetzeslage, als dass der Patient die (Aufklärungs-)Pflichtverletzung nur behaupten, nicht aber beweisen muss.“

beweisen, dass er eine Einwilligung gem. § 630d BGB eingeholt und die Aufklärung den Anforderungen des § 630e BGB entsprochen hat. Da § 630h BGB auf § 630e BGB insgesamt verweist, sind durch die Behandlungsseite alle Tatsachen zu beweisen, die für eine wirksame Einwilligung erforderlich sind.²⁷⁸ Hierunter fallen beispielsweise die Richtigkeit, die Vollständigkeit und die Rechtzeitigkeit der Aufklärung.²⁷⁹ Wenn sich der Arzt auf das Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung oder die fehlende Aufklärungsbedürftigkeit des Patienten beruft, ist er ebenfalls beweisbelastet.²⁸⁰

Die Aufklärung des Patienten erfolgt im vertraulichen Rahmen.²⁸¹ Oftmals sind nur Arzt und Patient anwesend.²⁸² Aufgrund der Vielzahl von geführten Aufklärungsgesprächen wird sich der Arzt regelmäßig nicht mehr an den Inhalt des konkreten Aufklärungsgesprächs erinnern können.²⁸³ Ohne eine entsprechende Dokumentation kann der Arzt den Nachweis einer ordnungsgemäßen Selbstbestimmungsaufklärung deshalb nur schwer führen. Die Rechtsprechung berücksichtigt die Beweisnot des Arztes.²⁸⁴ Es dürfen keine überhöhten Anforderungen an die Beweisführung des Arztes gestellt werden.²⁸⁵ Auch ohne schriftliche Aufzeichnungen soll der Arzt die Möglichkeit haben, die ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung zu beweisen.²⁸⁶ Wenn feststeht, dass ein Aufklärungsgespräch geführt worden ist, kann es für den ärztlichen Nachweis einer ordnungsgemäßen Selbstbestimmungsaufklärung ausreichen, dass das Aufklärungsgespräch „nach Art und Inhalt einer ständigen und ausnahmslosen Übung“ entspricht und daher „immer so“ durchgeführt wird.²⁸⁷

²⁷⁸ Vgl. MedR-Komm/*Katzenmeier*, § 286 ZPO, Rn. 80.

²⁷⁹ Zur Rechtzeitigkeit der Selbstbestimmungsaufklärung: BGH, Urteil vom 07.04.1992 – VI ZR 216/91 – NJW 1992, 2354, 2356; BGH, Urteil vom 07.04.1992 – VI ZR 192/91 – NJW 1992, 2351, 2352; *Hoppe*, NJW 1998, 782, 784; zur Vollständigkeit und Richtigkeit der Selbstbestimmungsaufklärung: BGH, Urteil vom 26.06.1990 – VI ZR 289/89 – NJW 1990, 2928, 2929; *Hoppe*, NJW 1998, 782, 784.

²⁸⁰ *Upboff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 86.

²⁸¹ Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 12.05.2010 – I-3 U 134/09 – VersR 2011, 625, 626.

²⁸² OLG Hamm, Urteil vom 12.05.2010 – I-3 U 134/09 – VersR 2011, 625, 626; *Upboff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 88.

²⁸³ *Upboff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 89.

²⁸⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 08.01.1985 – VI ZR 15/83 – NJW 1985, 1399, 1399; BGH, Urteil vom 21.09.1982 – VI ZR 302/80 – NJW 1983, 333, 333; *Upboff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 88.

²⁸⁵ BGH, Urteil vom 08.01.1985 – VI ZR 15/83 – NJW 1985, 1399, 1399; BGH, Urteil vom 21.09.1982 – VI ZR 302/80 – NJW 1983, 333, 333; OLG Hamm, Urteil vom 12.05.2010 – I-3 U 134/09 – VersR 2011, 625, 626; *Frahm/Nixdorf/Walter*, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 228.

²⁸⁶ *Frahm/Nixdorf/Walter*, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 228; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 429.

²⁸⁷ OLG Hamm, Urteil vom 22.03.1993 – 3 U 182/92 – VersR 1995, 661, 661; *Frahm/Nixdorf/Walter*, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 228; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 429 f.; *Martis/Winkhart*, *Arzthaftungsrecht*, A 2299; *Upboff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 89.

II. Beweislast bzgl. des Verschuldens

Der Arzt muss die Aufklärungspflichtverletzung schuldhaft begangen haben.²⁸⁸ Er muss eine ordnungsgemäße Aufklärung unterlassen haben, obwohl er die Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung kannte oder zumindest kennen musste.²⁸⁹ Das Vertretenmüssen des Arztes wird im vertraglichen Bereich gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet.²⁹⁰ Macht der Arzt geltend, dass ihn kein Verschulden treffe, hat er dieses zu beweisen.²⁹¹ Da auch hier ein objektivierter Verschuldensmaßstab gilt, wird sich der Arzt nur ausnahmsweise exkulpieren können.²⁹² Ein schuldhaftes Handeln des Arztes wurde beispielsweise abgelehnt, wenn ein unverschuldeter Diagnoseirrtum vorlag²⁹³, die betreffenden Risiken noch nicht ernsthaft in der Wissenschaft diskutiert wurden²⁹⁴ oder der Patient die Aufklärung nicht verstanden hat und das für den Arzt auch nicht erkennbar war²⁹⁵.

III. Beweislast bzgl. des Kausalzusammenhangs und des Schadens

Der Patient trägt die Beweislast dafür, dass sein erlittener Schaden die kausale Folge der rechtswidrigen ärztlichen Behandlung ist.²⁹⁶ Einen „groben Aufklärungsfehler“, der wie ein grober Behandlungsfehler zu einer Umkehr der Beweislast bzgl. der Kausalitätsfrage führt, existiert nicht.²⁹⁷ Zugunsten des Patienten kommt weder die Anwendung von Beweiserleichterungen noch von einer Beweislastumkehr in Betracht.²⁹⁸

²⁸⁸ BGH, Urteil vom 12.03.1991 – VI ZR 232/90 – NJW 1991, 2346, 2347; BGH, Urteil vom 14.02.1989 – VI ZR 65/88 – NJW 1989, 1533, 1535; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 450; Müller, GesR 2004, 257, 262 f.; Müller, FS-Geiß (2000), 461, 472.

²⁸⁹ Müller, GesR 2004, 257, 263; Müller, FS-Geiß (2000), 461, 472.

²⁹⁰ MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 450; NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 77.

²⁹¹ MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 450.

²⁹² MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 450.

²⁹³ OLG Köln, Urteil vom 03.11.1997 – 5 U 98/97 – NJW 1998, 3422, 3422; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 450; Müller, GesR 2004, 257, 263; Müller, FS-Geiß (2000), 461, 473; Steffen/*Pauge*, Arzthaftungsrechts, Rn. 461.

²⁹⁴ BGH, Urteil vom 29.09.2009 – VI ZR 251/08 – NJW-RR 2010, 833, 835; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 451; Müller, GesR 2004, 257, 263; Müller, FS-Geiß (2000), 461, 472 f.; Steffen/*Pauge*, Arzthaftungsrechts, Rn. 460.

²⁹⁵ OLG Koblenz, Urteil vom 01.08.2011 – 5 U 713/11 – MedR 2012, 193, 194; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 450.

²⁹⁶ BGH, Urteil vom 26.11.1991 – VI ZR 389/90 – NJW 1992, 754, 755; BGH, Urteil vom 01.10.1985 – VI ZR 19/84 – NJW 1986, 1541, 1542; Geiß/*Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 147; MedR-Komm/*Katzenmeier*, § 286 ZPO, Rn. 79; Müller, FS-Geiß (2000), 461, 465; NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 69; Ratzel/*Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 284; Spickhoff/*Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 277.

²⁹⁷ OLG Oldenburg, Urteil vom 06.02.2008 – 5 U 30/07 – VersR 2008, 924, 925; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 2269.

²⁹⁸ *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 90.

Nicht einheitlich wird die Frage beantwortet, ob bzgl. des Beweismaßes § 286 ZPO oder § 287 ZPO anzuwenden ist.²⁹⁹ Das Beweismaß legt fest, wann einer Partei im Zivilprozess der Beweis gelungen ist.³⁰⁰ In § 286 ZPO wird der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung normiert.³⁰¹ Danach hat das Gericht nach seiner freien Überzeugungen zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung als wahr oder unwahr einzustufen ist, wobei der gesamte Inhalt der Verhandlungen und die Ergebnisse einer durchgeführten Beweisaufnahme zu berücksichtigen sind. Insbesondere ist der Beweis der Rechtsgutsverletzung an den Voraussetzungen des § 286 ZPO zu messen.³⁰² § 287 ZPO senkt die Anforderungen an das Beweismaß, wenn es um die Frage geht, welche Schäden eine feststehende Rechtsgutsverletzung zur Folge hat.³⁰³ In diesen Fällen kann das Gericht nach freier Überzeugung und unter Würdigung aller Umstände entscheiden, § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO. Die volle Überzeugung des Gerichts von der Entstehung des Schadens und der Schadenshöhe ist nicht erforderlich.³⁰⁴ Es ist ausreichend, dass die behauptete Tatsache mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zutrifft.³⁰⁵ Teilweise wendet die Rechtsprechung für das Beweismaß bei Schadensfolgen, die sich aus dem rechtswidrigen Heileingriff ergeben, § 286 ZPO an.³⁰⁶ In anderen Fällen wird hingegen auf § 287 ZPO zurückgegriffen.³⁰⁷ Für die Anwendbarkeit des § 287 ZPO spricht die konsequente Anwendung der Körperverletzungsdoktrin.³⁰⁸ Ist die ohne wirksame Einwilligung durchgeführte Behandlung rechtswidrig, muss bereits darin die primäre Schädigung des Patienten gesehen werden.³⁰⁹ Die daraus resultierenden Schadensfolgen sind dann als Sekundärschäden einzustufen.³¹⁰

²⁹⁹ NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 69.

³⁰⁰ Vgl. MedR-Komm/*Katzenmeier*, § 286 ZPO, Rn. 2.

³⁰¹ MedR-Komm/*Katzenmeier*, § 286 ZPO, Rn. 1.

³⁰² BGH, Urteil vom 04.11.2003 – VI ZR 28/03 – NJW 2004, 777, 778 f.

³⁰³ MedR-Komm/*Katzenmeier*, § 287 ZPO, Rn. 3.

³⁰⁴ Vgl. MedR-Komm/*Katzenmeier*, § 287 ZPO, Rn. 1.

³⁰⁵ Vgl. *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 273.

³⁰⁶ BGH, Urteil vom 07.02.2012 – VI ZR 62/11 – NJW 2012, 850, 851; BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 313/03 – NJW 2005, 1718, 1719; NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 69: Der BGH stelle für die Anforderungen an das Beweismaß teilweise nur darauf ab, ob nach dem Klagebegehren ein Primär- oder ein Sekundärschaden geltend gemacht wird.

³⁰⁷ BGH, Urteil vom 19.10.2010 – VI ZR 241/09 – NJW 2011, 375, 376; BGH, Urteil vom 13.01.1987 – VI ZR 82/86 – NJW 1987, 1481, 1482; BGH, Urteil vom 04.11.1975 – VI ZR 226/73 – NJW 1976, 363, 363.

³⁰⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 04.11.1975 – VI ZR 226/73 – NJW 1976, 363, 363; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 273; NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 69.

³⁰⁹ BGH, Urteil vom 19.10.2010 – VI ZR 241/09 – NJW 2011, 375, 376; BGH, Urteil vom 04.11.1975 – VI ZR 226/73 – NJW 1976, 363, 363; NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 69; *Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 284.

³¹⁰ BGH, Urteil vom 19.10.2010 – VI ZR 241/09 – NJW 2011, 375, 376; BGH, Urteil vom 04.11.1975 – VI ZR 226/73 – NJW 1976, 363, 363; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht,

Trotz des bestehenden Kausalzusammenhangs kann der Zurechnungszusammenhang in den nachfolgenden Fallgruppen aus Wertungsgründen entfallen.³¹¹

1. Beweislast bzgl. der hypothetischen Einwilligung

Der Einwand der hypothetischen Einwilligung betrifft die Fälle, in denen der Patient die Einwilligung auch nach einer ordnungsgemäßen Selbstbestimmungsaufklärung erteilt hätte.³¹² Der erforderliche Zurechnungszusammenhang zwischen Aufklärungsfehler und Schaden ist in dieser Konstellation nicht gegeben.³¹³ Folglich hat der Patient weder einen Schadensersatz- noch einen Schmerzensgeldanspruch.³¹⁴

Nach § 630h Abs. 2 S. 2 BGB trägt die Behandlungsseite die Behauptungs- und Beweislast für die hypothetische Einwilligung.³¹⁵ An die Beweisführung werden dabei hohe Anforderungen gestellt.³¹⁶ Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten unterwandert wird.³¹⁷ Für einen substantiierten Vortrag reicht es deshalb nicht aus, dass der Eingriff medizinisch indiziert ist und ein „vernünftiger Patient“ diesen durchführen lassen würde.³¹⁸ Entscheidend ist allein, ob der betroffene Patient im konkreten Einzelfall eingewilligt hätte.³¹⁹ Wurde die Einwilligung von dem Patienten ausdrücklich verweigert, scheidet der Einwand der hypothetischen Einwilligung daher von vornherein aus.³²⁰ Für gewöhnlich wird der anwaltlich beratene Patient verneinen,

Rn. 273; NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 69; Ratzel/Luxenburger/*Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 284.

³¹¹ Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 520.

³¹² *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 347; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 63, Rn. 3.

³¹³ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 520. Nach der Gesetzesbegründung fehlt in diesen Konstellationen der „Ursachenzusammenhang“; BT-Drs. 17/10488, S. 29.

³¹⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 29. Eine Anspruch auf Schmerzensgeld wegen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung scheidet auch aus, da keine schwere Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegt, wenn der Patient auch hypothetisch eingewilligt hätte; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 221 in Fn. 268; *Terbille*, VersR 1999, 235, 236.

³¹⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 29; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 221; *Spickhoff/Spickhoff*, § 630h BGB, Rn. 8.

³¹⁶ BGH, Urteil vom 27.03.2007 – VI ZR 55/05 – NJW 2007, 2767, 2770 f.; BGH, Urteil vom 17.03.1998 – VI ZR 74/97 – NJW 1998, 2734, 2734; BGH, Urteil vom 14.06.1994 – VI ZR 260/93 – NJW 1994, 2414, 2415; BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2004; BT-Drs. 17/10488, S. 29; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 221; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 348.

³¹⁷ BGH, Urteil vom 17.03.1998 – VI ZR 74/97 – NJW 1998, 2734, 2734; BGH, Urteil vom 14.06.1994 – VI ZR 260/93 – NJW 1994, 2414, 2415; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 348.

³¹⁸ BGH, Urteil vom 09.11.1993 – VI ZR 248/92 – NJW 1994, 799, 801; BT-Drs. 17/10488, S. 29; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 221; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 348.

³¹⁹ BGH, Urteil vom 09.11.1993 – VI ZR 248/92 – NJW 1994, 799, 801; BT-Drs. 17/10488, S. 29; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 348.

³²⁰ BGH, Urteil vom 05.02.1991 – VI ZR 108/90 – NJW 1991, 2342, 2343; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 348 in Rn. 187.

dass er bei vollständiger Aufklärung dem Eingriff zugestimmt hätte.³²¹ Da die persönliche Willensbildung nur in eingeschränktem Maße verifizierbar ist, würden so in letzter Konsequenz nicht nur hohe, sondern unüberwindbare Anforderungen an den Beweis der Behandlungsseite gestellt werden.³²² Die Rechtsprechung³²³ ist daher um einen Kompromiss bemüht und hat einen Teil der Beweislast auf die Seite des Patienten verlagert.³²⁴ Wenn die Schwere der Erkrankung, eine günstige Erfolgsprognose und die geringen Belastungen der Behandlung für die Vornahme des Eingriffs sprechen, hat der Patient darzulegen, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte.³²⁵ § 630h Abs. 2 S. 2 BGB enthält hierzu keine Ausführungen. Allerdings geht der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung selbst davon aus, dass ein echter Entscheidungskonflikt von dem Patienten darzulegen ist.³²⁶ Umgekehrt dürfen wiederum nicht zu hohe Anforderungen an die Substantiierungspflicht des Patienten gestellt werden.³²⁷ Wie er sich tatsächlich verhalten hätte, muss der Patient nicht darlegen.³²⁸ Die individuelle Entscheidungssituation wird das Gericht im Regelfall nur nach einer persönlichen Anhörung des Patienten beurteilen können.³²⁹ Kann der Patient einen echten Entscheidungskonflikt geltend machen, wurde kein ausreichender Beweis für eine hypothetische Einwilligung erbracht.³³⁰ Fehlt es hingegen an einer plausiblen Begründung oder kommt diese auffällig spät, hat das Gericht die Möglichkeit die

³²¹ Vgl. *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, S. 348; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, *Handbuch des Arztrechts*, § 63, Rn. 3; *MedR-Komm/Katzenmeier*, § 286 ZPO, Rn. 88.

³²² Vgl. *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, S. 348.

³²³ BGH, Urteil vom 02.03.1993 – VI ZR 104/92 – NJW 1993, 2378, 2379; BGH, Urteil vom 11.12.1990 – VI ZR 151/90 – NJW 1991, 1543, 1544; BGH, Urteil vom 26.06.1990 – VI ZR 289/89 – NJW 1990, 2928, 2929; BGH, Urteil vom 07.02.1984 – VI ZR 174/82 – NJW 1984, 1397, 1399.

³²⁴ *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 520; *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, S. 348 f.; *MedR-Komm/Katzenmeier*, § 286 ZPO, Rn. 88.

³²⁵ BGH, Urteil vom 02.03.1993 – VI ZR 104/92 – NJW 1993, 2378, 2379; BGH, Urteil vom 11.12.1990 – VI ZR 151/90 – NJW 1991, 1543, 1544; BGH, Urteil vom 07.02.1984 – VI ZR 174/82 – NJW 1984, 1397, 1399; zu den einzelnen Fallgruppen des echten Entscheidungskonflikts: *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 521 ff.

³²⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 29; *MedR-Komm/Katzenmeier*, § 286 ZPO, Rn. 88.

³²⁷ BGH, Urteil vom 17.04.2007 – VI ZR 108/06 – NJW 2007, 2771, 2772; *Frabm/Nixdorf/Walter*, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 222; *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, S. 349.

³²⁸ BGH, Urteil vom 02.03.1993 – VI ZR 104/92 – NJW 1993, 2378, 2379; BGH, Urteil vom 11.12.1990 – VI ZR 151/90 – NJW 1991, 1543, 1544; *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 520; *Frabm/Nixdorf/Walter*, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 222; *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, S. 349.

³²⁹ BGH, Urteil vom 14.06.1994 – VI ZR 178/93 – NJW 1994, 3010, 3011; BGH, Urteil vom 02.03.1993 – VI ZR 104/92 – NJW 1993, 2378, 2379; *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 520; *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, S. 349; *Müller*, FS-Geiß (2000), 461, 467.

³³⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 29. Die Patienten machen dann regelmäßig geltend, dass sie bei einem anderen Arzt, in einem anderem Krankenhaus oder zu einem anderen Zeitpunkt den Eingriff hätten vornehmen lassen; *Lepa*, FS-Geiß (2000), 449, 459.

Klage des Patienten abzuweisen.³³¹ Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass ein Aufklärungsversäumnis nicht missbräuchlich zu Haftungszwecken geltend gemacht wird.³³²

2. Beweislast bzgl. der hypothetischen Kausalität

Erhebt die Behandlungsseite den Einwand der hypothetischen Kausalität, trägt sie hierfür ebenfalls die volle Beweislast gem. § 286 ZPO.³³³ Gemeint sind solche Fälle, in denen der Arzt geltend macht, dass auch ohne den vorgenommenen Eingriff ein gleichwertiger, negativer Verlauf eingetreten wäre.³³⁴ Hierunter fällt beispielsweise die Behauptung, dass es auch bei der Behandlung in einem anderen Krankenhaus oder durch einen anderen Arzt zu einem identischen Schadenseintritt gekommen wäre.³³⁵ Gleiches gilt, wenn die Behandlungsseite geltend macht, dass eine alternativ infrage kommende Behandlung ebenfalls den Schaden hervorgerufen hätte.³³⁶ Daneben besteht regelmäßig die Möglichkeit, dass sich der Zustand des Patienten bereits infolge der Grunderkrankung weiter verschlechtert hätte.³³⁷ Berufte sich die Behandlungsseite auf eine derartige Reserveursache, ist sie hierfür ebenfalls beweisbelastet.³³⁸

B. Beweislast für Versäumnisse bzgl. der therapeutischen Aufklärung

Anders als die Selbstbestimmungsaufklärung dient die therapeutische Aufklärung nicht dazu, die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung zu schaffen.³³⁹ Die ärztliche Behandlung soll nicht legitimiert, sondern vorbereitet und begleitet werden.³⁴⁰ Versäumnisse in diesem Bereich stellen einen Behandlungsfehler dar.³⁴¹

³³¹ Katzenmeier, *Arzthaftung*, S. 349; Laufs, in: Laufs/Kern, *Handbuch des Arztrechts*, § 63, Rn. 3; MedR-Komm/Katzenmeier, § 286 ZPO, Rn. 88.

³³² Vgl. BGH, Urteil vom 11.12.1990 – VI ZR 151/90 – NJW 1991, 1543, 1544; BGH, Urteil vom 07.02.1984 – VI ZR 174/82 – NJW 1984, 1397, 1399.

³³³ BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 313/03 – NJW 2005, 1718, 1719; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S. 350; MedR-Komm/Katzenmeier, § 286 ZPO, Rn. 90.

³³⁴ *Frahm/Nixdorf/Walter*, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 225; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S. 349 f.; Laufs, in: Laufs/Kern, *Handbuch des Arztrechts*, § 63, Rn. 4; MedR-Komm/Katzenmeier, § 286 ZPO, Rn. 90.

³³⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 13.12.1988 – VI ZR 22/88 – NJW 1989, 1541, 1542; OLG Celle, Urteil vom 03.03.1986 – 1 U 11/85 – VersR 1987, 567, 568; Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, C 151.

³³⁶ Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, C 151.

³³⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 23.10.1984 – VI ZR 24/83 – NJW 1985, 676, 677; Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, C 152.

³³⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 13.01.1987 – VI ZR 82/86 – NJW 1987, 1481, 1481 f.; BGH, Urteil vom 23.10.1984 – VI ZR 24/83 – NJW 1985, 676, 677; Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, C 152.

³³⁹ Vgl. Müller, FS-Geiß (2000), 461, 462.

³⁴⁰ Laufs, in: Laufs/Kern, *Handbuch des Arztrechts*, § 58, Rn. 1; MüKoBGB/Wagner, § 630h BGB, Rn. 35.

Die Beweislast richtet sich deshalb nach den Grundsätzen, die für Behandlungsfehler gelten.³⁴² Auf die Beweislastregeln, die bei unzureichender Selbstbestimmungsaufklärung Anwendung finden, kann gerade nicht zurückgegriffen werden.³⁴³

I. Beweislast bzgl. der Pflichtverletzung

Auf vertraglicher Ebene sind als Pflichtverletzung i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB sämtliche Behandlungsfehler nach den §§ 630a ff. BGB einzuordnen.³⁴⁴ Ein Behandlungsfehler liegt vor, wenn die ärztliche Behandlung von dem medizinischen Standard abweicht.³⁴⁵ Dass eine unzureichende oder gänzlich unterbliebene therapeutische Aufklärung gegen § 630c Abs. 2 S. 1 BGB verstößt, hat daher auch Bedeutung für die Beweislast. Aus § 280 Abs. 1 S. 1 BGB folgt, dass der Patient Versäumnisse bei der therapeutischen Aufklärung zu beweisen hat.³⁴⁶ Der Beweis muss dabei gem. § 286 ZPO zur vollen Überzeugung des Gerichts geführt werden.³⁴⁷

Für die Verteilung der Beweislast enthält § 630h BGB im Anwendungsbereich der §§ 630a ff. BGB weitere, von den Vorgaben des § 280 Abs. 1 BGB abweichende Regelungen.³⁴⁸ Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die deliktische Haftung nach den § 823 ff. BGB von § 630h BGB „grundsätzlich unberührt“ bleiben.³⁴⁹ Vor dem Hintergrund, dass die Rechtsprechung stets um einen Gleichlauf von vertraglicher und deliktischer Haftung bestrebt war, dürfte jedoch davon auszugehen sein, dass der Regelungsgehalt des § 630h BGB zukünftig auch im Deliktsrecht Beachtung finden wird.³⁵⁰

Ein Rückgriff auf die besonderen Beweislastregelungen des § 630h Abs. 2 S. 1 BGB, wonach die Behandlungsseite eine den Anforderungen des § 630e BGB entsprechende Aufklärung zu beweisen hat, scheidet für die therapeutische Aufklärung aus.³⁵¹ Zwar findet sich auch ein Teil der Informationspflichten des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB im Katalog der Aufklärungspflichten des § 630e

³⁴¹ BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1716; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 97; *MedR-Komm/Jaeger*, § 823 BGB, Rn. 64a; *Müller*, FS-Geiß (2000), 461, 462; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 49; *Steffen/Pange*, Arzthaftungsrechts, Rn. 706.

³⁴² BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1716; *MedR-Komm/Jaeger*, § 823 BGB, Rn. 64a; *Müller*, FS-Geiß (2000), 461, 466; *Steffen/Pange*, Arzthaftungsrechts, Rn. 706.

³⁴³ Vgl. *Müller*, FS-Geiß (2000), 461, 466; *Steffen/Pange*, Arzthaftungsrechts, Rn. 707.

³⁴⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 27.

³⁴⁵ *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 200.

³⁴⁶ Vgl. *Spickhoff/Spickhoff*, § 630h BGB, Rn. 2.

³⁴⁷ *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 200; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 122.

³⁴⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 27.

³⁴⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 27; *Spickhoff/Spickhoff*, § 630h BGB, Rn. 3.

³⁵⁰ *Spickhoff/Spickhoff*, § 630h BGB, Rn. 3. Zu einer analogen Anwendung des § 630h im Deliktsrecht: *Spickhoff*, *VersR* 2013, 267, 281.

³⁵¹ *Spickhoff/Spickhoff*, § 630h BGB, Rn. 7.

Abs. 1 S. 2 BGB wieder, jedoch gilt das nicht für den Bereich der therapeutischen Aufklärung.³⁵² Des Weiteren wäre eine derartige Auslegung auch nicht mit dem Vorhaben des Gesetzgebers, der die Rechtsprechung lediglich zusammenfassen und nicht ändern wollte, vereinbar.³⁵³ Demnach liegt im vertraglichen Bereich die Beweislast für Versäumnisse bei der therapeutischen Aufklärung weiterhin bei dem Patienten.³⁵⁴

Im Deliktsrecht hat der Patient Versäumnisse bei der therapeutischen Aufklärung, als Anspruchsvoraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB, ohnehin zu beweisen.³⁵⁵ Dort stellt die Rechtsgutsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB das deliktsrechtliche Pendant zur vertraglichen Pflichtverletzung i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB dar.³⁵⁶

II. Beweislast bzgl. des Verschuldens

Im Deliktsrecht trägt grundsätzlich der Patient die Beweislast für das Verschulden.³⁵⁷ Auf vertraglicher Ebene wird die Beweislastverteilung von § 280 Abs. 1 S. 2 BGB modifiziert. Danach muss der Schädiger beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.³⁵⁸ Allerdings darf die Anwendung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB nicht zu einer Erfolgshaftung des Arztes führen. Schließlich schuldet der Arzt keinen Heilungserfolg, sondern lediglich eine Behandlung nach dem medizinischen Standard.³⁵⁹ Die Vermutung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB beschränkt sich daher auf einen Verstoß gegen die „innere Sorgfalt“.³⁶⁰ Damit dürfte die Anwendung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB regelmäßig keine praktischen Auswirkungen haben.³⁶¹

III. Beweislast bzgl. Kausalität und Schaden

Nur wenn das Versäumnis bei der therapeutischen Aufklärung den geltend gemachten Schaden in zurechenbarer Weise verursacht hat, kommt eine Haftung der Behandlungsseite für die Schadensfolgen in Betracht.³⁶² Bei Versäumnissen im

³⁵² Vgl. Spickhoff/*Spickhoff*, § 630h BGB, Rn. 7.

³⁵³ Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 27.

³⁵⁴ Vgl. Spickhoff/*Greiner*; § 823 ff. BGB, Rn. 49; *Steffen/Pange*, Arzthaftungsrechts, Rn. 706.

³⁵⁵ MüKoBGB/*Wagner*, § 630h BGB, Rn. 53.

³⁵⁶ NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 1.

³⁵⁷ *Bäune/Dahm*, MedR 2004, 645, 652.

³⁵⁸ Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 28; *Bräune/Dahm*, MedR 2004, 645, 652.

³⁵⁹ Spickhoff/*Greiner*, § 823 ff., Rn. 134; *Taupitz*, ZfP 100 (1987), 287, 292; *Walter*, GesR 2013, 128, 129.

³⁶⁰ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 317; Spickhoff/*Greiner*, § 823 ff., Rn. 136; *Weidinger*, VersR 2004, 35, 37.

³⁶¹ Vgl. *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, B 475; *Bäune/Dahm*, MedR 2004, 645, 652. Eine Anwendbarkeit des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB verneinend: MüKoBGB/*Wagner*, § 630h BGB, Rn. 8.

³⁶² *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 216.

Bereich der therapeutischen Aufklärung steht regelmäßig das Unterlassungsmoment im Vordergrund, weil die Behandlungsseite einen notwendigen Hinweis nicht erteilt hat.³⁶³ Für den Kausalitätsnachweis ist dann erforderlich, dass der geltend gemachte Schaden bei pflichtgemäßem Handeln vermieden worden wäre.³⁶⁴ Grundsätzlich trägt hierfür der Patient die Beweislast.³⁶⁵

Die Anforderungen an den Beweis des Patienten hängen von der Differenzierung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität ab.³⁶⁶ Geht es um die Frage der Kausalität zwischen Behandlungsfehler und der Rechtsgutsverletzung als solcher, hat der Patient den Beweis zur vollen Überzeugung des Gerichts gem. § 286 ZPO zu führen.³⁶⁷ Anders ist es hingegen im Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität.³⁶⁸ Dort ist der Patient dafür beweisbelastet, dass es sich bei den geltend gemachten Sekundärschäden um Folgen der Rechtsgutsverletzung handelt, allerdings gilt für das Beweismaß der für den Patienten günstigere § 287 ZPO.³⁶⁹

1. Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens

Der Nachweis der Kausalität setzt voraus, dass der Patient beweisen kann, dass er die im Rahmen der therapeutischen Aufklärung zu erteilenden Hinweise auch befolgt hätte.³⁷⁰ Den Beweis einer hypothetischen Verhaltensweise wird der Patient aber nur selten führen können.³⁷¹

Ein Rückgriff auf § 280 Abs. 1 S. 2 BGB und § 630h Abs. 1 BGB scheidet von vorneherein aus, da sich der Anwendungsbereich der Vorschriften bereits nach dem Wortlaut nur auf den Nachweis des Verschuldens bzw. des Behandlungsfehlers, nicht aber auf die Kausalität erstreckt.³⁷² Die Rechtsprechung erleichtert dem Patienten jedoch die Beweisführung durch die Vermutung

³⁶³ Vgl. NK-MedR/*Glanzmann*, § 286, 287 ZPO, Rn. 18.

³⁶⁴ Vgl. *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 218; NK-MedR/*Glanzmann*, § 286, 287 ZPO, Rn. 17 f.

³⁶⁵ BGH, Urteil vom 25.04.1989 – VI ZR 175/88 – NJW 1989, 2318, 2320; OLG Braunschweig, Urteil vom 10.04.1997 – 1 U 21/96 – VersR 1998, 459, 460; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 216; NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 8; Spickhoff/*Greiner*, § 823 ff., Rn. 139; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrechts, Rn. 626.

³⁶⁶ *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrechts, Rn. 626.

³⁶⁷ *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 217; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrechts, Rn. 626.

³⁶⁸ Vgl. *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 229.

³⁶⁹ *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 229; MedR-Komm/*Jaeger*, § 249 BGB, Rn. 5: Für die Überzeugungsbildung des Gerichts reicht in diesem Fall bereits die überwiegende Wahrscheinlichkeit aus.

³⁷⁰ *Hausch*, VersR 2007, 167, 171.

³⁷¹ *Hausch*, VersR 2007, 167, 171.

³⁷² Vgl. Spickhoff/*Greiner*, § 823 ff., Rn. 163. „Auch sind Kausalitätsfragen vom Anwendungsbereich des Absatzes 1 nicht erfasst.“; BT-Drs. 17/10488, S. 28 zu § 630h BGB.

aufklärungsrichtigen Verhaltens.³⁷³ Zugunsten des Patienten wird davon ausgegangen, dass sich dieser im Falle einer ordnungsgemäßen therapeutischen Aufklärung auch aufklärungsrichtig verhalten hätte.³⁷⁴ Voraussetzung ist, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass der Patient sich aufklärungsrichtig verhalten hätte.³⁷⁵ Eine solche überwiegende Wahrscheinlichkeit liegt nicht vor, wenn nach einer ordnungsgemäßen therapeutischen Aufklärung mehrere Handlungsmöglichkeiten bestanden hätten.³⁷⁶

Welche beweisrechtlichen Konsequenzen sich aus der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens ergeben, wird von der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet.³⁷⁷ Ein Grund hierfür dürfte vor allem die Tatsache sein, dass die Figur des aufklärungsrichtigen Verhaltens nicht allein im Arzthaftungsrecht Anwendung findet.³⁷⁸ Innerhalb der Rechtsprechung wird sowohl die Auffassung vertreten, dass es sich um eine echte Beweislastumkehr handelt, als auch, dass ein Anwendungsfall des Anscheinsbeweises vorliegt.³⁷⁹ Im Ergebnis muss die Behandlungsseite widerlegen, dass sich der Patient auch tatsächlich aufklärungsrichtig verhalten hätte.³⁸⁰ Letztlich dürften die praktischen

³⁷³BGH, Urteil vom 25.04.1989 – VI ZR 175/88 – NJW 1989, 2318, 2320; OLG Braunschweig, Urteil vom 10.04.1997 – 1 U 21/96 – VersR 1998, 459, 460; OLG Köln, Urteil vom 31.01.1996 – 5 U 122/95 – VersR 1996, 1021, 1022; OLG Stuttgart, Urteil vom 18.05.1995 – 14 U 59/94 – VersR 1996, 979, 979. Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens findet auch außerhalb des Arzthaftungsrechts Anwendung, vgl. BGH, Urteil vom 10.05.1994 – XI ZR 115/93 – NJW 1994, 2541, 2542; *Hausch*, VersR 2007, 167, 171.

³⁷⁴BGH, Urteil vom 25.04.1989 – VI ZR 175/88 – NJW 1989, 2318, 2320; OLG Braunschweig, Urteil vom 10.04.1997 – 1 U 21/96 – VersR 1998, 459, 460; OLG Köln, Urteil vom 31.01.1996 – 5 U 122/95 – VersR 1996, 1021, 1022; OLG Stuttgart, Urteil vom 18.05.1995 – 14 U 59/94 – VersR 1996, 979, 979; *Geiß/ Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 215; *Hausch*, VersR 2007, 167, 171; *MedR-Komm/Katzenmeier*, § 286 ZPO, Rn. 20a; *NK-MedR/Glanzmann*, § 286, 287 ZPO, Rn. 19.

³⁷⁵MüKoBGB/*Wagner*, § 630h BGB, Rn. 56.

³⁷⁶BGH, Urteil vom 28.03.1989 – VI ZR 157/88 – NJW 1989, 2320, 2321.

³⁷⁷Vgl. *Hausch*, VersR 2007, 167, 171.

³⁷⁸Grundlegend zur Beweislast bei Verletzung einer vertraglichen Aufklärungs- oder Beratungspflicht: BGH, Urteil vom 05.07.1973 – VII ZR 12/73 – NJW 1973, 1688, 1688 f.; zur Produkthaftung: BGH, Urteil vom 19.02.1975 – VIII ZR 144/73 – NJW 1975, 824, 825; zur Anlageberatung: BGH, Urteil vom 16.11.1993 XI ZR 214/92 – NJW 1994, 512, 513; *Hausch*, VersR 2007, 167, 171; *NK-MedR/Glanzmann*, § 286, 287 ZPO, Rn. 19 in Fn. 32.

³⁷⁹Eine echte Beweislastumkehr nehmen an: BGH, Urteil vom 19.02.1975 – VIII ZR 144/73 – NJW 1975, 824, 825 (Produkthaftung); BGH, Urteil vom 22.11.1983 – VI ZR 85/82 – NJW 1984, 658, 659 f.; BGH, Urteil vom 10.05.1994 – XI ZR 115/93 – NJW 1994, 2541, 2542 (Scheckverkehr); einen Anwendungsfall des Anscheinsbeweises nehmen an: BGH, Urteil vom 16.11.1993 – XI ZR 214/92 – NJW 1994, 512, 514 (Anlageberatung); OLG Braunschweig, Urteil vom 10.04.1997 – 1 U 21/96 – VersR 1998, 459, 460; OLG Köln, Urteil vom 31.01.1996 – 5 U 122/95 – VersR 1996, 1021, 1022; so wohl auch BGH, Urteil vom 25.04.1989 – VI ZR 175/88 – NJW 1989, 2318, 2320; zu den unterschiedlichen dogmatischen Begründungsansätzen: *NK-MedR/Glanzmann*, § 286, 287 ZPO, Rn. 19; ausführlich zur Rechtsprechung: *Hausch*, VersR 2007, 167, 171 f.

³⁸⁰*Hausch*, VersR 2007, 167, 171.

Auswirkungen dieser Unterscheidung eher gering sein.³⁸¹ Der Behandlungsseite wird es nämlich regelmäßig schon nicht gelingen Tatsachen vorzutragen, die dazu geeignet sind, den Anscheinsbeweis zu erschüttern.³⁸² Es besteht auch nicht die Gefahr, dass mit der Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens abschließend über die Haftung in dem konkreten Fall entschieden werden würde. Denn der Patient muss unabhängig davon beweisen, dass sein aufklärungsrichtiges Verhalten auch den Eintritt des Schadens verhindert hätte.³⁸³

2. Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern

Liegen die Voraussetzungen des § 630h Abs. 5 S. 1 BGB vor, kommt es zu einer Umkehr der Beweislast. Mit dieser Norm verfolgte der Gesetzgeber unter anderem das Ziel, die vom BGH entwickelten Grundsätze zum groben Behandlungsfehler festzuhalten.³⁸⁴ Nach der Rechtsprechung liegt ein grober Behandlungsfehler vor, „wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht schlechterdings nicht unterlaufen darf“.³⁸⁵ In diesem Zusammenhang kommt den Ausführungen des Sachverständigen besondere Bedeutung zu, da dem Gericht das zur medizinischen Beurteilung notwendige Fachwissen regelmäßig fehlen wird.³⁸⁶ Die Feststellung des groben Behandlungsfehlers muss von dem Tatrichter selbst getroffen werden, da es sich um eine juristische Wertung handelt.³⁸⁷ Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sind dabei alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.³⁸⁸ Eindeutige Abgrenzungskriterien für die Frage, wann ein Versäumnis bei der therapeutischen Aufklärung die Annahme eines einfachen oder groben Behandlungsfehlers rechtfertigt, existieren nicht.³⁸⁹ Ein grober Behandlungsfehler

³⁸¹ *Hausch*, VersR 2007, 167, 172.

³⁸² *Hausch*, VersR 2007, 167, 172. Nur wenn von der Behandlungsseite Tatsachen bewiesen werden, die einen atypischen Verlauf nahelegen, wird der Anscheinsbeweis erschüttert; Spickhoff/*Greiner*, § 823 ff., Rn. 157.

³⁸³ BGH, Urteil vom 07.07.1987 – VI ZR 193/86 – NJW 1987, 2923, 2924; *Hausch*, VersR 2007, 167, 172 f.; MedR-Komm/*Katzenmeier*, § 286 ZPO, Rn. 20a; NK-MedR/*Glanzmann*, § 286, 287 ZPO, Rn. 20.

³⁸⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 30.

³⁸⁵ BGH, Urteil vom 25.10.2011 – VI ZR 139/10 – NJW 2012, 227, 227; BGH, Urteil vom 20.09.2011 – VI ZR 55/09 – NJW 2011, 3442, 3442; BGH, Beschluss vom 22.09.2009 – VI ZR 32/09 – NJW-RR 2010, 711, 712; BGH, Urteil vom 16.06.2009 – VI ZR 157/08 – NJW 2009, 2820, 2822; *Hausch*, VersR 2007, 167, 173; MedR-Komm/*Jaeger*, § 630h BGB, Rn. 55; NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 25; Spickhoff/*Greiner*, § 823 ff., Rn. 169.

³⁸⁶ Vgl. Spickhoff/*Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 174.

³⁸⁷ BGH, Urteil vom 25.10.2011 – VI ZR 139/10 – NJW 2012, 227, 227; MedR-Komm/*Jaeger*, § 630h BGB, Rn. 57; Spickhoff/*Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 174.

³⁸⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 20.09.2011 – VI ZR 55/09 – NJW 2011, 3442, 3442; BGH, Urteil vom 16.06.2009 – VI ZR 157/08 – NJW 2009, 2820, 2822; Spickhoff/*Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 175.

³⁸⁹ Vgl. *Hausch*, VersR 2007, 167, 173.

dürfte aber naheliegen, wenn der Patient durch die unzureichende therapeutische Aufklärung einer erheblichen gesundheitlichen Gefahr ausgesetzt wird.³⁹⁰ In diese Richtung scheint auch die Rechtsprechung³⁹¹ zu tendieren, wenn sie einen groben Behandlungsfehler nach einer unterlassenen therapeutischen Aufklärung mit der Begründung ablehnt, dass es sich „um ein eher entferntes Risiko einer den Patienten im allgemeinen nicht ernsthaft bedrohenden Komplikation“ handle.³⁹² Werden die im Rahmen der therapeutischen Aufklärung notwendigen Hinweise zur Vermeidung einer statistisch seltenen und bei gewöhnlichem Verlauf der Dinge nicht besonders gefährlichen Infektion unterlassen, soll der Annahme eines groben Behandlungsfehlers die objektiv geringe Schwere des Infektionsrisikos entgegenstehen.³⁹³

Wird das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers bejaht, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war, wenn er grundsätzlich dazu geeignet ist, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, § 630h Abs. 5 S. 1 BGB. Der Patient wird somit durch eine Umkehr der Beweislast bezüglich der haftungsbegründenden Kausalität entlastet.³⁹⁴ Zur Begründung wird von der Rechtsprechung darauf verwiesen, dass durch den groben Behandlungsfehler die Aufklärung des Behandlungsgeschehens in besonderem Maße erschwert worden ist.³⁹⁵ Die Behandlungsseite habe „das Spektrum der für den Misserfolg der ärztlichen Behandlung in Betracht kommenden Ursachen“ erheblich erhöht.³⁹⁶ Es erschiene unbillig, wenn der Patient die Konsequenzen der verschlechterten Beweissituation zu tragen hätte.³⁹⁷ Stattdessen müsse die Behandlungsseite, weil sie die Aufklärungserschwerung zu verantworten habe, ausnahmsweise beweisbelastet sein.³⁹⁸

³⁹⁰ Spickhoff/*Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 190.

³⁹¹ BGH, Urteil vom 16.06.1981 – VI ZR 38/80 – NJW 1981, 2513, 2514.

³⁹² *Hausch*, VersR 2007, 167, 173 in Fn. 78.

³⁹³ BGH, Urteil vom 19.06.2012 – VI ZR 77/11 – NJW 2012, 2653, 2654.

³⁹⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 16.06.2009 – VI ZR 157/08 – NJW 2009, 2820, 2822; BT-Drs. 17/10488, S. 30 f.; Spickhoff/*Spickhoff*; § 630h BGB, Rn. 15; Spickhoff/*Greiner*; § 823 ff. BGB, Rn. 179.

³⁹⁵ BGH, Urteil vom 25.10.2011 – VI ZR 139/10 – NJW 2012, 227, 227; *Laufs/Kern*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 110, Rn. 6; NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 21. Zu den weiteren dogmatischen Begründungsansätzen der Beweislastumkehr ausführlich: *Hausch*, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 69 ff.

³⁹⁶ BGH, Urteil vom 19.06.2012 – VI ZR 77/11 – NJW 2012, 2653, 2654; NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 21.

³⁹⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 19.06.2012 – VI ZR 77/11 – NJW 2012, 2653, 2654; BGH, Urteil vom 25.10.2011 – VI ZR 139/10 – NJW 2012, 227, 227; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 251; *Laufs/Kern*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 110, Rn. 6; NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 21; Spickhoff/*Spickhoff*; § 630h BGB, Rn. 14; Spickhoff/*Greiner*; § 823 ff. BGB, Rn. 168.

³⁹⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 19.06.2012 – VI ZR 77/11 – NJW 2012, 2653, 2654; BGH, Urteil vom 25.10.2011 – VI ZR 139/10 – NJW 2012, 227, 227; NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 21; Spickhoff/*Greiner*; § 823 ff. BGB, Rn. 168.

Sechstes Kapitel: Die Bedeutung der ärztlichen Dokumentationspflicht für die Beweislastverteilung bei Versäumnissen im Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung und der therapeutischen Aufklärung

Die ärztliche Dokumentationspflicht kann sich auf die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess auswirken. Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene, wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis nicht ärztlich dokumentiert oder wurde die Patientenakte nicht ordnungsgemäß aufbewahrt, wird gem. § 630h Abs. 3 BGB vermutet, dass die Maßnahme unterblieben ist. Wäre die Selbstbestimmungsaufklärung oder die therapeutische Aufklärung dokumentationspflichtig und würde eine entsprechende Dokumentation fehlen, wäre die Behandlungsseite gem. § 630h Abs. 3 BGB für die ordnungsgemäße Durchführung der Aufklärung beweibelastet. Wie die Beweislast bei Versäumnissen im Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung und der therapeutischen Aufklärung verteilt ist, kann daher erst unter Berücksichtigung der ärztlichen Dokumentationspflicht abschließend beurteilt werden.

§ 10 Abs. 1 S. 1 der Musterberufsordnung für Ärzte (MBO-Ä 2015) enthält die standesrechtliche Verpflichtung der Ärzte „über die in Ausübung ihres Berufs

gemachten Feststellungen und getroffenen Maßnahmen die erforderlichen Aufzeichnungen zu machen“.³⁹⁹ Mit dem Patientenrechtegesetz wurde in § 630f Abs. 1 S. 1 BGB die Verpflichtung des Behandelnden normiert, zu Dokumentationszwecken eine Patientenakte zu führen. Die ärztliche Dokumentationspflicht ist keineswegs neu und bestand bereits vor der Einführung des Patientenrechtegesetzes.⁴⁰⁰ Nach dem Willen des Gesetzgebers soll § 630f BGB an die bislang hierzu ergangene Rechtsprechung anknüpfen und diese auch fortentwickeln.⁴⁰¹

A. Dokumentationspflicht der Selbstbestimmungsaufklärung

Aus § 630f Abs. 2 S. 1 BGB ergibt sich der Grundsatz, dass wesentliche Maßnahmen und deren Resultate dokumentiert werden müssen, wenn eine Dokumentation aus medizinischer Sicht von Bedeutung ist.⁴⁰² Das Gesetz enthält gleichzeitig eine exemplarische, aber nicht abschließende Aufzählung von Beispielen.⁴⁰³ Danach sind „insbesondere die Anamnese, Diagnosen, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre Wirkungen, Eingriffe und ihre Wirkungen, Einwilligungen und Aufklärungen“ zu dokumentieren. Neu ist, dass nach dem Wortlaut des Gesetzes auch „Einwilligungen und Aufklärungen“ zu dokumentieren sind.⁴⁰⁴

³⁹⁹ (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997 – in der Fassung des Beschlusses des 118. Deutschen Ärztetages 2015 in Frankfurt am Main; abrufbar unter: http://www.bundesaeztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO_02.07.2015.pdf (zuletzt abgerufen am: 31.03.2017). Durch die standesrechtliche Verpflichtung zur Dokumentation wird keine privatrechtliche Dokumentationspflicht des Arztes gegenüber dessen Patienten begründet, *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 166.

⁴⁰⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 06.07.1999 – VI ZR 290/98 – NJW 1999, 3408, 3409 f.; BGH, Urteil vom 14.02.1995 – VI ZR 272/93 – NJW 1995, 1611, 1611 ff.; BGH, Urteil vom 23.03.1993 – VI ZR 26/92 – NJW 1993, 2375, 2376 f.

⁴⁰¹ BT-Drs. 17/10488, S. 25. Eine Fortentwicklung gegenüber der bisherigen Rechtslage enthält beispielsweise § 630f Abs. 1 S. 2 BGB, wonach Eintragungen in der Patientenakte nur noch berichtigt oder geändert werden dürfen, wenn der ursprüngliche Inhalt der Akte erkennbar bleibt, *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, F 201b. Gleiches gilt für § 630f Abs. 1 S. 1 BGB, wonach die Dokumentation in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Behandlung erfolgen muss, BT-Drs. 17/10488, S. 26; Spickhoff/*Spickhoff*, § 630f BGB, Rn. 3.

⁴⁰² Spickhoff/*Spickhoff*, § 630f BGB, Rn. 6. Die generalklauselartige Formulierung eröffnet der Rechtsprechung und Literatur die Möglichkeit, die an die Dokumentation gestellten Anforderungen auch zukünftig weiter zu entwickeln, *Franzke*, Der Behandlungsvertrag, S. 153.

⁴⁰³ BT-Drs. 17/10488, S. 26; Spickhoff/*Spickhoff*, § 630f BGB, Rn. 6.

⁴⁰⁴ *Franzke*, Der Behandlungsvertrag, S. 153; *Hassner*, VersR 2013, 23, 33; *Jaeger*, Patientenrechtegesetz, Rn. 402, 404; *Kern*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 20; *Laufs/Katzenmeier/Lipp/Katzenmeier*, Arztrecht, 7. A., IX, Rn. 51 in Fn. 122; *Spickhoff/Bleckwenn*, VersR 2013, 1350, 1354. „Gleichwohl geht das Gesetz hier über die bisherige

I. Rechtslage vor Einführung des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB

Schon vor dem Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes war die Frage, ob die Durchführung der Selbstbestimmungsaufklärung dokumentationspflichtig ist, umstritten.⁴⁰⁵ Teilweise wurde vertreten, dass eine ordnungsgemäße Dokumentation auch „die wesentlichen Hinweise im Rahmen [...] der Selbstbestimmungsaufklärung“ enthalten müsse.⁴⁰⁶ Als dokumentationspflichtig wurden „Zeitpunkt, Art und Inhalt“ sowie die „Person des Aufklärenden“ eingestuft.⁴⁰⁷ Auch in der Rechtsprechung wurde vereinzelt eine dahingehende Dokumentationspflicht bejaht.⁴⁰⁸

„Denn solche Krankenunterlagen können ihrer Dokumentationsaufgabe grundsätzlich nur dann gerecht werden, wenn alle bedeutsamen Fakten dort festgehalten werden. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß hierzu auch die Art und Weise des Aufklärungsgesprächs gehört, da hiervon zwangsläufig die Beurteilung darüber abhängt, ob der Kranke wirksam in die ärztliche Behandlung eingewilligt hat.“⁴⁰⁹

Überwiegend wurde eine auf die Selbstbestimmungsaufklärung bezogene Dokumentationspflicht jedoch abgelehnt.⁴¹⁰

„Dokumentationspflichtig sind nur Umstände, die aus medizinischen Gründen im Interesse der Weiterbehandlung des Patienten festgehalten werden müssen. Der Inhalt des Aufklärungsgesprächs gehört ersichtlich nicht dazu.“⁴¹¹

Unabhängig davon war der Arzt dafür beweibelastet, dass eine entsprechende Selbstbestimmungsaufklärung stattgefunden hat.⁴¹² Der Behandlungsseite wurde jedoch die Möglichkeit zugestanden, diesen Nachweis auch anderweitig zu führen.⁴¹³ Es sei gerade Sache des Arztes zu entscheiden, wie er seiner Beweislast

Rechtspraxis hinaus, wenn es vorgibt, dass auch „Einwilligungen und Aufklärungen“ in die Patientenakte aufzunehmen seien.“, Rebborn, GesR 2013, 257, 267.

⁴⁰⁵ Franzke, Der Behandlungsvertrag, S. 153.

⁴⁰⁶ Kubella, Patientenrechtegesetz, S. 166 f.; Laufs/Katzenmeier/Lipp/Katzenmeier, Arztrecht, 6. A., IX, Rn. 50. Franke und Hart bejahen ebenfalls eine Dokumentationspflicht, Franke/Hart, Charta der Patientenrechte, S. 192 f. Nach Schlund müssen die Verlaufsdaten der Behandlung dokumentiert werden, wozu er auch die ärztliche Aufklärung zählt, Schlund, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 55, Rn. 9.

⁴⁰⁷ Peters, Das Recht auf Einsicht in Krankenunterlagen, S. 123.

⁴⁰⁸ OLG Frankfurt, Urteil vom 10.02.1981 – 22 U 213/79 – NJW 1981, 1322, 1323.

⁴⁰⁹ OLG Frankfurt, Urteil vom 10.02.1981 – 22 U 213/79 – NJW 1981, 1322, 1323.

⁴¹⁰ OLG München, Urteil vom 04.08.2011 – 1 U 4984/10 – juris, Rn. 7; OLG Brandenburg, Urteil vom 01.09.1999 – 1 U 3/99 – NJW-RR 2000, 398, 400; OLG Hamm, Urteil vom 22.03.1993 – 3 U 182/92 – VersR 1995, 661, 661; Bamberger/Roth/Spindler, § 823, Rn. 806; Bender, VersR 1997, 918, 919; Franzke, Der Behandlungsvertrag, S. 153; Muschner, VersR 2006, 621, 622; Uphoff/Hindemith, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 87; Wenzel/Müller, Arzthaftungsprozess, Kap. 2, Rn. 1630.

⁴¹¹ OLG München, Urteil vom 04.08.2011 – 1 U 4984/10 – juris, Rn. 7.

⁴¹² OLG Brandenburg, Urteil vom 01.09.1999 – 1 U 3/99 – NJW-RR 2000, 398, 400.

⁴¹³ OLG Brandenburg, Urteil vom 01.09.1999 – 1 U 3/99 – NJW-RR 2000, 398, 400.

nachkomme.⁴¹⁴ Aber auch ohne entsprechende Dokumentationspflicht wurde, angesichts der bestehenden Beweislastverteilung, zur Dokumentation des Aufklärungsgesprächs geraten.⁴¹⁵

II. Rechtslage nach Einführung des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB

Nach der Einführung des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB wird die Frage, ob die Selbstbestimmungsaufklärung dokumentationspflichtig ist, weiterhin nicht einheitlich beantwortet.

Zahlreiche Autoren vertreten die Auffassung, dass die Durchführung der Selbstbestimmungsaufklärung und die Einholung der Einwilligung nun dokumentationspflichtig sind.⁴¹⁶ Aus der Nichtdokumentation des Aufklärungsgesprächs sei zu folgern, „dass eine gehörige mündliche Aufklärung insoweit nicht stattgefunden hat“.⁴¹⁷ Teilweise wird eine Dokumentationspflicht der Selbstbestimmungsaufklärung bejaht, die sich jedoch lediglich auf die Person des Aufklärenden und den Zeitpunkt des Aufklärungsgesprächs beziehe.⁴¹⁸

Indessen geht ein anderer Teil der Literatur davon aus, dass auch nach Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes keine ärztliche Pflicht zur Dokumentation von Aufklärung und Einwilligung besteht.⁴¹⁹ Die hierfür unter anderem angeführte Begründung, dass der Gesetzgeber die Rechtslage nicht zum Nachteil der Behandlungsseite verschlechtern wollte, überzeugt jedoch nicht.⁴²⁰ Aus einer Dokumentationspflicht der Selbstbestimmungsaufklärung und der Einwilligung würden sich keine beweisrechtlichen Nachteile für den Arzt ergeben.⁴²¹ Wären Selbstbestimmungsaufklärung und Einwilligung dokumen-

⁴¹⁴ *Bender*, VersR 1997, 918, 919; *Muschner*, VersR 2006, 621, 622.

⁴¹⁵ „Schriftliche Aufzeichnungen im Krankenblatt über die Durchführung des Aufklärungsgesprächs und seinen wesentlichen Inhalt sind nützlich und dringend zu empfehlen.“, BGH, Urteil vom 08.01.1985 – VI ZR 15/83 – NJW 1985, 1399, 1399; *Bender*, VersR 1997, 918, 919. Quaas empfiehlt die Dokumentation der ärztlichen Aufklärung zumindest bei operativen Eingriffen; *Quaas/Zuck/Quaas*, Medizinrecht, 3. A., § 13, Rn. 71 in Fn. 219. „Da den Arzt die Beweislast für die Vornahme einer ordnungsgemäßen Aufklärung trifft, tut er jedoch gut daran, die Aufklärung zu dokumentieren [...]“. *Uphoff/Hindemith*, in: *Ratzel/Lissel*, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 87.

⁴¹⁶ *Franzke*, Der Behandlungsvertrag, S. 153; *Jaeger*, Patientenrechtegesetz, Rn. 311, 402, 404, 426 f.; *MedR-Komm/Jaeger*, § 823 BGB, Rn. 244a, 247; *MüKoBGB/Wagner*, § 630h BGB, Rn. 60; *Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 333.

⁴¹⁷ *Hassner*, VersR 2013, 23, 33.

⁴¹⁸ *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 127.

⁴¹⁹ *Katzenmeier*, NJW 2013, 817, 820 f.; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, D 209b f., D 392 f.; *Quaas/Zuck/Quaas*, Medizinrecht, 3. A., § 13, Rn. 71; *Schrag-Slawn*, MedR 2015, 597, 598 f.; *Spickhoff/Bleckwenn*, VersR 2013, 1350, 1354 f.; *Walter*, GesR 2013, 129, 132. „Einwilligung und Aufklärung erstanen, schließlich passen diese nur schwer in die Auflistung der aus „fachlicher Sicht“ behandlungs wesentlichen Maßnahmen. Inwiefern dies zu einer Erweiterung des Pflichtenprogramms führen soll und wird, ist abzuwarten.“, *Reuter/Hahn*, VuR 2012, 247, 254.

⁴²⁰ Vgl. *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, D 393.

⁴²¹ *Franzke*, Der Behandlungsvertrag, S. 153.

tationspflichtig, würde für den Fall, dass der Arzt auf eine entsprechende Dokumentation verzichtet, die Vermutungsregel des § 630h Abs. 3 BGB greifen.⁴²² Es würde vermutet werden, dass eine Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten nicht stattgefunden hat.⁴²³ Dem Arzt bliebe aber dennoch die Möglichkeit eröffnet, den Gegenbeweis anderweitig zu führen.⁴²⁴ Diese Beweislastverteilung folgt aber ohnehin schon aus § 630h Abs. 2 S. 1 BGB, wonach der Behandelnde zu beweisen hat, dass er eine Selbstbestimmungsaufklärung durchgeführt und die Einwilligung des Patienten eingeholt hat.⁴²⁵ Für die Frage der Beweislastverteilung ist es daher nicht entscheidend, ob eine Dokumentationspflicht der Selbstbestimmungsaufklärung und der Einwilligung besteht, da insofern die Anwendbarkeit von § 630h Abs. 2 S. 1 BGB bzw. § 630h Abs. 3 BGB zu identischen Ergebnissen führen würde.⁴²⁶

Auch wenn die Verpflichtung des Arztes die Selbstbestimmungsaufklärung und die Einwilligung zu dokumentieren keine beweisrechtlichen Nachteile mit sich bringen würde, steht der Wortlaut des Gesetzes und der Gesetzesbegründung der Annahme einer derartigen Dokumentationspflicht entgegen.⁴²⁷ Nach § 630f Abs. 2 S. 1 BGB sind „sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen“. Die Vermutungsregel des § 630h Abs. 3 BGB findet nur Anwendung, wenn „eine medizinisch gebotene Maßnahme und ihr Ergebnis“ nicht dokumentiert worden sind. In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, dass zu Lasten der Behandlungsseite die Beweislastregelung des § 630h Abs. 3 BGB eingreift, wenn der Behandelnde „die Dokumentation einer medizinisch wesentlichen Information oder Maßnahme“ unterlässt.⁴²⁸ Von dem Wortlaut der bisherigen Rechtsprechung, die nicht auf die Wesentlichkeit der Maßnahme, sondern allein auf die Gebotenheit der Aufzeichnung abstellte, wird abgewichen.⁴²⁹ Allerdings dürfte mit der Verwendung dieser neuen Begrifflichkeit keine inhaltliche Abkehr von der bisherigen Linie der Rechtsprechung gewollt sein.⁴³⁰ Diese betonte, dass eine Dokumentation, die aus medizinischen Gründen nicht erforderlich ist, auch aus Rechtsgründen nicht geboten sei.⁴³¹ Der Umfang

⁴²² *Franzki*, Der Behandlungsvertrag, S. 153 f.

⁴²³ *Franzki*, Der Behandlungsvertrag, S. 153 f.

⁴²⁴ *Franzki*, Der Behandlungsvertrag, S. 153 f.; *Spickhoff/Bleckwenn*, VersR 2013, 1350, 1354.

⁴²⁵ *Franzki*, Der Behandlungsvertrag, S. 154; *Schrag-Slavu*, MedR 2015, 597, 598; *Spickhoff/Bleckwenn*, VersR 2013, 1350, 1354.

⁴²⁶ *Franzki*, Der Behandlungsvertrag, S. 154.

⁴²⁷ Vgl. *Spickhoff/Bleckwenn*, VersR 2013, 1350, 1354 f.

⁴²⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 26; *Spickhoff/Bleckwenn*, VersR 2013, 1350, 1354.

⁴²⁹ *Reuter/Hahn*, VuR 2012, 247, 254.

⁴³⁰ Vgl. *Reuter/Hahn*, VuR 2012, 247, 254; *Spickhoff/Bleckwenn*, VersR 2013, 1350, 1354 f.

⁴³¹ BGH, Urteil vom 14.02.1995 – VI ZR 272/93 – NJW 1995, 1611, 1611; BGH, Urteil vom 23.03.1993 – VI ZR 26/92 – NJW 1993, 2375, 2376; *Kern*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 6, Rn. 12; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, D 392;

der Dokumentationspflicht wurde davon abhängig gemacht, ob eine Information für die weitere Behandlung des Patienten von Bedeutung war.⁴³² Für die medizinische Weiterbehandlung des Patienten ist die Dokumentation von Selbstbestimmungsaufklärung und Einwilligung aber belanglos.⁴³³ Nur unter beweisrechtlichen Gesichtspunkten, wenn der Arzt eine ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung beweisen muss, wird die Dokumentation des Aufklärungsgesprächs relevant.⁴³⁴ Dem steht auch nicht entgegen, dass in der Gesetzesbegründung die „faktische Beweissicherung“⁴³⁵ als Zweck der Dokumentation genannt wird, da diese Formulierung lediglich im Kontext des Behandlungsfehlers verwendet wird und sich daher gerade nicht auf etwaige Aufklärungsfehler bezieht.⁴³⁶ Zudem scheint der Gesetzgeber an dieser Stelle nicht präzise zwischen Beweisziel und Beweislastrelevanz zu unterscheiden.⁴³⁷ Die Gesetzesbegründung ist auch noch an anderer Stelle unklar. Danach „kann beziehungsweise muss“⁴³⁸ die Behandlungsseite etwaige Formulare, in denen der Patient den Aufklärungsumfang bestätigt, in die Patientenakte aufnehmen.⁴³⁹ Würde eine dahingehende Dokumentationspflicht bestehen, läge jedoch einzig ein „Müssen“ und kein „Können“ vor. Die in § 630f Abs. 2 S. 1 BGB auf Einwilligungen und Aufklärungen bezogene Dokumentationspflicht sollte deshalb als „Obliegenheit der Behandlungsseite im Sinne der eigenen Beweisvorsorge“ verstanden werden.⁴⁴⁰ Damit sind Selbstbestimmungsaufklärung und Einwilligung auch nach der Einführung des Patientenrechtegesetzes nicht dokumentationspflichtig.⁴⁴¹ Gleichwohl ist der Behandlungsseite weiterhin zu empfehlen, die Selbstbestimmungsaufklärung und die Einwilligung zu dokumentieren.

Spickhoff/ Greiner, § 823 ff. BGB, Rn. 124; Wenzel/Müller, Arzthaftungsprozess, Kap. 2, Rn. 1625; Zoll, MedR 2009, 569, 572.

⁴³² OLG München, Urteil vom 16.02.2012 – 1 U 3749/11 – juris, Rn. 68; Kern, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 6, Rn. 11; Schrag-Slavu, MedR 2015, 597, 598.

⁴³³ Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, D 209b f., D 392; Preis/Schneider, NZS 2013, 281, 285; Schrag-Slavu, MedR 2015, 597, 598 f.; Spickhoff/Bleckwenn, VersR 2013, 1350, 1354; Wenzel/Müller, Arzthaftungsprozess, Kap. 2, Rn. 1630.

⁴³⁴ Preis/Schneider, NZS 2013, 281, 285; Spickhoff/Bleckwenn, VersR 2013, 1350, 1354.

⁴³⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 26.

⁴³⁶ Vgl. Spickhoff/Bleckwenn, VersR 2013, 1350, 1354.

⁴³⁷ Katzenmeier, NJW 2013, 817, 820 f.; Reuter/Hahn, VuR 2012, 247, 254.

⁴³⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 29.

⁴³⁹ Spickhoff/Bleckwenn, VersR 2013, 1350, 1354 f.

⁴⁴⁰ Spickhoff/Bleckwenn, VersR 2013, 1350, 1354. In diese Richtung dürften auch Preis und Schneider tendieren, die eine Dokumentationspflicht der Einwilligung und Aufklärung bejahen, aber gleichzeitig eine Anwendbarkeit von § 630h Abs. 3 BGB ablehnen, da es sich nicht um eine „medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme“ i.S.d. Vorschrift handeln würde, Preis/Schneider, NZS 2013, 281, 285.

⁴⁴¹ Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, D 209c, D 393; Spickhoff/Bleckwenn, VersR 2013, 1350, 1355.

B. Dokumentationspflicht der therapeutischen Aufklärung

Die Frage, ob der Arzt die therapeutische Aufklärung zu dokumentieren hat, kann von prozessentscheidender Bedeutung sein.⁴⁴² Versäumnisse im Bereich der therapeutischen Aufklärung werden als Behandlungsfehler eingestuft.⁴⁴³ Der Patient hat zu beweisen, dass die therapeutische Aufklärung unzureichend war oder gänzlich unterlassen wurde.⁴⁴⁴ Da während des Arzt-Patienten-Gesprächs regelmäßig keine weiteren Personen anwesend sind, wird der Patient den Inhalt des Gesprächs nur schwer nachweisen können.⁴⁴⁵ Auch das Gutachten etwaiger Sachverständiger gibt keinen Aufschluss darüber, welchen Inhalt das Gespräch zwischen Arzt und Patient tatsächlich hatte.⁴⁴⁶ Es liegt daher im Interesse des Patienten, wenn die ärztliche Dokumentation Angaben über die therapeutische Aufklärung enthält oder enthalten müsste.⁴⁴⁷ Infolgedessen könnten sich Versäumnisse in diesem Bereich bereits aus den Dokumentationsunterlagen ergeben. Ist in den Unterlagen nicht festgehalten, dass eine dokumentationspflichtige therapeutische Aufklärung durchgeführt wurde, würde gem. § 630h Abs. 3 BGB zugunsten des Patienten vermutet werden, dass die Behandlungsseite einen entsprechenden Hinweis nicht erteilt hat.⁴⁴⁸ Für den Patienten wäre es dann vielfach einfacher oder überhaupt erst möglich, einen Verstoß im Bereich der therapeutischen Aufklärung zu belegen.

Schon vor der Einführung des Patientenrechtgesetzes wurde in der Literatur eine Dokumentationspflicht der therapeutischen Aufklärung bejaht.⁴⁴⁹ Ein Teil der Literatur hält die therapeutische Aufklärung auch nach Inkrafttreten des Patientenrechtgesetzes für dokumentationspflichtig.⁴⁵⁰ Zur Begründung wird der Wortlaut des § 630f Abs. 2 BGB angeführt, wonach ärztliche Ratschläge, die dazu

⁴⁴² Vgl. BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2004; OLG Zweibrücken, Urteil vom 15.12.1998 – 5 U 10/96 – NJW-RR 2000, 235, 236.

⁴⁴³ BGH, Urteil vom 08.07.2008 – VI ZR 259/06 – NJW 2008, 2846, 2849; *Franke/Hart*, Charta der Patientenrechte, S. 193; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 97; *Ulsenheimer/Biermann*, Rn. 343; *Uphoff/Hindemith*, in: *Ratzel/Lissel*, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 137.

⁴⁴⁴ *Franke/Hart*, Charta der Patientenrechte, S. 193; *Ulsenheimer/Biermann*, Rn. 343; *Uphoff/Hindemith*, in: *Ratzel/Lissel*, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 137; *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 95; *Zoll*, MedR 2009, 569, 574.

⁴⁴⁵ *Hausch*, VersR 2007, 167, 168; *Müller*, FS-Geiß (2000), 461, 466; *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 92.

⁴⁴⁶ *Müller*, FS-Geiß (2000), 461, 466.

⁴⁴⁷ *Franke/Hart*, Charta der Patientenrechte, S. 193; *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 95.

⁴⁴⁸ *MedR-Komm/Jaeger*, § 823 BGB, Rn. 71c.

⁴⁴⁹ *Groß*, FS-Müller (2009), 227, 228 f.; *Hart*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 153 f.; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 474; *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 274.

⁴⁵⁰ *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, D 209b; *MedR-Komm/Jaeger*, § 823 BGB, Rn. 71b; *Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 333.

dienen den Patienten vor vermeidbaren Gesundheitsgefahren zu schützen, dokumentationspflichtig seien.⁴⁵¹ Die therapeutische Aufklärung sei als Maßnahme einzustufen, die aus fachlicher Sicht für die gegenwärtige und zukünftige Behandlung des Patienten von wesentlicher Bedeutung ist.⁴⁵² Ist ein entsprechender Hinweis nicht dokumentiert, würde gem. § 630h Abs. 3 BGB vermutet werden, dass eine therapeutische Aufklärung nicht durchgeführt worden ist.⁴⁵³ Angesichts der gesetzlichen Regelungen in § 630f Abs. 2 BGB und § 630h Abs. 3 BGB bestünde die vor dem Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes geltende Beweislastverteilung, wonach der Patient beweisen musste, dass die gebotene therapeutische Aufklärung nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde, nicht mehr fort.⁴⁵⁴

Dass die therapeutische Aufklärung dokumentationspflichtig ist, ergibt sich jedoch nicht aus dem Wortlaut des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB. Zu den exemplarisch genannten Maßnahmen, die zu dokumentieren sind, zählt der Gesetzgeber die „Aufklärungen und Einwilligungen“. Im Zusammenhang mit der Einwilligung des Patienten ist die Selbstbestimmungsaufklärung relevant. Die therapeutische Aufklärung dient gerade nicht dazu, die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung zu schaffen. Zudem hat der Gesetzgeber mit dem Patientenrechtegesetz eine begriffliche Klarstellung bezweckt.⁴⁵⁵ Die Bezeichnung therapeutische Aufklärung findet sich im gesamten Gesetzestext nicht wieder. Stattdessen wird in § 630c Abs. 2 BGB der Begriff der Informationspflichten verwendet, der inhaltlich die therapeutische Aufklärung zum Gegenstand haben soll.⁴⁵⁶ Sofern in § 630f Abs. 2 S. 1 BGB von „Aufklärungen“ die Rede ist, kann hiermit gerade nicht mehr die therapeutische Aufklärung gemeint sein, die nun als Informationspflicht in § 630c Abs. 2 BGB ausgestaltet ist. Da die Aufzählung des § 630f Abs. 2 S. 1 BGB nicht taxativ, sondern exemplarisch zu verstehen ist, schließt das eine Dokumentationspflicht der therapeutischen Aufklärung nicht von vorneherein aus. Eine dahingehende Verpflichtung könnte dennoch bestehen, wenn es sich bei der therapeutischen Aufklärung um eine Maßnahme handelt, die aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlich ist, § 630f Abs. 2 S. 1 BGB. Insofern muss auf die bereits vor dem Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Denn der Gesetzgeber verfolgte mit § 630f BGB das Ziel, die bisherige Rechtsprechung zur ärztlichen Dokumentationspflicht zu kodifizieren.⁴⁵⁷ Dass für die Frage, inwieweit die therapeutische Aufklärung dokumentationspflichtig ist, eine Abkehr

⁴⁵¹ MedR-Komm/Jaeger, § 823 BGB, Rn. 71b.

⁴⁵² Vgl. MedR-Komm/Jaeger, § 823 BGB, Rn. 71b.

⁴⁵³ MedR-Komm/Jaeger, § 823 BGB, Rn. 71c.

⁴⁵⁴ Vgl. MedR-Komm/Jaeger, § 823 BGB, Rn. 74.

⁴⁵⁵ Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 21.

⁴⁵⁶ Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 21.

⁴⁵⁷ Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 318.

von der bisherigen Linie der Rechtsprechung gewollt ist, wird an keiner Stelle der Gesetzesbegründung deutlich.

I. Rechtsprechung zur Dokumentationspflicht der therapeutischen Aufklärung

Es soll deshalb im Folgenden untersucht werden, inwieweit die Rechtsprechung eine ärztliche Dokumentation der therapeutischen Aufklärungspflicht verlangt.

1. *Therapeutische Aufklärung über das Versagerisiko*

Nach der Rechtsprechung muss der Patient bei Sterilisationen darüber therapeutisch aufgeklärt werden, dass dem Eingriff das Risiko eines Fehlschlages, das sog. Versagerisiko, anhaftet.⁴⁵⁸ Nach Ansicht des BGH handelt es sich bei dem Hinweis über die Versagerquote um eine therapeutische Aufklärung.⁴⁵⁹ Es müsse deshalb grundsätzlich der Patient beweisen, dass der Arzt einen entsprechenden Hinweis nicht erteilt hat.⁴⁶⁰ Allerdings könne eine lückenhafte Dokumentation ein Beweiszeichen dafür bilden, dass die therapeutische Aufklärung nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden ist.⁴⁶¹

„Nachdem inzwischen geklärt ist, daß solche Eingriffe unter den entsprechenden tatsächlichen Voraussetzungen rechtlich zulässig sind, haben sie in der Praxis eine größere Bedeutung gewonnen; auch sind ihre in gewissem Umfang unvermeidlichen Fehlschläge inzwischen mehrfach forensisch hervorgetreten. Bei dieser Sachlage liegt es heute für den Arzt, der eine Sterilisation aus Gründen der Familienplanung vornimmt, so nahe, sich seinen Hinweis auf die Versagerquote schriftlich bestätigen zu lassen, daß die Unterlassung dieser Vorsichtsmaßnahme (der ersichtlich therapeutische Bedenken nicht entgegenstehen können) ein Beweiszeichen dafür bilden mag, daß die Erfüllung dieser aus dem Behandlungsvertrag folgenden Nebenpflicht versäumt worden ist.“⁴⁶²

Es ist damit Sache des Arztes, die Durchführung der therapeutischen Aufklärung schriftlich zu dokumentieren. Anderenfalls sieht er sich der Vermutung ausgesetzt, den notwendigen Hinweis über die Versagerquote nicht erteilt zu haben.

⁴⁵⁸ Zur Vasektomie: OLG Hamm, Urteil vom 21.02.2001 – 3 U 125/00 – VersR 2002, 1562, 1563; OLG Oldenburg, Urteil vom 03.11.1998 – 5 U 67/68 – NJW-RR 2000, 240, 241; OLG Hamm, Urteil vom 05.02.1992 – 3 U 3/91 – VersR 1993, 484, 485; zur Tubenligatur: BGH, Urteil vom 08.07.2008 – VI ZR 259/06 – NJW 2008, 2846, 2849; BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2004; BGH, Urteil vom 02.12.1980 – VI ZR 175/78 – NJW 1981, 630, 631 f.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.12.2000 – 8 U 5/00 – NJW-RR 2001, 959, 960.

⁴⁵⁹ BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2004.

⁴⁶⁰ BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2004.

⁴⁶¹ BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2004.

⁴⁶² BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2004.

In der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung finden sich trotz des genannten BGH-Urteils divergierende Entscheidungen.⁴⁶³ Sofern der Eingriff ohne Komplikationen verlaufen ist, hält das OLG Oldenburg lediglich „den bloßen Umstand der Resektion und des Verschlusses der Samenleiterenden“ für dokumentationspflichtig.⁴⁶⁴ Im Umkehrschluss muss die Dokumentation gerade nicht die schriftliche Bestätigung des Patienten über die Versagerquote enthalten.⁴⁶⁵ Dagegen ist nach dem OLG Zweibrücken eine Dokumentation der therapeutischen Aufklärung über die Versagerquote erforderlich.⁴⁶⁶

„In bestimmten Situationen kann die unzureichende Dokumentation einer Aufklärung oder Beratung indizieren, dass diese nicht erteilt worden sei. Daran ist insbesondere dann zu denken, wenn die Sicherung der Aufklärungsmaßnahme für den Arzt als Vorsichtsmaßnahme sehr nahe liegt. [...] So kann es als Beweiszeichen für die Nichterfüllung einer Nebenpflicht dienen, wenn sich der Arzt einen Hinweis auf eine Versagerquote bei einer Sterilisation aus Gründen der Familienplanung nicht schriftlich bestätigen lässt.“⁴⁶⁷

2. Therapeutische Aufklärung über aufgetretene Komplikationen

Treten während einer Operation Komplikationen auf, muss der Patient postoperativ therapeutisch aufgeklärt werden.⁴⁶⁸ Erst durch diese Unterrichtung wird dem Patienten die zielgerichtete Nachbehandlung von eventuell auftretenden Beschwerden ermöglicht.⁴⁶⁹ Die Rechtsprechung beurteilt die Frage, ob die therapeutische Aufklärung in dieser Konstellation zu dokumentieren ist, nicht einheitlich.

⁴⁶³ Dokumentationspflicht bejaht: OLG Zweibrücken, Urteil vom 15.12.1998 – 5 U 10/96 – NJW-RR 2000, 235, 236; Dokumentationspflicht verneint: OLG Oldenburg, Urteil vom 03.11.1998 – 5 U 67/98 – NJW-RR 2000, 240, 240. Hierzu auch: *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 713 f.; D 222.

⁴⁶⁴ OLG Oldenburg, Urteil vom 03.11.1998 – 5 U 67/98 – NJW-RR 2000, 240, 240.

⁴⁶⁵ *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 714.

⁴⁶⁶ OLG Zweibrücken, Urteil vom 15.12.1998 – 5 U 10/96 – NJW-RR 2000, 235, 236.

⁴⁶⁷ OLG Zweibrücken, Urteil vom 15.12.1998 – 5 U 10/96 – NJW-RR 2000, 235, 236.

⁴⁶⁸ OLG Hamm, Urteil vom 09.07.2003 – 3 U 264/02 – juris, Rn. 22; OLG Koblenz, Urteil vom 24.08.1999 – 3 U 1078/95 – NJW 2000, 3435, 3436; OLG Saarbrücken, Urteil vom 04.07.1984 – 1 U 109/82 – AHRS 6450/22, S. 41; OLG Hamm, Urteil vom 15.11.1982 – 3 U 149/82 – VersR 1984, 91, 91; *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 92.

⁴⁶⁹ OLG Hamm, Urteil vom 09.07.2003 – 3 U 264/02 – juris, Rn. 22; OLG Koblenz, Urteil vom 24.08.1999 – 3 U 1078/95 – NJW 2000, 3435, 3436; OLG Saarbrücken, Urteil vom 04.07.1984 – 1 U 109/82 – AHRS 6450/22, S. 41; *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 92.

a) Dokumentationspflicht bejaht: OLG Koblenz,
Urteil vom 24.08.1999 – 3 U 1079/95

Die Klägerin ließ sich von dem Beklagten wegen mehrerer Polypen im Dickdarm operieren. Während der Resektion eines größeren Polyps kam es zu einer arteriellen Blutung. Letztlich gelang es dem Beklagten die Blutung zu stoppen, indem er das Gerinnungsmittel Topostasin mehrfach spritzte. Die Fachinformation enthielt den Hinweis, dass das Präparat aufgrund seiner gerinnenden Wirkung nicht in die Blutbahn gelangen dürfe. Die Entlassung der Klägerin folgte bereits am nächsten Tag und eine Kontrolluntersuchung sollte frühestens nach einem halben Jahr erfolgen. Als die Klägerin in ihrem Garten arbeitete, nahm sie in der Bauchgegend ein unangenehmes Gefühl wahr, welches am darauffolgenden Tag in schweren Bauchschmerzen gipfelte. Auslöser war eine erbsengroße Perforationsstelle. Infolgedessen musste ein Teil des Dickdarms entfernt, ein künstlicher Darmausgang gelegt und anschließend operativ revidiert werden. Nach Ansicht des OLG Koblenz hatte der Beklagte gegen seine Pflicht zur therapeutischen Aufklärung verstoßen. Postoperativ hätte er die Klägerin darauf hinweisen müssen, dass es während des Eingriffs zu Komplikationen gekommen war. Dabei hätte er ihr auch klarmachen müssen, dass ein erhöhtes Risiko für eine Darmperforation bestand, die bei entsprechenden Anzeichen sofort operativ hätte versorgt werden müssen.⁴⁷⁰ In der ärztlichen Dokumentation hätte der „Hinweis auf die entstandene Gefahrenlage“ festgehalten werden müssen.⁴⁷¹

b) Dokumentationspflicht bejaht: OLG Saarbrücken,
Urteil vom 04.07.1984 – 1 U 109/82

Die Klägerin ließ sich von dem Beklagten wegen mehrerer Gallensteine und einer entzündlich veränderten Gallenblase operieren. Während der Operation wurde nicht nur die Gallenblase entfernt, sondern auch ein Teil der Gallenwege angeschnitten. Die Klägerin machte geltend, postoperativ nicht auf diesen Umstand hingewiesen worden zu sein. Die Klägerin konnte das Krankenhaus beschwerdefrei verlassen. Kurze Zeit später litt sie jedoch unter Müdigkeit, Fieber und Schüttelfrost. Im Krankenhaus wurde als Ursache eine Entzündung der Gallenwege erkannt. Infolgedessen musste sich die Klägerin insgesamt sieben weiteren Operationen an den Gallenwegen unterziehen. Das Gericht musste im Berufungsverfahren auch darüber entscheiden, ob die Durchführung der therapeutischen Aufklärung dokumentationspflichtig ist.⁴⁷² Nach der Auffassung des Gerichts ist nicht nur die Tatsache dokumentationspflichtig, dass es während

⁴⁷⁰ Zum Vorstehenden: OLG Koblenz, Urteil vom 24.08.1999 – 3 U 1078/95 – NJW 2000, 3435 ff.

⁴⁷¹ OLG Koblenz, Urteil vom 24.08.1999 – 3 U 1078/95 – NJW 2000, 3435, 3437.

⁴⁷² Zum Vorstehenden: OLG Saarbrücken, Urteil vom 04.07.1984 – 1 U 109/82 – AHRS 6450/22, S. 37 ff.; zu diesem Urteil auch ausführlich: *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 92 f.

des Eingriffs zu Komplikationen gekommen ist.⁴⁷³ Es müsse darüber hinaus auch dokumentiert werden, dass der Patient eine entsprechende therapeutische Aufklärung über den Zwischenfall erhalten habe.⁴⁷⁴ Den Inhalt der ärztlichen Dokumentationspflicht macht das Gericht nicht allein davon abhängig, ob ein Vermerk für die weitere Behandlung des Patienten aus medizinischer Sicht von Bedeutung ist.⁴⁷⁵ Entscheidend sei auch, inwieweit die Behandlungsseite durch die Dokumentation einer möglichen Haftung entgehen könne:

„Das von Bekl. behauptete Vorkommnis, die Kl. habe trotz Belehrung über die Ursache und Funktion der Magensonde auf deren vorzeitige Entfernung mit dem Drain bestanden, löste die Pflicht zur Dokumentation erst recht aus, um mit der Aufzeichnung eine mögliche spätere Haftung des Krankenhauses und des Arztes für die Folgen ausschließen zu können.“⁴⁷⁶

c) Dokumentationspflicht verneint: OLG Hamm, Urteil vom 09.07.2003 – 3 U 264/02

Das OLG Hamm hatte zu entscheiden, ob der Hinweis darüber, dass ein Drahtstück nach einem Eingriff im Körper der Patientin belassen wurde, dokumentationspflichtig ist. Die Klägerin ließ sich von dem beklagten Orthopäden wegen eines Klumpfußes operieren. Die bei der Stellungskorrektur entstandene Knochenfraktur wurde mit zwei Kirschnerdrähten stabilisiert. Zur Überprüfung des Eingriffs fertigte der Beklagte ein Röntgenbild an. Darauf war zu erkennen, dass ein Kirschnerdraht abgebrochen und im Knochen des Sprunggelenks zurückgeblieben war.⁴⁷⁷ Die ärztliche Dokumentation enthielt dazu die folgenden Angaben:

„1 Draht gebrochen. Bespr chron. Erkr. ... OP Jan.“⁴⁷⁸

Am 03.01.1990 entfernte der Beklagte den Kirschnerdraht. Ein Drahtfragment wurde jedoch zurückbelassen, da es bereits mit dem Knochen verwachsen war. Hierzu wurde dokumentiert:

„1 abgebrochenes Drahtfragment wird belassen!“⁴⁷⁹

In der Folgezeit ließ sich die Klägerin in der Chirurgischen Abteilung des N-Hospitals wegen stechender Schmerzen im Fuß und einer starken Schwellung des Sprunggelenks behandeln. Ausgelöst wurden die Leiden der Klägerin von dem Drahtstück, welches der Beklagte bei der Operation am 03.01.1990 in der Wade

⁴⁷³ OLG Saarbrücken, Urteil vom 04.07.1984 – 1 U 109/82 – AHRS 6450/22, S. 41.

⁴⁷⁴ OLG Saarbrücken, Urteil vom 04.07.1984 – 1 U 109/82 – AHRS 6450/22, S. 41.

⁴⁷⁵ OLG Saarbrücken, Urteil vom 04.07.1984 – 1 U 109/82 – AHRS 6450/22, S. 41 f.

⁴⁷⁶ OLG Saarbrücken, Urteil vom 04.07.1984 – 1 U 109/82 – AHRS 6450/22, S. 41 f.

⁴⁷⁷ Zum Vorstehenden: OLG Hamm, Urteil vom 09.07.2003 – 3 U 264/02 – juris, Rn. 1 ff.

⁴⁷⁸ OLG Hamm, Urteil vom 09.07.2003 – 3 U 264/02 – juris, Rn. 1.

⁴⁷⁹ OLG Hamm, Urteil vom 09.07.2003 – 3 U 264/02 – juris, Rn. 3.

der Patientin zurückgelassen hatte. Die Berufung der Klägerin stützte sich im Wesentlichen darauf, dass der Beklagte sie nicht über den Materialbruch aufgeklärt habe. Zudem sei sie am 03.01.1991 nicht darüber informiert worden, dass ein Drahtfragment im Knochen zurückgelassen wurde. Zur Dokumentationspflicht der therapeutischen Aufklärung führte das OLG Hamm aus:

„Der Beklagte hat zwar am 3.1.1991 dokumentiert „1 abgebrochenes Drahtfragment wird belassen!“. Er hat jedoch nicht ausdrücklich dokumentiert, dass es eine Besprechung gegeben und er die Klägerin darüber unterrichtet hat. [...] Ob eine solche zusätzliche Dokumentation der Mitteilung noch einen therapeutischen Nutzen hat, ist freilich zweifelhaft. Der aktuell behandelnde Arzt und sein Patient kennen den Befund. Insofern genügt es, wenn der Arzt – wie hier – dokumentiert, dass ein abgebrochenes Drahtstück belassen wird. Das genügt auch zur Unterrichtung eines nachfolgenden Arztes nach einem etwaigen Arztwechsel. Es entsteht auch für einen nachbehandelnden Arzt – mag er die Dokumentation seines Vorgängers nun kennen oder auch nicht – kein zusätzlicher therapeutischer Nutzen, wenn darüber hinaus noch dokumentiert wird, dass der Patient über das belassene Drahtstück unterrichtet worden ist.“⁴⁸⁰

Danach ist es ausreichend, wenn der Arzt in der Patientenakte vermerkt, dass ein Drahtstück in dem Körper des Patienten belassen wurde. Dass er den Patienten auch entsprechend therapeutisch aufgeklärt habe, sei für die weitere Behandlung ohne Belang und deshalb nicht dokumentationspflichtig.

3. Therapeutische Aufklärung über notwendige Kontrolluntersuchungen und Wiedervorstellungen

Mitunter erhebt der Patient den Vorwurf, dass er von dem Arzt nicht zu einer Nachuntersuchung einbestellt oder zu einer Wiedervorstellung aufgefordert wurde.⁴⁸¹ Bestand hierfür jedoch aus medizinischen Gründen eine Notwendigkeit, ist der Bereich der therapeutischen Aufklärung eröffnet und der Patient hat zu beweisen, dass der Arzt einen entsprechenden Hinweis nicht erteilt hat.⁴⁸² Ob ein derartiger Hinweis dokumentiert werden muss, wird von der Rechtsprechung nicht einheitlich beurteilt.

⁴⁸⁰ OLG Hamm, Urteil vom 09.07.2003 – 3 U 264/02 – juris, Rn. 27.

⁴⁸¹ Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 14.07.2003 – 3 U 128/02 – VersR 2005, 837, 837; OLG Oldenburg, Urteil vom 12.04.1994 – 5 U 109/93 – NJW-RR 1994, 1054, 1054.

⁴⁸² OLG Hamm, Urteil vom 14.07.2003 – 3 U 128/02 – VersR 2005, 837, 837; OLG Oldenburg, Urteil vom 12.04.1994 – 5 U 109/93 – NJW-RR 1994, 1054, 1054; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 602.

a) Dokumentationspflicht bejaht: OLG Düsseldorf,
Urteil vom 05.11.2008 – I-18 U 7/08

Vom Februar 1997 bis zum Januar 2000 ließ sich die Klägerin von dem Beklagten zahnärztlich behandeln. Im Rahmen der Behandlung fertigte der Beklagte einen individuellen Zahnersatz an, der sich im Nachhinein als überkonturiert erwies. Die Klägerin machte geltend, dass die fehlerhafte Konstruktion des Zahnersatzes und eine unterlassene Aufklärung über die notwendigen Pflegemaßnahmen und Kontrolluntersuchungen ursächlich dafür seien, dass sie an Karies erkrankte und der Zahnersatz unbrauchbar wurde. Erstinstanzlich wurde ein Behandlungsfehler aufgrund eines Verstoßes gegen die therapeutische Aufklärungspflicht abgelehnt. Soweit die Klägerin geltend macht, nicht über die Notwendigkeit von regelmäßigen Pflegemaßnahmen und Kontrolluntersuchungen unterrichtet worden zu sein, trage sie die Beweislast. Den erforderlichen Beweis habe die Klägerin aber nicht führen können. Die Klägerin stützte die Berufung im Wesentlichen darauf, dass eine Dokumentation der therapeutischen Aufklärung fehle und deshalb zu vermuten sei, dass diese auch nicht stattgefunden habe. Das OLG Düsseldorf bejahte einen Behandlungsfehler aufgrund eines Verstoßes gegen die therapeutische Aufklärungspflicht.⁴⁸³

„Da die therapeutische Aufklärung und Unterweisung eines Patienten Teil der Behandlung ist, trifft den Arzt grundsätzlich auch hier eine Dokumentationspflicht, die verlangt, dass die wesentlichen Hinweise im Rahmen der therapeutischen Aufklärung dokumentiert werden. [...] Bis auf den Hinweis, dass die Klägerin nach dem Einsetzen des semipermanenten Zahnersatzes am 28.01.2000 für den 09.02.2000 zu einem weiteren Termin bestellt war, zu dem sie nicht erschienen ist, finden sich in den Patientenunterlagen des Beklagten über die Klägerin keine Eintragungen über Maßnahmen zur Sicherstellung der zahnärztlichen Kontrolle des Zahnersatzes oder eine sonstige Sicherheitsaufklärung der Klägerin. [...] Nach der dargelegten Beweislastverteilung muss damit der Beklagte den Beweis führen, dass die aufzeichnungspflichtige erforderliche therapeutische Aufklärung der Klägerin gleichwohl erfolgt ist.“⁴⁸⁴

b) Dokumentationspflicht bejaht: OLG Oldenburg,
Urteil vom 12.04.1994 – 5 U 109/93

Der Kläger hatte sich wegen starker Schmerzen im linken Bein bei seinem Hausarzt vorgestellt. Dieser diagnostizierte eine Tiefenvenenthrombose und überwies den Kläger für eine röntgenologische Untersuchung an das Kreiskrankenhaus. Dort wurde er von dem Beklagten behandelt, der lediglich einen Muskelfaserriss erkannte und von der Anfertigung einer Röntgenaufnahme absah. Dem Kläger wurde ein Salbenverband angelegt und die Schonung des

⁴⁸³ Zum Vorstehenden: OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.11.2008 – I-18 U 7/08 – juris, Rn. 1 ff.

⁴⁸⁴ OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.11.2008 – I-18 U 7/08 – juris, Rn. 27 f.

Beines angeordnet. Auf die Frage des Klägers nach einer röntgenologischen Untersuchung entgegnete der Beklagte, dass keine Notwendigkeit dafür bestünde diese sofort oder am nächsten Tag anzufertigen. Als der Kläger erneut seinen Hausarzt aufsuchte, wurde eine Thrombose im linken Bein festgestellt. Im Berufungsverfahren führte das Gericht aus, dass grundsätzlich der Kläger einen Verstoß gegen die therapeutische Aufklärung zu beweisen habe, da es sich um einen Behandlungsfehler handele. Allerdings würde es in dem konkreten Fall aufgrund einer Dokumentationspflichtverletzung zu einer Beweislastumkehr kommen. Der Beklagte hätte dokumentieren müssen, dass er den Kläger auf die Notwendigkeit weiterer Kontrolluntersuchungen hingewiesen hat. Das Gericht schloss aus der lückenhaften Dokumentation nicht nur auf einen einfachen Verstoß gegen die therapeutische Aufklärung, sondern bejahte im Ergebnis das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers.⁴⁸⁵

c) Dokumentationspflicht bejaht: KG Berlin,
Urteil vom 07.03.2005 – 20 U 398/01

Der Kläger hatte sich wegen eines Kahnbeinbruchs in Behandlung gegeben. Der Beklagte hatte den Bruch jedoch nicht erkannt. Zum sicheren Ausschluss einer Handgelenksfraktur hätten zu einem späteren Zeitpunkt Röntgenaufnahmen angefertigt werden müssen. Hierzu kam es nicht, da der Kläger nicht zu einer notwendigen Kontrolluntersuchung erschien. Zwischen den Parteien war strittig, ob der Beklagte den Kläger über die Notwendigkeit einer späteren Röntgenuntersuchung therapeutisch aufgeklärt hatte.⁴⁸⁶ Das KG Berlin hielt die therapeutische Aufklärung für dokumentationspflichtig:

„Zudem ist zu Lasten des Beklagten mangels entsprechender Dokumentation zu berücksichtigen, dass dieser den Kläger nicht über die etwaige Notwendigkeit einer Röntgenaufnahme zum Ausschluss eines Bruches informierte und auch nicht auf die Folgen einer Nichtbehandlung eines Bruches hinwies.“⁴⁸⁷

d) Dokumentationspflicht verneint: OLG München,
Urteil vom 05.05.2011 – 1 U 4306/10

Nach einem Sturz ließ sich der Kläger in der Notaufnahme eines Krankenhauses behandeln. Dort wurde eine Prellung der rechten Hand diagnostiziert. Zur Behandlung wurde ein Salbenverband angelegt und die Schonung der betroffenen Hand angeordnet. In der Patientenkarte wurde nicht vermerkt, ob dem Kläger empfohlen wurde, sich bei persistierenden Schmerzen erneut vorzustellen. Ein entsprechender Vermerk wurde erst nachträglich eingefügt, als die Mutter des

⁴⁸⁵ Zum Vorstehenden: OLG Oldenburg, Urteil vom 12.04.1994 – 5 U 109/93 – NJW-RR 1994, 1054, 1054.

⁴⁸⁶ Zum Vorstehenden: KG Berlin, Urteil vom 07.03.2005 – 20 U 398/01 – juris, Rn. 1 ff.

⁴⁸⁷ KG Berlin, Urteil vom 07.03.2005 – 20 U 398/01 – juris, Rn. 43.

Klägers den Dokumentationsbogen abholte. Nachdem sich der Zustand der Hand auch nach mehreren Wochen nicht verbessert hatte, ließ sich der Kläger von einem niedergelassenen Orthopäden untersuchen. Dieser stellte fest, dass der Kläger keine Prellung, sondern einen Kahnbeinbruch erlitten hatte. Der Kläger machte geltend, dass die Funktionsfähigkeit seiner Hand infolge der verspäteten Diagnose und der fehlerhaften Behandlung in der Notaufnahme dauerhaft eingeschränkt sei. Im Berufungsverfahren ging es um die Frage, ob der Hinweis, sich bei persistierenden Schmerzen wieder vorzustellen, dokumentationspflichtig ist. Nach der Auffassung des Gerichts ist aufgrund des erst nachträglich eingefügten Vermerks davon auszugehen, dass ein entsprechender Hinweis nicht erteilt wurde.⁴⁸⁸ Dennoch könne der Kläger hieraus keine beweisrechtlichen Vorteile ziehen, da der Hinweis nicht dokumentationspflichtig sei.

„Der Empfehlung sich bei persistierenden Schmerzen wieder vorzustellen, kommt für den weiteren Behandlungsverlauf keine Bedeutung zu. Ein entsprechender Vermerk könnte allenfalls die Position des Arztes im Haftungsprozess verbessern, hätte aber selbst bei Fortsetzung der Behandlung keine medizinische Relevanz.“⁴⁸⁹

e) Dokumentationspflicht verneint: OLG München,
Urteil vom 12.04.2007 – 1 U 2267/04

Das OLG München hatte auch über den Fall eines Malergesellen zu entscheiden, der beim Hantieren mit einer Bohrmaschine von dem Werkstück abrutschte und dabei eine Fehlstellung der Handwurzelknochen erlitt, sog. „Verkippung“. Der beklagte Unfallchirurg erkannte diese Verletzung trotz der Anfertigung von zwei Röntgenbildern nicht und diagnostizierte lediglich eine Verstauchung. Der Kläger stellte sich erneut in der Praxis des Beklagten vor, weil die Schmerzen nicht nachließen. Es wurden zwei weitere Röntgenbilder angefertigt und die Hand mittels einer Schiene ruhig gestellt. Die Verkippung der Handwurzelknochen erkannte der Beklagte jedoch weiterhin nicht. Als sich der Kläger am 18.10.1995 nochmals in der Praxis des Beklagten vorstellte, wurde ihm mitgeteilt, dass er ab dem nächsten Tag wieder arbeiten könne.⁴⁹⁰ In der Patientenakte wurde vermerkt:

„HG inspekt.. o. B. leichter Bewegungsschmerz; DS über Basis MC II re. Will vielleicht nicht arbeiten -> Mo Arbeit (E)“⁴⁹¹

Bei dem Kläger entwickelte sich ein komplexes regionales Schmerzsyndrom, sog. „Morbus Sudeck“. Er musste sich einer Revisionsoperation unterziehen und machte geltend, dass er in der Beweglichkeit seiner Finger eingeschränkt sei, an Schmerzen und Taubheitsgefühlen leide und zudem seinen Beruf nicht mehr

⁴⁸⁸ Zum Vorstehenden: OLG München, Urteil vom 05.05.2011 – 1 U 4306/10 – juris, Rn. 1 ff.

⁴⁸⁹ OLG München, Urteil vom 05.05.2011 – 1 U 4306/10 – juris, Rn. 59.

⁴⁹⁰ Zum Vorstehenden: OLG München, Urteil vom 12.04.2007 – 1 U 2267/04 – juris, Rn. 1 ff.

⁴⁹¹ OLG München, Urteil vom 12.04.2007 – 1 U 2267/04 – juris, Rn. 7.

ausüben könne. Er habe sich nicht mehr in die Behandlung des Beklagten begeben, weil dieser darauf hingewiesen hatte, dass Prellungsschmerzen grundsätzlich einen längeren Zeitraum andauern könnten. Nachdem er nicht mehr in der Praxis des Beklagten erschienen war, hätte dieser ihn zumindest über die möglichen Folgen einer Nichtbehandlung therapeutisch aufklären und zu einer Wiedervorstellung raten müssen. Das OLG München verneinte einen Verstoß gegen die therapeutische Aufklärungspflicht. Der Kläger sei insofern beweisbelastet und habe diesen Beweis nicht erbracht. Es sei auch unschädlich, dass keine entsprechende Dokumentation vorliege.⁴⁹²

„Der Hinweis darauf, sich bei Fortdauer der Beschwerden wieder vorzustellen, muss nicht dokumentiert werden. Ein entsprechender Vermerk würde die Position des Arztes im Haftungsprozess verbessern, hätte medizinisch aber keine Bedeutung.“⁴⁹³

f) Dokumentationspflicht verneint: OLG Köln,
Urteil vom 04.07.1988 – 7 U 124/87

Konnte anhand der durchgeführten Untersuchungen keine sichere Diagnose gestellt werden, hat der Arzt nach Auffassung des OLG Köln den Patienten aufzufordern, sich wiedervorzustellen, wenn keine Besserung des Gesundheitszustandes eintritt.⁴⁹⁴ Da es sich bei diesem Hinweis jedoch um eine Routinemaßnahme handeln würde, sei eine Dokumentation nicht erforderlich.⁴⁹⁵

4. *Therapeutische Aufklärung über die medikamentöse Weiterbehandlung*

Nach einer Knieverletzung begab sich die Klägerin wegen Kniebeschwerden erstmals zur Behandlung in das Städtische Krankenhaus M. Bei ihr wurde eine Adipositas per magna festgestellt und eine arthroskopische Teilresektion am Innenmeniskus durchgeführt. Anschließend erhielt die Klägerin zur Thromboseprophylaxe das Medikament Clexane und für das Kniegelenk eine Mecronschiene. Anschließend wurde die Klägerin aus dem Krankenhaus entlassen. Der Arztbrief enthält den Hinweis, eine physiotherapeutische Übungsbehandlung durchzuführen und weiterhin Clexane 40 einmal täglich einzunehmen. Das Medikament selbst erhielt die Klägerin jedoch nicht. Nach der Verschreibung durch den weiterbehandelnden Arzt nahm die Klägerin das Medikament wie verordnet ein. Dennoch wurde wenige Tage darauf eine Thrombose im Unterschenkel diagnostiziert. In der Berufung stützte die Klägerin ihr Begehren ausschließlich auf den Vorwurf eines Behandlungsfehlers wegen einer unzureichenden therapeutischen Aufklärung. Den notwendigen Hinweis die Thromboseprophylaxe fortzuführen habe sie nicht erhalten. Da ein derartiger

⁴⁹² Zum Vorstehenden: OLG München, Urteil vom 12.04.2007 – 1 U 2267/04 – juris, Rn. 20 ff.

⁴⁹³ OLG München, Urteil vom 12.04.2007 – 1 U 2267/04 – juris, Rn. 158.

⁴⁹⁴ OLG Köln, Urteil vom 04.07.1988 – 7 U 124/87 – VersR 1988, 1299, 1299.

⁴⁹⁵ OLG Köln, Urteil vom 04.07.1988 – 7 U 124/87 – VersR 1988, 1299, 1299.

Vermerk in der Patientenakte fehle, seien die Beklagten dafür beweislaster, dass die Patientin ordnungsgemäß therapeutisch aufgeklärt worden sei. Das OLG München hielt die Berufung für unbegründet und verneinte eine Dokumentationspflichtverletzung der Behandlungsseite. Es stellte klar, dass keine pauschale Pflicht bestünde, die therapeutische Aufklärung dokumentieren zu müssen.⁴⁹⁶

„Es mag sich aus forensischen Gründen zwar für einen Arzt empfehlen, therapeutische Sicherungshinweise gegenüber dem Patienten zu vermerken, ob und wie eine Dokumentation einer Sicherungsaufklärung erfolgen muss, hängt allerdings vom Einzelfall ab. Die Dokumentation dient nach wie vor der Behandlung und nicht der Beweissicherung. Voraussetzung für Beweiserleichterungen durch Dokumentationsversäumnisse ist deshalb stets, dass eine Dokumentation aus medizinischer Sicht geboten ist.“⁴⁹⁷

Der Gutachter hatte ausgeführt, dass es aus medizinischer Sicht ausreiche, wenn in dem Arztbrief vermerkt sei, ob und welche Medikation zur weiteren Behandlung empfohlen wird.⁴⁹⁸ Dagegen werde in der Patientenakte für gewöhnlich nicht festgehalten, dass der Patient über die notwendige Weiterbehandlung informiert wurde.⁴⁹⁹ Auch das Gericht differenzierte anschließend zwischen dem Inhalt der Patientenakte und dem Inhalt des Arztbriefes.

„Denn einerseits ist eine Dokumentation medizinisch bedeutsam, da es ein relevanter Aspekt für etwaige Nachbehandler sein kann, ob die Ärzte in der Klinik die Indikation für eine weitere Medikation bejaht haben. Insoweit ist ein Hinweis im Entlassungsbrief notwendig und auch erforderlich, soweit die behandelnden Ärzte eine Fortsetzung einer Behandlung und Medikation für geboten erachten und anraten. Demgegenüber ist die Forderung der Klägerin nach einem schriftlichen Vermerk über die Belehrung des Patienten und/ oder der Aushändigung einer Instruktion ausschließlich an der Interessenlage in einem späteren Prozess orientiert. Eine derart weitgehende Dokumentationspflicht würde weder mit der üblichen ärztlichen Handhabung in Einklang stehen, noch folgt sie rechtlich aus den Grundsätzen, die die Rechtsprechung zur ärztlichen Dokumentation entwickelt hat.“⁵⁰⁰

⁴⁹⁶ Zum Vorstehenden: OLG München, Urteil vom 19.09.2013 – 1 U 2071/12 – juris, Rn. 1 ff.

⁴⁹⁷ OLG München, Urteil vom 19.09.2013 – 1 U 2071/12 – juris, Rn. 27.

⁴⁹⁸ OLG München, Urteil vom 19.09.2013 – 1 U 2071/12 – juris, Rn. 34.

⁴⁹⁹ OLG München, Urteil vom 19.09.2013 – 1 U 2071/12 – juris, Rn. 34.

⁵⁰⁰ OLG München, Urteil vom 19.09.2013 – 1 U 2071/12 – juris, Rn. 34.

5. *Therapeutische Aufklärung in Fällen der Behandlungsverweigerung oder des Behandlungsabbruchs*

Verweigert ein Patient eine notwendige Untersuchung oder beabsichtigt er die Behandlung vollständig abzubrechen, hat der Arzt den Patienten über die Notwendigkeit und Dringlichkeit der Untersuchung bzw. Behandlung therapeutisch aufzuklären.⁵⁰¹ In diesen Fällen stellt sich die Frage, was der Arzt zu dokumentieren hat. Unterschieden werden muss dabei zwischen der Behandlungsverweigerung bzw. dem Behandlungsabbruch als solchem und der therapeutischen Aufklärung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit der in Rede stehenden Behandlung.⁵⁰² Trifft die Behandlungsseite der Vorwurf eine Behandlungsmaßnahme unterlassen zu haben und macht sie geltend, der Patient habe die Behandlung aus eigenen Stücken verweigert, erhebt sie die Einwendung des Mitverschuldens.⁵⁰³ In diesem Fall ist die Behandlungsseite beweisbelastet, was sich bereits aus den allgemeinen Beweislastregeln des Zivilprozesses ergibt, wonach eine Partei die für sie günstigen Tatsachen zu beweisen hat.⁵⁰⁴ Auf die Frage, ob die Behandlungsverweigerung dokumentationspflichtig ist, kommt es deshalb nicht an.⁵⁰⁵ Ist hingegen unstrittig, dass der Patient die Behandlung verweigert hat, kann dieser dennoch den Vorwurf erheben, nicht über die Notwendigkeit und Dringlichkeit der Maßnahme aufgeklärt worden zu sein.⁵⁰⁶ Nach den für Behandlungsfehler geltenden Grundsätzen ist der Patient beweisbelastet.⁵⁰⁷ Es ist deshalb von entscheidender Bedeutung, ob der Arzt eine entsprechende therapeutische Aufklärung dokumentieren muss.

⁵⁰¹ BGH, Urteil vom 24.06.1997 – VI ZR 94/96 – NJW 1997, 3090, 3091; BGH, Urteil vom 03.02.1987 – VI ZR 56/86 – NJW 1987, 1482, 1482; OLG Rostock, Urteil vom 10.07.2009 – 5 U 48/08 – juris, Rn. 38; OLG Bamberg, Urteil vom 04.07.2005 – 4 U 126/03 – NJW-RR 2005, 1266, 1266.

⁵⁰² Vgl. *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 94.

⁵⁰³ OLG Schleswig, Urteil vom 08.06.2001 – 4 U 28/00 – NJW 2002, 227, 227; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 149.

⁵⁰⁴ Vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 08.06.2001 – 4 U 28/00 – NJW 2002, 227, 227; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 149; Nach anderer Auffassung ist der Patient beweisbelastet, weil die Behandlungsseite die Fehlerhaftigkeit der Unterlassung bestreite; OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.07.2005 – I-8 U 33/05 – VersR 2006, 841, 841 f.; *Gehrlein*, Grundriss der Arzthaftpflicht, B 51; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 220.

⁵⁰⁵ Vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 08.06.2001 – 4 U 28/00 – NJW 2002, 227, 227; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 149.

⁵⁰⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 24.06.1997 – VI ZR 94/96 – NJW 1997, 3090, 3091; OLG Bamberg, Urteil vom 04.07.2005 – 4 U 126/03 – NJW-RR 2005, 1266, 1266; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 149.

⁵⁰⁷ *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 149.

a) Dokumentationspflicht der Behandlungsverweigerung bejaht:
BGH, Urteil vom 03.02.1987 – VI ZR 56/86

Macht der Arzt geltend, dass der Patient trotz ordnungsgemäßer therapeutischer Aufklärung eine notwendige Untersuchung abgelehnt hat, muss nach der Rechtsprechung des BGH die Behandlungsverweigerung des Patienten dokumentiert werden.⁵⁰⁸ Wurde eine entsprechende Dokumentation versäumt, folge daraus, dass der Arzt für die Weigerung des Patienten beweisbelastet sei.⁵⁰⁹

b) Dokumentationspflicht des Behandlungsabbruchs bejaht:
BGH, Urteil vom 19.05.1987 – VI ZR 147/86

Nach der Auffassung des BGH gilt Gleiches für den Fall des vollständigen Behandlungsabbruchs.⁵¹⁰ Im konkreten Fall hatte der Patient das Krankenhaus auf eigenen Wunsch und entgegen der ärztlichen Empfehlung verlassen. Das Gericht bejahte eine Dokumentationspflichtverletzung „wegen Fehlens einer Dokumentation über das Verlassen der Klinik gegen ärztlichen Rat“.⁵¹¹ Unklar bleibt, was genau die Behandlungsseite hätte dokumentieren müssen. Lediglich die Tatsache, dass die Entlassung gegen ärztlichen Rat erfolgte oder explizit auch, dass eine therapeutische Aufklärung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit der stationären Behandlung durchgeführt wurde.⁵¹² Im Ergebnis war aufgrund des Dokumentationsmangels die Behandlungsseite für die Durchführung einer ordnungsgemäßen therapeutischen Aufklärung beweisbelastet.⁵¹³

c) Dokumentationspflicht der Behandlungsverweigerung verneint:
OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.04.1994 – 8 U 23/92

Die Ehefrau des Klägers war am 01.09.1990 aufgrund einer AIDS-Erkrankung verstorben. Der Beklagte behandelte die Ehefrau vom 07.03.1988 bis zum 08.12.1988. Er diagnostizierte ein Lymphom an der linken Halsseite, entdeckte die AIDS-Erkrankung der Frau jedoch nicht. Die ärztliche Dokumentation enthielt die Vermerke, dass sich die Patientin eine Probeexzision von Lymphknotengewebe überlege und eine stationäre Behandlung gegenwärtig ablehne. Im weiteren Verlauf der Behandlung wurde weder ein AIDS-Bluttest durchgeführt noch wurde das Lymphknotengewebe histologisch untersucht. Der Kläger machte geltend, dass seine Ehefrau nicht über die Notwendigkeit und Dringlichkeit des AIDS-Bluttests aufgeklärt worden sei. Infolgedessen habe er sich zwischen September und Dezember 1988 bei seiner Ehefrau mit HIV infiziert. Das OLG Düsseldorf wendete die für Behandlungsfehler geltende

⁵⁰⁸ BGH, Urteil vom 03.02.1987 – VI ZR 56/86 – NJW 1987, 1482, 1482.

⁵⁰⁹ BGH, Urteil vom 03.02.1987 – VI ZR 56/86 – NJW 1987, 1482, 1482.

⁵¹⁰ BGH, Urteil vom 19.05.1987 – VI ZR 147/86 – NJW 1987, 2300 f.

⁵¹¹ BGH, Urteil vom 19.05.1987 – VI ZR 147/86 – NJW 1987, 2300, 2301.

⁵¹² Letzteres bejahen: *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 148.

⁵¹³ BGH, Urteil vom 19.05.1987 – VI ZR 147/86 – NJW 1987, 2300, 2301.

Beweislastregelung an, da der Kläger einen Verstoß gegen die therapeutische Aufklärungspflicht geltend gemacht habe.⁵¹⁴ Eine Beweiserleichterung wegen eines Dokumentationsfehlers lehnte das Gericht ab:

„Die Dokumentationspflicht erstreckt sich auf die wichtigsten diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen sowie auf die wesentlichen Verlaufsdaten. Zu diesen gehörte die Weigerung der verstorbenen Ehefrau des Kl., einen Aidsstest vornehmen zu lassen, nicht. Das Fehlen eines entsprechenden Vermerks bedeutete für die Patientin bei einem etwaigen Wechsel des behandelnden Arztes und der Übernahme der Behandlungsunterlagen durch diesen nicht etwa die Gefahr, daß seinetwegen gebotene diagnostische und therapeutische Maßnahmen unterblieben.“⁵¹⁵

d) Dokumentationspflicht der therapeutischen Aufklärung bejaht:
OLG Rostock, Urteil vom 10.07.2009 – 5 U 48/08

Der Kläger wurde von seinem Hausarzt aufgrund einer Lymphknotenschwellung an den Beklagten, einen Facharzt für Hals-Nasen-Ohren-Heilkunde, überwiesen. Dort wurde am 15.06.1998 eine Lymphknotenschwellung festgestellt und ein Termin für eine operative Entfernung vereinbart. Der Eingriff war für den 06.07.1998 geplant.⁵¹⁶ Für diesen Tag enthält die ärztliche Dokumentation einen Eintrag zu einem Telefongespräch mit dem Kläger:

„Tonsillen nicht Ursache für Lymphknotenschwellung, Patient wartet Antibiose ab – wünscht noch keine Operation.“⁵¹⁷

Anschließend stellte sich der Kläger am 20.08.1998 und am 03.09.1998 in der Praxis des Beklagten vor. Die Patientenakte enthält hierzu den folgenden Vermerk:

„Chronische Tonsillitis nach meiner Einschätzung keine Ursache für Lymphknotenschwellung – Stationäre Einweisung zur Tonsillektomie.“⁵¹⁸

Im weiteren Verlauf verzichtete der Kläger zunächst auf eine Mandelentfernung. Erst während einer stationären Behandlung vom 31.05.1999 bis zum 04.06.1999, die nicht der Beklagte durchführte, wurde bei dem Kläger Kehlkopfkrebs diagnostiziert. Am 23.06.1999 wurde der Tumor operativ entfernt. Der Kläger machte geltend, dass der Beklagte ihn nicht über die Dringlichkeit der Operation aufgeklärt habe. Das OLG Rostock bejahte einen Verstoß gegen die therapeutische Aufklärungspflicht. Nachdem der Kläger die Operation am 06.07.1998 abgelehnt hatte, hätte der Beklagte mit aller Deutlichkeit auf die

⁵¹⁴ Zum Vorstehenden: OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.04.1994 – 8 U 23/92 – VersR 1995, 339, 340.

⁵¹⁵ OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.04.1994 – 8 U 23/92 – VersR 1995, 339, 340 f.

⁵¹⁶ Zum Vorstehenden: OLG Rostock, Urteil vom 10.07.2009 – 5 U 48/08 – juris, Rn. 2 ff.

⁵¹⁷ OLG Rostock, Urteil vom 10.07.2009 – 5 U 48/08 – juris, Rn. 8.

⁵¹⁸ OLG Rostock, Urteil vom 10.07.2009 – 5 U 48/08 – juris, Rn. 10.

Notwendigkeit des Eingriffs hinweisen müssen. Auch am 20.08.1998 hätte der Kläger entsprechend therapeutisch aufgeklärt werden müssen. Dass der Beklagte eine entsprechende Aufklärung unterlassen hat, ergebe sich aus den Dokumentationsunterlagen. Es sei nicht ausreichend lediglich die Weigerung des Patienten zu vermerken.⁵¹⁹

e) Dokumentationspflicht der therapeutischen Aufklärung bejaht:
OLG Bamberg, Urteil vom 04.07.2005 – 4 U 126/03

Der Kläger machte geltend, dass er nicht über die Notwendigkeit einer Herzkatheteruntersuchung therapeutisch aufgeklärt worden war. Das Gericht bejahte einen Verstoß gegen die therapeutische Aufklärungspflicht, der sich aus der mangelnden Dokumentation ergeben würde:

„Wenn der Kläger vorliegend trotz einer Aufklärung über die Erforderlichkeit einer notfallmäßigen Einweisung in die Klinik zum Zwecke einer Herzkatheteruntersuchung diese abgelehnt haben sollte, hätte der Beklagte dies dokumentieren müssen. Die Dokumentationspflicht erstreckt sich auf die wesentlichen Elemente der Behandlung, insbesondere die Aufklärung.“⁵²⁰

Danach muss nicht nur die Weigerung des Patienten, sondern auch die therapeutische Aufklärung als solche dokumentiert werden.

6. *Therapeutische Aufklärung über eine der Erkrankung angepasste Lebensweise*

Der Ehemann der Klägerin ließ sich am 14.04.1987 in der Gemeinschaftspraxis der Beklagten wegen Herzproblemen behandeln. Das durchgeführte EKG und die Röntgenuntersuchungen zeigten keine Auffälligkeiten. Auskultatorisch wurden jedoch einige Extrasystolen festgestellt, sog. „Herzstolpern“. Infolgedessen wurden ein Ruhe- und Belastungs-EKG sowie ein Langzeit-EKG angefertigt. Die Laborergebnisse einer durchgeführten Blutuntersuchung waren unauffällig. Ab dem 18.05.1987 versuchten die Beklagten vergeblich den Ehemann telefonisch zu erreichen. Dieser war gemeinsam mit der Klägerin in den Urlaub gefahren. Dort verstarb er am 25.05.1987 während einer Kajakfahrt. Eine Obduktion zeigte, dass der Ehemann unter einer Herzmuskelentzündung litt, die zu schwerwiegenden Schädigungen des Herzens geführt hatte. Das OLG Köln bejahte einen Behandlungsfehler aufgrund eines Verstoßes gegen die therapeutische Aufklärungspflicht. Der Ehemann sei nicht darüber aufgeklärt worden, dass er körperliche Anstrengungen jeder Art vermeiden müsse.⁵²¹ Zugunsten der Klägerin ging das OLG Köln von einer Dokumentationspflichtverletzung aus:

⁵¹⁹ Zum Vorstehenden: OLG Rostock, Urteil vom 10.07.2009 – 5 U 48/08 – juris, Rn. 11 ff.

⁵²⁰ OLG Bamberg, Urteil vom 04.07.2005 – 4 U 126/03 – NJW-RR 2005,1266, 1266.

⁵²¹ Zum Vorstehenden: OLG Köln, Urteil vom 10.04.1991 – 27 U 35/90 – VersR 1992, 1231, 1231 f.

„Nach gesicherter höchstrichterlicher Rechtsprechung sind die wichtigsten diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen zu dokumentieren. Dazu gehören etwa die Medikation und ärztliche Hinweise und Anweisungen an die Behandlungspflege, und zwar als notwendige Grundlage für die Sicherheit des Patienten in der Behandlung und als Rechenschaftspflicht ihm gegenüber. Steht statt einer bestimmten Medikation oder Behandlungspflege zunächst ein bestimmtes Verhalten in bezug auf die Lebensführung im Vordergrund, etwa Be- oder Entlastung von Organen oder Gliedmaßen, so sind im Einzelfall die darauf bezogenen Anweisungen zu dokumentieren. Dies berührt den Heilungsverlauf ebenso wie die Verordnung bestimmter Medikamente.“⁵²²

II. Kritik an der Rechtsprechung zur ärztlichen Dokumentationspflicht

Die Auswertung der Rechtsprechung zeigt, dass die Frage, ob die therapeutische Aufklärung dokumentationspflichtig ist, nicht einheitlich beantwortet wird. Je nach Einzelfall wird eine Dokumentationspflicht bejaht oder verneint. Das gilt für Entscheidungen des BGH und der Oberlandesgerichte gleichermaßen. Hat der Arzt die therapeutische Aufklärung nicht dokumentiert, wird gem. § 630h Abs. 3 BGB zugunsten des Patienten vermutet, dass die Behandlungsseite einen entsprechenden Hinweis nicht erteilt hat.⁵²³

- In den Fällen, in denen die Rechtsprechung eine Dokumentationspflicht der therapeutischen Aufklärung verneint, ist der Patient für eine unterlassene oder unzureichende therapeutische Aufklärung beweisbelastet.
- In den Fällen, in denen die Rechtsprechung eine Dokumentationspflicht der therapeutischen Aufklärung bejaht und eine ordnungsgemäße Dokumentation vorliegt, ist ebenfalls der Patient beweisbelastet. Aufgrund der bestehenden Dokumentation wird dem Patienten der Nachweis eines Behandlungsfehlers aber regelmäßig nicht gelingen.
- In den Fällen, in denen die Rechtsprechung eine Dokumentationspflicht der therapeutischen Aufklärung bejaht und eine ordnungsgemäße Dokumentation nicht vorliegt, ist die Behandlungsseite dafür beweisbelastet, dass der Patient therapeutisch aufgeklärt worden ist.⁵²⁴

⁵²² OLG Köln, Urteil vom 10.04.1991 – 27 U 35/90 – VersR 1992, 1231, 1232.

⁵²³ Vgl. MedR-Komm/Jaeger, § 823 BGB, Rn. 71c; Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 322.

⁵²⁴ Hausch, VersR 2006, 612, 618 in Fn. 64.

Da ein Verstoß gegen die therapeutische Aufklärungspflicht als Behandlungsfehler eingestuft wird, wäre eigentlich der Patient beweisbelastet.⁵²⁵ Über die vermehrte Annahme von Dokumentationspflichtverletzungen wird die Beweislast jedoch wieder auf die Behandlungsseite verlagert.⁵²⁶ Auch wenn eigentlich der Patient beweisbelastet wäre, kommt es aufgrund von Dokumentationspflichtverletzungen zu einer Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Pflichtverletzung.⁵²⁷ Der Arzt muss anhand der Dokumentation eine ordnungsgemäße therapeutische Aufklärung nachweisen.⁵²⁸ Die unterschiedliche Verteilung der Beweislast, die bei Verstößen gegen die Selbstbestimmungsaufklärung bzw. therapeutische Aufklärung besteht, wird in diesen Fällen faktisch aufgegeben.⁵²⁹ Im Ergebnis ist der Arzt in diesen Konstellationen sowohl für die Durchführung der Selbstbestimmungsaufklärung als auch für die Durchführung der therapeutischen Aufklärung beweisbelastet.⁵³⁰ Der wesentliche Unterschied liegt darin, dass im Falle der therapeutischen Aufklärung möglicherweise ein grober Behandlungsfehler vorliegt und deshalb auch die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden vermutet wird.⁵³¹ Ein „grobe Aufklärungsfehler“ wird hingegen nicht anerkannt.⁵³² Die Rechtsprechung sieht sich dem Vorwurf ausgesetzt, im Einzelfall als unbillig empfundene Ergebnisse in zunehmendem Maße über die Annahme von Dokumentationspflichtverletzungen zu korrigieren.⁵³³

⁵²⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 08.07.2008 – VI ZR 259/06 – NJW 2008, 2846, 2849; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 97; Ulsenheimer/*Biermann*, Rn. 343; *Upboff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 137; *Zoll*, MedR 2009, 569, 574.

⁵²⁶ Vgl. *Hausch*, VersR 2006, 612, 618 in Fn. 64; Ratzel/Luxenburger/*Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 284.

⁵²⁷ *Hausch*, VersR 2007, 167, 174.

⁵²⁸ *Hausch*, VersR 2007, 167, 174.

⁵²⁹ Vgl. *Hausch*, VersR 2007, 167, 174; Ratzel/Luxenburger/*Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 284.

⁵³⁰ Vgl. Ratzel/Luxenburger/*Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 284.

⁵³¹ Vgl. BGH, Urteil vom 16.11.2004 – VI ZR 328/03 – NJW 2005, 427, 428.

⁵³² OLG Oldenburg, Urteil vom 06.02.2008 – 5 U 30/07 – VersR 2008, 924, 925; *Martis/Winkebart*, Arzthaftungsrecht, A 2269.

⁵³³ *Hausch*, VersR 2007, 167, 170.

1. Zweck und Umfang der ärztlichen Dokumentation

Der Rechtsprechung lassen sich keine eindeutigen Kriterien entnehmen, unter welchen Voraussetzungen die therapeutische Aufklärung dokumentationspflichtig ist.⁵³⁴ Der notwendige Inhalt der ärztlichen Dokumentation wird von dem Zweck der Dokumentationspflicht bestimmt.⁵³⁵

a) Therapiesicherung als Zweck der ärztlichen Dokumentation

Nach der Gesetzesbegründung zu dem Patientenrechtegesetz soll durch die Dokumentation des Behandlungsgeschehens primär die ordnungsgemäße Behandlung und Weiterbehandlung des Patienten sichergestellt werden.⁵³⁶ Der Gesetzgeber knüpft an die Rechtsprechung des BGH an, wonach sich die ärztliche Dokumentationspflicht aus der „selbstverständlichen therapeutischen Pflicht gegenüber dem Patienten“ ergebe.⁵³⁷ Das Fehlen einer ordnungsgemäßen Dokumentation würde eine sachgerechte Behandlung durch denselben Arzt oder einen Nachfolger erheblich erschweren.⁵³⁸ Es solle vermieden werden, dass therapierelevante Ergebnisse verloren gehen oder der Patient belastenden Untersuchungen wiederholt ausgesetzt wird.⁵³⁹

b) Sicherung rechenschaftlicher Informationen als Zweck der ärztlichen Dokumentation

Darüber hinaus ist der Arzt dem Patienten gegenüber zur Rechenschaft verpflichtet.⁵⁴⁰ Von dem narkotisierten Patienten kann der Geschehensablauf während einer Operation nicht erfasst werden.⁵⁴¹ Neben dem Informationsgefälle in derartigen Situationen, besteht grundsätzlich ein Kompetenzgefälle zwischen

⁵³⁴ Kern stellt fest, dass die Rechtsprechung gegenwärtig keine eindeutigen Kriterien entwickelt hat, anhand deren sich der Umfang der ärztlichen Dokumentation bestimmen lässt; Kern, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 6, Rn. 17.

⁵³⁵ Vgl. *Martis/Winkelhart*, *Arzthaftungsrecht*, D 201; *Walter*, *GesR* 2013, 129, 132; *Wendt*, *Die ärztliche Dokumentation*, S. 211.

⁵³⁶ BT-Drs. 17/10488, S. 25.

⁵³⁷ BGH, Urteil vom 27.06.1978 – VI ZR 183/76 – NJW 1978, 2337, 2339; Ratzel/Luxenburger/*Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, *Handbuch Medizinrecht*, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 312.

⁵³⁸ BGH, Urteil vom 27.06.1978 – VI ZR 183/76 – NJW 1978, 2337, 2339; Ratzel/Luxenburger/*Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, *Handbuch Medizinrecht*, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 312.

⁵³⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 26; Ratzel/Luxenburger/*Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, *Handbuch Medizinrecht*, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 312; *Wendt*, *Die ärztliche Dokumentation*, S. 212.

⁵⁴⁰ BGH, Urteil vom 27.06.1978 – VI ZR 183/76 – NJW 1978, 2337, 2339; BT-Drs. 17/10488, S. 26; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 580; Ratzel/Luxenburger/*Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, *Handbuch Medizinrecht*, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 315; *Wendt*, *Die ärztliche Dokumentation*, S. 218.

⁵⁴¹ BT-Drs. 17/10488, S. 26; Ratzel/Luxenburger/*Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, *Handbuch Medizinrecht*, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 316.

Arzt und Patient.⁵⁴² Für gewöhnlich kann der medizinische Laie seine Behandlung nicht fachkundig durchdringen.⁵⁴³ Der Patient kann nicht beurteilen, ob die Verschlechterung seines Zustandes auf der Erkrankung oder einer fehlerhaften Behandlung beruht.⁵⁴⁴ Insbesondere bei schwerwiegenden Erkrankungen kann der Patient ein Interesse daran haben, dass die Diagnose oder die bisherige Behandlung von einem zweiten Arzt überprüft wird.⁵⁴⁵ Hierzu muss der bisherige Arzt über das Behandlungsgeschehen Rechenschaft ablegen können.⁵⁴⁶ Das wird ihm nur gelingen, wenn er eine entsprechende Dokumentation angefertigt hat.⁵⁴⁷

c) Beweissicherung als Zweck der ärztlichen Dokumentation

Werden Beweismittel für einen noch ungewissen Zivilprozess hergestellt oder gesichert, dienen sie der Beweissicherung.⁵⁴⁸ Ob die ärztliche Dokumentation auch dem Zweck der Beweissicherung dient, wurde bereits vor der Einführung des Patientenrechtegesetzes kontrovers diskutiert. Zahlreiche Autoren vertraten die Ansicht, dass die Dokumentation unter anderem auch die Beweissicherung zum Ziel habe.⁵⁴⁹ Andere Teile der Literatur und Rechtsprechung haben das stets bestritten.⁵⁵⁰ In der Gesetzesbegründung wird als Zweck der Dokumentationspflicht nicht nur die Therapiesicherung und Rechenschaftslegung, sondern auch die „faktische Beweissicherung“ genannt.⁵⁵¹ In der Literatur wird vereinzelt vertreten, dass nach Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes die Beweisfunktion der ärztlichen Dokumentation nicht mehr verneint werden könne.⁵⁵² Neben der Gesetzesbegründung spräche vor allem der Wortlaut des § 630h Abs. 2 S. 1 BGB, wonach auch Aufklärung und Einwilligung zu dokumentieren seien, dafür.⁵⁵³ Es wurde jedoch bereits an anderer Stelle gezeigt, dass die Aufklärung und die Einwilligung auch weiterhin nicht dokumentationspflichtig sind. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des Patientenrechte-

⁵⁴² Vgl. *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 218.

⁵⁴³ BT-Drs. 17/10488, S. 26.

⁵⁴⁴ MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 580.

⁵⁴⁵ *Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 316; *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 218.

⁵⁴⁶ *Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 316; *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 218.

⁵⁴⁷ *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 219.

⁵⁴⁸ *Bender*, VersR 1997, 918, 923.

⁵⁴⁹ *Bender*, VersR 1997, 918, 923 ff.; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 55, Rn. 5, 8; *Peter*, NJW 1988, 751, 752; *Schwarz-Schilling*, BayÄbl 1996, 466, 467; *Siek*, Beweisrecht im Arzthaftungsprozeß, S. 185 f.

⁵⁵⁰ BGH, Urteil vom 06.07.1999 – VI ZR 290-98 – NJW 1999, 3408, 3409; BGH, Urteil vom 23.03.1993 – VI ZR 26/92 – NJW 1993, 2375, 2376; *Groß*, VersR 1996, 657, 663 f.; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 473; *Müller*, DRiZ 2000, 259, 268; *Taupitz*, 100 (1987), 287, 312.

⁵⁵¹ BT-Drs. 17/10488, S. 26.

⁵⁵² *Jaeger*, FS-Lorenz (2014), 635, 639.

⁵⁵³ *Jaeger*, FS-Lorenz (2014), 635, 639.

gesetzes weder den Dokumentationszweck noch die Dokumentationspflicht ausweiten wollte.⁵⁵⁴ Hierfür spricht zum einen, dass in der Gesetzesbegründung die Funktion „faktischer Beweissicherung“ nur im Kontext des Behandlungsfehlers angeführt wird.⁵⁵⁵ Zum anderen geht der Gesetzgeber selbst davon aus, dass die Beweislastregel des § 630h Abs. 3 BGB nur zur Anwendung kommt, wenn eine Information oder Maßnahme nicht dokumentiert wurde, die aus medizinischer Sicht wesentlich ist.⁵⁵⁶ Nach der überwiegenden Literatur bezweckt die ärztliche Dokumentation daher auch weiterhin nicht die Beweissicherung für einen möglichen Arzthaftungsprozess.⁵⁵⁷

aa) Beweissicherungsfunktion nach der Rechtsprechung

Ausgehend von dem gesetzgeberischen Anliegen die bisherige Rechtsprechung lediglich kodifizieren zu wollen, wird für den notwendigen Dokumentationsinhalt auch weiterhin maßgeblich sein, inwieweit die Rechtsprechung die Beweissicherung als Dokumentationszweck anerkennt.⁵⁵⁸ Nur weil die therapeutische Aufklärung der Sicherung des Heilungserfolges bzw. therapeutischen Zwecken dient, ist sie nicht automatisch dokumentationspflichtig.⁵⁵⁹ Die Rechtsprechung hat immer wieder betont, dass „eine Dokumentation, die aus medizinischer Sicht nicht erforderlich ist, auch aus Rechtsgründen nicht geboten“ ist.⁵⁶⁰ Die medizinische Erforderlichkeit besteht, wenn die Dokumentation der in Rede stehenden Maßnahme für die weitere Behandlung des Patienten von Bedeutung ist.⁵⁶¹ Auf die weitere Behandlung des Patienten hat es jedoch keinen Einfluss, ob der Patient ordnungsgemäß therapeutisch aufgeklärt wurde. Für den nachbehandelnden Arzt ist es beispielsweise von Bedeutung, ob bestimmte Nachuntersuchungen angezeigt sind. Davon muss jedoch die Frage getrennt werden, ob der Patient auch selbst über die Notwendigkeit einer Nachuntersuchung aufgeklärt wurde.

Konsequenterweise hielt das OLG München den Hinweis, sich bei persistierenden Schmerzen wieder vorzustellen, nicht für dokumentationspflichtig, da ein derartiger Vermerk keinen Einfluss auf die Weiterbehandlung gehabt

⁵⁵⁴ Vgl. *Spickhoff/Bleckwenn*, VersR 2013, 1350, 1354.

⁵⁵⁵ *Spickhoff/Bleckwenn*, VersR 2013, 1350, 1354.

⁵⁵⁶ *Spickhoff/Bleckwenn*, VersR 2013, 1350, 1354.

⁵⁵⁷ *Katzenmeier*, NJW 2013, 817, 820 f.; *Kern*, in: *Ratzel/Lissel*, *Medizinschadensrecht*, § 6, Rn. 18; *Martis/Winkhart*, *Arzthaftungsrecht*, D 206a; *Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, *Handbuch Medizinrecht*, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 318; *Walter*, *GesR* 2013, 129, 132.

⁵⁵⁸ Vgl. *BT-Drs. 17/10488*, S. 29 f.; *Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, *Handbuch Medizinrecht*, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 318.

⁵⁵⁹ So aber *Wenzel/Müller*, *Arzthaftungsprozess*, Kap. 2, Rn. 1630.

⁵⁶⁰ BGH, Urteil vom 06.07.1999 – VI ZR 290/98 – NJW 1999, 3409; BGH, Urteil vom 23.03.1993 – VI ZR 26/92 – NJW 1993, 2375, 2376; *Martis/Winkhart*, *Arzthaftungsrecht*, D 204.

⁵⁶¹ Vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 12.06.2012 – 1 U 119/11 – NJW-RR 2012, 1375, 1376; *Kern*, in: *Ratzel/Lissel*, *Medizinschadensrecht*, § 6 Rn. 19; *Martis/Winkhart*, *Arzthaftungsrecht*, D 204.

hätte.⁵⁶² Darauf, dass eine Dokumentation die prozessuale Situation des Arztes verbessert hätte, dürfe es gerade nicht ankommen.⁵⁶³ Mit gleicher Begründung verneinte das OLG München eine Dokumentationspflichtverletzung eines Arztes, der ebenfalls den Hinweis sich bei wiederholenden Schmerzen erneut vorzustellen, nicht dokumentiert hatte.⁵⁶⁴ Auch das OLG Hamm sah keine Dokumentationspflichtverletzung darin, dass der Arzt den Hinweis auf ein Drahtstück, welches im Körper des Patienten verblieben war, nicht dokumentiert hatte.⁵⁶⁵ Entscheidend war auch hier die Differenzierung zwischen der für die Weiterbehandlung relevanten Tatsache, dass das Drahtstück im Körper zurückgeblieben war, und der darauf gerichteten therapeutischen Aufklärung.⁵⁶⁶ Letztere war für die weitere Behandlung gerade nicht von Bedeutung und deshalb auch nicht zu dokumentieren.⁵⁶⁷

Dennoch wird in zahlreichen Entscheidungen eine Dokumentationspflicht der therapeutischen Aufklärung bejaht.⁵⁶⁸ Das ist nur möglich, wenn nicht darauf abgestellt wird, ob die Dokumentation für die weitere Behandlung von Bedeutung ist.⁵⁶⁹ Besonders deutlich zeigt das die Entscheidung des OLG Saarbrücken.⁵⁷⁰ Dort wird zur Begründung einer Dokumentationspflichtverletzung darauf verwiesen, dass eine spätere mögliche Haftung der Behandlungsseite erst recht eine Dokumentationspflicht der therapeutischen Aufklärung auslöse.⁵⁷¹ Der Inhalt der Dokumentationspflicht wird von der prozessualen Beweislage und nicht von der Bedeutung für die medizinische Weiterbehandlung abhängig gemacht.⁵⁷² Gleiches gilt für die Rechtsprechung des BGH zur Aufklärung über die Versagerquote. Auch dort wurde die Dokumentationspflicht des Arztes damit begründet, dass dem Arzt bekannt sein müsse, dass es wegen des Versagerisikos schon mehrfach zu Arzthaftungsprozessen gekommen sei, in denen die Frage der therapeutischen Aufklärung im Mittelpunkt gestanden habe.⁵⁷³ Darauf, dass eine derartige Dokumentation keinen medizinischen, sondern lediglich einen

⁵⁶² OLG München, Urteil vom 05.05.2011 – 1 U 4306/10 – juris, Rn. 59.

⁵⁶³ OLG München, Urteil vom 05.05.2011 – 1 U 4306/10 – juris, Rn. 59.

⁵⁶⁴ OLG München, Urteil vom 12.04.2007 – 1 U 2267/04 – juris, Rn. 158.

⁵⁶⁵ OLG Hamm, Urteil vom 09.07.2003 – 3 U 264/02 – juris, Rn. 27.

⁵⁶⁶ Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 09.07.2003 – 3 U 264/02 – juris, Rn. 27.

⁵⁶⁷ OLG Hamm, Urteil vom 09.07.2003 – 3 U 264/02 – juris, Rn. 27.

⁵⁶⁸ BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2004; OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.11.2008 – I-18 U 7/08 – juris, Rn. 27 f.; OLG Bamberg, Urteil vom 04.07.2005 – 4 U 126/03 – NJW-RR 2005, 1266, 1266; OLG Zweibrücken, Urteil vom 15.12.1998 – 5 U 10/96 – NJW-RR 2000, 235, 236; OLG Köln, Urteil vom 10.04.1991 – 27 U 35/90 – VersR 1992, 1231, 1232; OLG Saarbrücken, Urteil vom 04.07.1984 – 1 U 109/82 – AHRS 6450/22, S. 41 f.; KG Berlin, Urteil vom 07.03.2005 – 20 U 398/01 – juris, Rn. 43;

⁵⁶⁹ Vgl. Ratzel/Luxenburger/*Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 321.

⁵⁷⁰ OLG Saarbrücken, Urteil vom 04.07.1984 – 1 U 109/82 – AHRS 6450/22, S. 41 f.

⁵⁷¹ OLG Saarbrücken, Urteil vom 04.07.1984 – 1 U 109/82 – AHRS 6450/22, S. 41 f.

⁵⁷² Vgl. OLG Saarbrücken, Urteil vom 04.07.1984 – 1 U 109/82 – AHRS 6450/22, S. 41 f.

⁵⁷³ BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2004.

prozessualen Nutzen habe, wurde nicht näher eingegangen. Der BGH hat diese Rechtsprechung weiter ausgedehnt und verlangt auch eine Dokumentation der Behandlungsverweigerung bzw. des Behandlungsabbruchs seitens des Patienten.⁵⁷⁴ Auch in diesem Fall stellte der BGH nicht auf die medizinische Relevanz einer derartigen Dokumentation ab.⁵⁷⁵ Die Annahme einer Dokumentationspflicht ist in allen genannten Fällen nur damit erklärbar, dass die Rechtsprechung die Dokumentation teilweise auch als Instrument der Beweissicherung sieht.⁵⁷⁶

bb) Dokumentationspflicht bei Anfängeroperationen

Hierfür spricht auch die Rechtsprechung des BGH zur Dokumentationspflicht bei Anfängeroperationen. Die ärztliche Dokumentationspflicht erstreckt sich grundsätzlich nicht auf Routinemaßnahmen.⁵⁷⁷ Beispielsweise ist die Durchführung gewöhnlicher Hygienemaßnahmen nicht dokumentationspflichtig.⁵⁷⁸ Im Bereich der Anfängeroperationen geht der BGH jedoch einen anderen Weg und stellt erhöhte Anforderungen an die ärztliche Dokumentation.⁵⁷⁹ In derartigen Fällen hat auch bei Routineeingriffen eine Dokumentation der wesentlichen Punkte zu erfolgen.⁵⁸⁰

„Es mag [...] für den erfahrenen Chirurgen genügen, daß er nur die Art, die Tatsache der Durchführung und die Namen der Beteiligten an der Operation vermerkt, sofern keine Komplikationen eingetreten sind (die freilich stets zu dokumentieren wären). Das kann aber nicht in gleicher Weise für einen Anfänger gelten. Bei ihm ist es nicht selbstverständlich, daß er von vornherein die medizinisch richtige und übliche Operationstechnik anwendet und beherrscht. Um wenigstens eine gewisse Kontrolle im Interesse seiner Ausbildung und vor allem auch im Interesse des Patienten zu gewährleisten, muß von ihm verlangt werden, daß er den Gang der Operation genau aufzeichnet. Das Fehlen eines Operationsberichtes über einen von einem Berufsanfänger

⁵⁷⁴ BGH, Urteil vom 19.05.1987 – VI ZR 147/86 – NJW 1987, 2300, 2301; BGH, Urteil vom 03.02.1987 – VI ZR 56/86 – NJW 1987, 1482, 1482.

⁵⁷⁵ Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 320 f.

⁵⁷⁶ Vgl. Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 319 ff.

⁵⁷⁷ *Frahm/Niszdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 146; *Kern*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 6, Rn. 24; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, D 319; Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 326.

⁵⁷⁸ OLG Naumburg, Urteil vom 12.06.2012 – 1 U 119/11 – NJW-RR 2012, 1375, 1376; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, D 318.

⁵⁷⁹ BGH, Urteil vom 07.05.1985 – VI ZR 224/83 – NJW 1985, 2193, 2194; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 208; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, D 361; Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 321, 330.

⁵⁸⁰ BGH, Urteil vom 07.05.1985 – VI ZR 224/83 – NJW 1985, 2193, 2194; OLG Zweibrücken, Urteil vom 15.12.1998 – 5 U 10/96 – MedR 2000, 233, 235; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, D 361.

*selbständig durchgeführten Eingriff erschwert die Beweissituation des geschädigten Patienten zusätzlich unbilligerweise, und zwar umsomehr, je schwieriger und risikoreicher ein solcher Eingriff ist.*⁵⁸¹

Diese Argumentation ist mit dem vom BGH selbst aufgestellten Grundsatz, wonach eine Dokumentation, die medizinisch nicht erforderlich ist, auch aus Rechtsgründen nicht geboten ist, unvereinbar.⁵⁸² Ausgehend davon dürfte die Person des Arztes keine Rolle spielen.⁵⁸³ Die Frage, ob für die weitere Behandlung eine genaue Dokumentation erforderlich ist, hängt nämlich nicht davon ab, ob ein Anfänger oder ein erfahrener Facharzt den Eingriff vorgenommen hat.⁵⁸⁴ Ist aus medizinischer Sicht eine genaue Dokumentation erforderlich, müssten die erhöhten Dokumentationspflichten unabhängig von der Person des Arztes gelten.⁵⁸⁵ Dass der BGH zu einem anderen Ergebnis gelangt, kann nur damit erklärt werden, dass die Dokumentation eben auch dem Zweck der Beweissicherung dient.⁵⁸⁶ Dafür spricht auch, dass der BGH selbst darauf verweist, dass der Patient ohne ärztliche Dokumentation in Beweisschwierigkeiten gerate. Derartige Überlegen betreffen aber weder den Bereich der Therapiesicherung noch der Rechenschaftspflicht. Sie orientieren sich einzig an der späteren Beweissituation in einem Arzthaftungsprozess.⁵⁸⁷ Eine Abkehr von dieser Rechtsprechung ist auch nach Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes nicht zu erwarten, da der Gesetzgeber Dokumentationsversäumnisse bei Anfängeroperationen explizit von § 630h Abs. 3 BGB erfasst sieht.⁵⁸⁸ Behandlungen, die von einem Berufsanfänger durchgeführt werden, seien stets als wesentliche Maßnahmen i.S.d. § 630h Abs. 3 BGB einzustufen und müssten daher exakt dokumentiert werden.⁵⁸⁹ Fehlt eine entsprechende Dokumentation, sei zu vermuten, dass die Maßnahme nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sei.⁵⁹⁰

⁵⁸¹ BGH, Urteil vom 07.05.1985 – VI ZR 224/83 – NJW 1985, 2193, 2194.

⁵⁸² Vgl. Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 321; Wendt, Die ärztliche Dokumentation, S. 75.

⁵⁸³ Wendt, Die ärztliche Dokumentation, S. 75.

⁵⁸⁴ Wendt, Die ärztliche Dokumentation, S. 75.

⁵⁸⁵ Wendt, Die ärztliche Dokumentation, S. 75.

⁵⁸⁶ Hausch, VersR 2006, 612, 616; Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 321; Wendt, Die ärztliche Dokumentation, S. 74.

⁵⁸⁷ Vgl. Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 321; Wendt, Die ärztliche Dokumentation, S. 74.

⁵⁸⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 30.

⁵⁸⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 30.

⁵⁹⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 29 f.

2. *Ablehnung einer auf Beweissicherung gerichteten Dokumentationspflicht*

Dass die Rechtsprechung den notwendigen Inhalt der ärztlichen Dokumentation vermehrt von der Beweissituation in möglichen Haftungsprozessen abhängig macht, führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit.⁵⁹¹ Die Behandlungsseite kann sich nicht mehr darauf verlassen, dass die Dokumentation medizinisch wesentlicher Maßnahmen und Ergebnisse ausreichend ist.⁵⁹² Mit der therapeutischen Aufklärung sind auch solche Maßnahmen zu dokumentieren, die für die Weiterbehandlung des Patienten nicht von Bedeutung sind. Gleichzeitig ist jedoch nicht klar, wie detailliert die Dokumentation der therapeutischen Aufklärung zu erfolgen hat.⁵⁹³ Teilweise soll der bloße Vermerk ausreichend sein, dass eine therapeutische Aufklärung stattgefunden hat.⁵⁹⁴ Deutlich mehr wird von dem Arzt verlangt, wenn er eine schriftliche Bestätigung über die therapeutische Aufklärung von dem Patienten einholen muss.⁵⁹⁵ Entscheidend ist jedoch, dass eine dem Zweck der Beweissicherung dienende Dokumentation in letzter Konsequenz verlangt, dass jeder an den Patienten erteilte therapeutische Hinweis dokumentiert wird.⁵⁹⁶ Die Folge wäre eine generelle Dokumentationspflicht der therapeutischen Aufklärung.⁵⁹⁷ Letzteres spiegelt weder die ärztliche Praxis wieder noch scheint es gewollt zu sein.⁵⁹⁸ Es ließe sich auch nicht plausibel begründen, warum die Dokumentationspflicht nur in einem bestimmten Bereich, wie etwa der therapeutischen Aufklärung oder der Anfängeroperation, der Beweissicherung dienen sollte. Wird der Zweck der Dokumentation zumindest auch in der Beweissicherung gesehen, müssten im Ergebnis sämtliche medizinischen Maßnahmen und Ergebnisse dokumentiert werden. Eine solch weitgehende Dokumentationspflicht ist dem Arzt jedoch nicht zumutbar.⁵⁹⁹ Zudem bestünde die Gefahr einer rein „defensiven Medizin“, in deren Rahmen sich der Schwerpunkt ärztlichen Handelns auf die Vermeidung von Haftungsrisiken verlagern würde.⁶⁰⁰ Die ärztliche Dokumentation soll aber therapeutisch von Nutzen sein und nicht als Beleg dafür dienen, dass den Arzt keine Versäumnisse treffen oder Fehler unterlaufen sind, weil er detailgetreu jeden Behandlungsschritt oder jeden an den Patienten erteilten Hinweis dokumentiert hat.⁶⁰¹ Der Grund

⁵⁹¹ Vgl. *Hansch*, VersR 2007, 167, 171.

⁵⁹² *Hansch*, VersR 2007, 167, 171.

⁵⁹³ *Hansch*, VersR 2007, 167, 171.

⁵⁹⁴ Vgl. OLG Rostock, Urteil vom 10.07.2009 – 5 U 48/08 – juris, Rn. 43; OLG Bamberg, Urteil vom 04.07.2005 – 4 U 126/03 – NJW-RR 2005, 1266, 1266; OLG Saarbrücken, Urteil vom 04.07.1984 – 1 U 109/82 – AHRS 6450/22, S. 41.

⁵⁹⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2004.

⁵⁹⁶ Vgl. *Hansch*, VersR 2007, 167, 170 f.

⁵⁹⁷ Vgl. *Hansch*, VersR 2007, 167, 170 f.

⁵⁹⁸ Vgl. *Hansch*, VersR 2007, 167, 171.

⁵⁹⁹ Vgl. *Hansch*, VersR 2007, 167, 171.

⁶⁰⁰ *Giesen*, MedR 1997, 17, 19; *Helbron*, Entwicklungen und Fehlerentwicklungen im Arzthaftungsrecht, S. 50.

⁶⁰¹ *Bergmann/Wever* MedR 2012, 179, 179.

dafür, dass die Rechtsprechung die therapeutische Aufklärungspflicht teilweise zu Beweis Zwecken für dokumentationspflichtig hält, sind die auf Patientenseite bestehenden Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Pflichtverletzung bei Verstößen gegen die therapeutische Aufklärungspflicht.⁶⁰² Es ist jedoch nicht die Aufgabe der ärztlichen Dokumentationen, Unbilligkeiten, die aus den Beweisschwierigkeiten der Parteien im Arzthaftungsprozess resultieren, zu korrigieren. Die Beweisschwierigkeiten der Parteien betreffen die Frage der prozessualen Waffengleichheit und sollten daher im Rahmen der Beweislastverteilung durch eine gerechte Zuweisung der Beweislasten gelöst werden.⁶⁰³ Da die Dokumentation der therapeutischen Aufklärung für die Weiterbehandlung des Patienten nicht von Bedeutung ist, sollte eine dahingehende Dokumentationspflicht generell abgelehnt werden.⁶⁰⁴

⁶⁰² Vgl. *Hausch*, *VersR* 2007, 167, 170.

⁶⁰³ Vgl. *Hausch*, *VersR* 2007, 167, 170.

⁶⁰⁴ Vgl. *Hausch*, *VersR* 2007, 167, 170 f.

Siebttes Kapitel: Die Beweisprobleme des Patienten bzgl. der Pflichtverletzung bei Verstößen gegen die therapeutische Aufklärungspflicht

Im Folgenden soll sich mit der Frage auseinandergesetzt werden, ob bzw. wie sich die Beweisprobleme des Patienten auf die Beweislast bei Verstößen gegen die therapeutische Aufklärungspflicht auswirken müssen. Der Patient ist für Fehler bei der therapeutischen Aufklärung beweisbelastet.⁶⁰⁵ Nach der Rechtsprechung wäre „eine kaum zu beherrschende Beweislage“ die Folge, wenn die Behandlungsseite beweisen müsste, dass sie den Patienten ordnungsgemäß therapeutisch aufgeklärt hat.⁶⁰⁶ Vor dem Hintergrund, dass die Behandlungsseite bereits für die Durchführung der Selbstbestimmungsaufklärung beweisbelastet ist, wurde diese Beweislastverteilung teilweise als insgesamt ausgewogen angesehen.⁶⁰⁷ Schließlich bestünden für die Behandlungsseite, sofern es um den Nachweis der Selbstbestimmungsaufklärung geht, ebenfalls erhebliche Beweisschwierigkeiten.⁶⁰⁸

Gegen die Ausgewogenheit der Beweislastverteilung spricht jedoch, dass für den Arzt die Möglichkeit besteht, durch eine entsprechende Dokumentation –

⁶⁰⁵ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 514.

⁶⁰⁶ BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2003.

⁶⁰⁷ *Müller*, FS-Geiß (2000), 461, 466; *Müller*, GesR 2004, 257, 262.

⁶⁰⁸ *Müller*, FS-Geiß (2000), 461, 466; *Müller*, GesR 2004, 257, 262.

ohne dass eine dahingehende Dokumentationspflicht bestünde – die Durchführung der Selbstbestimmungsaufklärung zu belegen. Selbst ohne eine entsprechende Dokumentation kommt die sog. „Immer-So-Rechtsprechung“ dem Arzt entgegen.⁶⁰⁹ Für den Nachweis einer ordnungsgemäßen Selbstbestimmungsaufklärung kann es ausreichen, dass der Arzt beweist, dass das Aufklärungsgespräch „nach Art und Inhalt einer ständigen und ausnahmslosen Übung“ entspricht und daher „immer so“ durchgeführt wird.⁶¹⁰ Auf derartige Beweiserleichterungen kann der Patient nicht zurückgreifen, wenn es um die Frage geht, ob er therapeutisch aufgeklärt worden ist. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Selbstbestimmungsaufklärung die Anforderungen an den durch den Arzt zu führenden Beweis dahingehend präzisiert, dass im Zweifel dem Arzt geglaubt werden solle, wenn „einiger Beweis für ein gewissenhaftes Aufklärungsgespräch“ erbracht wurde.⁶¹¹ Einem möglichen Missbrauch der Aufklärungsrüge solle so vorgebeugt werden.⁶¹² Es bestünde die Gefahr, dass der Patient einen solchen Anspruch nur geltend macht, weil der Arzt für die Durchführung der Selbstbestimmungsaufklärung beweisbelastet ist.⁶¹³ Diesen ursprünglich für den Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung entwickelten Grundsatz wendet die Rechtsprechung mittlerweile auch bei der therapeutischen Aufklärung an.⁶¹⁴ Obwohl hier die Beweislast bei dem Patienten liegt, bestünden keine Unterschiede, die eine andere Behandlung rechtfertigen könnten.⁶¹⁵ Nach der Rechtsprechung gilt deshalb auch für den Bereich der therapeutischen Aufklärung, dass „grundsätzlich dem Arzt im Zweifel geglaubt werden soll, daß die Aufklärung (Belehrung) auch in der im Einzelfall gebotenen Weise geschehen ist, wenn einiger Beweis dafür erbracht ist“.⁶¹⁶

⁶⁰⁹ Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 22.03.1993 – 3 U 182/92 – VersR 1995, 661, 661; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 228; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 429 f.; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 2299; *Upboff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 89.

⁶¹⁰ OLG Hamm, Urteil vom 22.03.1993 – 3 U 182/92 – VersR 1995, 661, 661; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 228; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 429 f.; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 2299; *Upboff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 89.

⁶¹¹ BGH, Urteil vom 08.01.1985 – VI ZR 15/83 – NJW 1985, 1399, 1399.

⁶¹² BGH, Urteil vom 08.01.1985 – VI ZR 15/83 – NJW 1985, 1399, 1399.

⁶¹³ Vgl. BGH, Urteil vom 08.01.1985 – VI ZR 15/83 – NJW 1985, 1399, 1399.

⁶¹⁴ OLG Köln, Urteil vom 23.06.1994 – 5 U 22/95 – VersR 1995, 967, 968.

⁶¹⁵ OLG Köln, Urteil vom 23.06.1994 – 5 U 22/95 – VersR 1995, 967, 968.

⁶¹⁶ OLG Köln, Urteil vom 23.06.1994 – 5 U 22/95 – VersR 1995, 967, 968; *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 17.

A. Die Ursachen der Beweisprobleme des Patienten bei Versäumnissen im Bereich der therapeutischen Aufklärung

Die Beweisprobleme des Patienten, wenn es darum geht, dass der Arzt einen erforderlichen therapeutischen Hinweis nicht erteilt hat, haben zwei wesentliche Ursachen.

I. Beweisprobleme bzgl. negativer Tatsachen

Wird der Patient nicht therapeutisch aufgeklärt, liegt die Pflichtverletzung des Arztes in der Nichtvornahme einer vertraglich geschuldeten Handlung. Verweigert der Patient beispielsweise eine medizinische Behandlung und versäumt der Arzt die therapeutische Aufklärung über die Notwendigkeit und Dringlichkeit der Behandlung, muss der Patient beweisen, dass der Arzt den erforderlichen Hinweis nicht erteilt hat.⁶¹⁷ Naturgemäß kann ein Nichtgeschehen nicht direkt bewiesen werden.⁶¹⁸ Ein Nichtgeschehen ergibt sich erst daraus, „daß etwas angenommen wird, das bei Existenz der Tatsache wahrnehmbar sein dürfte, oder daraus, daß man die betreffende Tatsache nicht wahrnimmt, sie aber wahrnehmen müsste, wenn sie da wäre“.⁶¹⁹ Von dem Patienten wird also verlangt, dass er positive Sachumstände vorträgt, die den Schluss zulassen, dass die therapeutische Aufklärung nicht oder unzureichend erfolgte.⁶²⁰ Für den Patienten kommt erschwerend hinzu, dass die therapeutische Aufklärung, soweit keine Sachgründe entgegenstehen, grundsätzlich nachholbar ist.⁶²¹ Es kommen daher oftmals mehrere Zeitpunkte in Betracht, in denen der Arzt den Patienten therapeutisch aufgeklärt haben könnte.⁶²² Der Patient muss dann beweisen, dass er in keinem dieser Gespräche therapeutisch aufgeklärt worden ist.

Die in diesem Zusammenhang bestehenden Beweisprobleme beschränken sich nicht auf den Bereich der ärztlichen Aufklärung, sondern treten immer dann auf, wenn die Nichterteilung eines erforderlichen Hinweises bewiesen werden muss.⁶²³ Hiervon ist nicht nur der Patient, sondern beispielsweise auch der Mandant des Rechtsanwalts, Steuerberaters oder Anlageberaters betroffen.⁶²⁴ Dass in derartigen Konstellationen von Beweisproblemen bezüglich negativer Tatsachen gesprochen wird, ist problematisch.⁶²⁵ Ein Hinweis als solcher ist weder positiv noch negativ.⁶²⁶ Erst das Tatsachenurteil, dass der erforderliche Hinweis nicht erteilt

⁶¹⁷ Vgl. *Frahm/Nixdorf/Walter*, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 149.

⁶¹⁸ *Rosenberg* *Die Beweislast*, S. 331.

⁶¹⁹ *Rosenberg* *Die Beweislast*, S. 331.

⁶²⁰ Vgl. *Baumgärtel/Laumen*, *Handbuch der Beweislast*, Grundlagen, § 15, Rn. 5.

⁶²¹ Vgl. *Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflichtrecht*, B 95; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 50.

⁶²² Vgl. *Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflichtrecht*, B 95; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 50.

⁶²³ Vgl. *Baumgärtel/Laumen*, *Handbuch der Beweislast*, Grundlagen, § 15, Rn. 12.

⁶²⁴ Vgl. *Baumgärtel/Laumen*, *Handbuch der Beweislast*, Grundlagen, § 15, Rn. 12.

⁶²⁵ *Lange*, *Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess*, S. 108; *Lange*, *VersR* 2007, 36, 36.

⁶²⁶ Vgl. *Lange*, *Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess*, S. 108; *Lange*, *VersR* 2007, 36, 36.

wurde, ist negativ.⁶²⁷ Da sich der Begriff der negativen Tatsache durchgesetzt hat, soll auch hier daran festgehalten werden.⁶²⁸

II. Beweisprobleme bzgl. mündlicher Erklärungen

Weiterhin wird die Beweisführung des Patienten dadurch erschwert, dass das zu beweisende Nichtgeschehen mündliche Erklärungen des Arztes betrifft.⁶²⁹ Es geht um die Frage, welchen Inhalt das therapeutische Aufklärungsgespräch hatte.⁶³⁰ Regelmäßig finden die Gespräche zwischen Arzt und Patient unter vier Augen statt.⁶³¹

Der Patient hat dann keine Möglichkeit auf Zeugen zurückzugreifen, die Versäumnisse bei der therapeutischen Aufklärung bestätigen könnten.⁶³²

Auch das Gutachten etwaiger Sachverständiger gibt keinen Aufschluss darüber, welchen Inhalt das Gespräch zwischen Arzt und Patient tatsächlich hatte.⁶³³

Ein Urkundenbeweis mittels der ärztlichen Dokumentation scheidet regelmäßig aus.⁶³⁴ Die Unterlagen enthalten gegebenenfalls einen Vermerk über die Durchführung einer therapeutischen Aufklärung.⁶³⁵ Dass eine therapeutische Aufklärung nicht durchgeführt wurde, wird dagegen nicht dokumentiert sein.⁶³⁶ Es besteht auch keine Verpflichtung des Arztes, Gegenäußerungen des Patienten in die ärztliche Dokumentation aufzunehmen.⁶³⁷ Zudem ist eine Dokumentationspflicht bzgl. der Durchführung der therapeutischen Aufklärung generell abzulehnen, da die ärztliche Dokumentation nicht der Beweissicherung dient, sondern sich allein an der medizinischen Erforderlichkeit einer Dokumentation bemisst. Unter medizinischen Gesichtspunkten ist die Dokumentation der therapeutischen Aufklärung jedoch belanglos.

Unter den Voraussetzungen des § 448 ZPO kann das Gericht den Patienten als Partei von Amts wegen vernehmen. Allerdings muss eine gewisse Anfangswahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der zu erbringenden Tatsache

⁶²⁷ Vgl. *Lange*, Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess, S. 108; *Lange*, VersR 2007, 36, 36.

⁶²⁸ Vgl. *Lange*, Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess, S. 108 f.; *Lange*, VersR 2007, 36, 36; zum Nachweis negativer Tatsachen bei der Selbstbestimmungsaufklärung: BT-Drs. 17/10488, S. 29.

⁶²⁹ Vgl. *Hausch*, VersR 2007, 167, 168 ff.

⁶³⁰ Vgl. *Hausch*, VersR 2007, 167, 168 ff.

⁶³¹ *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 282.

⁶³² *Hausch*, VersR 2007, 167, 168; *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 92; *Müller*, FS-Geiß (2000), 461, 466.

⁶³³ *Müller*, FS-Geiß (2000), 461, 466.

⁶³⁴ *Hausch*, VersR 2007, 167, 168.

⁶³⁵ *Hausch*, VersR 2007, 167, 168.

⁶³⁶ *Hausch*, VersR 2007, 167, 168.

⁶³⁷ So zur Dokumentation von Selbstbestimmungsaufklärung und Einwilligung: BT-Drs. 17/10488, S. 29.

sprechen.⁶³⁸ Die erforderliche Anfangswahrscheinlichkeit kann sich auch aus einzelnen Beweisanzeichen oder der Lebenserfahrung ergeben.⁶³⁹ Fraglich ist, ob die Nichtbefolgung der therapeutischen Aufklärung durch den Patienten ein Beweisanzeichen für einen Verstoß gegen die therapeutische Aufklärungspflicht bildet oder ob die Lebenserfahrung einen dahingehenden Schluss zulässt.⁶⁴⁰

In diesem Zusammenhang muss beachtet werden, dass Patienten ärztliche Ratschläge und Hinweise regelmäßig nicht oder nur unzureichend befolgen.⁶⁴¹ Diese sog. Non-Compliance ist keine Ausnahmerecheinung, sondern tritt im medizinischen Alltag vermehrt auf.⁶⁴² Für bis zu fünfzig Prozent der verschriebenen Medikamente lösen Patienten ihre Rezepte nicht ein.⁶⁴³ Zudem nimmt ein großer Teil der Patienten die Medikamente nicht in der dosisgerechten Menge ein.⁶⁴⁴ Das gilt insbesondere bei der ambulanten Arzneimitteltherapie, da hier der Patient „Herr der Therapiedurchführung“⁶⁴⁵ ist und der Arzt, anders als bei der stationären Behandlung, das therapiegerechte Verhalten nur eingeschränkt überprüfen kann.⁶⁴⁶ Hohes Alter, Armut und geringer Bildungsgrad werden mit einer unregelmäßigen Medikamenteneinnahme bei langfristigen Arzneimitteltherapien assoziiert.⁶⁴⁷ Hohe Medikamentenzuzahlungen, von denen insbesondere chronisch kranke Menschen betroffen sind, stellen für Geringverdiener oftmals eine unüberwindbare Hürde dar.⁶⁴⁸ Auch der Einfluss von Medien, insbesondere des Internets, nimmt zu.⁶⁴⁹ Dem Patienten wird scheinbar die Möglichkeit an die Hand gegeben, die Diagnose des Arztes und die bestehenden Behandlungsmöglichkeiten zu überprüfen.⁶⁵⁰ Damit einhergehend steigt das Risiko, die von dem Arzt gewählte Therapie als falsch anzusehen und nicht weiter zu befolgen.⁶⁵¹ Das persönliche Umfeld des Patienten kann das Verhalten des Patienten ebenfalls

⁶³⁸ PG/Müller-Christmann, § 448 ZPO, Rn. 4; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 123, Rn. 20.

⁶³⁹ PG/Müller-Christmann, § 448 ZPO, Rn. 4. Anfangswahrscheinlichkeit aufgrund einzelner Beweisanzeichen ausreichend: BGH, Urteil vom 09.03.1990 – V ZR 244/88 – NJW 1990, 1721, 1722; Anfangswahrscheinlichkeit aufgrund der Lebenserfahrung ausreichend: BGH, Urteil vom 24.04.1991 – VI ZR 172/90 – NJW 1991, 983, 984.

⁶⁴⁰ Hausch, VersR 2007, 167, 169.

⁶⁴¹ Hausch, VersR 2007, 167, 169.

⁶⁴² Vgl. Holst, DÄBl. 2007, A-996, 996 f.; Jürgens, DÄBl. 2009, 115, 115; Sonnenmoser, DÄBl. 2005, A-704, 704.

⁶⁴³ Holst, DÄBl. 2007, A-996, 996.

⁶⁴⁴ Jürgens, DÄBl. 2009, 115, 115.

⁶⁴⁵ Koyuncu, A/ZusR 2005, 95, 97.

⁶⁴⁶ Vgl. Holst, DÄBl. 2007, A-996, 996.

⁶⁴⁷ Holst, DÄBl. 2007, A-996, 996.

⁶⁴⁸ Holst, DÄBl. 2007, A-996, 998.

⁶⁴⁹ Vgl. Hausch, VersR 2007, 167, 169 in Fn. 39; Sonnenmoser, DÄBl. 2005, A-704, 704.

⁶⁵⁰ Sonnenmoser, DÄBl. 2005, A-704, 704.

⁶⁵¹ Vgl. Sonnenmoser, DÄBl. 2005, A-704, 704.

negativ beeinflussen.⁶⁵² Letztlich besteht auch die Möglichkeit, dass der Patient den therapeutischen Hinweis schlicht vergessen hat.⁶⁵³

Nicht alle Ursachen der Non-Compliance stammen allein aus der Sphäre des Patienten.⁶⁵⁴ Das Arzt-Patienten-Verhältnis kann sich nachhaltig auf die Therapiebereitschaft des Patienten auswirken.⁶⁵⁵ In diesem Zusammenhang gewinnen die individuellen Kommunikationsmuster und die empathischen Fähigkeiten des Arztes an Bedeutung.⁶⁵⁶ Verhält sich der Arzt psychologisch unpassend, kann auch darin die Ursache der Non-Compliance des Patienten liegen.⁶⁵⁷ Erschwerend kommt hinzu, dass manche Behandlungsverhältnisse dem Aufbau eines vertrauensvollen Arzt-Patienten-Verhältnisses von vorneherein nicht zulassen.⁶⁵⁸ Handelt es sich um eine ambulante Notfallbehandlung oder macht die Erkrankung des Patienten die Behandlung durch unterschiedliche Ärzte notwendig, bestehen andere Grundvoraussetzungen als bei der längerfristigen Behandlung durch einen einzelnen Arzt, der sich auf die individuelle Persönlichkeit des Patienten einstellen kann.⁶⁵⁹

Hat der Patient einen therapeutischen Hinweis nicht befolgt, besteht daher nicht die „Wahrscheinlichkeit“, sondern lediglich die „Möglichkeit“, dass eine nicht ordnungsgemäße therapeutische Aufklärung hierfür ursächlich war.⁶⁶⁰ Die zahlreichen Ursachen, die für eine Non-Compliance des Patienten in Betracht kommen, stehen der Annahme einer für § 448 ZPO erforderlichen „gewissen Wahrscheinlichkeit“ entgegen.⁶⁶¹ Infolgedessen wird der Patient den Beweis einer unzureichenden therapeutischen Aufklärung mit den Mitteln der ZPO nur schwer führen können.⁶⁶²

III. Zusammenfassung

Sowohl auf Behandlungs- wie auch auf Patientenseite treten erhebliche Beweisschwierigkeiten auf, wenn es um den Inhalt von Aufklärungsgesprächen geht. Allerdings bestehen für den Arzt Beweismöglichkeiten und Beweiserleichterungen, auf die der Patient nicht zurückgreifen kann. Die Beweisprobleme des Patienten haben zwei Gründe. Zum einen hat er ein

⁶⁵² *Hausch*, VersR 2007, 167, 169.

⁶⁵³ *Hausch*, VersR 2007, 167, 169.

⁶⁵⁴ *Hausch*, VersR 2007, 167, 169; *Zschornack/Sprenger*, Ärzteblatt Sachsen 2001, 380, 381.

⁶⁵⁵ Vgl. *Hausch*, VersR 2007, 167, 169; *Sonnenmoser*, DÄBl. 2005, A-704, 70; *Zschornack/Sprenger*, Ärzteblatt Sachsen 2001, 380, 381.

⁶⁵⁶ *Zschornack/Sprenger*, Ärzteblatt Sachsen 2001, 380, 381.

⁶⁵⁷ *Zschornack/Sprenger*, Ärzteblatt Sachsen 2001, 380, 381.

⁶⁵⁸ *Hausch*, VersR 2007, 167, 169.

⁶⁵⁹ Vgl. *Hausch*, VersR 2007, 167, 169.

⁶⁶⁰ *Hausch*, VersR 2007, 167, 169 f.

⁶⁶¹ *Hausch*, VersR 2007, 167, 169 f.

⁶⁶² *Hausch*, VersR 2007, 167, 168 ff.

Nichtgeschehen zu beweisen, zum anderen geht es um den Inhalt mündlicher Erklärungen.

B. Die Forderung nach einer generellen Beweislast der Behandlungsseite für die ordnungsgemäße Durchführung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung

Angesichts der Beweisprobleme des Patienten, der im Einzelfall schwierigen Abgrenzung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung sowie der teilweise bestehenden gegenständlichen Überschneidungen der Aufklärungsinhalte wurde die unterschiedliche Beweislastverteilung bei Verstößen gegen die Selbstbestimmungsaufklärung bzw. die therapeutische Aufklärung in der Literatur mehrfach kritisiert.⁶⁶³ Die Abgrenzung beider Aufklärungspflichten solle mit dem Ergebnis aufgegeben werden, dass die Behandlungsseite sowohl für die Selbstbestimmungsaufklärung als auch für die therapeutische Aufklärung beweibelastet sei.⁶⁶⁴

I. Die Notwendigkeit einer Unterscheidung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung

In der Literatur wurde teilweise vertreten, dass eine Abgrenzung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung praktisch und dogmatisch nicht möglich sei.⁶⁶⁵ Infolgedessen dürfe auch nicht bei der Beweislastverteilung nach den Aufklärungspflichten unterschieden werden.⁶⁶⁶ Der Arzt solle sowohl für die Selbstbestimmungsaufklärung als auch für die therapeutische Aufklärung beweibelastet sein.⁶⁶⁷

Die Unterscheidung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung wirkt sich nicht nur auf die Beweislastverteilung, sondern auch auf den notwendigen Inhalt, Umfang und Zeitpunkt der Aufklärung aus. Geht es um die Frage, zu welchem Zeitpunkt dem Patienten ein Hinweis erteilt werden muss, ist der mit der Aufklärung verfolgte Zweck entscheidend. Die Selbstbestimmungsaufklärung muss vor dem Eingriff erfolgen.⁶⁶⁸ Die therapeutische Aufklärung

⁶⁶³ *Hausch*, VersR 2007, 167, 167 f.; *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 276 ff.

⁶⁶⁴ *Hausch*, VersR 2007, 167, 168; *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 284.

⁶⁶⁵ *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 282.

⁶⁶⁶ *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 282 f.

⁶⁶⁷ *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 282 f.

⁶⁶⁸ *Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 223.

begleitet die Behandlung des Patienten und erfolgt deshalb regelmäßig erst nach einem Eingriff.⁶⁶⁹ Auch der Umfang der therapeutischen Aufklärung geht weiter als bei der Selbstbestimmungsaufklärung.⁶⁷⁰ Da die therapeutische Aufklärung oftmals nach dem Eingriff ansetzt, können therapeutische Belange den Aufklärungsumfang grundsätzlich nicht einschränken.⁶⁷¹ Die Gefahr, dass der Patient von einem notwendigen Eingriff abgehalten wird, besteht bei einer postoperativen therapeutischen Aufklärung nicht.⁶⁷² Selbst wenn die therapeutische Aufklärung vor dem Eingriff durchgeführt wird, um den Patienten zu einem medizinisch notwendigen Eingriff zu bewegen, dürfte dessen Gesundheit dadurch nicht gefährdet werden.⁶⁷³ Schließlich geht es gerade darum, die negativen Folgen eines nicht vorgenommenen Eingriffs abzuwenden.⁶⁷⁴ Sofern die Literatur fordert, die Unterscheidung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung aufzugeben, darf sich diese Forderung allein auf die unterschiedliche Verteilung der Beweislast beziehen.

II. Vergleichbarkeit der therapeutischen Aufklärung mit voll beherrschbaren Behandlungsrisiken

Hart kritisiert die unterschiedliche Beweislastverteilung bei Verstößen gegen die Selbstbestimmungsaufklärung und die therapeutische Aufklärung. Für Hart muss sich die gegenständliche Überschneidung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung auf die Beweislastverteilung auswirken.⁶⁷⁵ Der Arzt solle in beiden Fällen dafür beweisbelastet sein, eine ordnungsgemäße Aufklärung des Patienten durchgeführt zu haben.⁶⁷⁶ Hierfür würde sprechen, dass die Durchführung einer ordnungsgemäßen therapeutischen Aufklärung für den Arzt voll beherrschbar sei.⁶⁷⁷ Versäumnisse seien in diesem Bereich vermeidbar und müssten daher auch vermieden werden.⁶⁷⁸ Hart scheint damit die Grundsätze des Instituts des voll beherrschbaren Risikos auf die therapeutische Aufklärung anwenden zu wollen.⁶⁷⁹

⁶⁶⁹ Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 70.

⁶⁷⁰ Laufs, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 17.

⁶⁷¹ Laufs, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 17.

⁶⁷² Laufs, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 17.

⁶⁷³ Laufs, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 17.

⁶⁷⁴ Laufs, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 17.

⁶⁷⁵ Hart, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 162.

⁶⁷⁶ Hart, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 162.

⁶⁷⁷ Hart, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 162.

⁶⁷⁸ Hart, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 162.

⁶⁷⁹ Vgl. Hart, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 162 f.

1. *Voll beherrschbare Behandlungsrisiken i.S.d. § 630h Abs. 1 BGB*

Nach § 630h Abs. 1 BGB wird das Vorliegen eines Behandlungsfehlers vermutet, „wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandelnden voll beherrschbar war und das zur Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten geführt hat“. § 630h Abs. 1 BGB normiert damit, in Form der Beweislastumkehr, eine Ausnahme zu der ansonsten im Arzthaftungsprozess geltenden Beweislastverteilung.⁶⁸⁰ Unter den Voraussetzungen des § 630h Abs. 1 BGB wird bereits die ärztliche Pflichtverletzung i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB vermutet.⁶⁸¹ Dem Patienten muss lediglich der Nachweis der Vermutungsgrundlage, dass sich ein voll beherrschbares Behandlungsrisiko verwirklicht hat, gelingen.⁶⁸² Es ist dann Sache des Arztes darzulegen und zu beweisen, dass er fehler- und verschuldensfrei handelte.⁶⁸³ Für den Bereich des voll beherrschbaren Risikos findet über § 630h Abs. 1 BGB somit auch der Rechtsgedanke des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB Anwendung.⁶⁸⁴ Für die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden bleibt weiterhin grundsätzlich der Patient beweisbelastet.⁶⁸⁵ Nur ausnahmsweise, wenn beispielsweise die Voraussetzungen eines groben Behandlungs- oder

⁶⁸⁰ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 796; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 156; *Franzke*, Der Behandlungsvertrag, S. 165; *Spickhoff*, VersR 2013, 267, 279; *Walter*, GesR 2013, 129, 133. Für *Schärfl* führt § 630h Abs. 1 BGB nicht zu einer „Sonderbeweislastverteilung, sondern bewirkt gerade umgekehrt eine Rückkopplung der vertraglichen Arzthaftung an die allgemeinen Prozessgrundsätze“, *Schärfl*, NJW 2014, 3601, 3602.

⁶⁸¹ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 795; *Franzke*, Der Behandlungsvertrag, S. 165; *Spickhoff/Spickhoff*, § 630h BGB, Rn. 5.

⁶⁸² Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 28; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 796; *Franzke*, Der Behandlungsvertrag, S. 165; *Kern*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 5, Rn. 69; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 309; NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 7; *Schärfl*, NJW 2014, 3601, 3602; *Spickhoff*, VersR 2013, 267, 279; *Spickhoff/Spickhoff*, § 630h BGB, Rn. 6.

⁶⁸³ Vgl. *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 239; *Greiner*, FS-Müller (2009), 213, 220 f.; *Kern*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 5, Rn. 70; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 302, 304; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 591; NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 5; Ratzel/Luxenburger/*Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 119.

⁶⁸⁴ Vgl. *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 303; NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 5; Ratzel/Luxenburger/*Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 119; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 162.

⁶⁸⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 28; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 795; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 156; *Franzke*, Der Behandlungsvertrag, S. 166; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 240; *Kern*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 5, Rn. 70; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 314; NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 8; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 163; *Spickhoff/Spickhoff*, § 630h BGB, Rn. 6; *Walter*, GesR 2013, 129, 133.

Organisationsfehlers vorliegen, kann auch zugunsten des Patienten das Vorliegen der haftungsbegründenden Kausalität vermutet werden.⁶⁸⁶

In der Rechtsprechung haben sich unterschiedliche Fallgruppen herausgebildet, in denen das Institut des voll beherrschbaren Risikos zur Anwendung kommt und die nach dem Willen des Gesetzgebers allesamt von § 630h Abs. 1 BGB erfasst werden sollen.⁶⁸⁷

a) Einsatz medizinischer Geräte und Materialien

Eine wesentliche Fallgruppe der voll beherrschbaren Risiken betrifft den Einsatz medizinischer Geräte und Materialien.⁶⁸⁸ In diesem Bereich haftet der Behandlungsträger für die Mangelfreiheit und Funktionsfähigkeit der verwendeten Geräte und Materialien, wenn feststeht, dass das konkrete Risiko voll beherrschbar war.⁶⁸⁹ Das wurde beispielsweise in Fällen bejaht, in denen ein verformter Tubus oder ein funktionsunfähiges Narkosegerät verwendet wurde.⁶⁹⁰

b) Lagerungsschäden anlässlich von Operationen

Dem voll beherrschbaren Risikobereich wird auch die technisch richtige Lagerung des Patienten während einer Operation zugeordnet.⁶⁹¹ In diesem Bereich liegt die Beweislast dafür, dass der Patient auf dem Operationstisch ordnungsgemäß gelagert und eine entsprechende ärztliche Überprüfung stattgefunden hat, grundsätzlich bei dem Krankenhaus und den behandelnden Ärzten.⁶⁹²

Eine Ausnahme erfährt dieser Grundsatz dann, wenn das Risiko von den Ärzten nicht erkannt und deshalb auch nicht vermieden werden kann.⁶⁹³ Liegt bei dem Patienten eine seltene körperliche Anomalie vor, die die Anfälligkeit für

⁶⁸⁶ BGH, Urteil vom 01.02.1994 – VI ZR 65/93 – NJW 1994, 1594, 1595; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 315; NK-MedR/*Glanzmann*, § 630h BGB, Rn. 8; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 163.

⁶⁸⁷ Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 28.

⁶⁸⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 28; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 157; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 320; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 592; *Wenzel/Müller*, Arzthaftungsprozess, Kap. 2, Rn. 1506.

⁶⁸⁹ *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 320; *Wenzel/Müller*, Arzthaftungsprozess, Kap. 2, Rn. 1506.

⁶⁹⁰ BGH, Urteil vom 24.06.1975 – VI ZR 72/74 – NJW 1975, 2245 f.; BGH, Urteil vom 11.11.1977 – VI ZR 110/75 – NJW 1978, 584 ff.

⁶⁹¹ BGH, Urteil vom 24.01.1984 – VI ZR 203/82 – NJW 1984, 1403, 1404; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 161; *Greiner*, FS-Müller(2009), 213, 215; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 350; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 596; *Wenzel/Müller*, Arzthaftungsprozess, Kap. 2, Rn. 1509.

⁶⁹² BGH, Urteil vom 24.01.1984 – VI ZR 203/82 – NJW 1984, 1403, 1404; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 161; *Greiner*, FS-Müller(2009), 213, 215; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 350; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 596.

⁶⁹³ BGH, Urteil vom 24.01.1995 – VI ZR 60/94 – NJW 1995, 1618, 1618; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 162; *Greiner*, FS-Müller(2009), 213, 215; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 353; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 597.

Lagerungsschäden erhöht, und können die Ärzte diese Besonderheit im Voraus nicht erkennen, ist das erhöhte Risiko einen Lagerungsschaden zu erleiden für die Ärzte nicht voll beherrschbar.⁶⁹⁴ Eine Beweislastumkehr zugunsten des Patienten muss daher in dieser Konstellation ausscheiden.⁶⁹⁵

c) Verletzung des Patienten während Bewegungs-, Transport- oder Pflegemaßnahmen

Kommt es während der Durchführung von Bewegungs-, Transport- oder Pflegemaßnahmen durch das Pflegepersonal zu einem Sturz des Patienten, hat der Behandlungsträger darzulegen und zu beweisen, dass das Geschehen nicht durch das pflichtwidrige Verhalten der Pflegekraft verursacht worden ist.⁶⁹⁶ Hier bestehen gegenüber dem Patienten gesteigerte Obhutspflichten, die als voll beherrschbar eingestuft werden und zu einer Beweislastumkehr zugunsten des Patienten führen.⁶⁹⁷

d) Infektionen und Hygienefehler

Infektionen und Hygienefehler können ebenfalls dem Bereich des voll beherrschbaren Risikos zugeordnet werden.⁶⁹⁸ Voraussetzung ist jedoch, dass eine Keimübertragung bei Anwendung der erforderlichen hygienischen Sorgfalt hätte vermieden werden können.⁶⁹⁹ Ist dieses zu bejahen, ist der Fehler im Hygienebereich voll beherrschbar und der Krankenhausträger bzw. die Behandlungsseite haben für die sich daraus ergebenden Folgen einzustehen, sollte nicht der Entlastungsbeweis eines fehlenden Verschuldens geführt werden können.⁷⁰⁰ Dennoch sieht sich der Patient des Öfteren Beweisschwierigkeiten

⁶⁹⁴ BGH, Urteil vom 24.01.1995 – VI ZR 60/94 – NJW 1995, 1618, 1618; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 162; *Greiner*, FS-Müller(2009), 213, 215; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 353; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 597.

⁶⁹⁵ BGH, Urteil vom 24.01.1995 – VI ZR 60/94 – NJW 1995, 1618, 1618; *Greiner*, FS-Müller(2009), 213, 215; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 597; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 353; *Wenzel/Müller*, Arzthaftungsprozess, Kap. 2, Rn. 1510. Die Behandlungsseite hat jedoch zunächst zu beweisen, dass bei dem Patienten überhaupt eine seltene Anomalie vorliegt, die das Risiko Lagerungsschäden zu erleiden, erhöht; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 162.

⁶⁹⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 18.12.1990 – VI ZR 169/90 – NJW 1991, 1540, 1541; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 159; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 360.

⁶⁹⁷ *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 159; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 360.

⁶⁹⁸ *Greiner*, FS-Müller (2009), 213, 215; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 380; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 164.

⁶⁹⁹ BGH, Urteil vom 08.01.1991 – VI ZR 102/90 – NJW 1991, 1541, 1542; *Greiner*, FS-Müller (2009), 213, 215; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 381 f.; *Wenzel/Müller*, Arzthaftungsprozess, Kap. 2, Rn. 1513.

⁷⁰⁰ BGH, Urteil vom 20.03.2007 – VI ZR 158/06 – NJW 2007, 1682, 1683; BGH, Urteil vom 08.01.1991 – VI ZR 102/90 – NJW 1991, 1541, 1542; *Greiner*, FS-Müller (2009), 213, 215 f.; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 381.

ausgesetzt.⁷⁰¹ Kann die Keimquelle nicht identifiziert werden, hat der Patient zu beweisen, dass diese aus einem voll beherrschbaren Bereich entstammt.⁷⁰² Diesen Nachweis wird er regelmäßig nicht führen können, da eine absolute Keimfreiheit im Krankenhaus nicht gewährleistet werden kann.⁷⁰³ Durch die Befolgung entsprechender Hygieneregeln kann das Infektionsrisiko oftmals nur verringert, aber nicht absolut ausgeschlossen werden.⁷⁰⁴ Es gehört zu dem vom Patienten in Kauf zu nehmenden allgemeinen Behandlungs- und Krankheitsrisiko, dass sich Keimübertragungen trotz Einhaltung der hygienischen Standards nicht mit absoluter Sicherheit ausschließen lassen.⁷⁰⁵

2. Keine Übertragbarkeit der Grundsätze zu voll beherrschbaren Risiken auf die therapeutische Aufklärung

Fraglich ist, ob die dogmatische Begründung, mit welcher in Fällen voll beherrschbarer Risiken eine Ausnahme von der ansonsten bei Behandlungsfehlern geltenden Beweislastverteilung gemacht wird, auf den Bereich der therapeutischen Aufklärung übertragbar ist. Arzthaftung ist grundsätzlich keine Erfolgshaftung.⁷⁰⁶ Der Behandlungsvertrag wurde in der Vergangenheit überwiegend nicht als Werk-, sondern als Dienstvertrag eingestuft.⁷⁰⁷ Mit der Einführung des Patientenrechtegesetzes wurde der Behandlungsvertrag als „spezielle Form des Dienstvertrages“ geregelt.⁷⁰⁸ Gem. § 630a Abs. 2 BGB muss die Behandlung grundsätzlich den „bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards“ entsprechen. Der medizinische Standard ergibt sich aus dem „jeweiligen Stand naturwissenschaftlicher Erkenntnis und medizinischer Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Praxis bewährt hat“.⁷⁰⁹ Ein Behandlungs- oder Heilungserfolg wird gerade nicht geschuldet.⁷¹⁰ Ein Behandlungsfehler liegt erst vor, wenn der medizinische

⁷⁰¹ Vgl. *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 382; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 164.

⁷⁰² *Greiner*, FS-Müller (2009), 213, 218 f.; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 382; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 164.

⁷⁰³ Vgl. BGH, Urteil vom 08.01.1991 – VI ZR 102/90 – NJW 1991, 1541, 1542; *Greiner*, FS-Müller (2009), 213, 218 f.; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 164; *Wenzel/Müller*, Arzthaftungsprozess, Kap. 2, Rn. 1513.

⁷⁰⁴ *Greiner*, FS-Müller (2009), 213, 218.

⁷⁰⁵ BGH, Urteil vom 08.01.1991 – VI ZR 102/90 – NJW 1991, 1541, 1542; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, V 381.

⁷⁰⁶ *Spickhoff*, NJW 2002, 2530, 2533; *Wenzel/Müller*, Arzthaftungsprozess, Kap. 2, Rn. 1410.

⁷⁰⁷ *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 2; *Prütting*, FS-LG Saarbrücken (1985), 257, 257; *Spickhoff*, NJW 2002, 2530, 2533; *Weber*, NJW 1997, 761, 762.

⁷⁰⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 17; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 2.

⁷⁰⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 19; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 460.

⁷¹⁰ BGH, Urteil vom 18.12.1990 – VI ZR 169/90 – NJW 1991, 1540, 1541; *Fastenrath*, Arzthaftpflichtprozeß und Beweislastverteilung, S. 87; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 2; *Weber*, NJW 1997, 761, 762; *Wenzel/Müller*, Arzthaftungsprozess, Kap. 2, Rn. 1410. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn im Einzelfall vereinbart wird, dass ein bestimmter

Standard unterschritten wird.⁷¹¹ Dass die vertraglichen Pflichten des Arztes grundsätzlich verhaltens- und nicht erfolgsbezogen definiert werden, hat seinen Grund in der menschlichen Natur.⁷¹² Die biologischen und physiologischen Prozesse im menschlichen Organismus machen eine sichere Prognose über den Heilungsverlauf in vielen Fällen unmöglich.⁷¹³ Die Reaktion des menschlichen Körpers auf die medizinische Behandlung hängt von Faktoren ab, die der Arzt nicht voll beherrschen kann.⁷¹⁴ Hierzu zählen beispielsweise die physische und psychologische Konstitution oder das Krankheitsstadium des Patienten.⁷¹⁵ Diese Risiken hat nicht der Arzt, sondern der Patient zu tragen, da sie allein aus seiner Sphäre stammen.⁷¹⁶ Nur aus der Tatsache, dass der Patient nicht gesundet, kann deshalb nicht auf ein ärztliches Fehlverhalten geschlossen werden.⁷¹⁷ Etwas anderes gilt, wenn die Behandlungsseite das Behandlungsgeschehen voll beherrschen kann. In derartigen Fällen spielen die Unwägbarkeiten, die mit der Behandlung des menschlichen Organismus verbunden sind, regelmäßig keine Rolle.⁷¹⁸ Deshalb werden die Pflichten der Behandlungsseite im voll beherrschbaren Risikobereich, anders als im Kernbereich ärztlichen Handelns, erfolgs- und nicht verhaltensbezogen definiert.⁷¹⁹

Behandlungserfolg von der Behandlungsseite geschuldet wird. Die §§ 630a ff. BGB gelangen dann nicht nur Anwendung und es ist der Anwendungsbereich der §§ 631 ff. BGB eröffnet; BT-Drs. 17/10488, S. 17.

⁷¹¹ MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 461.

⁷¹² Vgl. BGH, Urteil vom 18.12.1990 – VI ZR 169/90 – NJW 1991, 1540, 1541;

Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht, Rn. 129; *Prütting*, FS-LG Saarbrücken (1985), 257, 259; *Spickhoff*, NJW 2002, 2530, 2533; *Wenzel/Müller*, Arzthaftungsprozess, Kap. 2, Rn. 1410.

⁷¹³ BGH, Urteil vom 18.12.1990 – VI ZR 169/90 – NJW 1991, 1540, 1541; BGH, Urteil vom 14.03.1978 – VI ZR 213/76 – NJW 1978, 1681, 1682; *Graf*, Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess, S. 17; *Prütting*, FS-LG Saarbrücken (1985), 257, 259; *Saenger*, VersR 1991, 743, 743; *Weber*, NJW 1997, 761, 762.

⁷¹⁴ BGH, Urteil vom 18.12.1990 – VI ZR 169/90 – NJW 1991, 1540, 1541; *Graf*, Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess, S. 17; *Fastenrath*, Arzthaftpflichtprozess und Beweislastverteilung, S. 87; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 129; *Kostka*, Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess bei fehlerhafter Befunderhebung und Gerätefehlern, S. 39 f.; *Prütting*, FS-LG Saarbrücken (1985), 257, 259; *Spickhoff*, NJW 2002, 2530, 2533.

⁷¹⁵ *Graf*, Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess, S. 17; *Prütting*, FS-LG Saarbrücken (1985), 257, 259.

⁷¹⁶ *Spickhoff*, NJW 2002, 2530, 2533; *Wenzel/Müller*, Arzthaftungsprozess, Kap. 2, Rn. 1421.

⁷¹⁷ BGH, Urteil vom 18.12.1990 – VI ZR 169/90 – NJW 1991, 1540, 1541; *Graf*, Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess, S. 17; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 129; *Müller*, NJW 1997, 3049, 3049; *Prütting*, FS-LG Saarbrücken (1985), 257, 259; *Spickhoff*, NJW 2002, 2530, 2533; *Schmid*, NJW 1994, 767, 771.

⁷¹⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 18.12.1990 – VI ZR 169/90 – NJW 1991, 1540, 1541; *Graf*, Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess, S. 45, 144 f.; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 156; *Kostka*, Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess bei fehlerhafter Befunderhebung und Gerätefehlern, S. 118.

⁷¹⁹ Vgl. *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 156; *Kostka*, Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess bei fehlerhafter Befunderhebung und Gerätefehlern, S. 118.

Diese Grundsätze lassen sich nicht auf den Bereich der therapeutischen Aufklärung übertragen. Die therapeutische Aufklärung liegt zwar in der Verantwortung des Arztes. Ob der Patient die ihm erteilten Hinweise und Ratschläge befolgt, ist der ärztlichen Kontrolle jedoch entzogen. Aufgrund mangelnder Compliance kann es trotz ordnungsgemäßer therapeutischer Aufklärung zu einem nicht therapiegerechten Verhalten oder Selbstgefährdungen des Patienten kommen. Anders als im Bereich voll beherrschbarer Risiken, wo die Verwirklichung des Risikos für die Behandlungsseite voll beherrschbar ist, hat es der Arzt nicht in der Hand, ob sich der Patient entsprechend der therapeutischen Aufklärung verhält. Kommt es zu einer Schädigung des Patienten, die mit der therapeutischen Aufklärung vermieden werden sollte, kann daraus nicht geschlossen werden, dass der Patient nicht therapeutisch aufgeklärt wurde. Es kommen zahlreiche, aus der Sphäre des Patienten stammende Ursachen dafür in Betracht, warum eine möglicherweise durchgeführte therapeutische Aufklärung nicht beachtet worden ist. Mit einer auf Gefahrenbereiche beruhenden Beweislastverteilung wäre eine Beweislast des Arztes für die ordnungsgemäße Durchführung der therapeutischen Aufklärung unvereinbar. Letztlich lässt sich „die ärztliche Führung des Patienten nicht einem beherrschbaren technischen Verfahren gleichstellen“.⁷²⁰

III. Beweislastumkehr im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung

Auch wenn die therapeutische Aufklärung des Patienten nicht mit den Konstellationen voll beherrschbarer Risiken vergleichbar ist, stellt sich die Frage, ob nicht aus anderen Gründen eine Beweislastumkehr in Frage kommt. Die Verteilung der Beweislast bei Verstößen gegen die Selbstbestimmungsaufklärung bzw. therapeutische Aufklärung ist gesetzlich geregelt. In Ausnahmefällen kann von der gesetzlichen Ausgangslage im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung abgewichen werden.⁷²¹ Eine im Wege richterlicher Rechtsfortbildung gewonnene Beweislastumkehr darf nicht dazu dienen, lediglich ein gerechtes und billiges Einzelfallergebnis herbeizuführen.⁷²²

⁷²⁰ *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 63, in Fn. 1.

⁷²¹ Vgl. *Leipold*, *Beweismaß und Beweislast*, S. 21 f.; *MükoZPO/Pritting*, ZPO § 286, Rn. 123; *Musilak/Voit/Forste*, ZPO, § 286, Rn. 37.

⁷²² Vgl. *Lange*, *Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess*, S. 112; *Lange*, *VersR* 2007, 36, 37; *Leipold*, *Beweismaß und Beweislast*, S. 25; *MükoZPO/Pritting*, ZPO § 286, Rn. 123; *Musilak/Voit/Forste*, ZPO, § 286, Rn. 37.

1. Voraussetzungen der Beweislastumkehr

Entscheidend ist, dass ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung generell erforderlich ist.⁷²³ Es muss die dringende Notwendigkeit bestehen, die allgemeine Beweislastregel mittels einer Beweislastumkehr zu modifizieren.⁷²⁴ Eine solche Notwendigkeit wäre zu verneinen, wenn den Beweisproblemen der beweisbelasteten Partei auf anderem Wege adäquat begegnet werden könnte, ohne dass derart intensiv wie mit einer Beweislastumkehr in das System der Beweislastverteilung eingegriffen werden müsste.⁷²⁵

2. Keine dringende Notwendigkeit für eine Beweislastumkehr

Bei Verstößen gegen die therapeutische Aufklärung überwiegt typischerweise das Unterlassungsmoment. Der Arzt hat eine therapeutische Aufklärung überhaupt nicht durchgeführt oder im Verlauf des therapeutischen Aufklärungsgesprächs einen erforderlichen Hinweis nicht erteilt. Macht der Patient infolgedessen Ansprüche wegen eines Behandlungsfehlers geltend, muss er beweisen, dass etwas nicht geschehen ist, sog. „negative Tatsache“.

a) Die Rechtsprechung zur Hinweis- und Beratungspflicht von anderen Berufsgruppen

Hinweis- und Beratungspflichten bestehen nicht nur für den Arzt, sondern beispielsweise auch für den Anwalt, Notar oder Steuerberater.

aa) Gesteigerte Substantiierungspflichten für Anwälte und Notare

Im Zusammenhang mit der Anwalts- und Notarhaftung hat die Rechtsprechung klargestellt, dass der Beweis negativer Tatsachen schwierig, aber nicht unmöglich sei.⁷²⁶ Derjenige, der einen Rechtsanwalt oder Notar in Anspruch nimmt, weil er einen erforderlichen Rat nicht erteilt habe, habe die Pflichtverletzung zu beweisen.⁷²⁷ Dass der Kläger den Nachweis einer negativen Tatsache erbringen müsse, stünde der zu seinen Lasten bestehenden Beweislast nicht entgegen.⁷²⁸ Den bei dem Beweis von negativen Tatsachen bestehenden Beweisproblemen der

⁷²³ *Leipold*, Beweismaß und Beweislast, S. 22; *MükoZPO/Pritting*, ZPO § 286, Rn. 123; *Musilak/Voit/Forste*, ZPO, § 286, Rn. 37.

⁷²⁴ *Lange*, Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess, S. 112; *Lange*, *VersR* 2007, 36, 37; *Leipold*, Beweismaß und Beweislast, S. 22.

⁷²⁵ *Lange*, Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess, S. 112; *Lange*, *VersR* 2007, 36, 37.

⁷²⁶ BGH, Urteil vom 05.02.1987 – IX ZR 65/86 – *NJW* 1987, 1322, 1323; BGH, Urteil vom 16.10.1984 – VI ZR 304/82 – *NJW* 1985, 264, 265.

⁷²⁷ BGH, Urteil vom 05.02.1987 – IX ZR 65/86 – *NJW* 1987, 1322, 1323; BGH, Urteil vom 16.10.1984 – VI ZR 304/82 – *NJW* 1985, 264, 265.

⁷²⁸ BGH, Urteil vom 05.02.1987 – IX ZR 65/86 – *NJW* 1987, 1322, 1323; BGH, Urteil vom 16.10.1984 – VI ZR 304/82 – *NJW* 1985, 264, 265.

beweisbelasteten Partei könne durch erhöhte Substantiierungspflichten begegnet werden.⁷²⁹

„Die Schwierigkeit des sogenannten Negativbeweises ist dadurch zu beheben, daß die andere Partei nach Lage des Falles die Behauptung substantiiert bestreiten und diejenige Partei, welche die Beweislast trägt, die Unrichtigkeit der Gegendarstellung beweisen muß. Die Anforderungen an die Substantiierungspflicht des wegen unzureichender oder unrichtiger Belehrung in Anspruch genommenen Anwaltes werden durch die Umstände des Einzelfalles bestimmt. Keinesfalls kann sich der Anwalt damit begnügen, eine Pflichtverletzung zu bestreiten oder ganz allgemein zu behaupten, er habe den Mandanten ausreichend unterrichtet. Vielmehr muß er den Gang der Besprechung im einzelnen schildern, insbesondere konkrete Angaben, welche Belehrungen und Ratschläge er erteilt und wie daraus der Mandant reagiert hat.“⁷³⁰

Seiner gesteigerten Substantiierungslast kommt der Anwalt nicht nach, wenn er lediglich erklärt, dass er sich nicht mehr an die Einzelheiten des Mandantengesprächs erinnern könne.⁷³¹ Das Vorbringen des Mandanten gilt dann gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.⁷³²

bb) Gesteigerte Substantiierungspflichten für Steuerberater

Diese Rechtsprechung hat der BGH auf weitere Bereiche ausgedehnt. Auch der Steuerberater ist nicht dafür beweisbelastet, dass er einen geschuldeten Rat erteilt hat.⁷³³ Von ihm wird jedoch verlangt,

„daß er den Gang der Besprechung im einzelnen schildert, daß er insbesondere konkrete Angaben darüber macht, welche Ratschläge und Belehrungen er erteilt hat und wie darauf der Mandant reagiert hat.“⁷³⁴

Kommt der Steuerberater seiner gesteigerten Substantiierungslast nicht nach, gilt das Vorbringen des Mandanten gem § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.⁷³⁵

⁷²⁹ BGH, Urteil vom 05.02.1987 – IX ZR 65/86 – NJW 1987, 1322, 1323; *Lange*, Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess, S. 113 f.; *Lange*, VersR 2007, 36, 38.

⁷³⁰ BGH, Urteil vom 05.02.1987 – IX ZR 65/86 – NJW 1987, 1322, 1323.

⁷³¹ OLG Hamm, Urteil vom 15.11.2011 – I-28 U 73/11 – juris, Rn. 53; *Jungk*, in: Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltshaftung, § 43, Rn. 17.

⁷³² BGH, Urteil vom 04.06.1996 – IX ZR 246/95 – NJW 1996, 2571, 2571; *Jungk*, in: Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltshaftung, § 43, Rn. 17; *Lange*, Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess, S. 116; *Lange*, VersR 2007, 36, 39.

⁷³³ BGH, Urteil vom 04.06.1996 – IX ZR 246/95 – NJW 1996, 2571, 2571; BGH, Urteil vom 11.05.1995 – IX ZR 130/94 – NJW 1995, 2842, 2843; *Lappas*, Die angemessene Steuerberaterhaftung, S. 109; *Späth*, Die zivilrechtliche Haftung des Steuerberaters, S. 629 f.

⁷³⁴ BGH, Urteil 22.01.1986 – IV a ZR 105/84 – NJW 1986, 2570, 2570.

⁷³⁵ BGH, Urteil vom 04.06.1996 – IX ZR 246/95 – NJW 1996, 2571, 2571; *Lappas*, Die angemessene Steuerberaterhaftung, S. 110.

b) Gesteigerte Substantiierungspflichten der Behandlungsseite für die therapeutische Aufklärung

Im Zusammenhang mit der Anwaltshaftung wurde darauf hingewiesen, dass das Gebot der Waffengleichheit im Prozess verletzt wäre, wenn von einer Prozesspartei ein praktisch nicht zu führender Beweis verlangt werden würde.⁷³⁶ Erst durch die erhöhte Substantiierungslast des nicht beweisbelasteten Anwalts wird die Waffengleichheit im Prozess gewahrt, weil für den Mandanten die Möglichkeit geschaffen wird, zu beweisen, dass ein erforderlicher Ratschlag oder Hinweis nicht erteilt worden ist.⁷³⁷ Dadurch, dass von dem Anwalt gefordert wird, dass er den näheren Gang des Gesprächs mit dem Mandanten schildert, konkretisiert sich das Beweisthema.⁷³⁸ Der Mandant muss nicht mehr beweisen, dass er bei keiner Gelegenheit den entsprechenden Ratschlag erhalten hat.⁷³⁹ Er hat nur den Gegenbeweis zu führen, dass die konkreten Angaben des Anwalts unzutreffend sind.⁷⁴⁰ Die darüber hinaus bestehenden Beweisprobleme des Mandanten resultieren nicht daraus, dass er den Beweis einer negativen Tatsache zu führen hat, sondern bestehen grundsätzlich, wenn es darum geht, den Inhalt einer mündlichen Erklärung zu beweisen.⁷⁴¹

Der sich aus Art. 3 Abs. 1 GG ergebende Grundsatz der Waffengleichheit im Prozess verlangt auch im Arzthaftungsprozess eine insgesamt ausgewogene Verteilung der Beweislast.⁷⁴² Wie der Mandant des Rechtsanwalts steht auch der Patient vor dem Problem, dass er beweisen muss, dass der Arzt ihm einen erforderlichen (therapeutischen) Hinweis nicht erteilt hat. Eine erhöhte Substantiierungspflicht des Arztes könnte dem Patienten ebenfalls die Beweisführung erleichtern. Allerdings dürfen die Anforderungen an die Substantiierungslast der Behandlungsseite nicht überspannt und infolgedessen die Beweislastverteilung faktisch umgekehrt werden. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es einer erhöhten Substantiierungspflicht des Arztes entgegenstünde, dass Ärzte typischerweise täglich zahlreiche Aufklärungsgespräche führen.⁷⁴³ Denn auch wenn die therapeutische Aufklärung patientenbezogen zu erfolgen hat, werden therapeutische Ratschläge oftmals in

⁷³⁶ *Fischer*, in: *Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee: Handbuch der Anwaltshaftung*, 2. Aufl. 2006, Rn. 959; *Lange*, *Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess*, S. 115; *Lange*, *VersR* 2007, 36, 38 f.

⁷³⁷ *Fischer*, in: *Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee: Handbuch der Anwaltshaftung*, 2. Aufl. 2006, Rn. 959; *Lange*, *Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess*, S. 115; *Lange*, *VersR* 2007, 36, 38 f.

⁷³⁸ *Lange*, *Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess*, S. 116 ff.; *Lange*, *VersR* 2007, 36, 39 f.

⁷³⁹ *Lange*, *Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess*, S. 117.

⁷⁴⁰ *Lange*, *Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess*, S. 117.

⁷⁴¹ *Lange*, *Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess*, S. 116 ff.; *Lange*, *VersR* 2007, 36, 39 f.

⁷⁴² BVerfG, Urteil vom 25.07.1979 – 2 BvR 878/74 – NJW 1979, 1925, 1925, Votum der Richter *Hirsch*, *Niebler* und *Steinberger*.

⁷⁴³ Vgl. BGH, Urteil vom 28.01.2014 – VI ZR 143/13 – NJW 2014, 1527, 1528; *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 513.

Konstellationen erteilt, die im ärztlichen Alltag gehäuft auftreten.⁷⁴⁴ Therapeutische Hinweise zu notwendigen Wiedervorstellungen, Medikamenteneinnahmen oder einer Lebensweise, die den Therapieerfolg fördert, sind Gegenstand einer Vielzahl gleichförmig geführter Aufklärungsgespräche.⁷⁴⁵ Von dem Arzt kann deshalb nicht verlangt werden, dass er sich an ein konkretes Aufklärungsgespräch erinnert und infolgedessen genaue Angaben zu Ort, Umständen und Inhalt des Gesprächs machen kann.⁷⁴⁶ Es könnte sogar gegen die Glaubwürdigkeit des Arztes sprechen, wenn er ohne nähere Begründung behauptet, sich an das konkrete Aufklärungsgespräch erinnern zu können.⁷⁴⁷

Umgekehrt muss jedoch auch berücksichtigt werden, dass der Arzt Möglichkeiten einer Beweisvorsorge hat, die dem Patienten nicht zur Verfügung stehen. Es wurde bereits gezeigt, dass auch nach der Einführung des Patientenrechtegesetzes eine Dokumentationspflicht der Selbstbestimmungsaufklärung und Einwilligung nicht besteht. Bei der Dokumentation von Selbstbestimmungsaufklärung und Einwilligung handelt es sich stattdessen um eine „Obliegenheit der Behandlungsseite im Sinne der eigenen Beweisvorsorge“.⁷⁴⁸ Die Dokumentation erfolgt nicht aufgrund einer Dokumentationspflicht, sondern soll dem Arzt eine Beweisführung dahingehend ermöglichen, dass er den Patienten ordnungsgemäß aufgeklärt und eine wirksame Einwilligung eingeholt hat. Insoweit trägt der Arzt die Beweislast.⁷⁴⁹ Dabei wird berücksichtigt, dass es für ihn ein Leichtes ist, „Aufzeichnungen über den Inhalt einer erfolgten Aufklärung und Einwilligung zu erstellen und auf diese Weise nicht nur eine ordnungsgemäße Anamnese zu sichern, sondern auch eine lückenlose Aufklärung des Sachverhalts zu ermöglichen“.⁷⁵⁰ Geht es um die therapeutische Aufklärung, fehlt dem Patienten für gewöhnlich die erforderliche Fachkenntnis, um die Richtigkeit der ärztlichen Hinweise beurteilen zu können.⁷⁵¹ Deshalb wird der Patient darauf verzichten das Aufklärungsgespräch zu dokumentieren oder einen Zeugen hinzuzuziehen, der später Versäumnisse bei der therapeutischen Aufklärung bestätigen könnte.⁷⁵² Für den Arzt ist es jedoch auch hier ein Leichtes, den wesentlichen Inhalt, Ort und Zeitpunkt des therapeutischen Aufklärungsgesprächs festzuhalten. Im Rahmen einer erhöhten Substantiierungs-

⁷⁴⁴ Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 513.

⁷⁴⁵ Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 513.

⁷⁴⁶ Für den Bereich der Risikoaufklärung: BGH, Urteil vom 28.01.2014 – VI ZR 143/13 – NJW 2014, 1527, 1528; OLG Koblenz, Beschluss vom 19.03.2012 – 5 U 1260/11 – VersR 2013, 462, 463; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 513.

⁷⁴⁷ OLG München, Urteil vom 10.06.2010 – 1 U 1661/10 – juris, Rn. 37; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 513.

⁷⁴⁸ *Spickhoff/Bleckwenn*, VersR 2013, 1350, 1354.

⁷⁴⁹ Siehe § 630h Abs. 2 S. 1 BGB.

⁷⁵⁰ BT-Drs. 17/10488, S. 29.

⁷⁵¹ So zur Selbstbestimmungsaufklärung: BT-Drs. 17/10488, S. 29.

⁷⁵² So zur Selbstbestimmungsaufklärung: BT-Drs. 17/10488, S. 29.

pflicht kann von dem Arzt verlangt werden, dass er konkrete Angaben dazu macht, wie er den Patienten therapeutisch aufgeklärt haben will. Damit geht nicht die Forderung einher, dass der Arzt sich an ein konkretes Aufklärungsgespräch erinnern müsse. Stattdessen hat es der Arzt selbst in der Hand, das therapeutische Aufklärungsgespräch zu dokumentieren und sich auf diese Weise eine Möglichkeit zu schaffen, seiner gesteigerten Substantiierungspflicht nachzukommen. Bestreitet der Arzt substantiiert den Vorwurf, einen Fehler bei der therapeutischen Aufklärung gemacht zu haben, würde sich das Beweisthema für den Patienten konkretisieren. Von ihm wäre nicht mehr der Nachweis gefordert, dass der Arzt ihn bei keiner der in Betracht kommenden Gelegenheiten therapeutisch aufgeklärt hat. Er hätte lediglich den Beweis zu führen, dass der substantiierte Vortrag des Arztes unzutreffend ist. Dagegen wird der Arzt den Vorwurf einer unterlassenen oder unzureichenden therapeutischen Aufklärung nicht substantiiert bestreiten können, wenn er die Durchführung der therapeutischen Aufklärung nicht dokumentiert hat. Vor dem Hintergrund, dass die therapeutische Aufklärung nicht dokumentationspflichtig ist, kann das Fehlen einer solchen Dokumentation nicht einen Dokumentationsfehler bedeuten. Allerdings gilt in diesem Fall das Vorbringen des Patienten gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden. Demnach stellt nicht nur die Dokumentation von Selbstbestimmungsaufklärung und Einwilligung, sondern auch die Dokumentation der therapeutischen Aufklärung eine „Obliegenheit der Behandlungsseite im Sinne der eigenen Beweisvorsorge“ dar.⁷⁵³

Trotz einer erhöhten Substantiierungspflicht der Behandlungsseite bestünden weiterhin Beweisprobleme des Patienten. Die Beweisprobleme des Patienten resultieren daraus, dass der Inhalt eines mündlichen Gesprächs, welches typischerweise unter vier Augen stattfindet, in Rede steht. Allerdings kann auch hier den Beweisproblemen des Patienten ohne eine Beweislastumkehr mit einer erweiterten Anwendung des § 448 ZPO adäquat begegnet werden.⁷⁵⁴ Geht es um die Frage, welchen Inhalt ein Vier-Augen-Gespräch hatte, verlangt es das Gebot der Waffengleichheit im Zivilprozess, dass die Aussagen beider Gesprächspartner als Beweismittel zugelassen werden.⁷⁵⁵ Hat der Patient nur sich selbst als Beweismittel, ist aus denselben Gründen geboten, dass die Partei selbst vernommen wird.⁷⁵⁶ Für die Anwendung des § 448 ZPO darf in diesem Fall nicht starr darauf abgestellt werden, dass für die Richtigkeit der Angaben des Klägers eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht.⁷⁵⁷

⁷⁵³ Für den Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung: *Spickhoff/Bleckwenn*, VersR 2013, 1350, 1354.

⁷⁵⁴ *Hausch*, VersR 2007, 167, 174: Allerdings nicht hinsichtlich der Frage der Pflichtverletzung, sondern der Kausalität.

⁷⁵⁵ *Schlosser*, NJW 1995, 1404, 1405.

⁷⁵⁶ *Hausch*, VersR 2007, 167, 174 in Fn. 88; *Schlosser*, NJW 1995, 1404, 1405.

⁷⁵⁷ *Hausch*, VersR 2007, 167, 174; *Schlosser*, NJW 1995, 1404, 1405.

Regelmäßig wird auch eine erweiterte Anwendung des § 448 ZPO nicht dazu führen, dass eine Pflichtverletzung des Arztes bewiesen werden kann, weil der Inhalt des Gesprächs weiterhin strittig bleibt und der Patient als beweisbelastete Partei die Folgen des *non liquet* zu tragen hat. Die Annahme einer Beweislastumkehr bzgl. der Pflichtverletzung vermag dieser Umstand aber nicht zu rechtfertigen. Insoweit befindet sich der Patient nicht in einer Sonderstellung, sondern sieht sich mit den allgemeinen Beweisproblemen konfrontiert, die jedem Kläger begegnen, wenn er den Inhalt eines mündlichen Gesprächs beweisen muss.⁷⁵⁸ Zudem stünde die Behandlungsseite, würde ihr die Beweislast für die Pflichtverletzung und mittelbar auch für den Inhalt des Aufklärungsgesprächs auferlegt werden, vor dem identischen Problem.⁷⁵⁹ Zwar besteht aus der Sicht des Patienten das Risiko, dass die Behandlungsseite eine Schutzbehauptung aufstellt, mit der sie geltend macht, dem Patienten zu einem bestimmten Zeitpunkt einen bestimmten therapeutischen Hinweis erteilt zu haben.⁷⁶⁰ Aber auch das ist kein spezifisches Risiko des Arzthaftungsprozesses, welchem sich nur der Patient gegenüber sieht. Es besteht vielmehr die allgemeine, dem Zivilprozess immanente Gefahr, dass eine Partei unrichtige Angaben vor Gericht macht, um einen eigentlich begründeten Anspruch abzuwehren.⁷⁶¹ Eine Beweislastumkehr zugunsten des Patienten rechtfertigt das nicht.

IV. Zusammenfassung

An der Differenzierung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung muss festgehalten werden, weil sich die unterschiedlichen Funktionen der Aufklärungspflichten auf den Inhalt, den Umfang und den Zeitpunkt der Aufklärungen auswirken. Für den Patienten bestehen erhebliche Beweisschwierigkeiten, wenn es darum geht, einen Behandlungsfehler wegen eines Verstoßes gegen die therapeutische Aufklärungspflicht nachzuweisen. Eine Beweislastumkehr wie bei voll beherrschbaren Behandlungsrisiken i.S.d. § 630h Abs. 1 BGB kommt jedoch nicht in Betracht. Die Nichtbefolgung therapeutischer Ratschläge kann zahlreiche, aus der Sphäre des Patienten stammende Ursachen haben. Die therapeutische Aufklärung kann deshalb nicht mit voll beherrschbaren Behandlungsrisiken verglichen werden. Für eine Beweislastumkehr hinsichtlich der ordnungsgemäßen Durchführung der therapeutischen Aufklärung besteht zudem keine Notwendigkeit. Den Beweisproblemen des Patienten kann mit einer gesteigerten Substantiierungspflicht der Behandlungsseite begegnet werden. Ein substantiiertes Bestreiten setzt in diesem Fall voraus, dass der Arzt nähere Angaben dazu macht, wie er den Patienten therapeutisch aufgeklärt haben will.

⁷⁵⁸ Für den Bereich der Anwaltshaftung: *Lange*, Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess, S. 118; *Lange*, *VersR* 2007, 36, 40.

⁷⁵⁹ Vgl. *Lange*, Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess, S. 118; *Lange*, *VersR* 2007, 36, 40.

⁷⁶⁰ Vgl. *Lange*, Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess, S. 118 f.; *Lange*, *VersR* 2007, 36, 40.

⁷⁶¹ Vgl. *Lange*, Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess, S. 118 f.; *Lange*, *VersR* 2007, 36, 40.

Darüber hinaus sollte aufgrund der im Zusammenhang mit Vier-Augen-Gesprächen bestehenden Beweisnot für die Anwendung des § 448 ZPO nicht starr darauf abgestellt werden, dass für die Richtigkeit der Angaben des Klägers eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht.

Achtes Kapitel: Die Abgrenzung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung

Macht der Patient einen Behandlungsfehler wegen eines Verstoßes gegen die Pflicht zur therapeutischen Aufklärung geltend, kann ihm die Beweisführung durch eine erhöhte Substantiierungspflicht des Arztes und über eine erweiterte Anwendung des § 448 ZPO erleichtert werden. Allerdings geht ein non liquet zu seinen Lasten. Die Abgrenzung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung kann sich daher, aufgrund der unterschiedlichen Beweislastverteilung, auch weiterhin prozessentscheidend auswirken.⁷⁶²

⁷⁶² Vgl. NK-MedR/*Weyer*, § 630c BGB, Rn. 3; Ratzel/*Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 282.

A. Die Abgrenzung nach Einführung des Patientenrechtegesetzes

Mit der Einführung des Patientenrechtegesetzes hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, eine klare Abgrenzung zwischen Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung vorzunehmen, verstreichen lassen.⁷⁶³ Die Schaffung der Informationspflichten hat zu einer begrifflichen, nicht aber zu einer inhaltlichen Klarstellung geführt.⁷⁶⁴ Mithilfe des Gesetzes ist eine klare Abgrenzung zwischen Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung nicht möglich.⁷⁶⁵ Es stellt sich daher auch weiterhin die Frage, wie sich Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung voneinander abgrenzen lassen.⁷⁶⁶ Bei der Beantwortung dieser Frage kann es nicht darauf ankommen, ob es tatsächlich zu einem Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten gekommen ist oder nicht.⁷⁶⁷ Zum einen kann die Durchführung einer Selbstbestimmungsaufklärung auch dann notwendig sein, wenn persönlichkeitsrechtlich geschützte Interessen des Patienten betroffen sind und ein Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten also gar nicht in Rede steht.⁷⁶⁸ Zum anderen soll die Selbstbestimmungsaufklärung dem Patienten eine eigenverantwortliche Entscheidung darüber ermöglichen, ob er sich überhaupt einer medizinischen Maßnahme unterziehen möchte.⁷⁶⁹ Möglicherweise kommt es nur deshalb nicht zu einer Operation, weil der Patient diese, nachdem der Arzt die Selbstbestimmungsaufklärung durchgeführt hat, ablehnt.⁷⁷⁰

⁷⁶³ Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 549.

⁷⁶⁴ Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 21; *Franzki*, Der Behandlungsvertrag, S. 89; MüKoBGB/*Wagner*, § 630c BGB, Rn. 14.

⁷⁶⁵ Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 451 f.

⁷⁶⁶ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 549.

⁷⁶⁷ *Spickhoff/Spickhoff*, § 630c BGB, Rn. 11. So scheint jedoch *Walter* die Selbstbestimmungsaufklärung von den Informationspflichten (auch therapeutische Aufklärung) abzugrenzen. Anders als die Selbstbestimmungsaufklärung, würden die Informationspflichten jedes Behandlungsverhältnis erfassen; *Walter*, Das neue Patientenrechtegesetz, Rn. 104 f.

⁷⁶⁸ Vgl. *Spickhoff/Spickhoff*, § 630d BGB, Rn. 2.

⁷⁶⁹ *Spickhoff/Spickhoff*, § 630c BGB, Rn. 11.

⁷⁷⁰ *Spickhoff/Spickhoff*, § 630c BGB, Rn. 11.

B. Der Zeitpunkt des Aufklärungsgesprächs als untaugliches Abgrenzungskriterium

Die Selbstbestimmungsaufklärung muss vor einem Eingriff durchgeführt werden.⁷⁷¹ Die therapeutische Aufklärung setzt dagegen regelmäßig erst nach dem Eingriff an.⁷⁷² Die Mitteilung therapeutischer Hinweise kann aber auch schon vor oder während der Behandlung notwendig werden.⁷⁷³

Beispielhaft ist die therapeutische Aufklärung über die Dringlichkeit und Notwendigkeit einer Behandlung, wenn der Patient eine aus medizinischer Sicht erforderliche Behandlung seiner Erkrankung ablehnt.⁷⁷⁴ In einem derartigen Fall würde die therapeutische Aufklärung nicht nach einem Eingriff ansetzen, sondern diene gerade dazu, den Patienten zur Vornahme des Eingriffs zu bewegen.⁷⁷⁵ Darüber hinaus kann eine therapeutische Aufklärung bereits vor einem Eingriff notwendig sein, wenn bestimmte Karenzzeiten eingehalten werden müssen.⁷⁷⁶ In derartigen Fällen enthält die präoperative therapeutische Aufklärung den Hinweis, dass der Patient für einen bestimmten Zeitraum vor der Operation keine Nahrungsmittel oder Flüssigkeiten zu sich nehmen darf.⁷⁷⁷ Zeitlich können sich Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung daher überschneiden.⁷⁷⁸ Die Abgrenzung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung kann nicht anhand des Zeitpunktes des Aufklärungsgesprächs erfolgen.⁷⁷⁹

⁷⁷¹ OLG Köln, Beschluss vom 04.10.2011 – 5 U 184/10 – VersR 2012, 863, 863 f.; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 97; *Steffen/Paue*, Arzthaftungsrechts, Rn. 486.

⁷⁷² *Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 70.

⁷⁷³ Vgl. *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 3.

⁷⁷⁴ Vgl. *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 3.

⁷⁷⁵ Vgl. *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 3.

⁷⁷⁶ *Debong*, ArztR 1995, 71, 74; *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 267; *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 93 f.

⁷⁷⁷ *Debong*, ArztR 1995, 71, 74; *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 267; *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation, S. 93 f.

⁷⁷⁸ Vgl. *Hart*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 117.

⁷⁷⁹ OLG Stuttgart, Urteil vom 20.05.2008 – 1 U 122/07 – VersR 2008, 927, 927; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 589.

C. Der Zweck des Aufklärungsgesprächs als taugliches Abgrenzungskriterium

Entscheidend ist stattdessen, welcher Zweck mit der Aufklärung des Patienten verfolgt wird.⁷⁸⁰ Anschaulich zeigt das ein Urteil des OLG Stuttgart⁷⁸¹ zur Abgrenzung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung. Der Kläger hatte sich von dem Beklagten über den Zeitraum eines Jahres kieferorthopädisch behandeln lassen. Während dieser Zeit trug der Kläger eine feste Zahnsperre. Bei ihm traten während der Behandlung Entkalkungsflecken an den Frontzähnen auf, die eine Vorstufe einer Karieserkrankung darstellen. Das OLG Stuttgart hatte zu entscheiden, ob der Kläger über das erhöhte Kariesrisiko aufgeklärt werden musste. Das Gericht machte deutlich, dass eine Abgrenzung der Aufklärungspflichten insbesondere dann erforderlich wird, wenn es um die Aufklärung von Risiken geht, die mit der Behandlung verbunden sind. In derartigen Konstellationen könne eine Aufklärung des Patienten sowohl im Rahmen der therapeutischen Aufklärung als auch im Rahmen der Risikoaufklärung, als Teil der Selbstbestimmungsaufklärung, notwendig sein. Eine Abgrenzung der ärztlichen Aufklärungspflichten habe funktional zu erfolgen. Entscheidend sei nicht der Zeitpunkt, in dem der Patient aufgeklärt werde, sondern der mit der Aufklärung verfolgte Zweck. Da der Sachverständige ausgeführt hatte, dass sich ein erhöhtes Kariesrisiko durch eine entsprechende Mundhygiene gänzlich ausschließen lasse, hinge die Risikoverwirklichung alleine von dem Verhalten des Patienten ab. Der ärztliche Hinweis, dass eine entsprechende Mundhygiene erforderlich sei, verfolge daher ausschließlich das Ziel, den Patienten zu einem therapiegerechten Verhalten zu bewegen. Damit sei allein der Bereich der therapeutischen Aufklärung eröffnet. Eine Risikoaufklärung war nicht durchzuführen. Da der erforderliche Nachweis einer unzureichenden therapeutischen Aufklärung nicht geführt werden konnte, wurde ein Schmerzensgeldanspruch des Klägers abgelehnt.⁷⁸²

⁷⁸⁰ OLG Stuttgart, Urteil vom 20.05.2008 – 1 U 122/07 – VersR 2008, 927, 927; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 452; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 97; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 589; MüKoBGB/*Wagner*, § 630c BGB, Rn. 14.

⁷⁸¹ OLG Stuttgart, Urteil vom 20.05.2008 – 1 U 122/07 – VersR 2008, 927, 927.

⁷⁸² Zum Vorstehenden: OLG Stuttgart, Urteil vom 20.05.2008 – 1 U 122/07 – VersR 2008, 927, 927.

D. Die inhaltliche Überschneidung von Diagnoseaufklärung und therapeutischer Aufklärung

Allerdings ist ein ärztlicher Hinweis nicht in jedem Fall nur entweder dem Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung oder der therapeutischen Aufklärung zuzuordnen.⁷⁸³ Möglich sind auch inhaltliche Überschneidungen von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung.⁷⁸⁴

Eine Diagnoseaufklärung ist durchzuführen, wenn die Kenntnis von der Diagnose für die Entscheidungsfindung des Patienten „erkennbar von Bedeutung“ ist.⁷⁸⁵ Die Kenntnis von der medizinischen Indikation soll es dem Patienten ermöglichen, eigenverantwortlich über die weitere Therapie entscheiden zu können.⁷⁸⁶ Gleichzeitig kann die Mitteilung der Diagnose auch unter dem Gesichtspunkt der therapeutischen Aufklärung erforderlich sein.⁷⁸⁷ Hierunter fallen solche Fälle, in denen nicht nur die Einwilligung des Patienten eingeholt, sondern zugleich auch dessen gesundheitsförderndes Verhalten sichergestellt werden soll.⁷⁸⁸ Erst wenn der Patient seine Krankheit kennt, hat er die Möglichkeit, seine Lebensgewohnheiten umzustellen und den Krankheitsverlauf positiv zu beeinflussen.⁷⁸⁹ Beispielsweise kann bei dem Patienten eine Herzerkrankung diagnostiziert werden, die eine ruhige und den Kreislauf nicht belastende Lebensweise notwendig macht. Der Arzt wird den Patienten im Aufklärungsgespräch zunächst über die Diagnose in Kenntnis setzen, über die in Betracht kommende Behandlung aufklären und anschließend eine der Krankheit angemessene Lebensweise anregen. In diesen „sowohl als auch“-Konstellationen muss die Diagnose sowohl im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung als auch der therapeutischen Aufklärung mitgeteilt werden.⁷⁹⁰

E. Die inhaltliche Überschneidung von Verlaufsaufklärung und therapeutischer Aufklärung

Im Rahmen der Verlaufsaufklärung muss der Patient unter anderem darüber aufgeklärt werden, welchen Verlauf seine Erkrankung und sein gesundheitlicher Zustand voraussichtlich nehmen werden, sollte er auf eine Behandlung

⁷⁸³ OLG Stuttgart, Urteil vom 20.05.2008 – 1 U 122/07 – VersR 2008, 927, 927; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 97; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 589.

⁷⁸⁴ *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 97; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 589.

⁷⁸⁵ OLG Stuttgart, Urteil vom 14.04.1988 – 14 U 16/87 – VersR 1988, 695, 696; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 436; *Spickhoff*, FS-Fischer (2010), S. 503, 517; *Ulsenheimer/Biermann*, Rn. 345.

⁷⁸⁶ *Uphoff/Hindemuth*, in: *Ratzel/Lissel*, Medizinischschadensrecht, § 4, Rn. 42; *Wenzel*, FA-MedR/*Bernsmann/Geilen*, Kap. 4, Rn. 439.

⁷⁸⁷ *Eisner*, Die Aufklärungspflicht des Arztes, S. 109; *Wenzel*, FA-MedR/*Wenzel*, Kap. 4, Rn. 76.

⁷⁸⁸ *Wenzel*, FA-MedR/*Wenzel*, Kap. 4, Rn. 76.

⁷⁸⁹ *Wenzel*, FA-MedR/*Wenzel*, Kap. 4, Rn. 76.

⁷⁹⁰ *Wenzel*, FA-MedR/*Wenzel*, Kap. 4, Rn. 76.

verzichten.⁷⁹¹ Dem Patienten soll eine selbstbestimmte Entscheidung über das „Ob“ der Behandlung ermöglicht werden.⁷⁹² Lehnt der Patient sodann eine medizinische Behandlung ab, hat der Arzt den Patienten über die Folgen der Nichtbehandlung bzw. Behandlungsverweigerung therapeutisch aufzuklären.⁷⁹³ In einem solchen Fall setzt eine ordnungsgemäße therapeutische Aufklärung voraus, dass dem Patienten Notwendigkeit und Dringlichkeit des Eingriffs vermittelt wurden.⁷⁹⁴ Der Patient soll auf diese Weise zur Vornahme der Behandlung bewegt und vor vermeidbaren Gefahren, die aus der Nichtbehandlung resultieren, geschützt werden.⁷⁹⁵ Auch wenn der Arzt in Fällen der Behandlungsverweigerung die therapeutische Aufklärung erst nach der Selbstbestimmungsaufklärung durchführt und es damit zu einem zeitlichen Auseinanderfallen von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung kommt, handelt es sich praktisch um ein und dasselbe Aufklärungsgespräch.⁷⁹⁶ Zudem überschneiden sich die Aufklärungspflichten inhaltlich.⁷⁹⁷ Im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung wird der Patient über den weiteren Verlauf seiner Krankheit in behandelter und unbehandelter Form aufgeklärt.⁷⁹⁸ Gegenstand der therapeutischen Aufklärung sind die Folgen, die sich aus der Behandlungsverweigerung, daher der Nichtbehandlung, ergeben.⁷⁹⁹

Darüber hinaus lässt sich die Aufklärung über die mit der Nichtbehandlung verbundenen Gefahren nach der Behandlungsverweigerung nicht einseitig dem Bereich der therapeutischen Aufklärung zuordnen.⁸⁰⁰ Für gewöhnlich zielt die therapeutische Aufklärung darauf ab, vermeidbare Selbstgefährdungen zu verhindern, die nach oder neben der Behandlung bestehen. In Fällen der Behandlungsverweigerung dient die Aufklärung über die mit der Behandlungsverweigerung verbundenen Gefahren aber daneben auch der Vorbereitung einer

⁷⁹¹ Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 437; *Hart*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 126 f.; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 296.

⁷⁹² Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 437.

⁷⁹³ BGH, Urteil vom 16.12.1954 – VI ZR 143/52 – VersR 1954, 98, 99; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 3; *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 260, 279.

⁷⁹⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 24.06.1997 – VI ZR 94/96 – NJW 1997, 3090, 3091; BGH, Urteil vom 27.11.1990 – VI ZR 30/90 – NJW 1991, 748, 749; BGH, Urteil vom 25.04.1989 – VI ZR 175/88 – NJW 1989, 2318, 2319; *Gehrlein*, Grundwissen Arzthaftungsrecht, B Rn. 33; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 95; *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 260, 279.

⁷⁹⁵ Vgl. *Hart*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 117 ff.

⁷⁹⁶ Vgl. *Hart*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 118; *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 279.

⁷⁹⁷ *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 279.

⁷⁹⁸ *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 279.

⁷⁹⁹ *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 279.

⁸⁰⁰ Vgl. *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, S. 279 f.

selbstbestimmten Therapieentscheidung.⁸⁰¹ Entscheidet sich der Patient infolge der therapeutischen Aufklärung doch zu der Vornahme des erforderlichen Eingriffs, ist nicht nur die anfängliche Selbstbestimmungsaufklärung, sondern auch die therapeutische Aufklärung zur Grundlage seiner Entscheidung über das „Ob“ der Behandlung geworden.⁸⁰² Die Aufklärung des Patienten ist daher sowohl Selbstbestimmungsaufklärung als auch therapeutische Aufklärung.⁸⁰³

F. Die inhaltliche Überschneidung von Risikoaufklärung und therapeutischer Aufklärung

Gegenstand der Risikoaufklärung sind Hinweise über die mit der ärztlichen Behandlung verbundenen Gefahren.⁸⁰⁴ Dem Patienten muss vermittelt werden, dass auch bei Anwendung der allergrößten ärztlichen Sorgfalt und bei fehlerfreier Durchführung des Eingriffs, der Eintritt dauernder oder vorübergehender Nebenfolgen nicht ausgeschlossen werden kann.⁸⁰⁵ Zu inhaltlichen Überschneidungen mit der therapeutischen Aufklärung kann es deshalb insbesondere dann kommen, wenn ein therapeutischer Hinweis mit dem Ziel der Gefahrenvorsorge erteilt wird.⁸⁰⁶ Unter diesem Gesichtspunkt muss der Patient möglicherweise über Risiken informiert werden, die auch im Rahmen der Risikoaufklärung aufklärungspflichtig sind.⁸⁰⁷

Beispielsweise kann eine Augenoperation die Verwendung von Fäden notwendig machen, um die Wunde nach dem Eingriff zu schließen.⁸⁰⁸ Besteht in derartigen Fällen ein besonderes Risiko für Wundspaltungen, das über das

⁸⁰¹ *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, S. 279 f. Deshalb kann es für die Frage, ob es sich um eine Selbstbestimmungsaufklärung oder therapeutische Aufklärung handelt, nicht entscheidend sein, dass die Aufklärungspflicht in dieser Konstellation erst dadurch ausgelöst wird, dass der Patient die Erteilung einer Einwilligung verweigert; so aber *Geilen*, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, S. 83.

⁸⁰² *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, S. 279 f.

⁸⁰³ *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 279; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, S. 280.

⁸⁰⁴ *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 554; *Roxin/Schroth/Schöb*, Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 55; *Spickhoff*, FS-Fischer (2010), S. 503, 518.

⁸⁰⁵ OLG Koblenz, Urteil vom 29.11.2001 – 5 U 1382/00 – NJW-RR 2002, 816, 817; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 325 f.; *Kern*, GesR 2009, 1, 6; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 60, Rn. 1; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 554; *Voll*, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 116 f.

⁸⁰⁶ *Hart*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 118 f.

⁸⁰⁷ OLG Stuttgart, Urteil vom 20.05.2008 – 1 U 122/07 – VersR 2008, 927, 927; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 97; *Hart*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 119; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 589.

⁸⁰⁸ *Ratzel/Luxenburger/Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 277.

allgemeine Operationsrisiko hinausgeht, muss der Patient im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung auf die Gefahr einer Wundsprennung hingewiesen werden.⁸⁰⁹ Nach dem Entfernen der Fäden muss der Patient wiederum therapeutisch darüber aufgeklärt werden, dass sich das Risiko einer Wundsprennung durch die Belastung der Narbe, beispielsweise durch Reiben und Drücken des Auges, erhöht und deshalb vermieden werden muss.⁸¹⁰ Über die Gefahr von Wundsprennungen wird der Patient daher sowohl im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung als auch im Rahmen der therapeutischen Aufklärung aufgeklärt.

In der Rechtsprechung wurden bereits mehrfach Fälle entschieden, in denen es jeweils entscheidend auf die Abgrenzung zwischen Risikoaufklärung und therapeutischer Aufklärung ankam. Hierzu zählen Hinweise über die bei der Arzneimitteltherapie bestehenden Risiken, der Hinweis auf die bei der Sterilisation bestehende Versagerquote und der Hinweis auf das bei Bluttransfusion bestehende Infektionsrisiko.⁸¹¹ Im Folgenden soll untersucht werden, ob die Rechtsprechung zu überzeugenden Abgrenzungsergebnissen gelangt.

I. Die Abgrenzung von Risikoaufklärung und therapeutischer Aufklärung bei der Arzneimitteltherapie

Der Bereich der Arzneimitteltherapie hat große praktische Relevanz. Regelmäßig macht die Erkrankung eines Patienten eine medikamentöse Behandlung erforderlich. Der Patient wird dann allein oder zumindest begleitend mit Medikamenten behandelt. Die allgemeinen Risiken der Medikamenteneinnahme ergeben sich für den Patienten aus der Packungsbeilage. Dem Arzt steht die Fachinformation zur Verfügung. Der Arzt bleibt grundsätzlich zur eigenen ärztlichen Aufklärung verpflichtet.⁸¹² Er hat den Patienten nicht über den gesamten Inhalt der Packungsbeilage, sondern situativ patientenbezogenen „im Großen und Ganzen“ aufzuklären.⁸¹³ Im persönlichen Arztgespräch hat der Patient die ausreichende Möglichkeit Fragen zu stellen.⁸¹⁴ Anschließend darf der Arzt den Patienten für weitergehende Informationen auf den Beipackzettel

⁸⁰⁹ Ratzel/Luxenburger/*Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 277.

⁸¹⁰ Ratzel/Luxenburger/*Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 277.

⁸¹¹ Arzneimitteltherapie: BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716 ff. „Cyclosa“; BGH, Urteil vom 27.10.1981 – VI ZR 69/80 – NJW 1982, 697 ff. „Myambutol“; Bluttransfusion: BGH, Urteil vom 14.06.2005 – VI ZR 179/04 – NJW 2005, 2614 ff.; Sterilisation: BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2002 ff.; BGH, Urteil vom 12.02.1980 – VI ZR 175/78 – NJW 1981, 630 ff.

⁸¹² *Koyuncu*, Das Haftungs Dreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, S. 115 f.; *Koyuncu*, GesR 2005, 289, 292; *Koyuncu*, PharmR 2006, 343, 345.

⁸¹³ *Koyuncu*, Das Haftungs Dreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, S. 116 ff.; *Koyuncu*, GesR 2005, 289, 292; *Koyuncu*, PharmR 2006, 343, 345; *Voit*, PharmR 2006, 348, 349.

⁸¹⁴ *Stöbr*, GesR 2011, 193, 195; *Stöbr*, GesR 2006, 145, 147.

verweisen.⁸¹⁵ Nachdem der Arzt im Gespräch über das individuelle Nutzen-Risiko-Profil aufgeklärt hat, vermittelt der pharmazeutische Unternehmer mit der Packungsbeilage das generelle Nutzen-Risiko-Profil des Arzneimittelmodells und ergänzt sowohl die therapeutische als auch die Risikoaufklärung des Arztes.⁸¹⁶ Die Aufklärung des Patienten findet daher durch den Arzt und den pharmazeutischen Unternehmer gemeinsam statt.⁸¹⁷

1. *Therapeutische Aufklärung bei der Arzneimitteltherapie*

Bei der Behandlung mit Arzneimitteln besteht, beispielsweise durch die nicht dosierungsrechte Einnahme des Medikaments, ein erhöhtes Risiko von Compliance-Fehlern.⁸¹⁸ Dieses gilt insbesondere im Rahmen der ambulanten Arzneimitteltherapie, da der Patient hier der „Herr der Therapiedurchführung“ ist.⁸¹⁹

Eine effektive Gefahrenvorsorge setzt deshalb eine therapeutische Aufklärung des Patienten über die Dosierung der Medikation voraus.⁸²⁰ Dabei gilt der folgende Grundsatz: Je gefährlicher das Medikament für den Patienten ist, desto höher sind die Anforderungen, die an eine ordnungsgemäße therapeutische Aufklärung gestellt werden.⁸²¹

Deutlich macht das eine Entscheidung des BGH zur Therapie einer 15-jährigen Patientin mit Arsen („Fowler’sche Lösung“).⁸²² Die 15-jährige Klägerin hatte sich mit der Zustimmung ihrer Eltern in ärztliche Behandlung begeben, um die Warzen auf ihrer Hand entfernen zu lassen. Nachdem die Behandlung mit

⁸¹⁵ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 448; *Koyuncu*, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, S. 116 ff.; *Koyuncu*, GesR 2005, 289, 295. Eine andere Auffassung vertritt *Hart*, da er eine Verweisung auf die Packungsbeilage nur für zulässig erachtet, wenn sich „die aufgrund der Aufklärungsverpflichtung notwendige, mit der in der Packungsbeilage gegebenen, Information deckt“, *Hart*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 133. *Koyuncu* kritisiert zurecht, dass danach eine Grundaufklärung mit einem ergänzenden Hinweis auf den Beipackzettel nicht ausreichend wäre, da die Grundaufklärung gerade nicht sämtliche Risiko- und Warnhinweise der Packungsbeilage zum Gegenstand hat. Letztlich müsste der Arzt bereits im Aufklärungsgespräch über sämtliche, in der Packungsbeilage aufgeführten Risiko- und Warnhinweise aufklären. Dies widerspricht jedoch dem Konzept der patientenbezogenen Aufklärung, *Koyuncu*, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, S. 116 f.

⁸¹⁶ *Koyuncu*, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, S. 119; *Koyuncu*, GesR 2005, 289, 293; *Koyuncu*, PharmR 2006, 343, 345.

⁸¹⁷ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 448; *Koyuncu*, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, S. 116; *Koyuncu*, GesR 2005, 289, 293; *Koyuncu*, PharmR 2006, 343, 343.

⁸¹⁸ Vgl. *Hart*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 120.

⁸¹⁹ Vgl. *Koyuncu*, A/ZusR 2005, 95, 97.

⁸²⁰ Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 21; *Gehrlein*, Grundwissen Arzthaftungsrecht, B Rn. 35; *Hart*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 120; *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 8.

⁸²¹ *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 8.

⁸²² BGH, Urteil vom 13.01.1970 – VI ZR 121/68 – NJW 1970, 511 ff. = VersR 1970, 324 ff. „Fowler’sche Lösung“.

Schälsalben, Spritzen, Tiefenbestrahlung und ätzenden Tinkturen ohne Erfolg geblieben war, verordnete der beklagte Arzt ihr eine arsenhaltige „Fowler’sche Lösung“. Dabei informierte er die Klägerin über die einzunehmenden Einzel- und Tagesdosen. Da die Klägerin in der Apotheke zunächst nur 20 Gramm anstelle der verordneten 30 Gramm erhielt, bat sie den Arzt erneut um die Ausstellung eines Rezepts. Dieser verschrieb ihr weitere 30 Gramm der „Fowler’schen Lösung“. Mit diesem Rezept erwarb die Klägerin in der Folge dreimal 30 Gramm des Präparates und verbrauchte diese fast vollständig. Anschließend wurde bei der Klägerin eine Arsenvergiftung diagnostiziert, die eine stationäre Krankenhausbehandlung erforderlich machte.⁸²³

Nach Ansicht des BGH waren die Hinweise des Arztes zu den einzunehmenden Einzel- und Tagesdosen nicht ausreichend.⁸²⁴ Zum einen habe der Arzt durch die mehrfache Verschreibung des Präparates entscheidend dazu beigetragen, dass die Klägerin möglicherweise mehr als die medizinisch vertretbare Gesamtmenge einnehme.⁸²⁵ Zum anderen hatte der Beklagte die Klägerin nicht darüber aufgeklärt, bis zu welcher Gesamtmenge die Einnahme des Präparates unbedenklich sei, obwohl es sich nach den Angaben des Sachverständigen um ein „gefährliches Mittel“ handelte.⁸²⁶ Deswegen sei für eine ordnungsgemäße therapeutische Aufklärung neben den Hinweisen über die Einzel- und Tagesdosen insbesondere auch eine Aufklärung der Klägerin und ihrer Eltern über die maximal einzunehmende Gesamtmenge notwendig gewesen.⁸²⁷

Neben den erforderlichen Angaben zur Dosierung des Arzneimittels muss der Patient im Rahmen der therapeutischen Aufklärung auch über die mit der Medikation verbundenen Unverträglichkeitsrisiken und Nebenfolgen informiert werden.⁸²⁸ Führen Arzneimittel, wie beispielsweise Augentropfen, Schmerzmittel oder Herz-Kreislauf-Medikamente, zu einer eingeschränkten Fahrtauglichkeit, ist

⁸²³ Zum Vorstehenden: BGH, Urteil vom 13.01.1970 – VI ZR 121/68 – NJW 1970, 511 ff. = VersR 1970, 324 ff. „Fowler’sche Lösung“.

⁸²⁴ BGH, Urteil vom 13.01.1970 – VI ZR 121/68 – NJW 1970, 511, 512 „Fowler’sche Lösung“.

⁸²⁵ BGH, Urteil vom 13.01.1970 – VI ZR 121/68 – NJW 1970, 511, 512 „Fowler’sche Lösung“.

⁸²⁶ BGH, Urteil vom 13.01.1970 – VI ZR 121/68 – NJW 1970, 511, 512 „Fowler’sche Lösung“.

⁸²⁷ Angesichts des jungen Alters der erst 15-jährigen Patienten, sei auch eine entsprechende Aufklärung der Eltern erforderlich gewesen, da sich der Beklagte nicht darauf hätte verlassen können, dass diese ihre eigene Gefährdung infolge einer, von der ärztlichen Verordnung abweichenden, Verwendung des Präparates realisiere; BGH, Urteil vom 13.01.1970 – VI ZR 121/68 – NJW 1970, 511, 512 „Fowler’sche Lösung“. Die therapeutische Aufklärung des Patienten kann jedoch grundsätzlich nicht durch die Aufklärung naher Angehöriger ersetzt werden, BGH, Urteil vom 25.04.1989 – IV ZR 175/88 – NJW 1989, 2318, 2319; vgl. auch *Hart*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 120 in Fn. 147.

⁸²⁸ BT-Drs. 17/10488, S. 21; *Gebrlein*, Grundwissen Arzthaftungsrecht, B Rn. 35; *Hart*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 120; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 8. „Die Warnung vor Gefahren, die durch unterbliebende ärztliche Behandlungen oder diagnostische Maßnahmen entstehen [...] gehört ebenso zur therapeutischen Beratung wie der Hinweis auf schädliche Folgen ärztlicher Eingriffe oder Neben- bzw. Wechselwirkungen von Medikamenten.“, BGH, Urteil vom 24.06.1986 – VI ZR 21/85 – NJW 1986, 705, 705.

der Patient hierüber ins Bild zu setzen.⁸²⁹ Gleiches gilt für die erhöhte Sturzgefahr, die sich aus der Einnahme eines auf den Kreislauf des Patienten einwirkenden Medikamentes ergibt.⁸³⁰

An die therapeutische Aufklärung bei Unverträglichkeitsrisiken eines Medikamentes müssen hohe Anforderungen gestellt werden, wenn der Arzt seiner Hinweispflicht mit geringem Aufwand nachkommen kann, dem Patienten aber im Falle der Risikoverwirklichung erhebliche Schäden drohen.⁸³¹ Im konkreten Fall bestand ein erhöhtes Sturzrisiko nach der Medikamenteneinnahme, dem der Arzt nach Auffassung des Gerichts mit einem „einfachen, wenn auch eindringlichen Hinweis“ hätte begegnen können.⁸³² Letztlich ist also auch in den Fällen, die Unverträglichkeitsrisiken und unerwünschte Nebenfolgen eines Medikaments betreffen, entscheidend, welche Gefahren aus der Arzneimitteltherapie resultieren. Je gefährlicher diese Risiken sind, umso strenger sind die Anforderungen, an der sich die therapeutische Aufklärung des Arztes messen lassen muss. Ausmaß und Reichweite der notwendigen Informationen hängen damit jeweils von den besonderen Umständen des Einzelfalles ab.⁸³³

Der Arzt hat ferner auch darauf hinzuwirken, dass der Patient alle weiteren Maßnahmen unternimmt, die der Sicherung des Heilerfolges dienen.⁸³⁴ Werden aufgrund der Arzneimitteltherapie beispielsweise Kontrolluntersuchungen notwendig, muss der Patient entsprechend aufgeklärt werden.⁸³⁵ Zeichnet sich ab, dass dieser die Kontrolluntersuchungen nicht vornehmen lassen wird, ist im Rahmen der therapeutischen Aufklärung erforderlich, dass der Arzt „mit allem Nachdruck auf die Dringlichkeit und die Gefahren einer Unterlassung“ hinweist.⁸³⁶

⁸²⁹ LG Konstanz, Urteil vom 14.04.1972 – 5 O 74/72 – NJW 1972, 2223, 2223; *Gebrlein*, Grundwissen Arzthaftungsrecht, B Rn. 35; *Hart*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 120; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 746. Nach Auffassung des BGH reicht die Verpflichtung des Arztes sogar so weit, dass er durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen hat, dass sich der fahruntüchtige Patient nach der Behandlung nicht unbemerkt entfernen kann, BGH, Urteil vom 08.04.2003 – VI ZR 265/02 – NJW 2003, 2309, 2310 f.; *Laufs* kritisiert zurecht, dass die Rechtsprechung so die Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht nach einem sedierenden Eingriff überspannt, da der Arzt den Patienten im konkreten Fall auf seine Fahruntüchtigkeit hingewiesen und dieser wiederum versichert hatte, mit dem Taxi nach Hause fahren zu wollen, *Laufs*, NJW 2003, 2288, 2288 f.

⁸³⁰ OLG Köln, Urteil vom 22.05.95 – 5 U 298/94 – VersR 1996, 1278, 1278; *Gebrlein*, Grundwissen Arzthaftungsrecht, B Rn. 35; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 746.

⁸³¹ OLG Köln, Urteil vom 22.05.95 – 5 U 298/94 – VersR 1996, 1278, 1278.

⁸³² OLG Köln, Urteil vom 22.05.95 – 5 U 298/94 – VersR 1996, 1278, 1278.

⁸³³ BT-Drs. 17/10488, S. 21; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 98; *Stöhr*, GesR 2006, 145, 146.

⁸³⁴ *Hart*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 117.

⁸³⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 25.04.1989 – IV ZR 175/88 – NJW 1989, 2318, 2319; *Hart*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 121.

⁸³⁶ BGH, Urteil vom 25.04.1989 – IV ZR 175/88 – NJW 1989, 2318, 2319; *Hart*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 121 in Fn. 146.

2. *Risikoaufklärung bei der Arzneimitteltherapie*

Die im Rahmen der therapeutischen Aufklärung zu erteilenden Hinweise können jedoch auch für die Selbstbestimmungsaufklärung von Bedeutung sein.⁸³⁷ Der Patient wird die Entscheidung, ob er sich einer bestimmten Arzneimitteltherapie unterziehen möchte, nämlich auch von den Risiken und Nebenwirkungen des betreffenden Medikaments abhängig machen.⁸³⁸ Nur bei deren Kenntnis verfügt der Patient über die entsprechende Grundlage, die für eine informierte und selbstbestimmte Therapieentscheidung notwendig ist.⁸³⁹

a) „Myambutol-Urteil“ des BGH

Dass den Risiken und Nebenwirkungen eine entsprechende Bedeutung für die Entscheidungsfindung des Patienten zukommt, hat auch die Rechtsprechung im „Myambutol-Fall“⁸⁴⁰ deutlich gemacht. Das Gericht hatte den Fall eines an Urogenitaltuberkulose erkrankten Patienten zu entscheiden, dem zur Behandlung eine Kombination von mehreren Medikamenten verschrieben worden war. Darunter befand sich auch das Präparat Myambutol, das zu einer deutlichen Verschlechterung der Sehkraft führte. So reduzierte sich der Visus des Klägers auf 0,3 und auf auf 0,2. Zudem wurde eine Rot-Grün-Störung diagnostiziert. Der Kläger war von dem behandelnden Arzt nicht darauf hingewiesen worden, dass das Risiko einer Schädigung des Sehnervs bestand.⁸⁴¹

Der BGH hob das Urteil der Vorinstanz auf und qualifizierte die Medikation mit „aggressiven Mitteln als ärztlichen Eingriff im weiteren Sinn“.⁸⁴² Da die verwendeten Tuberkulostatika massiv in den menschlichen Organismus eingriffen und schädliche Nebenwirkungen nicht ausgeschlossen waren, hätte der Kläger zuvor über die mit der Einnahme verbundenen Risiken im Rahmen der Risikoaufklärung aufgeklärt werden müssen.⁸⁴³ Ohne eine entsprechende Risikoaufklärung sei die Einwilligung in die Arzneimitteltherapie unwirksam.⁸⁴⁴

⁸³⁷ Hart, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 118 ff.

⁸³⁸ Hart, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 122.

⁸³⁹ Vgl. Hart, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 122.

⁸⁴⁰ BGH, Urteil vom 27.10.1981 – VI ZR 69/80 – NJW 1982, 697 ff. = VersR 1982, 147 ff. = MDR 1982, 310 ff. „Myambutol“.

⁸⁴¹ Zum Vorstehenden: BGH, Urteil vom 27.10.1981 – VI ZR 69/80 – NJW 1982, 697, 697 „Myambutol“.

⁸⁴² BGH, Urteil vom 27.10.1981 – VI ZR 69/80 – NJW 1982, 697, 698 „Myambutol“.

⁸⁴³ BGH, Urteil vom 27.10.1981 – VI ZR 69/80 – NJW 1982, 697, 698 „Myambutol“.

⁸⁴⁴ BGH, Urteil vom 27.10.1981 – VI ZR 69/80 – NJW 1982, 697, 698 „Myambutol“.

b) „Cyclosa-Urteil“ des BGH

Sowohl das „Myambutol-Urteil“ als auch die sonstigen, in diesem Zusammenhang zuvor ergangenen Entscheidungen betrafen gefährliche Medikamente, stationäre Arzneimitteltherapien oder Injektions-Arzneimittel.⁸⁴⁵ Im „Cyclosa-Urteil“⁸⁴⁶ setzte sich der BGH erstmals mit einer ambulanten Routine-Arzneimitteltherapie auseinander.⁸⁴⁷ Die 30-jährige Patientin litt seit mehreren Jahren an einer Dysmenorrhoe mit einer damit verbundenen Eisenmangelanämie. Sie ließ sich deshalb von der beklagten Gynäkologin behandeln. Diese verordnete ihr zur Regulierung der Menstruationsbeschwerden Ende November 1994 das Antikonzeptionsmittel Cyclosa, die sog. „Antibabypille“.⁸⁴⁸ Unter dem Punkt „Nebenwirkungen“ enthielt die Gebrauchsinformation des Arzneimittels die folgende Angabe:

„Warnhinweis:

Bei Raucherinnen, die östrogen-gestagenhaltige Arzneimittel anwenden, besteht ein erhöhtes Risiko, an zum Teil schwerwiegenden Folgen von Gefäßveränderungen (z. B. Herzinfarkt, Schlaganfall) zu erkranken. Das Risiko nimmt mit zunehmendem Alter und steigendem Zigarettenkonsum zu. Frauen, die älter als 30 Jahre sind, sollen deshalb nicht rauchen, wenn sie östrogen-gestagenhaltige Arzneimittel einnehmen.“⁸⁴⁹

Dass es sich bei der Patientin um eine Raucherin handelte, ging auch aus einem entsprechenden Vermerk in der elektronischen Patientendatei hervor und war der Beklagten bekannt. Die Wechselwirkungen zwischen dem Präparat Cyclosa und dem während der Einnahme konsumierten Nikotins verursachten im Februar 1995 bei der Patientin einen Mediapartialinfarkt.⁸⁵⁰

Der BGH setzte in diesem Urteil seine Rechtsprechung zur Medikation mit „aggressiven bzw. nicht ungefährlichen Arzneimitteln“ fort und stufte die Behandlung mit Cyclosa, in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen, als ärztlichen Eingriff ein. Es sei eine Eingriffs- und Risikoaufklärung über die mit der Einnahme verbundenen gefährlichen Nebenwirkungen notwendig gewesen,

⁸⁴⁵ *Koyuncu*, A/ZusR 2005, 95, 97; *Stöhr*, GesR 2006, 145, 148; zu gefährlichen Arzneimitteln: BGH, Urteil vom 27.10.1981 – VI ZR 69/80 – NJW 1982, 697 ff. „Myambutol“ (Selbstbestimmungsaufklärung); BGH, Urteil vom 13.01.1970 – VI ZR 121/68 – NJW 1970, 511 ff. „Fowler’sche Lösung“ (Therapeutische Aufklärung); zur stationären Arzneimitteltherapie: BGH, Urteil vom 14.11.1995 – VI ZR 359/94 – NJW 1996, 777 ff.; zu Injektions-Arzneimitteln: BGH, Urteil vom 15.02.2000 – VI ZR 48/99 – NJW 2000, 1784 ff.

⁸⁴⁶ BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – BGHZ 162, 320 ff. = NJW 2005, 1716 ff. = VersR 2005, 834 ff. = MDR 2005, 989 ff. = JR 2006, 67 ff. „Cyclosa“.

⁸⁴⁷ *Koyuncu*, A/ZusR 2005, 95, 97; *Stöhr*, GesR 2006, 145, 148.

⁸⁴⁸ Zum Vorstehenden: BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1716 „Cyclosa“.

⁸⁴⁹ BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1716 „Cyclosa“.

⁸⁵⁰ Zum Vorstehenden: BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1716 ff. „Cyclosa“.

um der Patientin eine selbstbestimmte Entscheidung über das „Ob“ der Behandlung zu ermöglichen. Nur wenn der Patientin bekannt gewesen wäre, dass der Kombination von Cyclosa und Nikotin das Risiko eines Schlaganfalles anhaftet, hätte diese ihr Selbstbestimmungsrecht sinnvoll ausüben können. Sie hätte zum einen die Möglichkeit gehabt das Rauchen aufzugeben und das Medikament einzunehmen. Zum anderen wäre es ihr aber auch möglich gewesen, sollte sie das Rauchen fortsetzen wollen, auf die Einnahme des Medikaments wegen der drohenden Nebenwirkungen zu verzichten. Da die Patientin aufgrund der unterbliebenen Selbstbestimmungsaufklärung diese Wahlmöglichkeiten nicht gehabt hätte, sei die Einwilligung in die Behandlung unwirksam.⁸⁵¹ Ob ein Risiko im Rahmen der Risikoaufklärung aufklärungsbedürftig ist, macht der BGH davon abhängig, ob „das betreffende Risiko dem Eingriff spezifisch anhaftet und es bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belastet“.⁸⁵²

aa) Vermeidbarkeit des Risikos

Im vorliegenden Fall konnte sich das Risiko eines Schlaganfalles nur realisieren, weil die Patientin dem Körper während der Arzneimitteltherapie weiterhin Nikotin zuführte. Das Rauchen war nicht risikoe erhöhend, sondern risikobegründend. Das spricht aber dafür, dass die Gefahr einen Schlaganfall zu erleiden nicht unmittelbar, sondern lediglich mittelbar mit der Arzneimitteltherapie verbunden war. Kennzeichnend für die spezifischen Risiken einer Behandlung ist aber, dass diese als unvermeidbare Folge der Behandlung von dem Patienten akzeptiert werden müssen.⁸⁵³ Hier wäre es der Patientin, einen entsprechenden Hinweis vorausgesetzt, hingegen möglich gewesen, den Risikoeintritt gänzlich zu verhindern. Die Annahme, dass die Gefahr des Schlaganfalles als spezifisches Risiko der Medikamentenbehandlung anhaftet, ist daher nicht überzeugend.

bb) Vergleich mit der Entscheidung des OLG Stuttgart zur Abgrenzungsproblematik

Ein Vergleich mit der bereits erwähnten Entscheidung des OLG Stuttgart zeigt zudem, dass die Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung keinen eindeutigen Kriterien folgt. Das OLG Stuttgart hielt den Hinweis, dass eine entsprechende Mundhygiene erforderlich ist, nicht im Rahmen der Risikoaufklärung für aufklärungsbedürftig.⁸⁵⁴

⁸⁵¹ Zum Vorstehenden: BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1717 „Cyclosa“.

⁸⁵² BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1717 „Cyclosa“.

⁸⁵³ Vgl. Hart, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 124.

⁸⁵⁴ OLG Stuttgart, Urteil vom 20.05.2008 – 1 U 122/07 – VersR 2008, 927, 927.

„Das allgemeine, nicht behandlungsspezifische und damit nicht risikoauflärungspflichtige Kariesrisiko wird durch die Behandlung mit einer festen Spange im Bereich der Brackets nur für den Fall unzureichender Zahnpflege erhöht. Durch ausreichende Zahnpflege kann das Risiko dagegen nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen ausgeschlossen werden. Das Risiko haftet somit nicht der Behandlung, sondern dem Verhalten des Patienten an. Die auch aus Sicht des Sachverständigen gebotene Aufklärung hat ausschließlich den Zweck, den Patienten darauf hinzuweisen, dass eine erfolgreiche Behandlung dessen Mitwirkung erfordert.“⁸⁵⁵

Diese Überlegungen können auf den Cyclosa-Fall übertragen werden. Wie bereits ausgeführt, konnte sich das Risiko eines Schlaganfalls nur realisieren, weil die Patientin weiter rauchte. Insofern haftete das Risiko ebenfalls nicht der Behandlung, sondern unmittelbar dem Verhalten der Patientin an. Eine unterschiedliche Behandlung beider Fallkonstellationen überzeugt vor diesem Hintergrund nicht. Hängt die Verwirklichung eines Risikos von dem Verhalten des Patienten ab, ist es vermeidbar. Die Aufklärung des Patienten erfolgt dann mit dem Ziel, Selbstgefährdungen zu vermeiden. Wird auf den Zweck der Aufklärung abgestellt, ist zumindest auch der Bereich der therapeutischen Aufklärung eröffnet.

cc) Aufklärungsbedürftige Gesamtbelastung

Das bedeutet jedoch nicht, dass sich die Durchführung einer Selbstbestimmungsaufklärung über die vermeidbaren Gefahren, die mit der Arzneimitteltherapie verbunden sind, von vorneherein erübrigt.

Im Rahmen der Risikoauflklärung wird zwar typischerweise über solche Gefahren aufgeklärt, die als unvermeidbare Risiken mit der Behandlung verbunden sind.⁸⁵⁶ Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass eine Selbstbestimmungsaufklärung nicht auch unter einem anderen Gesichtspunkt erforderlich werden kann. Denn sind mit der Behandlung sich wiederholende und belastende Therapiemaßnahmen verbunden, muss der Patient gegebenenfalls bereits vor Beginn der Therapie auf die zu erwartende Gesamtbelastung hingewiesen werden.⁸⁵⁷ Entscheidend ist nicht, ob die einzelnen Maßnahmen selbst aufklärungsbedürftig sind.⁸⁵⁸ Maßgeblich ist allein, ob die Kenntnis der Gesamtbelastung für die Entscheidungsfindung des Patienten von besonderer Bedeutung ist.⁸⁵⁹

Das wird grundsätzlich zu verneinen sein, wenn der Patient regelmäßig eine Heilsalbe auf eine Operationswunde auftragen oder einen Verband wechseln

⁸⁵⁵ OLG Stuttgart, Urteil vom 20.05.2008 – 1 U 122/07 – VersR 2008, 927, 927.

⁸⁵⁶ Vgl. Hart, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 124.

⁸⁵⁷ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 452.

⁸⁵⁸ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 452.

⁸⁵⁹ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 452.

muss.⁸⁶⁰ Dahingehende Hinweise dienen der Sicherstellung des Therapieerfolges und sind allein der therapeutischen Aufklärung zuzuordnen. Anders ist es jedoch im vorliegenden Fall. Die Patientin ist Raucherin und daher als nikotinabhängig einzustufen. Für einen Raucher stellt der dauerhafte Verzicht auf Nikotin eine besondere Belastung dar. Das zeigt sich schon daran, dass zahlreiche Maßnahmen existieren, um den Entwöhnungsprozess zu unterstützen und mögliche Entzugserscheinungen zu lindern. Im Hinblick auf die aufgrund des dauerhaften Nikotinverzichts entstehende Gesamtbelastung, hätte die Patientin möglicherweise eine Einwilligung in die Therapie verweigert. Unter diesem Gesichtspunkt war neben der therapeutischen Aufklärung auch die Durchführung einer Selbstbestimmungsaufklärung erforderlich. In diesem Punkt unterscheidet sich der Cyclosa-Fall maßgeblich von dem Sachverhalt, welcher der Entscheidung des OLG Stuttgart zum Kariesrisiko zugrunde liegt. Wird eine feste Zahnsperre getragen, muss der Patient über das gewöhnliche Maß hinaus auf seine Mundhygiene achten. Beispielsweise hat nach jeder Mahlzeit eine gründliche Zahnpflege zu erfolgen. Allerdings kann darin keine besondere Gesamtbelastung gesehen werden, deren Kenntnis für die Entscheidungsfindung des Patienten von besonderer Bedeutung wäre. Die Belastung ist mit den Konstellationen vergleichbar, in denen der Patient regelmäßig einen Verband wechseln oder eine Heilsalbe auftragen muss. Auch in derartigen Fällen wird das Vorliegen einer aufklärungspflichtigen Gesamtbelastung verneint.⁸⁶¹

dd) Gegenständliche Überschneidungen der Aufklärungsinhalte bei Hinweisen über Nebenwirkungen von Medikamenten

Mit der Frage, ob darüber hinaus auch ein Versäumnis im Bereich der therapeutischen Aufklärung vorlag, setzte sich der BGH nicht auseinander. Die Revision hatte die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe den hierfür erforderlichen Beweis nicht erbracht, nicht angegriffen.⁸⁶² Wie bereits festgestellt, können Hinweise über Unverträglichkeitsrisiken und Nebenfolgen eines Medikaments auch Gegenstand der therapeutischen Aufklärung sein.⁸⁶³ Nur wenn der Patient die Nebenwirkungen des Medikaments kennt, kann er sich therapiegerecht verhalten und mögliche Selbstgefährdungen vermeiden. Letzterer Aspekt ist bei der Behandlung mit Cyclosa besonders relevant. Das Risiko eines Schlaganfalles konnte sich nur realisieren, weil die Patientin dem Körper während der Arzneimitteltherapie weiterhin Nikotin zuführte. Es besteht insofern eine

⁸⁶⁰ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 452.

⁸⁶¹ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 452.

⁸⁶² BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1716; *Stöhr*, GesR 2006, 145, 148.

⁸⁶³ Vgl. BGH, Urteil vom 24.06.1986 – VI ZR 21/85 – NJW 1986, 705, 705; BT-Drs. 17/10488, S. 21; *Geblein*, Grundwissen Arzthaftungsrecht, B Rn. 35; *Hart*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, S. 120; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 8.

Vergleichbarkeit mit den Konstellationen, in denen der Patient zur Vermeidung von Selbstschädigungen auf die Einhaltung einer diätischen Lebensweise oder den Verzicht auf Alkohol hingewiesen wird.⁸⁶⁴ Dabei handelt es sich um Hinweise, die typischerweise dem Bereich der therapeutischen Aufklärung zugeordnet werden.⁸⁶⁵ Da sich die Aufklärungspflichten im vorliegenden Fall überschneiden, kommt sowohl eine Verletzung der therapeutischen Aufklärung als auch eine Verletzung der Selbstbestimmungsaufklärung in Betracht.⁸⁶⁶ Letztlich zeigt das „Cyclosa-Urteil“, dass eine inhaltliche Überschneidung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung insbesondere in Betracht kommt, wenn belastende Nebenwirkungen mitgeteilt und gleichzeitig Hinweise zu ihrer Vermeidung erteilt werden sollen.⁸⁶⁷

ee) Der Begriff des „aggressiven bzw. nicht ungefährlichen Arzneimittels“

Vereinzelt kritisiert die Literatur den BGH dafür, dass der Begriff des „aggressiven bzw. nicht ungefährlichen Arzneimittels“ nicht definiert werde.⁸⁶⁸ Wenn der BGH bei der Behandlung mit „aggressiven bzw. nicht ungefährlichen Arzneimitteln“ eine Risikoaufklärung für erforderlich hält, würde daraus im Umkehrschluss folgen, dass bei „nicht-aggressiven oder ungefährlichen Medikamenten“ lediglich die Durchführung einer therapeutischen Aufklärung notwendig sei.⁸⁶⁹ Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit sei die Vorgabe eindeutiger Abgrenzungskriterien geboten.⁸⁷⁰ Gleichzeitig wird bezweifelt, dass taugliche Abgrenzungskriterien gefunden werden könnten.⁸⁷¹ Insbesondere dürfe die Schwere möglicher Nebenwirkungen nur für die Frage des Bestehens einer Aufklärungspflicht bedeutsam sein.⁸⁷² Die Einordnung der Aufklärungspflicht als Selbstbestimmungsaufklärung oder therapeutische Aufklärung könne davon nicht abhängig gemacht werden.⁸⁷³ Die Aufklärung über Neben- und Wechselwirkungen von Medikamenten solle deshalb generell dem Bereich der Risikoaufklärung zugeordnet werden.⁸⁷⁴

Die Kritik, dass die Rechtsprechung den Begriff des „aggressiven bzw. nicht ungefährlichen Arzneimittels“ nicht definiert habe und infolgedessen nicht ersichtlich sei, wann eine Risikoaufklärung durchgeführt werden müsse, überzeugt

⁸⁶⁴ Vgl. *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 1.

⁸⁶⁵ Vgl. *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 58, Rn. 1.

⁸⁶⁶ *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 97; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 753; *Stöhr*, GesR 2011, 193, 195; *Stöhr*, GesR 2006, 145, 148.

⁸⁶⁷ *Koyuncu*, A/ZusR 2005, 95, 97.

⁸⁶⁸ *Hansch*, VersR 2007, 167, 168.

⁸⁶⁹ *Hansch*, VersR 2007, 167, 168.

⁸⁷⁰ *Hansch*, VersR 2007, 167, 168.

⁸⁷¹ *Hansch*, VersR 2007, 167, 168.

⁸⁷² *Hansch*, VersR 2007, 167, 168 in Fn. 16.

⁸⁷³ *Hansch*, VersR 2007, 167, 168.

⁸⁷⁴ *Hansch*, VersR 2007, 167, 168.

nicht. Der BGH hat sich im „Cyclosa-Urteil“ auch mit der Aufklärungsbedürftigkeit solcher Risiken, die mit der Arzneimitteltherapie verbunden sind, auseinandergesetzt.⁸⁷⁵ Für die Aufklärungspflicht des Arztes sei nicht die Komplikationsdichte eines Risikos entscheidend, sondern „ob das betreffende Risiko dem Eingriff spezifisch anhaftet und es bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belastet“.⁸⁷⁶ Wenn das der Fall ist, muss über das betroffene Risiko im Rahmen der Risikoaufklärung aufgeklärt werden.⁸⁷⁷ Richtig ist, dass in der Praxis eine Unsicherheit darüber besteht, ob im jeweiligen Einzelfall eine Risikoaufklärung durchzuführen ist. Allerdings folgt diese Unsicherheit daraus, dass der Inhalt der Aufklärungspflichten patientenbezogen bestimmt wird.⁸⁷⁸ Das gilt jedoch nicht nur für die Arzneimitteltherapie, sondern für sämtliche Bereiche der ärztlichen Behandlung.⁸⁷⁹ Aus diesem Grund würde es nicht überzeugen, die Aufklärung über Neben- und Wechselwirkungen von Medikamenten generell dem Bereich der Risikoaufklärung zuzuordnen. Darüber hinaus hinge die Abgrenzung der Aufklärungspflichten dann allein von dem zufälligen Umstand ab, ob die Nebenfolgen aus der Arzneimitteltherapie oder einer sonstigen Behandlung resultieren. Hinweise, die für gewöhnlich im Rahmen der therapeutischen Aufklärung erteilt werden, würden im Bereich der Arzneimitteltherapie der Selbstbestimmungsaufklärung zugeordnet werden. Der Zweck der Selbstbestimmungsaufklärung bliebe bei der Arzneimitteltherapie gänzlich unberücksichtigt. Wenn die Aufklärung über vermeidbare Nebenfolgen ausnahmslos der Selbstbestimmungsaufklärung zugeordnet wird, erhält der Patient auch solche Informationen, die für seine persönliche Therapieentscheidung nicht von Bedeutung sind und nur den Bereich der Gefahrenvorsorge betreffen. Bei sonstigen medizinischen Behandlungen wäre in derartigen Fällen hingegen nur eine therapeutische Aufklärung erforderlich. Eine Abgrenzung der Aufklärungspflichten muss deshalb auch im Bereich der Arzneimitteltherapie funktional erfolgen.

⁸⁷⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1717.

⁸⁷⁶ BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1717.

⁸⁷⁷ BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1717.

⁸⁷⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 18.11.2008 – VI ZR 198/07 – VersR 2009, 257, 258; *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 60, Rn. 2.

⁸⁷⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 18.11.2008 – VI ZR 198/07 – VersR 2009, 257, 258; *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 60, Rn. 2.

II. Die Abgrenzung von Risikoaufklärung und therapeutischer Aufklärung bei der Sterilisation

Bei der Sterilisation handelt es sich um einen chirurgischen Eingriff, der die Unfruchtbarkeit des Patienten herbeiführen soll.⁸⁸⁰ Anders als im Fall der Kastration sollen die Libido und die Fähigkeit den Geschlechtsverkehr durchzuführen erhalten bleiben.⁸⁸¹ In Deutschland ist die Sterilisation rechtlich zulässig, wenn eine Einwilligung des Betroffenen in den Eingriff vorliegt.⁸⁸² Das gilt für Männer und Frauen gleichermaßen.⁸⁸³ Da der Eingriff bei dem Mann einfacher durchzuführen ist, wird die Vasoresektion in der Praxis mitunter bevorzugt.⁸⁸⁴ In der Regel ist auch die Vornahme des Eingriffs ohne medizinische oder soziale Indikation zulässig.⁸⁸⁵ Dass es zu einem irreversiblen Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit kommt, steht derartigen Gefälligkeitssterilisationen aufgrund der hohen Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts grundsätzlich nicht entgegen.⁸⁸⁶ Spezialgesetzlich hat der Gesetzgeber die Sterilisation nicht geregelt.⁸⁸⁷ Lediglich in § 1631c BGB wird das ausnahmslose Verbot der Sterilisation von Kindern normiert. Darüber hinaus ist seit dem 01.01.2015 in § 1905 BGB geregelt, dass in engen Ausnahmefällen auch ohne eine Einwilligung des Betreuten dessen Sterilisation durchgeführt werden kann. Diese darf nach § 1905 Abs. 1 Nr. 1 BGB jedoch nicht dem Willen des Betreuten widersprechen, da die Zwangssterilisation nach Art. 1 und 2 GG unzulässig und gem. § 226 StGB als schwere Körperverletzung unter Strafe gestellt ist.⁸⁸⁸

Hat sich der Arzt vertraglich zur Durchführung der Sterilisation verpflichtet, muss diese dem medizinischen Standard entsprechen.⁸⁸⁹ Zuvor muss der Patient über die Bedeutung und Risiken der Sterilisation aufgeklärt werden.⁸⁹⁰ Der Arzt kann sich nicht auf eine ordnungsgemäß durchgeführte Aufklärung berufen, wenn die Sterilisation fehlerhaft war und es infolgedessen zu einer unerwünschten

⁸⁸⁰ Laufs/Katzenmeier/Lipp/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl., VII, Rn. 1.

⁸⁸¹ Laufs/Katzenmeier/Lipp/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl., VII, Rn. 1.

⁸⁸² BVerfG, Beschluss vom 12.11.1997 – 1 BvR 479/92 und BvR 307/94 – NJW 1998, 519 ff.; BGH, Urteil vom 16.11.1993 – VI ZR 105/92 – NJW 1994, 788 ff.; BGH, Urteil vom 18.03.1980 – VI ZR 247/78 – NJW 1980, 1452 ff.; BGH, Urteil vom 29.06.1976 – VI ZR 68/72 – NJW 1976, 1790 ff.; Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, B 180; Spickhoff/Greiner, § 823 ff. BGB, Rn. 100.

⁸⁸³ Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, B 180; Spickhoff/Greiner, § 823 ff. BGB, Rn. 100.

⁸⁸⁴ Laufs/Katzenmeier/Lipp/Lipp, *Arztrecht*, VII, 7. Aufl., Rn. 1.

⁸⁸⁵ Laufs/Katzenmeier/Lipp/Lipp, *Arztrecht*, VII, 7. Aufl., Rn. 7; Steffen/Pauge, *Arzthaftungsrechts*, Rn. 301.

⁸⁸⁶ Laufs/Katzenmeier/Lipp/Lipp, *Arztrecht*, VII, 7. Aufl., Rn. 8 f.; Steffen/Pauge, *Arzthaftungsrechts*, Rn. 301.

⁸⁸⁷ Laufs/Katzenmeier/Lipp/Lipp, *Arztrecht*, VII, 7. Aufl., Rn. 2.

⁸⁸⁸ Vgl. Laufs/Katzenmeier/Lipp/Lipp, *Arztrecht*, VII, 7. Aufl., Rn. 2.

⁸⁸⁹ Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, B 180; Spickhoff/Greiner, § 823 ff. BGB, Rn. 100.

⁸⁹⁰ BGH, Urteil vom 29.06.1976 – VI ZR 68/72 – NJW 1976, 1790, 1790; Steffen/Pauge, *Arzthaftungsrechts*, Rn. 301.

Schwangerschaft kommt.⁸⁹¹ Auch ohne pathologische Begleitumstände wird durch eine Schwangerschaft in die körperliche Befindlichkeit der Schwangeren eingegriffen.⁸⁹² Die Rechtsprechung stuft deshalb die Herbeiführung einer Schwangerschaft und Geburt gegen den Willen der Betroffenen als Körperverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB ein.⁸⁹³ Der Arzt ist in diesem Fall für die mit der Schwangerschaft verbundenen Belastungen ersatzpflichtig.⁸⁹⁴ Hierfür ist nicht entscheidend, ob die Schwangerschaft aus einer fehlerhaften Sterilisation der Schwangeren selbst oder des Ehemanns resultiert.⁸⁹⁵ Sollte mit der Sterilisation des Ehemanns eine zukünftige Schwangerschaft der Ehefrau verhindert werden, wird der haftungsrechtliche Zurechnungszusammenhang nicht dadurch unterbrochen, dass der Verletzungserfolg in Form der Schwangerschaft den Geschlechtsverkehr voraussetzt.⁸⁹⁶

Die Möglichkeit ungewollt schwanger zu werden besteht jedoch auch nach einer fachgerecht durchgeführten Sterilisation.⁸⁹⁷ Dem Eingriff haftet ein, wenn auch minimales, Risiko des Fehlschlags an.⁸⁹⁸ Bei der Frau ist die hohe Regenerationsfähigkeit des Tubengewebes ursächlich.⁸⁹⁹ Bei dem Mann besteht die Möglichkeit, dass sich der Samenstrang nach der Sterilisation wieder rekanalisiert.⁹⁰⁰ Wird der Patient nicht über dieses Versagerisiko aufgeklärt und

⁸⁹¹ *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 181; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 100.

⁸⁹² BGH, Urteil vom 27.06.1995 – VI ZR 32/94 – NJW 1995, 2407, 2408; BGH, Urteil vom 18.03.1980 – VI ZR 247/78 – NJW 1980, 1452, 1453; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 181; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 101.

⁸⁹³ BGH, Urteil vom 27.06.1995 – VI ZR 32/94 – NJW 1995, 2407, 2408; BGH, Urteil vom 18.03.1980 – VI ZR 247/78 – NJW 1980, 1452, 1453; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 181; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 101.

⁸⁹⁴ BGH, Urteil vom 08.07.2008 – VI ZR 259/06 – NJW 2008, 2846, 2847; BGH, Urteil vom 27.06.1995 – VI ZR 32/94 – NJW 1995, 2407, 2408; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrechts, Rn. 305.

⁸⁹⁵ BGH, Urteil vom 27.06.1995 – VI ZR 32/94 – NJW 1995, 2407, 2408; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 181; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 101; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrechts, Rn. 306.

⁸⁹⁶ BGH, Urteil vom 27.06.1995 – VI ZR 32/94 – NJW 1995, 2407, 2408; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 181; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 101.

⁸⁹⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 08.07.2008 – VI ZR 259/06 – NJW 2008, 2846, 2846 ff.; BGH, Urteil vom 27.06.1995 – VI ZR 32/94 – NJW 1995, 2407, 2407 ff.; BGH, Urteil vom 18.03.1980 – VI ZR 247/78 – NJW 1980, 1452, 1452 ff.; BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2002 f.; BGH, Urteil vom 12.02.1980 – VI ZR 175/78 – NJW 1981, 630, 630 ff.

⁸⁹⁸ Beispielsweise lag in diesem vom BGH zu entscheidenden Fall das Versagerisiko der durchgeführten Tubensterilisation unter zwei Prozent, BGH, Urteil vom 12.02.1980 – VI ZR 175/78 – NJW 1981, 630, 631.

⁸⁹⁹ *Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Trant/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 85.

⁹⁰⁰ *Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Trant/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 85.

resultiert daraus eine ungewollte Schwangerschaft, kommt ebenfalls eine vertragliche und deliktische Haftung des Arztes in Betracht.⁹⁰¹

Fraglich ist, ob es sich bei dem Hinweis über das Versagerrisiko um eine Selbstbestimmungsaufklärung oder eine therapeutische Aufklärung handelt. Dass eine Abgrenzung nicht unproblematisch möglich ist, zeigen die im Folgenden dargestellten BGH-Entscheidungen.

1. *BGH-Entscheidung vom 02.12.1980, VI ZR 175/78*

Der BGH hatte den Fall eines Mannes zu entscheiden, der von der beklagten Stadtgemeinde Schadensersatz in Höhe der gegen ihn bestehenden Unterhaltsansprüche begehrte. Dessen frühere Ehefrau, von der er mittlerweile geschieden lebte, ließ in der Frauenklinik der Beklagten eine Sterilisation vornehmen. Sie hatte bereits zwei Kinder aus erster Ehe und bekam mit dem Kläger im Jahr 1973 ein weiteres Kind. Nachdem sie bereits 1967 eine Fehlgeburt erlitten hatte, folgte im Oktober 1974 im zweiten Monat der Schwangerschaft erneut eine Fehlgeburt. Aufgrund dessen empfahlen die behandelnden Ärzte ihr die Exstirpation der Gebärmutter. Sie entschied sich jedoch für die Vornahme einer Tubensterilisation, die im Oktober desselben Jahres im Wege der laparoskopischen Eileiterkoagulation durchgeführt wurde. Dennoch wurde im Juli 1975 bei der Patientin eine Schwangerschaft festgestellt, die im Dezember 1975 zur Geburt einer Tochter führte. Der Kläger machte geltend, dass die Sterilisation seiner früheren Ehefrau fehlerhaft durchgeführt worden sei, wie auch die nach kurzer Zeit erfolgte Rekanalisation eines Eileiters belege. Zudem sei seine damalige Ehefrau nur unzureichend über das bestehende Versagerrisiko aufgeklärt worden. Die Ehepartner hätten im Frühjahr 1975 vereinbart, auf etwaige Unterhaltsansprüche zu verzichten. Aufgrund der später festgestellten Schwangerschaft hätte sich seine Ehefrau jedoch nicht mehr an diese Absprache halten können, da ihr die Ausübung ihres früheren Berufes dadurch unmöglich wurde. Infolgedessen zahlte der Kläger der Tochter und der Mutter monatlich Unterhalt. Er begehrte nun den Ersatz des Schadens, der ihm durch diese Unterhaltsbelastungen entstanden sei. Der BGH hob das abweisende Urteil der Vorinstanz auf und verwies die Klage zurück.⁹⁰²

Nach der Auffassung des BGH ist die Patientin „eingehend über die Erfolgssicherheit der geplanten Sterilisationsmethode aufzuklären, weil sie nur dadurch in die Lage versetzt wurde zu beurteilen, ob sie diese Methode anderen vorziehen wollte, die vielleicht belastender, dafür aber erfolgssicherer waren; auch war eine solche Information unerlässlich für ihre und des Klägers Entscheidung darüber, ob sie sich gegebenenfalls mit der immerhin hohen Sicherheitsquote

⁹⁰¹ BGH, Urteil vom 27.06.1995 – VI ZR 32/94 – NJW 1995, 2407, 2407 ff.; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 181; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 100; *Steffen/Pange*, Arzthaftungsrechts, Rn. 305.

⁹⁰² Zum Vorstehenden: BGH, Urteil vom 12.02.1980 – VI ZR 175/78 – NJW 1981, 630 ff.

begnügen oder aus besonderer Vorsicht noch zusätzliche Verhütungsmaßnahmen anwenden wollten“.⁹⁰³ Dennoch ginge es bei der Information über das Versagerisiko nicht darum, dem Patienten die Bedeutung des Eingriffs vor Augen zu führen.⁹⁰⁴ Es handele sich auch bei den geltend gemachten Schäden nicht um solche, die aus den Risiken des Eingriffs resultieren würden.⁹⁰⁵ Deshalb könnten die zur Selbstbestimmungsaufklärung entwickelten Grundsätze nicht eingreifen.⁹⁰⁶

2. *BGH-Entscheidung vom 10.03.1981, VI ZR 202/79*

In einem weiteren Fall hatte sich der BGH ebenfalls mit einer ungewollten Schwangerschaft nach einer Tubenligatur auseinanderzusetzen. Nachdem die Klägerin bereits vier eheliche Kinder zur Welt gebracht hatte, wurde bei ihr eine Lageveränderung der Gebärmutter festgestellt. Infolgedessen wurde die Durchführung einer Operation notwendig. Bei dieser Gelegenheit sollte auch eine Sterilisation vorgenommen werden. Wenige Jahre nach dem Eingriff wurde die Klägerin erneut schwanger und gebar ein fünftes Kind. Gemeinsam mit ihrem Ehemann forderte sie von dem Krankenhausträger und dem operierenden Chefarzt als Gesamtschuldner Schadensersatz hinsichtlich der bestehenden Unterhaltsbelastungen. Zudem wurde die Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes aufgrund der ungewollten Schwangerschaft verlangt, die darüber hinaus auch zu einer Depression der Ehefrau geführt hatte. Die Kläger machten geltend, dass eine Aufklärung über das bei der Sterilisation bestehende Versagerisiko nicht stattgefunden habe.

Die Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht konnte sich nicht von dem Vorliegen eines Behandlungsfehlers überzeugen. Zur Begründung wurde angeführt, dass allen Sterilisationsmethoden das geringe Risiko der Erfolglosigkeit anhafte. Hinsichtlich eines möglichen Aufklärungsfehlers wendete das Berufungsgericht die zur Selbstbestimmungsaufklärung entwickelten Grundsätze an. Der Arzt sei dafür beweisbelastet, dass ein ordnungsgemäßer Hinweis über die Versagerquote erteilt wurde. Diesen Beweis habe er angesichts der sich widersprechenden Darstellungen der Parteien nicht erbracht. Jedoch unterstellte das Berufungsgericht, dass die Klägerin auch nach einem ordnungsgemäßen Hinweis über die Versagerquote den Eingriff hätte vornehmen lassen. Denn auch durch die Verwendung weiterer Verhütungsmethoden hätte sich eine erneute Schwangerschaft nicht mit wesentlich größerer Sicherheit ausschließen lassen. Da somit die Voraussetzungen einer hypothetischen Einwilligung vorlägen, würden Ansprüche wegen eines Aufklärungsfehlers

⁹⁰³ BGH, Urteil vom 12.02.1980 – VI ZR 175/78 – NJW 1981, 630, 632.

⁹⁰⁴ BGH, Urteil vom 12.02.1980 – VI ZR 175/78 – NJW 1981, 630, 631 f.

⁹⁰⁵ BGH, Urteil vom 12.02.1980 – VI ZR 175/78 – NJW 1981, 630, 631 f.

⁹⁰⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 12.02.1980 – VI ZR 175/78 – NJW 1981, 630, 631 f.

ebenfalls ausscheiden. Der BGH hob das Urteil auf und verwies die Klage zurück.⁹⁰⁷

Dass das Berufungsgericht die Grundsätze anwendete, die bei Versäumnissen bzgl. der Selbstbestimmungsaufklärung gelten, sah der BGH als rechtsfehlerhaft an.⁹⁰⁸ Zur Begründung wird angeführt, dass es gerade nicht um „unmittelbare gesundheitliche Risiken des Sterilisationseingriffes“ ginge.⁹⁰⁹

„Der Hinweis auf die der Sterilisationsmethode zwangsläufig innewohnende Unvollkommenheit [bildet] nur eine vertragliche Nebenpflicht, wie sie auch sonst eine vertragliche Leistung oder Lieferung begleiten kann. Der Beweis dafür, dass er eine von möglicherweise zahlreichen Nebenpflichten nicht versäumt hat, kann aber nicht allgemein dem Schuldner eines Dienstvertrages auferlegt werden, da er sonst in eine kaum zu beherrschende Beweislage geriete. Will also der Gläubiger, hier der Patient, aus der Verletzung einer bloßen Nebenpflicht Ansprüche herleiten, dann hat nach allgemeinen Grundsätzen er die Verletzung zu beweisen.“⁹¹⁰

Der BGH ordnete den Hinweis über die Versagerquote erneut dem Bereich der therapeutischen Aufklärung zu.⁹¹¹ Für Verstöße sei daher grundsätzlich der Patient beweisbelastet.⁹¹²

3. Hinweis über das Versagerrisiko als Teil der Selbstbestimmungsaufklärung

Nach einer Sterilisation besteht das erhöhte Risiko, dass der Patient auf die Verwendung von Verhütungsmitteln verzichtet. Der medizinische Laie wird ohne einen entsprechenden Hinweis regelmäßig davon ausgehen, dass mit der Sterilisation die vollständige Unfruchtbarkeit eintritt. Nur wenn der Arzt dem Patienten mitteilt, dass dem Eingriff ein entsprechendes Versagerrisiko anhaftet, kann dieser durch die Verwendung von zusätzlichen Verhütungsmitteln eine ungewollte Schwangerschaft mit größtmöglicher Sicherheit vermeiden. Verhaltenshinweise, die den Eintritt unerwünschter und zugleich vermeidbarer Nebenfolgen verhindern sollen, werden typischerweise im Rahmen der therapeutischen Aufklärung erteilt.⁹¹³ Allerdings stehen Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung nicht in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander.⁹¹⁴ Ein Hinweis an den Patienten kann sowohl unter dem Aspekt der Gefahrenvorsorge und Compliance als auch im Hinblick auf dessen

⁹⁰⁷ Zum Vorstehenden: BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002 ff.

⁹⁰⁸ BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2003.

⁹⁰⁹ BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2003.

⁹¹⁰ BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2003.

⁹¹¹ Vgl. BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2003.

⁹¹² BGH, Urteil vom 10.03.1981 – VI ZR 202/79 – NJW 1981, 2002, 2003.

⁹¹³ Vgl. Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, B 95.

⁹¹⁴ Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, B 97; Martis/Winkhart, *Arzthaftungsrecht*, A 588 f.; Uphoff/Hindemith, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 140.

Selbstbestimmungsrecht erteilt werden.⁹¹⁵ Der BGH führt selbst aus, dass die Aufklärung der Patientin über die Versagerquote für den Entschluss die Sterilisation vorzunehmen von besonderer Bedeutung ist.⁹¹⁶ Nur wenn sie das Misserfolgsrisiko kenne, habe sie die Möglichkeit sich für eine andere Sterilisationsmethode zu entscheiden, die gegebenenfalls belastender, aber gleichzeitig auch erfolgsversprechender sei.⁹¹⁷ Diese Ausführungen betreffen aber weder den Bereich der Gefahrenvorsorge noch den der Compliance.⁹¹⁸ Stattdessen geht es um die grundlegende Frage, ob die konkrete Sterilisationsmethode überhaupt zur Anwendung kommen soll.⁹¹⁹ Die Entscheidung des Patienten, ob er eine Sterilisation durchführen lässt, hängt maßgeblich davon ab, mit welcher Sicherheit eine Schwangerschaft zukünftig ausgeschlossen ist.⁹²⁰ Das gilt insbesondere dann, wenn es an einer medizinischen Indikation fehlt, da in diesen Fällen die Vermeidung zukünftiger Schwangerschaften das entscheidende Motiv für die Vornahme des Eingriffs ist.⁹²¹ Sollte die Sterilisation nach dem persönlichen Empfinden des Patienten keinen ausreichenden Schutz bieten, wird er möglicherweise die mit der Operation verbundenen Risiken nicht eingehen wollen.⁹²² Hinweise, die dazu dienen, dem Patienten eine eigenverantwortliche Behandlungsentscheidung zu ermöglichen, sind jedoch dem Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung zuzuordnen.⁹²³ Es überzeugt deshalb nicht, dass der BGH den Hinweis über die Versagerquote allein dem Bereich der therapeutischen Aufklärung zuordnet.⁹²⁴ Sofern der BGH selbst davon ausgeht, dass der Hinweis über das Versagerisiko entscheidungsrelevant ist, bedeutet dieses zudem auch, dass der Patient bereits vor dem Eingriff therapeutisch aufzuklären ist.⁹²⁵ Auch daran zeigt sich, dass das Ergebnis des BGH nicht überzeugend ist, da die therapeutische Aufklärung im Regelfall erst

⁹¹⁵ Vgl. *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B 97; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 588 f.; *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 140.

⁹¹⁶ BGH, Urteil vom 02.12.1980 – VI ZR 175/78 – NJW 1981, 630, 632.

⁹¹⁷ BGH, Urteil vom 02.12.1980 – VI ZR 175/78 – NJW 1981, 630, 632.

⁹¹⁸ Vgl. Ratzel/Luxenburger/*Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 97.

⁹¹⁹ Ratzel/Luxenburger/*Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 97.

⁹²⁰ *Hausch*, VersR 2007, 167, 167; Ratzel/Luxenburger/*Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 97.

⁹²¹ *Hausch*, VersR 2007, 167, 167.

⁹²² Ratzel/Luxenburger/*Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 97.

⁹²³ Vgl. Ratzel/Luxenburger/*Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 97.

⁹²⁴ *Hausch*, VersR 2007, 167, 167; Ratzel/Luxenburger/*Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 97.

⁹²⁵ Ratzel/Luxenburger/*Kaiser*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 13, Rn. 272.

nach dem Eingriff erforderlich wird und nachholbar ist.⁹²⁶ Die Aufklärung über die Versagerquote hat daher sowohl unter dem Gesichtspunkt der therapeutischen Aufklärung als auch unter dem Gesichtspunkt der Selbstbestimmungsaufklärung zu erfolgen.⁹²⁷

a) Vergleich mit der Rechtsprechung zu „aggressiven bzw. nicht ungefährlichen Arzneimitteln“

In dem „Cyclosa-Urteil“ hat der BGH klargestellt, dass bei der Behandlung mit „aggressiven bzw. nicht ungefährlichen“ Medikamenten eine Selbstbestimmungsaufklärung durchzuführen ist, wenn „das betreffende Risiko dem Eingriff spezifisch anhaftet und es bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belastet“.⁹²⁸ Über das Risiko einen Schlaganfall zu erleiden, wenn das Medikament Cyclosa trotz gleichzeitigen Nikotinkonsums eingenommen wird, sei im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung aufzuklären.⁹²⁹ Nur wenn der Patientin das Risiko bekannt gewesen wäre, hätte diese ihr Selbstbestimmungsrecht sinnvoll ausüben können.⁹³⁰ Sie hätte zum einen die Möglichkeit gehabt das Rauchen aufzugeben und das Medikament einzunehmen.⁹³¹ Zum anderen wäre es ihr aber auch möglich gewesen, sollte sie das Rauchen fortsetzen wollen, auf die Einnahme des Medikaments wegen der drohenden Nebenwirkungen zu verzichten.⁹³² An dieser Rechtsprechung wurde kritisiert, dass es sich bei der Möglichkeit einen Schlaganfall zu erleiden, um eine vermeidbare Nebenfolge der Arzneimitteltherapie handelte und dieses Risiko der Behandlung daher nicht unmittelbar anhaftete.

Wenn es der BGH jedoch, wie im „Cyclosa-Fall“, ausreichen lässt, dass ein Risiko lediglich mittelbar mit der Behandlung verbunden ist, muss die Frage gestellt werden, ob bei konsequenter Anwendung der Rechtsprechung nicht auch eine Selbstbestimmungsaufklärung über die Versagerquote notwendig ist. Denn das Risiko nach einer Sterilisation ungewollt schwanger zu werden, setzt ebenfalls ein weiteres Zutun des Patienten, nämlich den Geschlechtsverkehr, voraus. Sowohl im Cyclosa-Fall als auch in den Sterilisationsfällen ist der Eintritt der unerwünschten Nebenfolge daher vermeidbar und hängt entscheidend von dem Verhalten des Patienten ab. Zudem betrifft eine ungewollte Schwangerschaft ebenfalls in besonderem Maße die weitere Lebensführung des Patienten und kann

⁹²⁶ Vgl. *Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflichtrecht*, B 95; *Martis/Winkhart*, *Arzthaftungsrecht*, A 581; *Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, *Handbuch Medizinrecht*, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 70; *Spickhoff/Greiner*, § 823 ff. BGB, Rn. 50.

⁹²⁷ Vgl. *Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, *Handbuch Medizinrecht*, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 97.

⁹²⁸ BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1717.

⁹²⁹ BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1717.

⁹³⁰ BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1717.

⁹³¹ BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1717.

⁹³² BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716, 1717.

diese erheblich einschränken. Das gilt unabhängig davon, ob eine medizinische Indikation für die Vornahme des Eingriffs besteht.

b) Verwendung von Verhütungsmitteln als aufklärungsbedürftige Gesamtbelastung

Selbst wenn der BGH die Aufklärung über die Versagerquote grundsätzlich als therapeutische Aufklärung einstuft, hätte er sich mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob die dauerhafte Verwendung von Verhütungsmitteln, die auch nach der Sterilisation notwendig sein kann, nicht eine besondere Gesamtbelastung darstellt, die ihrerseits im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung aufklärungsbedürftig ist.⁹³³ Schon für den Bereich der Arzneimitteltherapie wurde gezeigt, dass das Verhältnis der ärztlichen Aufklärungspflichten von der zu erwartenden Gesamtbelastung der Therapiemaßnahmen abhängen kann. Über sich wiederholende und belastende Therapiemaßnahmen ist der Patient bereits vor Therapiebeginn im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung aufzuklären, wenn die Kenntnis von der zu erwartenden Gesamtbelastung für dessen Entscheidungsfindung von gewichtiger Bedeutung ist.⁹³⁴

Lässt der Patient die Sterilisation ohne medizinische Indikation vornehmen und muss er anschließend aufgrund des bestehenden Versagerisikos über einen längeren oder sogar dauerhaften Zeitraum andere Verhütungsmethoden anwenden, um eine Schwangerschaft sicher vermeiden zu können, hat das für die Entscheidung den Eingriff vornehmen zu lassen besondere Bedeutung. In diesem Fall wird der Patient besonders belastet, weil der Eingriff nur zu dem Zweck durchgeführt wurde, die Verwendung von Verhütungsmitteln überflüssig zu machen. Der Patient könnte zu dem Schluss gelangen, dass der körperliche Eingriff und die zu erwartende Gesamtbelastung in einem Missverhältnis zueinander stehen. Schließlich besteht die Gefahr, dass der erhoffte Nutzen überhaupt nicht eintritt. Der Patient ist dann weiterhin der Belastung ausgesetzt konventionelle Verhütungsmethoden anzuwenden und musste trotzdem die Risiken eines chirurgischen Eingriffs auf sich nehmen. Eine andere Beurteilung ist hingegen bei medizinisch nicht erforderlichen Sterilisationen geboten, wenn der Patient den Eingriff zumindest nicht auch mit dem Ziel vornimmt, zukünftig auf den Einsatz von konventionellen Verhütungsmitteln verzichten zu können. Da der Patient bereits vor dem Eingriff auf konventionelle Verhütungsmittel zurückgreifen musste, wenn er eine Schwangerschaft sicher vermeiden wollte, kann es keine besonders schwere Belastung darstellen, wenn er auch weiterhin auf diese Verhütungsmethoden angewiesen bleibt.

⁹³³ Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 452.

⁹³⁴ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 452.

c) Erfolgchancen der Behandlung als Teil der Selbstbestimmungsaufklärung

Im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung kann auch eine Aufklärung des Patienten über die Erfolgchancen der Behandlung notwendig sein.

Die Verlaufsaufklärung soll dem Patienten unter anderem über die Art, den Umfang, die Durchführung und den voraussichtlichen Verlauf der geplanten Behandlung aufklären.⁹³⁵ Letzteres kann auch eine Aufklärung über die Erfolgchancen des Eingriffs notwendig machen.⁹³⁶

Daneben kann die Aufklärung über das Misserfolgsrisiko auch dem Bereich der Risikoaufklärung zugeordnet werden.⁹³⁷ Für die Risikoaufklärung ist die Unterscheidung zwischen grundsätzlich nicht aufklärungsbedürftigen allgemeinen Risiken und aufklärungspflichtigen spezifischen Risiken des Eingriffs entscheidend.⁹³⁸ Es darf vorausgesetzt werden, dass der Patient die allgemeinen Risiken kennt.⁹³⁹ Jedem Eingriff haftet ein Risiko des Fehlschlags an, was dafür spricht, das Misserfolgsrisiko grundsätzlich als allgemeines und daher nicht aufklärungspflichtiges Risiko einzustufen.⁹⁴⁰ Erst wenn sich das Misserfolgsrisiko im konkreten Fall von dem grundsätzlich bei einem Eingriff bestehenden Misserfolgsrisiko unterscheidet, muss die Risikoaufklärung mitunter auch einen Hinweis über das Misserfolgsrisiko des Eingriffs enthalten.⁹⁴¹

Die Rechtsprechung verlangt eine Aufklärung über das Misserfolgsrisiko etwa dann, wenn im Falle des Misserfolgs die Leiden des Patienten nicht gelindert, sondern sogar vergrößert werden.⁹⁴² Nicht erforderlich ist es, dass dem Patienten konkrete Prozentangaben mitgeteilt werden.⁹⁴³ Entscheidend ist, dass bei dem Patienten ein Bewusstsein dafür geschaffen wird, dass der Eingriff nicht in jedem Fall erfolgreich sein wird und es gegebenenfalls, soweit dieses für den in Rede stehenden Eingriff zutrifft, sogar zu einer Verschlechterung des gesundheitlichen

⁹³⁵ MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 297; Ulsenheimer/*Biermann*, Rn. 350.

⁹³⁶ MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 298; Ulsenheimer/*Biermann*, Rn. 350. Nach *Kern* muss die Verlaufsaufklärung einen Hinweis über das Misserfolgs- und Verschlimmerungsrisiko des geplanten Eingriffs enthalten; GesR 2009, 1, 5 f. Nach *Fehn* sind im Rahmen der Verlaufsaufklärung „*fragliche Erfolgchancen*“ aufklärungsbedürftig; GesR 2009, 11, 13.

⁹³⁷ *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 53.

⁹³⁸ Vgl. *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 50 ff.

⁹³⁹ *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 50.

⁹⁴⁰ Vgl. *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 53.

⁹⁴¹ Vgl. *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 53.

⁹⁴² BGH, Urteil vom 22.12.1987 – VI ZR 32/87 – NJW 1988, 1514, 1516.

⁹⁴³ OLG Naumburg, Urteil vom 12.11.2009 – 1 U 59/09 – NJW 2010, 1758, 1759; OLG Koblenz, Urteil vom 01.04.2004 – 5 U 844/03 – NJOZ 2004, 2655, 2656.

Zustandes kommen kann.⁹⁴⁴ Das gilt auch dann, wenn der Eingriff im betroffenen Krankenhaus noch nie misslungen ist.⁹⁴⁵

Der Arzt darf die Kenntnis des Patienten von allgemeinen Operationsrisiken, wie beispielweise die Möglichkeit eine Wundinfektion, einen Narbenbruch, eine Thrombose oder eine Embolie zu erleiden, als gegeben voraussetzen.⁹⁴⁶ Das Versagerisiko ist mit diesen allgemeinen Operationsrisiken vergleichbar. Die Versagerquote stellt das gewöhnliche Risiko des Misserfolges dar, welches generell jedem Eingriff anhaftet. Es handelt sich daher nicht um ein spezifisches, sondern lediglich um ein allgemeines Risiko des Eingriffs, welches grundsätzlich nicht im Rahmen der Verlaufs- bzw. Risikoaufklärung aufklärungspflichtig ist.

Fraglich ist jedoch, ob eine andere Betrachtungsweise geboten ist, wenn der Sterilisationseingriff ohne medizinische Notwendigkeit vorgenommen wird. Die Rechtsprechung hat stets den reziproken Zusammenhang zwischen der medizinischen Indikation des Eingriffs und der Intensität der ärztlichen Aufklärungspflicht betont.⁹⁴⁷ Eine „drastische und schonungslose“ Aufklärung wird insbesondere bei kosmetischen Operationen verlangt, da der Eingriff ohne jede medizinische Notwendigkeit erfolgt.⁹⁴⁸

„Je weniger ein ärztlicher Eingriff medizinisch geboten ist, umso ausführlicher und eindrücklicher ist der Patient, dem dieser Eingriff angeraten wird oder den er selbst wünscht, über dessen Erfolgsaussichten und etwaige schädliche Folgen zu informieren. Das gilt in besonderem Maße für kosmetische Operationen, die nicht, jedenfalls nicht in

⁹⁴⁴ Vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 12.11.2009 – 1 U 59/09 – NJW 2010, 1758, 1759; OLG Koblenz, Urteil vom 01.04.2004 – 5 U 844/03 – NJOZ 2004, 2655, 2656; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 284; Ulsenheimer/*Biermann*, Rn. 350.

⁹⁴⁵ OLG Koblenz, Urteil vom 01.04.2004 – 5 U 844/03 – NJOZ 2004, 2655, 2656; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 284; Ulsenheimer/*Biermann*, Rn. 350.

⁹⁴⁶ BGH, Urteil vom 19.11.1985 – VI ZR 134/84 – NJW 1986, 780, 780; BGH, Urteil vom 12.02.1974 – VI ZR 141/72 – NJW 1974, 1422, 1423; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 47; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 330; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 301.

⁹⁴⁷ Zu medizinisch nicht indizierten Eingriffen: BGH, Urteil vom 06.11.1990 – VI ZR 8/90 – NJW 1991, 2349, 2349; OLG Hamm, Urteil vom 29.03.2006 – 6 U 263/05 – VersR 2006, 1511, 1512; OLG Bremen, Urteil vom 04.03.2003 – 3 U 65/02 – VersR 2004, 911, 912; OLG München, Urteil vom 03.09.1993 – 24 U 566/90 – NJW-RR 1994, 20, 20; zu medizinisch relativ indizierten Eingriffen: BGH, Urteil vom 14.01.1997 – VI ZR 30/96 – NJW 1997, 1637, 1638; OLG Oldenburg, Urteil vom 01.10.1996 – 5 U 88/96 – NJW 1997, 1642, 1642.

⁹⁴⁸ OLG Bremen, Urteil vom 04.03.2003 – 3 U 65/02 – VersR 2004, 911, 912; *Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtsblag-Traut/Ratzel*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 95; Ulsenheimer/*Biermann*, Rn. 362. Die Rechtsprechung stellt ähnlich hohe Anforderungen an die ärztliche Aufklärung bei der Anwendung von Neulandmethoden und altruistischen Blutspenden; MAH MedR/*Terbille*, § 1, Rn. 288. Zu den Anforderungen an die Aufklärung bei Anwendung einer Neulandmethode: BGH, Urteil vom 13.06.2006 – VI ZR 323/04 – NJW 2006, 2477, 2478 f. Zu den Anforderungen bei altruistischen Blutspenden: „*Hinsichtlich des Umfangs der Aufklärungspflicht kann die Situation des fremdnützigen Spenders insoweit nicht schlechter sein als diejenige eines Patienten, der sich einem rein kosmetischen Eingriff unterzieht.*“; BGH, Urteil vom 14.03.2006 – VI ZR 279/04 – NJW 2006, 2108, 2108 f.; *Bischoff*, FS-Müller (2009), 189, 193.

erster Linie der Heilung eines körperlichen Leidens dienen, sondern eher einem psychischen und ästhetischen Bedürfnis. Der Patient muss in diesen Fällen darüber unterrichtet werden, welche Verbesserungen er günstigenfalls erwarten kann, und ihm müssen etwaige Risiken deutlich vor Augen gestellt werden, damit er genau abwägen kann, ob er einen etwaigen Misserfolg des ihn immerhin belastenden Eingriffs und darüber hinaus sogar bleibende Entstellungen oder gesundheitliche Beeinträchtigungen in Kauf nehmen will, selbst wenn diese auch nur entfernt als eine Folge des Eingriffs in Betracht kommen. Noch weniger als sonst ist es selbstverständlich, dass er in Unkenntnis dessen, worauf er sich einlässt, dem ärztlichen Eingriff zustimmt, und es gehört andererseits zu der besonderen Verantwortung des Arztes, der eine kosmetische Operation durchführt, seinem Patienten das Für und Wider mit allen Konsequenzen vor Augen zu stellen.⁹⁴⁹

Erfolgt die Sterilisation mit dem alleinigen Ziel, zukünftig auf die Verwendung von Verhütungsmitteln verzichten zu können, liegt ebenfalls keine medizinische Indikation vor.⁹⁵⁰ Der BGH setzt sich mit der Vergleichbarkeit kosmetischer Operationen und Sterilisationseingriffen nicht auseinander.⁹⁵¹ Wird eine Vasektomie ohne medizinische Indikation vorgenommen und kann der Erfolg des Eingriffs erst nach der Durchführung eines Spermioграмms beurteilt werden, soll ein unterbliebener Hinweis darüber allein ein Verstoß gegen die therapeutische Aufklärungspflicht darstellen.⁹⁵² Diese Rechtsprechung überzeugt angesichts der sonstigen Anforderungen an die Selbstbestimmungsaufklärung bei medizinisch nicht indizierten Eingriffen jedoch nicht.

Das OLG Köln wendete im Fall einer Laser-Operation am Auge zur Beseitigung einer herkömmlichen Kurzsichtigkeit (Lasik-Verfahren) die zu kosmetischen Operationen entwickelten Grundsätze an.⁹⁵³ Da die Kurzsichtigkeit der Patientin auch durch das Tragen von Kontaktlinsen oder einer Brille hätte korrigiert werden können und eine medizinische Indikation für den Eingriff nicht vorlag, war die Laser-Operation nach Auffassung des Gerichts mit einer kosmetischen Operation vergleichbar.⁹⁵⁴ Auch das LG Bochum hat vor einer Lasertherapie (Lasik-Verfahren) zur Behebung einer äquatorialen Netzhautdegeneration eine „intensive und schonungslose Aufklärung“ des Patienten gefordert, da eine Nähe zu kosmetischen Operationen bestünde.⁹⁵⁵

⁹⁴⁹ BGH, Urteil vom 06.11.1990 – VI ZR 8/90 – NJW 1991, 2349, 2349; siehe auch Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 95.

⁹⁵⁰ Vgl. Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 13, Rn. 96; Ulsenheimer/Biermann, Rn. 365.

⁹⁵¹ Vgl. BGH, Urteil vom 27.06.1995 – VI ZR 32/94 – NJW 1995, 2407, 2407 ff.

⁹⁵² BGH, Urteil vom 27.06.1995 – VI ZR 32/94 – NJW 1995, 2407, 2408.

⁹⁵³ OLG Köln, Urteil vom 12.08.2009 – 5 U 47/09 – MedR 2010, 716 ff.

⁹⁵⁴ OLG Köln, Urteil vom 12.08.2009 – 5 U 47/09 – MedR 2010, 716, 717.

⁹⁵⁵ LG Bochum, Urteil vom 24.07.2013 – 6 O 252/12 – juris, Rn. 41.

Diese Überlegungen können jedoch ohne weiteres auf medizinisch nicht indizierte Sterilisationseingriffe übertragen werden. Eine Schwangerschaft könnte durch die Anwendung konventioneller Verhütungsmethoden ebenfalls effektiv verhindert werden. Die Nähe zu kosmetischen Operationen ist in gleicher Weise gegeben. Dass der Augenarzt bei einer Laser-Operation eine Selbstbestimmungsaufklärung über das Misserfolgsrisiko und die Möglichkeit eine Brille oder Kontaktlinsen zu tragen durchführen muss, gleichzeitig aber bei Sterilisationseingriffen eine Verpflichtung des Arztes zur Selbstbestimmungsaufklärung über die Versagerquote und bestehende Verhütungsalternativen abgelehnt wird, kann vor diesem Hintergrund nicht überzeugen.

III. Die Pflicht zur nachträglichen „Selbstbestimmungs- und Sicherungsaufklärung“

Nach einer Entscheidung des BGH kann sich die Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung in eine Pflicht zur nachträglichen Selbstbestimmungs- und Sicherungsaufklärung umwandeln.⁹⁵⁶

Die Klägerin war der Auffassung, sich durch ihren Ehemann eine HIV-Infektion zugezogen zu haben und verlangte von dem beklagten Krankenhausträger die Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes und die Feststellung der Ersatzpflicht für zukünftige materielle Schäden. Der Ehemann der Klägerin war 1985 nach einem Motorradunfall im Krankenhaus der Beklagten behandelt worden. Dabei wurden ihm unter anderem HIV-kontaminierte Blutprodukte verabreicht. Im Jahr 1988 wurde infolgedessen eine HIV-Infektion bei dem Ehemann der Klägerin diagnostiziert. Nachdem das Berufungsgericht der Klage stattgegeben hatte, wies der BGH die Revision des Beklagten und seines Streithelfers ab.⁹⁵⁷

Angesichts der erheblichen Beeinträchtigungen, die mit einer HIV-Infektion und AIDS-Erkrankung verbunden seien, sei eine Risikoaufklärung über die bei einer Bluttransfusion bestehenden Infektionsgefahren notwendig gewesen.⁹⁵⁸ Könne eine präoperative Aufklärung aufgrund einer Notfallsituation, beispielsweise weil der Patient nicht ansprechbar ist, nicht durchgeführt werden, wandle sich die Aufklärungspflicht des Arztes „zu einer Pflicht zur alsbaldigen nachträglichen Selbstbestimmungs- und Sicherungsaufklärung“, wenn für den Patienten und dessen Kontaktpersonen lebensgefährliche Risiken bestehen.⁹⁵⁹ Zur Begründung verwies der BGH auf die Pflicht von Ärzten und Krankenhausträgern, mit größtmöglicher Sorgfalt eine Schädigung des Patienten

⁹⁵⁶ BGH, Urteil vom 14.06.2005 – VI ZR 179/04 – NJW 2005, 2614 ff. = VersR 2005, 1238 ff.

⁹⁵⁷ Zum Vorstehenden: BGH, Urteil vom 14.06.2005 – VI ZR 179/04 – NJW 2005, 2614, 2614 f.

⁹⁵⁸ BGH, Urteil vom 14.06.2005 – VI ZR 179/04 – NJW 2005, 2614, 2616.

⁹⁵⁹ BGH, Urteil vom 14.06.2005 – VI ZR 179/04 – NJW 2005, 2614, 2617.

durch eine Behandlung zu verhindern.⁹⁶⁰ Im konkreten Fall habe daher die Pflicht bestanden, eine Verbreitung gefährlicher Infektionen zu verhindern.⁹⁶¹

Auch in der Literatur wird in Anlehnung an die Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass sich eine Pflicht zur präoperativen Risikoaufklärung in einer Pflicht zur nachträglichen Selbstbestimmungs- und Sicherungsaufklärung fortsetzen kann, wenn eine Aufklärung vor dem Eingriff nicht durchgeführt werden konnte.⁹⁶² Die Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung stelle sich nach dem Eingriff als therapeutische Aufklärung dar, auch wenn sie als nachträgliche Selbstbestimmungs- und Sicherungsaufklärung bezeichnet wird.⁹⁶³ Teilweise wird allein auf eine „präoperative Sicherungsaufklärung (therapeutische Aufklärung)“ abgestellt.⁹⁶⁴ Diese würde sich in eine „Pflicht zur nachträglichen Sicherungsaufklärung“ wandeln, wenn der Patient nicht vor dem Eingriff aufgeklärt werden konnte und lebensgefährliche Risiken für diesen oder dessen Kontaktpersonen bestehen.⁹⁶⁵

Vor einer Bluttransfusion muss der Patient im Rahmen der Risikoaufklärung über die mit der Bluttransfusion verbundenen Risiken aufgeklärt werden. Nur wenn er das Für und Wider des Eingriffs kennt und hierzu gehören auch die Risiken, die mit der Transfusion von Blut verbunden sind, kann er abwägen, ob für ihn persönlich das Nutzen-Risiko-Profil der Behandlung akzeptabel ist. Darüber hinaus ist der Patient unter dem Aspekt der Gefahrenvorsorge darauf hinzuweisen, dass er nach dem Eingriff einen HIV-Test durchführen und zum Schutz seiner Kontaktpersonen bestimmte Maßnahmen ergreifen muss. Insofern handelt es sich um eine therapeutische Aufklärung. Dass sich die unterschiedlichen ärztlichen Aufklärungspflichten nicht gegenseitig ausschließen, sondern auch nebeneinander bestehen können, wurde bereits an anderer Stelle gezeigt. Auch hier bestehen Verpflichtungen des Arztes zur therapeutischen Aufklärung und zur Selbstbestimmungsaufklärung nebeneinander.

Die Verpflichtung zur Selbstbestimmungsaufklärung beinhaltet einen Hinweis auf das bestehende Infektionsrisiko bei einer Bluttransfusion. Gegenstand der therapeutischen Aufklärung ist dagegen der Hinweis auf die Notwendigkeit der Durchführung eines HIV-Tests und der Verwendung von Verhütungsmitteln, um eine Gefährdung des Patienten und seiner Kontaktpersonen ausschließen zu können. Da der Patient lediglich postoperativ einen HIV-Test durchführen und zum Schutz seiner Kontaktpersonen kurzweilig Schutzmaßnahmen ergreifen muss, liegt auch keine, im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung aufklärungs-pflichtige, Gesamtbelastung vor. Über diese Maßnahmen ist der Patient lediglich

⁹⁶⁰ BGH, Urteil vom 14.06.2005 – VI ZR 179/04 – NJW 2005, 2614, 2617.

⁹⁶¹ BGH, Urteil vom 14.06.2005 – VI ZR 179/04 – NJW 2005, 2614, 2617.

⁹⁶² *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 117; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 41.

⁹⁶³ Wenzel, FA-MedR/*Wenzel*, Kapitel 4, Rn. 285.

⁹⁶⁴ *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 1381.

⁹⁶⁵ *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 1381.

unter dem Aspekt der Gefahrenvorsorge zu informieren. Im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung muss dem Patienten daher nur das bei der Bluttransfusion bestehende Infektionsrisiko mitgeteilt werden. Der Arzt müsste dem Patienten das Krankheitsbild einer HIV-Infektion und AIDS-Erkrankung näher erläutern, wenn dieser hiervon erkennbar keine Kenntnis hat oder entsprechende Nachfragen anstellt, da er anderenfalls die Gefahren des Eingriffs nicht bewerten kann. Ein Hinweis über die Notwendigkeit einer postoperativen HIV-Testung wäre jedoch auch in diesem Fall nicht notwendig, da eine Bedeutung für die Selbstbestimmung des Patienten nicht bestünde.

Folglich kommt es vorliegend nicht zu einer inhaltlichen Überschneidung. Die ärztlichen Aufklärungspflichten bestehen mit unterschiedlichem Inhalt nebeneinander. Das hat zunächst Bedeutung für den gebotenen Aufklärungszeitpunkt. Anders als die Selbstbestimmungsaufklärung kann die therapeutische Aufklärung unproblematisch nach dem Eingriff durchgeführt werden, da ihr Ziel, nämlich Gefahren von dem Patienten und seinen Kontaktpersonen abzuwenden, immer noch erreicht werden kann. Eine Pflicht zu einer „präoperativen Sicherungsaufklärung“ ist daher abzulehnen.⁹⁶⁶ Des Weiteren kann sich die Pflicht zur präoperativen Risikoaufklärung nicht in eine Pflicht zur postoperativen therapeutischen Aufklärung umwandeln, wenn der Patient vor dem Eingriff aufgrund eines Notfalls nicht aufgeklärt werden konnte.⁹⁶⁷ Denn der Zweck der Risikoaufklärung, dem Patienten eine eigenverantwortliche Entscheidung über die Durchführung einer Bluttransfusion zu ermöglichen, kann nicht mehr nachgeholt werden.⁹⁶⁸ Eine nachträgliche Risikoaufklärung wäre schlichtweg sinnlos.⁹⁶⁹

IV. Die Abgrenzung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung bei echten Behandlungsalternativen

Oftmals stellt sich die Frage, ob anstatt oder nach einer konservativen Behandlung eine operative Methode zur Anwendung kommt.⁹⁷⁰ Gem. § 630e Abs. 1 S. 3 BGB ist eine Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten über Behandlungsalternativen erforderlich, „wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können“.

Teilweise ordnet die Rechtsprechung die Aufklärung des Patienten darüber, dass neben der konservativen auch eine operative Behandlung in Betracht kommt,

⁹⁶⁶ Vgl. *Martis/Winkhart*, *Arzthaftungsrecht*, A 1381.

⁹⁶⁷ KG, *Teilurteil vom 25.11.2013 – 20 U 49/12 – juris*, Rn. 69; *Kraatz*, *NStZ-RR* 2015, 97, 100.

⁹⁶⁸ KG, *Teilurteil vom 25.11.2013 – 20 U 49/12 – juris*, Rn. 69; *Kraatz*, *NStZ-RR* 2015, 97, 100.

⁹⁶⁹ KG, *Teilurteil vom 25.11.2013 – 20 U 49/12 – juris*, Rn. 69; *Kraatz*, *NStZ-RR* 2015, 97, 100.

⁹⁷⁰ Vgl. BGH, *Urteil vom 22.02.2000 – VI ZR 100/99 – NJW* 2000, 1788 f.; *Martis/Winkhart*, *Arzthaftungsrecht*, A 1257 f.

dem Bereich der therapeutischen Aufklärung zu.⁹⁷¹ Kommen mehrere diagnostische oder therapeutische Verfahren in Betracht und sind mit den Verfahren jeweils unterschiedliche Risiken verbunden, habe der Patient eine echte Wahlmöglichkeit, über die er im Rahmen der therapeutischen Aufklärung informiert werden müsse.⁹⁷² Im konkreten Fall wurde der Kläger während einer medikamentösen Behandlung nicht auf die neuartige und vielversprechende Möglichkeit einer Knochenmarkstransplantation hingewiesen.⁹⁷³ Da es sich nicht um die Folgen eines ärztlichen Eingriffs, sondern um die Folgen der Unterlassung einer alternativen Behandlung handele, sei der Bereich der therapeutischen Aufklärungspflicht eröffnet.⁹⁷⁴ In einem anderen Fall wurde eine Pflicht zur „Eingriffsaufklärung“ mit der Begründung abgelehnt, dass eine konservative Behandlung auf die selbstheilenden Kräfte des Körpers setze und keinen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Patienten darstelle.⁹⁷⁵ Für die Abgrenzung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung muss jedoch auch hier auf den mit der Aufklärung verfolgten Zweck abgestellt werden.⁹⁷⁶ Die Aufklärung über eine echte Wahlmöglichkeit soll den Patienten in die Lage versetzen, selbstbestimmt darüber entscheiden zu können, ob bzw. welche Behandlung erfolgen soll.⁹⁷⁷ Deshalb muss der Patient auch bei einer konservativen Therapie, die erhebliche Nachteile und Risiken im Vergleich zu einer Operation bietet, im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung über die bestehende Behandlungsalternative aufgeklärt werden.⁹⁷⁸ Wird eine solche Selbstbestimmungsaufklärung nicht durchgeführt, ist die Einwilligung des Patienten unwirksam und die Behandlung rechtswidrig.⁹⁷⁹ Im Ergebnis ist die Aufklärung über echte Behandlungsalternativen generell dem Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung zuzuordnen.⁹⁸⁰

⁹⁷¹ OLG Nürnberg, Urteil vom 27.05.2002 – 5 U 4225/00 – VersR 2003, 1444, 1445; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 684.

⁹⁷² OLG Nürnberg, Urteil vom 27.05.2002 – 5 U 4225/00 – VersR 2003, 1444, 1444 Ls.; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 684.

⁹⁷³ OLG Nürnberg, Urteil vom 27.05.2002 – 5 U 4225/00 – VersR 2003, 1444, 1445.

⁹⁷⁴ OLG Nürnberg, Urteil vom 27.05.2002 – 5 U 4225/00 – VersR 2003, 1444, 1445.

⁹⁷⁵ OLG Nürnberg, Urteil vom 06.11.2000 – 5 U 2333/00 – VersR 2002, 580, 580.

⁹⁷⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 313/03 – NJW 2005, 1718, 1718.

⁹⁷⁷ BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 313/03 – NJW 2005, 1718, 1718; BGH, Urteil vom 22.02.2000 – VI ZR 100/99 – NJW 2000, 1788, 1789.

⁹⁷⁸ OLG Braunschweig, Urteil vom 18.01.2007 – 1 U 24/06 – juris, 1. Ls.

⁹⁷⁹ OLG Braunschweig, Urteil vom 18.01.2007 – 1 U 24/06 – juris, 1. Ls.

⁹⁸⁰ BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 313/03 – NJW 2005, 1718, 1718; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, A 684.

V. Zusammenfassung der unterschiedlichen Abgrenzungskonstellationen

Grundsätzlich ist die Durchführung einer therapeutischen Aufklärung ausreichend, wenn der Risikoeintritt durch ein therapiegerechtes Verhalten des Patienten gänzlich ausgeschlossen werden kann. In diesen Fällen geht es ausschließlich darum, den Therapieerfolg sicherzustellen und Selbstgefährdungen des Patienten zu vermeiden (therapeutische Aufklärung). Hierzu zählt beispielsweise die Möglichkeit eine Karieserkrankung durch eine ausreichende Zahnpflege zu verhindern.

Es muss jedoch stets danach gefragt werden, ob das im Rahmen der Compliance verlangte Verhalten eine Gesamtbelastung erreicht, deren Kenntnis sich auf die Entscheidung des Patienten, ob er sich überhaupt einer Behandlung unterziehen möchte, auswirken würde. Wird diese Schwelle überschritten, muss der Patient bereits im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung über die zu erwartende Gesamtbelastung aufgeklärt werden. Eine derartige Gesamtbelastung liegt beispielsweise vor, wenn ein starker Raucher therapiebedingt dauerhaft auf Nikotin verzichten muss. Gleiches gilt, wenn eine Sterilisation ohne medizinische Indikation vorgenommen wird und der Patient weiterhin Verhütungsmittel verwenden muss. In diesen Konstellationen ist sowohl eine Selbstbestimmungsaufklärung als auch eine therapeutische Aufklärung des Patienten notwendig.

Die mit der Behandlung verbundenen Risiken sind jedoch nicht immer eindeutig vermeidbar oder unvermeidbar. Oftmals liegen Risiken vor, die nicht gänzlich verhindert, deren Eintrittswahrscheinlichkeiten aber durch ein therapiegerechtes Verhalten verringert werden können. Auch wenn in diesen Konstellationen eine aufklärungsbedürftige Gesamtbelastung nicht vorliegt, kann es zu einer inhaltlichen Überschneidung der ärztlichen Aufklärungspflichten kommen. Der Patient muss im Rahmen der Risikoauflklärung zunächst auf das Risiko als solches hingewiesen werden. Darüber hinaus ist eine therapeutische Aufklärung erforderlich, die den Patienten zu einem therapiegerechten Verhalten anleitet und so die Wahrscheinlichkeit der Risikoverwirklichung verringert.

Neuntes Kapitel: Die Anspruchskonkurrenz bei Verstößen gegen die Selbstbestimmungsaufklärung und die therapeutische Aufklärung

Die gegenständliche Überschneidung von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung wirkt sich auf die in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen des Patienten aus. Wird eine ordnungsgemäße Aufklärung des Patienten versäumt, können parallel Behandlungs- und Aufklärungsfehler vorliegen.⁹⁸¹ Das hat Bedeutung für die in § 630h BGB normierten Beweislastregeln. Möglicherweise greift neben der Beweislastregelung des § 630h Abs. 2 BGB auch die Beweislastumkehr des § 630h Abs. 5 S.1 BGB.⁹⁸²

In diesem Zusammenhang muss berücksichtigt werden, dass es sich bei der Haftung wegen eines Behandlungs- bzw. eines Aufklärungsfehlers jeweils um eigenständige Haftungsgründe handelt.⁹⁸³ Die Beweislastregelung des § 630h Abs. 2 BGB, wonach die Behandlungsseite die ordnungsgemäße Aufklärung und Einholung einer wirksamen Einwilligung zu beweisen hat, gilt ausschließlich für

⁹⁸¹ *Uphoff/Hindemith*, in: Ratzel/Lissel, *Medizinschadensrecht*, § 4, Rn. 140.

⁹⁸² Vgl. *Spickhoff/Spickhoff*, § 630c BGB, Rn. 12.

⁹⁸³ Vgl. *Wenzel/Simmler*, *Arzthaftungsprozess*, Kap. 2, Rn. 1671.

den Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung.⁹⁸⁴ Zwar findet sich auch ein Teil der Informationspflichten des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB im Katalog der Aufklärungspflichten des § 630e Abs. 1 S. 2 BGB wieder, jedoch gilt das nicht für den Bereich der therapeutischen Aufklärung.⁹⁸⁵

Umgekehrt darf, wenn es um die Frage geht, ob ein grober Behandlungsfehler vorliegt, nicht darauf abgestellt werden, ob zugleich auch ein Verstoß gegen die Selbstbestimmungsaufklärung vorliegt.⁹⁸⁶ Gem. § 630h Abs. 5 S. 1 BGB wird die haftungsbegründende Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Primärschaden vermutet, wenn der Verstoß gegen die therapeutische Aufklärungspflicht einen groben Behandlungsfehler darstellt. Bei Versäumnissen im Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung wird nicht zwischen einfachen und groben Verstößen unterschieden.⁹⁸⁷ Die Einwilligung des Patienten in die Behandlung ist insgesamt wirksam oder infolge einer unzureichenden Selbstbestimmungsaufklärung insgesamt unwirksam.⁹⁸⁸ Für die Figur eines „groben Aufklärungsfehlers“ ist kein Raum.⁹⁸⁹ Die Beweislastumkehr des § 630h Abs. 5 BGB beschränkt sich daher auf den Bereich des Behandlungsfehlers und greift nicht, soweit der Patient Ansprüche wegen eines Verstoßes gegen die Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung geltend macht.⁹⁹⁰

Im Ergebnis können dem Patienten nebeneinander Ansprüche wegen eines Behandlungs- und Aufklärungsfehlers zustehen, wenn Versäumnisse sowohl im Bereich der therapeutischen Aufklärung als auch der Selbstbestimmungsaufklärung vorliegen.⁹⁹¹ Die bei Behandlungs- und Aufklärungsfehlern infrage kommenden Beweiserleichterungen gelten jedoch nicht kumulativ, sondern lediglich für den jeweils einschlägigen Haftungsgrund.

⁹⁸⁴ MüKoBGB/Wagner, § 630c BGB, Rn. 25 u. § 630h BGB, Rn. 35; Spickhoff/Spickhoff, § 630h BGB, Rn. 7.

⁹⁸⁵ Vgl. Spickhoff/Spickhoff, § 630h BGB, Rn. 7.

⁹⁸⁶ BGH, Urteil vom 10.03.1987 – VI ZR 88/86 – NJW 1987, 2291, 2292; MedR-Komm/Katzenmeier, § 286 ZPO, Rn. 45.

⁹⁸⁷ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, C 130, 149.

⁹⁸⁸ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, C 130, 149.

⁹⁸⁹ Frabm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht, Rn. 229; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, C 130, 149; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, A 2269.

⁹⁹⁰ Vgl. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, C 130, 149.

⁹⁹¹ Upbhoff/Hindemith, in: Ratzel/Lissel, Medizinschadensrecht, § 4, Rn. 140.

Zehntes Kapitel: Schlussbetrachtung

- Medizinische Maßnahmen, die in die körperliche Integrität des Patienten eingreifen oder dessen persönlichkeitsrechtlich geschützte Interessen betreffen, bedürfen gem. § 630d Abs. 1 S. 1 BGB der vorherigen Einwilligung des Patienten.
- Gem. § 630e Abs. 1 S. 1 BGB müssen dem Patienten im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung sämtliche, für die Einwilligung wesentlichen Umstände mitgeteilt werden. So soll dem Patienten die Möglichkeit eröffnet werden, eigenverantwortlich darüber zu entscheiden, ob er sich der in Rede stehenden Maßnahme unterziehen möchte. Versäumnisse in diesem Bereich stellen einen sog. Aufklärungsfehler dar.
- Die Beweislast dafür, dass der Patient eine ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung erhalten hat und seine Einwilligung eingeholt wurde, liegt gem. § 630h Abs. 2 S. 1 BGB auf der Behandlungsseite.
- Die therapeutische Aufklärung soll durch die Erteilung entsprechender Warn- und Schutzhinweise Selbstgefährdungen des Patienten vermeiden und den Behandlungserfolg sicherstellen. Versäumnisse in diesem Bereich stellen einen sog. Behandlungsfehler dar.

- Macht der Patient Ansprüche wegen eines Verstoßes gegen die therapeutische Aufklärungspflicht geltend, trägt er grundsätzlich die Beweislast. Liegen die Voraussetzungen eines groben Behandlungsfehlers vor, wird jedoch gem. § 630h Abs. 5 S. 1 BGB die haftungsbegründende Kausalität vermutet.
- Versäumnisse bei der ärztlichen Dokumentation können sich auf die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess auswirken. Hat der Behandelnde eine dokumentationspflichtige Maßnahme nicht dokumentiert, wird gem. § 630h Abs. 3 BGB vermutet, dass die Maßnahme unterblieben ist. Ob eine Maßnahme dokumentationspflichtig ist, hängt davon ab, ob eine Dokumentation aus medizinischen Gründen erforderlich ist.
- Unter medizinischen Gesichtspunkten ist weder die Dokumentation der Selbstbestimmungsaufklärung noch der therapeutischen Aufklärung erforderlich. Dennoch nimmt die Rechtsprechung vermehrt Dokumentationspflichtverletzungen an, wenn eine Dokumentation der therapeutischen Aufklärung versäumt wurde.
- Da der ärztlichen Dokumentation jedoch keine Beweissicherungsfunktion zukommt, sind Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutische Aufklärung generell nicht dokumentationspflichtig.
- Die Beweisprobleme des Patienten, wenn es darum geht einen Verstoß gegen die therapeutische Aufklärungspflicht zu beweisen, machen eine generelle Beweislastumkehr hinsichtlich der Pflichtverletzung nicht erforderlich. Es muss jedoch berücksichtigt werden, dass für den Arzt Möglichkeiten der Beweisvorsorge bestehen, auf die der Patient nicht zurückgreifen kann.
- Die Beweisführung kann dem Patienten dadurch erleichtert werden, dass dem Arzt eine erhöhte Substantiierungslast auferlegt wird. Von ihm kann verlangt werden, dass er nähere Angaben dazu macht, wie er den Patienten therapeutisch aufgeklärt haben will. Ein substantiierter Vortrag wird dem Arzt regelmäßig nur gelingen, wenn er das therapeutische Aufklärungsgespräch dokumentiert hat. Vor dem Hintergrund, dass die therapeutische Aufklärung nicht dokumentationspflichtig ist, kann das Fehlen einer solchen Dokumentation nicht einen Dokumentationsfehler bedeuten. Gelingt dem Arzt ein substantiierter Vortrag nicht, gilt das Vorbringen des Patienten gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.
- Darüber hinaus kann die besondere Konstellation eines Vier-Augen-Gesprächs eine erweiterte Anwendung des § 448 ZPO erforderlich

machen. Hat der Patient nur sich selbst als Beweismittel, kann es geboten sein, dass die Partei selbst vernommen wird. In diesem Fall darf für die Anwendbarkeit des § 448 ZPO nicht starr darauf abgestellt werden, dass für die Richtigkeit der Angaben des Klägers eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht.

- Die Selbstbestimmungsaufklärung und die therapeutische Aufklärung lassen sich nach dem mit der Aufklärung verfolgten Zweck abgrenzen.
- Allerdings sind auch Konstellationen denkbar, in denen die Aufklärung des Patienten sowohl unter dem Gesichtspunkt der Selbstbestimmungsaufklärung als auch der therapeutischen Aufklärung erfolgt. Eine gegenständliche Überschneidung kommt insbesondere in Betracht, wenn belastende Nebenwirkungen mitgeteilt und gleichzeitig Hinweise zu ihrer Vermeidung erteilt werden sollen.
- Zudem muss stets danach gefragt werden, ob das im Rahmen der Compliance verlangte Verhalten eine Gesamtbelastung erreicht, deren Kenntnis sich auf die Entscheidung des Patienten, ob er sich überhaupt einer Behandlung unterziehen möchte, auswirken würde. In einem solchen Fall muss der Patient bereits im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung auf die zu erwartende Gesamtbelastung hingewiesen werden.
- Liegen Versäumnisse sowohl im Bereich der therapeutischen Aufklärung als auch der Selbstbestimmungsaufklärung vor, können dem Patienten nebeneinander Ansprüche wegen eines Behandlungs- und Aufklärungsfehlers zustehen. Es muss berücksichtigt werden, dass es sich jeweils um eigenständige Haftungsgründe handelt. Die Beweislastregelung des § 630h Abs. 2 BGB, wonach die Behandlungsseite die ordnungsgemäße Aufklärung und Einholung einer wirksamen Einwilligung zu beweisen hat, gilt daher ausschließlich für den Bereich der Aufklärungsfehlerhaftung. Umgekehrt kommt eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Kausalzusammenhangs gem. § 630h Abs. 5 S. 1 BGB nur im Rahmen der Behandlungsfehlerhaftung in Betracht.

Literaturverzeichnis

- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 2 (§§ 611-1296), 3. Auflage, München 2012.
- Baumgärtel, Gottfried/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hans* (Hrsg.), Handbuch der Beweislast: Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht Besonderer Teil III, 3. Auflage, Köln 2010 (zitiert: *Baumgärtel/Bearbeiter*, Handbuch der Beweislast: Schuldrecht BT III).
- Baumgärtel, Gottfried/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hans*, Handbuch der Beweislast: Grundlagen, 2. Auflage, Köln 2009 (zitiert: *Baumgärtel/Bearbeiter*, Handbuch der Beweislast: Grundlagen).
- Bazan, Markus/Dann, Matthias/Errestink, Dirk* (Hrsg.), Rechtshandbuch für Ärzte und Zahnärzte: Berufsrecht, Vergütung, Betriebswirtschaft, Steuern, Compliance, Haftung, München 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Bazan/Dann/Errestink*, Rechtshandbuch für Ärzte und Zahnärzte).
- Bäume, Stefan/Dahm, Franz-Josef*, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den ärztlichen Bereich, MedR 2004, 645 ff.
- Bender, Albrecht W.*, Der Umfang der ärztlichen Dokumentationspflicht – Ein weiterer Schritt der Verrechtlichung, VersR 1997, 918 ff.

- Bergmann, Karl Otto/Pauge, Burkhard/Steinmeyer, Heinz-Dietrich*, Gesamtes Medizinrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2014.
- Bergmann, Karl Otto/Wever, Carolin*, Anmerkung zu OLG Oldenburg, Beschluss vom 29.11.2011 – 5 U 80/11, MedR 2012, 179 f.
- Bischoff, Rolf*, Die Aufklärung vor Schönheitsoperationen und ähnlichen Eingriffen, in: *Greiner, Hans-Peter/Gross, Norbert/Nehm, Kay/Spickhoff, Andreas* (Hrsg.), *Neminem, laedere: Aspekte des Haftungsrechts: Festschrift für Gerda Müller zum 65. Geburtstag am 26. Juni 2009*, S. 189 ff.
- Borgmann, Brigitte/Jungk, Antje/Schwaiger, Michael*, *Anwaltshaftung: Systematische Darstellung der Rechtsgrundlagen für die anwaltliche Berufstätigkeit*, 5. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltshaftung*).
- Brüggemeier, Gert*, *Prinzipien des Haftungsrechts: Eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Baden-Baden 1999 (zitiert: *Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts*).
- ders.*, *Deliktsrecht*, Baden-Baden 1986.
- Buschmann, Till Egbert*, *Die ärztliche Aufklärungspflicht, vornehmlich in der Fortpflanzungsmedizin*, Diss. Köln 1998 (zitiert: *Buschmann, Die ärztliche Aufklärungspflicht*).
- Debong, Bernhard*, *Wofür haftet der Chefarzt?*, *ArztR* 1995, 71 ff.
- Deutsch, Erwin*, *Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten*, *NJW* 1980, 1305 ff.
- ders.*, *Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht*, *NJW* 1984, 1802 f.
- ders.*, *Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes: Ethische und rechtliche Grundlagen der Information des Patienten*, in: *Doerr, Wilhelm/Jacob, Wolfgang/Laufs, Adolf*, *Recht und Ethik der Medizin*, Berlin 1982, S. 92 ff. (zitiert: *Deutsch, Theorie der Aufklärungspflicht*).
- Deutsch, Erwin/Geiger, Michael*, *Medizinischer Behandlungsvertrag: Empfiehlt sich eine besondere Regelung der zivilrechtlichen Beziehung zwischen dem Patienten und dem Arzt im BGB?*, in: *Bundesminister der Justiz* (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band 2, Köln 1981, S. 1049 ff. (zitiert: *Deutsch/Geiger, Medizinischer Behandlungsvertrag*, in: *BMJ, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band 2, 1981).

- Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas*, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 7. Auflage, Heidelberg 2014.
- Ehlers, Alexander P. F.*, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen: Bestandsaufnahme und Kritik, Köln 1987 (zitiert: *Ehlers*, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen).
- Eisner, Beat*, Die Aufklärungspflicht des Arztes: Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA, Bern 1992 (zitiert: *Eisner*, Die Aufklärungspflicht des Arztes).
- Engisch, Karl*, Heileingriff und ärztliche Aufklärung, in: *Engisch, Karl/Hallermann, Wilhelm*, Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, Darmstadt 1970, S. 1 ff. (zitiert: *Engisch*, Heileingriff und ärztliche Aufklärung).
- Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG und WEG: *Westermann, Harm Peter/Grünwald, Barbara/Maier-Reimer, Georg* (Hrsg.), 14. Auflage, Köln 2014.
- Fastenrath, Jörg*, Arzthaftpflichtprozeß und Beweislastverteilung, Frankfurt am Main 1990.
- Fehn, Karsten*, Der medizinische Heileingriff als Körperverletzung und die strafrechtliche Bedeutung von Aufklärungsmängeln im Überblick, GesR 2009, 11 ff.
- Frahm, Wolfgang/Nixdorf, Wolfgang/Walter, Alexander*, Arzthaftungsrecht: Leitfaden für die Praxis, 5. Auflage, Karlsruhe 2013 (zitiert: *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht).
- Franke, Robert/Hart, Dieter*, Charta der Patientenrechte, Baden-Baden 1999.
- Franzkei, Dominik*, Der Behandlungsvertrag: Ein neuer Vertragstypus im Bürgerlichen Gesetzbuch, Göttingen 2014 (zitiert: *Franzkei*, Der Behandlungsvertrag).
- Franzkei, Harald*, Der Arzthaftungsprozess: Ein Leitfaden für die Praxis unter Berücksichtigung der Rechtsprechung, Karlsruhe 1984 (zitiert: *Franzkei*, Der Arzthaftungsprozess).
- Geilen, Gerd*, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, Bielefeld 1963.
- Geiß, Karlmann/Greiner, Hans-Peter*, Arzthaftpflichtrecht, 7. Auflage, München 2014.
- Gebrlein, Markus*, Grundwissen Arzthaftungsrecht, 2. Auflage, München 2015.

- ders.*, Grundriss der Arzthaftpflicht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2. Auflage, München 2006 (zitiert: *Gehrlein*, Grundriss der Arzthaftpflicht).
- Giebel, Gerald D./Wienke, Albrecht/Sauerborn, Jürgen/Edelmann, Martin/Mennigen, Rudolf/Dievenich, Anne*, Das Aufklärungsgespräch zwischen Wollen, Können und Müssen: Wege vom richterlichen Aufklärungspflichtverschulden zum ärztlichen Aufklärungsstandard, NJW 2001, 863 ff.
- Giesen, Richard*, Aktuelle Probleme des Arzthaftungsrechts, MedR 1997, 17 ff.
- Glatz, Christian*, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung: Eine Untersuchung über die ärztliche Hinweispflicht in Deutschland und den Vereinigten Staaten, Berlin 1998 (zitiert: *Glatz*, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung).
- Gottwald, Peter*, Grundprobleme der Beweislastverteilung, JURA 1980, 225 ff.
- Graf, Ute*, Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess, München 2001.
- Greiner, Hans-Peter*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den voll beherrschbaren Risiken im Arzthaftungspflichtrecht, in: *Greiner, Hans-Peter/Gross, Norbert/Nehm, Kay/Spickhoff, Andreas* (Hrsg.), Neminem, laedere: Aspekte des Haftungsrechts: Festschrift für Gerda Müller zum 65. Geburtstag am 26. Juni 2009, S. 213 ff.
- Groß, Werner*, Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Haftungs- und Schadensrecht, VersR 1996, 657 ff.
- ders.*, Ärztliche Dokumentation und die beweisrechtliche Bedeutung ihrer Mängel im Haftpflichtprozess, in: *Greiner, Hans-Peter/Gross, Norbert/Nehm, Kay/Spickhoff, Andreas* (Hrsg.), Neminem, laedere: Aspekte des Haftungsrechts: Festschrift für Gerda Müller zum 65. Geburtstag am 26. Juni 2009, S. 227 ff.
- Hart, Dieter*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, Stuttgart 1990.
- Hassner, Florian A.*, Ärztliche Selbstbestimmungsaufklärung und zivilrechtliche Haftung: Aktuelle Rechtsprechung und Entwurf eines Patientenrechtegesetzes, VersR 2013, 23 ff.
- Hausch, Axel*, Beweisprobleme bei der therapeutischen Aufklärung; VersR 2007, 167 ff.
- ders.*, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis: Eine kritische Bestandsaufnahme, Karlsruhe 2007 (zitiert: *Hausch*, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis).

- ders.*, Vom therapierenden zum dokumentierenden Arzt, *VersR* 2006, 612 ff.
- Hauschild, Armin*, Der Maßstab für die ärztliche Aufklärung im amerikanischen, englischen und deutschen Recht, Baden-Baden 1994.
- Heberer, Jörg/Butzmann, Oliver/Eicher, Marco/Hüttl, Peter*, Organtransplantation, Patientenverfügung, Aufklärung und Einwilligung: Medizinrecht für Ärzte, Heidelberg 2013 (zitiert: *Heberer/Butzmann/Eicher/Hüttl*: Organtransplantation, Patientenverfügung, Aufklärung und Einwilligung).
- Helbron, Hanja*, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, München 2001.
- Herrmann, Joachim*, Soll ein Krebspatient über seine Diagnose aufgeklärt werden?, *MedR* 1988, 1 ff.
- Holst, Jens*, Therapietreue: „Auch eine Bringschuld des Versorgungssystems“, *DÄBl.* 2007, A 996 ff.
- Hoppe, Jürgen*, Der Zeitpunkt der Aufklärung des Patienten – Konsequenzen der neuen Rechtsprechung, *NJW* 1998, 782 ff.
- Jaeger, Lothar*, Patientenrechtegesetz: Kommentar zu §§ 630a bis 630h BGB, Karlsruhe 2013 (zitiert: *Jaeger*, Patientenrechtegesetz).
- ders.*, Ärztliche Dokumentation vor und nach dem Patientenrechtegesetz, in: *Wandt, Manfred/Reiff, Peter/Looschelders, Dirk/Bayer, Walter* (Hrsg.), Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht: Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag, Karlsruhe 2014, S. 635 ff.
- Jung, Eberhard*, Das Recht auf Gesundheit, München 1982.
- Jürgens, Ute*, Arzneimitteltherapie: Empathie fördert Motivation, *BÄBl.* 2009, 115.
- Katzenmeier, Christian*, Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, *NJW* 2013, 817 ff.
- ders.*, Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie: Eine kritische Betrachtung des Patientenrechtegesetz-Regierungsentwurfs, *MedR* 2012, 576 ff.
- ders.*, Arzthaftung, Tübingen 2002.
- Kern, Bernd-Rüdiger*, Die neuere Entwicklung der Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht, *GesR* 2009, 1 ff.
- Kern; Bernd-Rüdiger/Laufs, Adolf*, Die ärztliche Aufklärungspflicht: Unter besonderer Berücksichtigung der richterlichen Spruchpraxis, Berlin 1983 (zitiert: *Kern/Laufs*: Die ärztliche Aufklärungspflicht).

- Kraatz, Erik*, Aus der Rechtsprechung zum Arztstrafrecht 2013/2014 – 1. Teil; NSStZ-RR 2015, 97 ff.
- Kubella, Kathrin*, Patientenrechtegesetz, Berlin 2011.
- Kuhnert, Christian*, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes – Insbesondere bei der Anwendung und Verschreibung von Arzneimitteln, Bochum 1982 (zitiert: *Kuhnert*, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes).
- Kostka, Ulrike*, Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess bei fehlerhafter Befunderhebung und Gerätefehlern, Frankfurt am Main 2012.
- Koyuncu, Adem*, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient: Verschulden und Mitverschulden bei der Haftung für Arzneimittelschäden, Heidelberg 2004.
- ders.*, Die Aufklärung des Patienten vor der Arzneimitteltherapie durch Arzt und pharmazeutischen Unternehmen, A/ZusR 2005, 95 ff.
- ders.*, Der pharmaceutical informed consent – Das Modell zur Aufklärung und Information des Patienten vor der Arzneitherapie, PharmR 2006, 343 ff.
- ders.*, Die Rechtsnatur der Packungsbeilage, GesR 2005, 289 ff.
- Lange, Frank-Holger*, Die Beweislast im Anwaltshaftungsprozess, Baden-Baden 2002.
- ders.*, Negative Tatsachen – ein Beweisproblem im Anwaltshaftungsrecht, VersR 2007, 36 ff.
- Lappas, Marc*, Die angemessene Steuerberaterhaftung: Eine Analyse der Risikoverteilung zwischen dem Steuerpflichtigen, seinem steuerlichen Berater und dem Staat unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Steuerberaterhaftung, Diss. Köln 2007 (zitiert: *Lappas*, Die angemessene Steuerberaterhaftung).
- Laufs, Adolf*, Der mündige, aber leichtsinnige Patient, NJW 2003, 2288 f.
- Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage, München 2010.
- Laufs, Adolf/Katzenmeier, Christian/Lipp, Volker*, Arztrecht, 7. Auflage, München 2015 (zitiert: *Laufs/Katzenmeier/Lipp/Bearbeiter*, Arztrecht, 7. Aufl.).
- dies.*, Arztrecht, 6. Auflage, München 2009 (zitiert: *Laufs/Katzenmeier/Lipp/Bearbeiter*, Arztrecht, 6. A.).

- Leipold, Dieter*, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß: Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 27. Juni 1984, Berlin 1985 (zitiert: *Leipold*. Beweismaß und Beweislast).
- Lepa, Manfred*, Beweisprobleme beim Schadensersatzanspruch aus Verletzung der Verpflichtung des Arztes zur Risikoaufklärung, in: *Brandner, Hans Erich/Hagen, Horst/Stürner, Rolf* (Hrsg.), Festschrift für Karlmann Geiß: Zum 65. Geburtstag, Köln 2000, S. 449 ff.
- Martis, Rüdiger/Winkhart-Martis, Martina*, Arzthaftungsrecht: Fallgruppenkommentar, 4. Auflage, Köln 2014.
- Müller, Gerda*, Macht und Grenzen ärztlichen Handelns, GesR 2004, 257 ff.
- dies.*, Spielregeln für den Arzthaftungsprozess, DRiZ 2000, 259 ff.
- dies.*, Aufklärungsfehler als Grundlage ärztlicher Haftung, in: *Brandner, Hans Erich/Hagen, Horst/Stürner, Rolf* (Hrsg.), Festschrift für Karlmann Geiß: Zum 65. Geburtstag, Köln 2000, S. 461 ff.
- dies.*, Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozeß, NJW 1997, 3049 ff.
- Müller-Hegen, Michael*, Die Haftung für Aufklärungsfehler im Arztrecht unter besonderer Berücksichtigung ihrer dogmatischen Grundlagen, Diss. Mainz 2005 (zitiert: *Müller-Hegen*, Die Haftung für Aufklärungsfehler im Arztrecht).
- Münchener Anwaltsbandbuch*, Medizinrecht: *Terbille, Michael/Clausen, Tilman/Schroeder-Printzen, Jörn* (Hrsg.), 2. Auflage, München 2013.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4, Schuldrecht – Besonderer Teil II: *Säcker, Franz/Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina* (Hrsg.), 7. Auflage, München 2016.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, *Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang* (Hrsg.), 5. Auflage, München 2016.
- Muschner, Jens*, Der prozessuale Beweiswert ärztlicher (EDV-)Dokumentation, VersR 2006, 621 ff.
- Musilak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang* (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 13. Auflage, München 2016.
- Nüßgens, Karl*, Zwei Fragen zur zivilrechtlichen Haftung des Arztes, in: *v. Caemmerer, Ernst/Fischer, Robert/Nüßgens, Karl/Schmidt, Reimer* (Hrsg.), Festschrift für Fritz Hauß zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1978, S. 287 ff.
- Peter, Jürgen*, Das Recht auf Einsichtnahme in Krankenunterlagen, Köln 1989.

- ders.*, Die Beweissicherungspflicht des Arztes, NJW 1988, 751 f.
- Preis, Ulrich/Schneider, Angie*, Das Patientenrechtegesetz – eine gelungene Kodifikation?, NZS 2013, 281 ff.
- Prütting, Dorothea* (Hrsg.), Medizinrecht Kommentar, 4. Auflage, Köln 2016.
- Prütting, Hans/Gehrlein, Markus* (Hrsg.), ZPO Kommentar, 8. Auflage, Köln 2016.
- Prütting, Hanns*, Beweisprobleme im Arzthaftungsprozeß, in: Präsident des Landgerichts in Zusammenarbeit mit dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität des Saarlandes (Hrsg.), 150 Jahre Landgericht Saarbrücken: Festschrift, Köln 1985, S. 257 ff.
- Quaas, Michael/Zuck, Rüdiger/Clemens, Thomas*, Medizinrecht: Öffentliches Medizinrecht – Pflegeversicherungsrecht – Arzthaftpflichtrecht – Arztstrafrecht, 3. Auflage, München 2014.
- Ratzel, Rudolf/Luxenburger, Bernd* (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2015 (zitiert: Ratzel/Luxenburger/*Bearbeiter*, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl.).
- dies.* (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, 2. Auflage, Bonn 2011 (zitiert: Ratzel/Luxenburger/*Bearbeiter*, Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl.).
- Ratzel, Rudolf/Lissel, Patrick M.* (Hrsg.), Handbuch des Medizinschadensrechts, München 2013.
- Rebhorn, Martin*, Das Patientenrechtegesetz, GesR 2013, 257 ff.
- Reuter, Marcel/Hahn, Erik*, Der Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz – Darstellung der wichtigsten Änderungsvorschläge für das BGB, VuR 2012, 247 ff.
- Riemenschneider, Sabine*, Verkehrsrechtliche Aspekte der Medikamentenbehandlung – insbesondere medikamentöser Schmerztherapie, MedR 1998, 17 ff.
- Rosenberg, Leo*, Die Beweislast: Auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung, 5. Auflage, München 1965 (zitiert: *Rosenberg*, Die Beweislast).
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter*, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München 2010.
- Roxin, Claus/Schroth, Ulrich*, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Auflage, Stuttgart 2010 (zitiert: Roxin/Schroth/*Bearbeiter*, Handbuch des Medizinstrafrechts).

- Saenger, Ingo*, Die Arzthaftpflicht im Prozeß, VersR 1991, 743 ff.
- Schärfl, Christoph*, Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess, NJW 2014, 3601 ff.
- Schelling, Philip/Warntjen, Maximilian*, Die Pflicht des Arztes zur Offenbarung von Behandlungsfehlern – Zugleich Überlegungen zum Entwurf eines Patientenrechtegesetzes, MedR 2012, 506 ff.
- Schenke, Robert*, Die medizinische Grundaufklärung: Aufklärung im Großen und Ganzen, Grundaufklärung und Basiswissen als Zurechnungsebenen eines Haftungssystems für medizinische Aufklärungsfehler, Berlin 2015 (zitiert: *Schenke*, Die medizinische Grundaufklärung).
- Schlosser, Peter F.*, EMRK und Waffengleichheit im Zivilprozeß, NJW 1995, 1404 ff.
- Schmid, Hugo*, Verfahrensregeln fürs Arzthaftungsprozesse, NJW 1994, 767 ff.
- Schmidt, Eberhard*, Empfiehlt es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt? – Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des vierundvierzigsten Deutschen Juristentages Hannover 1962, Band I. Gutachten, 4. Teil, Tübingen 1962, S. 1 ff. (zitiert: *Schmidt*, Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag).
- Schrag-Slawn, Stefania*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.1.2014 – VI ZR 143/13 (OLG Karlsruhe), MedR 2015, 597 ff.
- Schwarz-Schilling, Gabriela*, Dokumentation als ärztliche Haftungsprophylaxe, BayÄbl 1996, 466 ff.
- Sick, Joachim*, Beweisrecht im Arzthaftungsprozeß, Frankfurt am Main 1986.
- Sonnenmoser, Marion*, Fehlende Compliance: Patienten, die dem Arzt etwas vorgaukeln, DÄBl. 2005, A 704.
- Späth, Wolfgang*, Die zivilrechtliche Haftung des Steuerberaters, 4. Auflage, 1994 Bonn.
- Spickhoff, Andreas* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Auflage, München 2014.
- ders.*, Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus, VersR 2013, 267 ff.
- ders.*, Patientenrechte und Gesetzgebung: Rechtspolitische Anmerkungen zum geplanten Patientenrechtegesetz, ZRP 2012, 65 ff.
- ders.*, Der Stellenwert des Persönlichkeitsschutzes in der Arzt-Patienten-Beziehung, in: *Kern, Bernd-Rüdiger/Lilie, Hans* (Hrsg.), Jurisprudenz

- zwischen Medizin und Kultur: Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerfried Fischer, Frankfurt am Main 2010, S. 503 ff.
- ders.*, Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht, NJW 2002, 2530 ff.
- Spickhoff, Andreas/Bleckwenn, Eike*, Zum Beweiswert digitaler Aufklärungsbögen bei Verwendung elektronischer Signaturen, VersR 2013, 1350 ff.
- Steffen, Erich/Pauge, Burkhard*, Arzthaftungsrecht: Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, 12. Auflage, Köln 2013 (zitiert: *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrecht).
- Stöhr, Karlbeinz*, Arzthaftungsrechtliche Probleme im Arzneimittelrecht, GesR 2011, 193 ff.
- ders.*, Patienteninformation über Arzneimittel eine arzthaftungsrechtliche Betrachtung, GesR 2006, 145 ff.
- Tag, Brigitte*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis: Eine arztstrafrechtliche Untersuchung, Berlin 2000 (zitiert: *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis).
- Taupitz, Jochen*, Prozessuale Folgen der vorzeitigen Vernichtung von Krankenunterlagen, ZZP 100 (1987), 287 ff.
- Terbille, Michael*, Anm. zu BGH 15.02.2000, VI ZR 48/99, MDR 2000, 1012 ff.
- ders.*, Anm. zu OLG 12.01.1998, 6 U 154/96, VersR 1999, 235 f.
- Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Auflage, Heidelberg 2015.
- Voit, Wolfgang*, Ärztliche Aufklärung über Arzneimittelrisiken – ein Plädoyer für die Aushändigung der Patienteninformation bei der ärztlichen Verordnung, PharmR 2006, 348 ff.
- Voll, Doris*, Die Einwilligung im Arztrecht, Frankfurt am Main 1996.
- Wagner, Gerhard*, Kodifikation des Arzthaftungsrechts? – Zum Entwurf eines Patientenrechtegesetzes, VersR 2012, 789 ff.
- Walter, Alexander*, Das Beweisrecht der Behandlungsfehlerhaftung nach dem Patientenrechtegesetz, GesR 2013, 129 ff.
- Walter, Ute*, Das neue Patientenrechtegesetz: Praxishinweise für Ärzte, Krankenhäuser und Patienten, München 2012 (zitiert: *Walter*, Das neue Patientenrechtegesetz).

- Weber, Reinhold*, Muß im Arzthaftungsprozeß der Arzt seine Schuldlosigkeit beweisen?, NJW 1997, 761 ff.
- Weidinger, Patrick*, Die Auswirkungen der Schuldrechts-, Schadensersatzrechts- und ZPO-Reform auf die Haftpflicht von Ärzten und Krankenhäusern, VersR 2004, 35 ff.
- Wendt, Gerlind*, Die ärztliche Dokumentation: Eine beweisrechtliche Untersuchung zu ihrer Bedeutung für die Entscheidung der Sorgfaltsfrage bei der deliktischen Arzthaftung, Baden-Baden 2001 (zitiert: *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation).
- Wenzel, Frank* (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 3. Auflage, Köln 2013.
- ders.*, (Hrsg.) Der Arzthaftungsprozess: Medizinschaden: Fehler-Folgen-Verfahren, Köln 2012 (zitiert: *Wenzel/Bearbeiter*, Arzthaftungsprozess).
- Zoll, Karl-Hermann*, Verfahrensrechtliche Besonderheiten im Arzthaftungsprozess, MedR 2009, 569 ff.
- Zschornack, Martin/Sprenger, Bernd*, Psychosomatisches Denken in der Inneren Medizin: Compliance und Coping, Ärzteblatt Sachsen 2001, 380 ff.
- Zugehör, Horst/Fischer, Georg/Sieg, Oliver/Schlee, Heinz*, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Auflage, Münster 2006.

Neben der Behandlungsfehlerhaftung bildet die Haftung für Aufklärungsfehler die zweite Säule der Arzthaftung. Ein Aufklärungsfehler liegt vor, wenn der Arzt dem Patienten die erforderliche Selbstbestimmungsaufklärung nicht erteilt hat. Die Selbstbestimmungsaufklärung soll dem Patienten eine eigenverantwortliche Entscheidung darüber ermöglichen, ob er sich einem bestimmten Eingriff unterziehen möchte. Die Einwilligung des Patienten in einen ärztlichen Eingriff ist nur wirksam, wenn er zuvor eine ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung erhalten hat. Dass der Patient eine ordnungsgemäße Selbstbestimmungsaufklärung erhalten hat, muss der Arzt beweisen. Von der Selbstbestimmungsaufklärung muss die therapeutische Aufklärung unterschieden werden. Die therapeutische Aufklärung zielt darauf ab, Selbstgefährdungen des Patienten zu vermeiden und ihn zu einem therapiegerechten Verhalten anzuleiten. Die therapeutische Aufklärung wird – mit allen beweisrechtlichen Konsequenzen – dem Bereich der ärztlichen Behandlung zugeordnet. Somit stellt eine unzureichende oder unterlassene therapeutische Aufklärung einen Behandlungsfehler dar, welcher grundsätzlich vom Patienten bewiesen werden muss. Vor diesem Hintergrund gewinnt das Verhältnis von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung an Bedeutung.



ISBN: 978-3-86395-303-4
eISSN: 2512-689X

Universitätsverlag Göttingen