

weisführungslasten. Organisations- und Behandlungsverantwortliche müssen nicht übereinstimmen; der Zugang zum Verantwortlichen (Unternehmen) ist über die Organisationshaftung direkter; die Vortrags- und Nachweisanforderungen sind dort geringer, weil abstrakter; Auswahlprobleme stellen sich nicht und grundsätzlich wäre die hier begründete (primäre?) Organisationshaftung eine die Patientensicherheit präventiv unterstützende „Intervention“.

VI. Interpretationsperspektiven

Der Verf. hat zusammen mit *Robert Francke* 1999 im Rahmen der Arbeit an der „Charta der Patientenrechte“⁹³ vorgeschlagen, dass

„die Haftung des Krankenhausträgers für Organisationsmängel als verschuldensunabhängige objektive Fehlerhaftung ausgestaltet werden (sollte), bei der der Krankenhausträger darlegen und beweisen muss, dass ihn ein Organisationsfehler nicht trifft.“

Trotz aller treffenden Kritik am Gesetz (*Katzenmeier*)⁹⁴: Das PatRG hat den Weg zu einer quasi-strikten Unternehmenshaftung (*Brüggemeier*)⁹⁵ für medizinische Behandlungen in Gesundheitsorganisationen geebnet (*Gutmann*)⁹⁶.

VII. Resümee

Die Patientensicherheitsforschung hat für never events (schwerwiegende unerwünschte Ereignisse, die nicht eintreten dürfen: z. B. Patienten-, Eingriffsverwechslungen) Interventionen (z. B. Checklisten, Anwendungsempfehlungen) entwickelt, die deren Vermeidbarkeit gewährleisten. Die vertraglichen und deliktischen behandlungsprozessbezogenen Organisationspflichten transformieren diese vorsorgenden Vermeidungsinterventionen ins Haftungsrecht.

Es handelt sich häufig um voll beherrschbare Behandlungsrisiken aus der Sphäre des Unternehmens Krankenhaus, für deren Vermeidung das Unternehmen zu sorgen hat. Fehlt es daran, ist das Krankenhaus organisatorisch-institutionell nicht entsprechend „befähigt“ und die haftungsbegründende Kausalität wird in der Folge ebenso wegen eines groben Organisationsmangels vermutet. Der Sache nach begründen die Regelungen des PatRG die Vorstufe einer objektiven Fehlerhaftung des Unternehmens.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

93) *Francke/Hart*, Charta der Patientenrechte, S. 227.

94) Stellvertretend *Katzenmeier*, Patientenrechte und Arzthaftung, in: *Lorenz* (Hrsg.), Karlsruher Forum 2013 Patientenrechte und Arzthaftung, 2014, S. 5, 33 ff.

95) *Brüggemeier*, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, S. 134.

96) *Gutmann*, in: *Staudinger*, 2021 Einl. zu §§ 630a–h, Rdnrn. 7 ff. betont die Interpretationschancen auch im Vertragsrecht.

<https://doi.org/10.1007/s00350-022-6290-y>

Die Vermutung beratungsrichtigen Verhaltens im Arzthaftungsrecht

Gerald Mäsch*

Der Arzt benötigt für Eingriffe im Rahmen der Behandlung seines Patienten regelmäßig dessen aufgeklärte Einwilligung. Versäumt der Arzt pflichtwidrig einen gebotenen Eingriff oder klärt er nicht hinreichend auf, kann der Patient Schadenersatz deshalb nur dann geltend machen, wenn er hypothetisch in die richtige Maßnahme eingewilligt oder umgekehrt – bei einem Aufklärungsmangel – seine Einwilligung bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht erteilt hätte. Bei der Steuer-, Rechts- und Finanzberatung behilft sich die Rechtsprechung in entsprechenden Situationen unter bestimmten Voraussetzungen mit der Vermutung beratungs- oder aufklärungsrichtigen Verhaltens. Der Beitrag untersucht den Stellenwert dieser Figur im Arzthaftungsrecht.

Prof. Dr. iur. Gerald Mäsch,
Westfälische Wilhelms-Universität,
Institut für Internationales Wirtschaftsrecht,
Universitätsstraße 14–16, 48143 Münster, Deutschland

I. Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens in der Steuer-, Rechts- und Anlageberatung

1. Rechts- und Steuerberatung

Der Mandant, der von seinem Steuer- oder Rechtsberater schlecht betreut wurde und dadurch einen Schaden erlitten zu haben glaubt, muss, wenn er diesen geltend machen will, nach § 249 Abs. 1 BGB den Beweis für den Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden führen¹. Der Beweis ist dann gegliedert,

* Leicht erweiterte und mit Nachweisen versehene Fassung des am 1. 4. 2022 an der 22. Frühjahrstagung 2022 der AG Medizinrecht im DAV in Wiesbaden gehaltenen Vortrags. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

1) Statt aller *Teichmann*, in: BeckOGK–BGB, Stand: 1. 1. 2022, § 675, Rdnr. 1239.

wenn feststeht, dass der Mandant seinem Berater bei ordnungsgemäßer Beratung tatsächlich gefolgt wäre; er ist gescheitert, wenn der Schaden auch bei pflichtgemäßer Beratung eingetreten wäre, der Mandant den richtigen Rat also unbeachtet gelassen hätte². Weil freie Willensentscheidungen von vielen Umständen beeinflusst werden, ist der Beweis dieses Ursachenzusammenhangs schwierig, auch wenn für ihn das abgesenkte Beweismaß des § 287 ZPO gilt³. Die Rechtsprechung hilft mit der Vermutung berater- oder aufklärungsgerechten Verhaltens⁴, d. h.: Es wird vermutet, dass der Mandant den pflichtgemäßen Rat, so er ihn denn bekommen hätte, in die Tat umgesetzt hätte. Dogmatisch soll es sich dabei nicht um eine echte Vermutung i. S. d. § 292 ZPO handeln, sondern um einen Fall des Anscheinsbeweises, der auf einem typischerweise gegebenen Ursachenzusammenhang beruht⁵. Maßstab für den typischen Geschehensablauf ist der „vernünftig urteilende“⁶ Mandant. Hätte ein vernünftiger Mandant dem richtigen Rat oder der richtigen Aufklärung gemäß gehandelt, greift der Anscheinsbeweis. Aus der normativen Kunstfigur des vernünftigen Mandanten ergibt sich eine gewichtige Einschränkung: Wenn verschiedene Reaktionen des Mandanten auf den richtigen Rat oder die richtige Aufklärung vernünftig erscheinen, ist für die Annahme der einen typischen Reaktion und damit für die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens kein Raum, umgekehrt formuliert: Die Vermutung setzt voraus, dass „im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entschliebung des zutreffend unterrichteten Mandanten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war“⁷. Ein erhellendes Beispiel ist die Entscheidung des BGH, aus der das obige Zitat stammt: Der Steuerberater hatte zu Unrecht die mit einem Grundstücksverkauf einhergehende Aufdeckung stiller Reserven als steuerlich unschädlich bezeichnet. Da aber die Frage, ob und in welchem Umfang der Kaufpreis zu versteuern ist, nicht der einzige entscheidungsbildende Umstand bei der Entschliebung zum Verkauf ist, könne man, so der BGH, nicht mit der notwendigen Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass der Mandant bei zutreffender Aufklärung über die steuerliche Belastung auf das Geschäft verzichtet hätte⁸. Gegenbeispiel aus der Anwaltshaftung: Wäre der nicht rechtsschutzversicherte Mandant vom Anwalt zutreffend darüber aufgeklärt worden, dass die beabsichtigte Klage wegen einer entgegenstehenden gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Aussicht auf Erfolg hat, dann wäre die einzige vernünftige Reaktion gewesen, die Klage nicht anzustrengen: Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens greift ein⁹.

2. Anlageberatung

(Noch) Kundenfreundlichere Wege geht die Rechtsprechung seit einiger Zeit bei der (Finanz-)Anlageberatung: Zum einen soll hier die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens auch bei einem Entscheidungskonflikt¹⁰, also auch dann eingreifen, wenn bei zutreffender Beratung mehrere vernünftige Handlungs-, sprich Anlagemöglichkeiten bestanden¹¹. Das ist nur konsequent, weil es bei Finanzanlagen immer mehr oder weniger vernünftige Alternativen gibt, andernfalls also die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens weitgehend leerlaufen würde. Damit aber wäre pflichtwidrige Anlageberatung praktisch sanktionslos. Zum anderen soll sie eine echte gesetzliche Vermutung i. S. d. § 292 ZPO sein, d. h. eine Beweislastumkehr zur Folge haben¹². Der Anlageberater muss demnach den vermuteten Kausalzusammenhang nicht nur erschüttern, sondern – mit dem Beweismaß des § 287 ZPO – den vollen Gegenbeweis führen¹³, was ihm nur in den seltensten Fällen gelingen dürfte¹⁴.

II. Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens in der Arzthaftung

1. Allgemeines

Schon auf ersten Blick ist die Parallele offensichtlich: Ärzte stehen bei ihrer Berufstätigkeit ebenso wie Rechtsanwälte, Steuerberater und Kapitalanlageberater ständig vor der Aufgabe, ihre Patienten bzw. Kunden und Mandanten vor einer Entscheidung von großer, hier eher persönlicher denn finanzieller Tragweite, möglichst erschöpfend und vor allem zutreffend über Chancen und Risiken zu beraten bzw. aufzuklären¹⁵. Was läge näher, als auch hier mit der Vermutung berater- oder aufklärungsrichtigen Verhaltens zu arbeiten, wenn etwas schief läuft und unsicher ist, welche Entscheidung der Patient bei ordnungsgemäßem Vorgehen getroffen hätte?

Tatsächlich sind Anwendungsfälle überraschend dünn gesät. Um die Gründe dafür zu finden, bietet es sich an, zwischen wirtschaftlicher, therapeutischer und Selbstbestimmungsaufklärung zu unterscheiden¹⁶.

2. Wirtschaftliche Aufklärung

Die wirtschaftliche Aufklärungspflicht des Arztes, heute in § 630c Abs. 3 S. 1 BGB verankert, steht den oben angesprochenen Finanzberatungsfällen am nächsten: Auch hier geht es darum, finanziellen Schaden vom Patienten abzuwenden, auch hier gibt es nur selten eine einzige aufklärungsrichtige und vernünftige Reaktion des Patienten, auch hier bliebe die Beratungspflicht ein Papiertiger, würden auf ihre Verletzung gestützte Schadenersatzansprüche des Patienten am fehlenden Kausalitätsnachweis scheitern. Es liegt deshalb nahe, auch hier die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens ins Spiel zu bringen. Der BGH hat dem jedoch in einer Entscheidung von Anfang 2020 einen Riegel vorgeschoben¹⁷. In diesem Verfahren hatte ein Chirurg an einem Venenzentrum seine Privatpatientin nicht in

2) Vgl. BGH, NJW 2012, 2427, 1340 m. w. N.

3) Vgl. Foerste, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO, 19. Aufl. 2022, § 287, Rdnr. 7.

4) BGH, NJW 2012, 2427, Rdnrn. 28 ff. m. w. N.

5) S. etwa für höchstrichterliche Entscheidungen in Fällen der Rechts- und Steuerberatung: BGH, NJW 2012, 2435, Rdnr. 36; NJW 2009, 1591, Rdnr. 9; WM 2008, 1560, Rdnr. 19; BGHZ 123, 310 = BGH NJW 1993, 3259, 3259 f.; s. zudem Schwab, NJW 2012, 3274; a. A. offenbar Gottwald, in: Rosenberg/Schwab/Gottwald (Hrsg.), Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 116, Rdnr. 29: Zur Beweislastumkehr führende widerlegliche Vermutung.

6) Teichmann, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.1.2022, § 675, Rdnr. 1240.

7) BGH, NJW 2009, 1591.

8) BGH, NJW 2009, 1591, Rdnr. 13.

9) Schwaiger, in: Borgmann/Jung/Schwaiger (Hrsg.), Anwaltshaftung, 6. Aufl. 2020, § 44, Rdnr. 26.

10) BGH, WM 2012, 1337, 1340, Rdnr. 30.

11) BGH, WM 2012, 1337, 1340 unter Aufgabe seiner früheren Rspr., vgl. BGH, WM 2011, 925; WM 2006, 2343; WM 2004, 1774.

12) BGH, WM 2012, 1337, 1340.

13) Zum Unterschied zwischen Vermutung und Anscheinsbeweis statt aller Foerste, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO, 18. Aufl. 2021, § 286, Rdnrn. 23 ff., 37 ff.

14) Kritisch deshalb z. B. Heusel, JuS 2013, 109, 112: Die Haftung gerät zum Automatismus und die Prüfung der Kausalität wird nahezu bedeutungslos.

15) Hennig, VersR 2014, 922.

16) Allgemein zu den Spielarten der ärztlichen Aufklärungspflicht Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung, Rdnr. 14.

17) BGHZ 224, 256 = NJW 2020, 1211 = MedR 2020, 575 m. Anm. Spickhoff = JZ 2020, 468 m. Anm. Katzenmeier/Voigt.

Textform über die voraussichtlichen Kosten einer Krampfaderbehandlung aufgeklärt, obwohl ihm die Möglichkeit bewusst war, dass diese aufgrund der von ihm angewandten spezifischen Methode von der Krankenversicherung nicht erstattet werden, was dann auch so eintrat. Der Patientin waren die damit von ihr selbst getragenen Behandlungskosten vom Arzt als Schadensfolge seiner Pflichtverletzung zu ersetzen, wenn ein Ursachenzusammenhang besteht, wenn sie sich also bei ordnungsgemäßer Information über die voraussichtlichen Kosten – die Rechnung belief sich am Ende auf etwas über €3.500 – gegen die Behandlung entschieden hätte. Der BGH entschied, dass die Beweislast hierfür nach den allgemeinen Grundsätzen die Patientin treffe und verwies zur Nachholung der entsprechenden Feststellungen zurück. Die beiden dafür vorgebrachten Argumente erstaunen, milde formuliert: Erstens hänge die Entscheidung des Patienten, eine bestimmte Behandlung in Anspruch zu nehmen, nicht nur von der gesicherten Übernahme der Behandlungskosten durch die Krankenkasse ab, sondern von einer Vielzahl von Faktoren, die einer individuellen Bewertung unterliegen. „Angesichts dieser höchst individuellen Prägung der Entscheidung ist es dem Patienten – anders als in den Kapitalanlagefällen – nicht typischerweise unmöglich, darzulegen und zu beweisen, wie er auf die geschuldete Information reagiert hätte.“¹⁸ Löst man die doppelte Verneinung auf, ergibt sich als Aussage: Weil die Entscheidung für oder gegen eine medizinische Behandlung eine höchst individuelle ist, kann man typischerweise (!) den Kausalzusammenhang leicht beweisen. Nun ja – der gegenteilige Schluss liegt dann doch deutlich näher Das zweite Argument des BGH macht es nicht besser: Der behandelnde Arzt sei nicht Sachwalter der wirtschaftlichen Interessen des Patienten und müsse diesen nicht umfassend wirtschaftlich beraten; ihn treffe die Pflicht zur wirtschaftlichen Information des Patienten nur als vertragliche Nebenpflicht. Stimmt alles – nur ändert das nichts daran, dass die Verletzung dieser Nebenpflicht nach §280 Abs. 1 BGB schadenersatzbewehrt ist, und dass dieser Schadenersatzanspruch wie beim Anlageberater leer zu laufen droht, wenn man dem Geschädigten nicht beim Kausalitätsbeweis entgegenkommt¹⁹. Die wirtschaftliche Beratung des Patienten muss der Arzt in Zukunft nicht mehr besonders ernst nehmen²⁰.

3. Therapeutische Aufklärung

a) Allgemeines

Im Hinblick auf die therapeutische Aufklärung ist die Lage verwickelter. Diese Art der Aufklärung soll bekanntlich dem Patienten in erster Linie die notwendigen Erkenntnisse von Art, Zielrichtung und Schwere des diagnostischen oder therapeutischen Eingriffs und seiner Dringlichkeit vermitteln; in der Spielart der Sicherungsaufklärung geht es aber auch darum, den Heilerfolg durch entsprechende Aufklärung und Verhaltensempfehlungen zu sichern²¹. Begeht der Arzt in diesem Rahmen einen Fehler, ist seine Aufklärung also im Hinblick auf diese Ziele nicht ausreichend, gelten die Regeln für Behandlungsfehler²², nicht die zu Aufklärungsmängeln, letztere sind der Selbstbestimmungsaufklärung vorbehalten. Damit stellt sich auch hier im Rahmen der Kausalität des Behandlungsfehlers für den Verletzungserfolg die Frage, wie sich denn der Patient entschieden hätte, wäre ihm die richtige Aufklärung oder der richtige Rat zuteilgeworden, und auch hier könnte sie mithilfe der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens entschärft werden. Die Vermutung hat hier sogar potentiell größere Bedeutung, ist doch der BGH der Auffassung, dass der Ursachenzusammenhang zwischen einem Behandlungsfehler und der gesundheitlichen Beeinträchtigung des Patienten ungeachtet der deliktischen oder vertraglichen Anspruchsgrundlage mit dem hohen Beweismaß des §286

ZPO nachzuweisen ist²³, was eine erfolgreiche Beweisführung im Vergleich zur Kausalität bei der wirtschaftlichen Aufklärung (Beweismaß des §287 ZPO) deutlich schwieriger macht.

Zwar wird in der Literatur gelegentlich geäußert, dass die gesetzliche Festschreibung der vom VI. Senat entwickelten Grundsätze zur Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess in §630h BGB zu deren „Versteinerung“ geführt hat, was der Entwicklung weiterer Beweiserleichterungen durch die Rspr. entgegenstehe²⁴. Aber unabhängig davon, ob diese angesichts der fragwürdigen Entstehungsgeschichte des Patientenrechtegesetzes²⁵, dem die Norm entstammt, reichlich kühne These wirklich zutrifft, schließt sie jedenfalls nicht aus, dass die Rechtsprechung weiterhin Beweislastregeln anwendet, die sie bereits bisher genutzt hat, auch wenn diese in §630h BGB keine Erwähnung finden²⁶. Damit ist eine nähere Betrachtung der Wirkweise der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens im Umfeld der therapeutischen Aufklärung keine rein rechtshistorische Übung. Für die nähere Erkundung ist eine Zweiteilung hilfreich.

b) Ergebnisoffene Beratung

In Fällen, in denen die Aufklärung des Arztes nicht auf die Empfehlung einer konkreten, einzig vernünftigen Maßnahme hinausläuft, sondern dem Patienten ermöglichen soll, zwischen gleich vernünftigen Optionen eine eigenverantwortliche, informierte Wahl zu treffen, hat der VI. Senat des BGH schon vor langer Zeit, nämlich im Jahre 1983, die Grundsätze angewandt, die der XI. Senat, wie soeben beschrieben, im Jahr 2012 für die Anlageberatung übernommen hat. Das Urteil²⁷ lässt sich wie folgt zusammenfassen: Eine fast 39jährige Schwangere fragte ihren Gynäkologen im Rahmen einer Kontrolluntersuchung, ob im Hinblick auf ihr Alter die Gefahr bestehe, dass sie ein Kind mit Down-Syndrom bekäme, und ob deswegen eine Fruchtwasseruntersuchung angezeigt sei. Der Bekl. antwortete ihr unter Hinweis auf ihre beiden gesunden Kinder, möglicherweise auch auf das Fehlen von Erbkrankheiten, er halte das nicht (oder „nicht unbedingt“) für erforderlich. Später gebar die Frau ein an dem Down-Syndrom leidendes Kind. Sie und ihr Ehemann machten nun einen Anspruch auf Erstattung

18) BGH, NJW 2020, 1211, Rdnr. 33.

19) Dem BGH hingegen zustimmend Katzenmeier/Voigt JZ 2020, 472, 475 (aber 476: bei Ablehnung der Beweislastumkehr sei immer noch eine tatsächliche Vermutung oder ein Anscheinsbeweis zugunsten des Patienten möglich).

20) Wohl a. A. Spickhoff, MedR 2020, 579, 581, weil es ausreiche, dass der Patient objektiv nachvollziehbare Gründe darlege, aus denen heraus er bei zutreffender Aufklärung auf den Eingriff verzichtet hätte. Mit (bloß) nachvollziehbaren Gründen ist aber sicher noch nicht das notwendige Beweismaß des §287 ZPO (vgl. BGH, NJW 2013, 2584, Rdnr. 20; BGH, NJW 2015, 934, Rdnr. 45: erhebliche, d. h. im Regelfall mehr als nur knapp überwindende Wahrscheinlichkeit) erreicht (Spickhoff geht demgegenüber a. a. O. sogar von einem erfolgreichen Beweis nach §286 ZPO aus).

21) Terbille/Feifel, in: Clausen/Schroeder-Printzen (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2020, Rdnrn. 686 f.

22) BGH, NJW 1989, 2318, 2319; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung, Rdnr. 16.

23) Saenger, in: Saenger (Hrsg.), ZPO, 9. Aufl. 2021, §286, Rdnr. 71; Gutmann, in: Staudinger, 2021, §630h BGB, Rdnr. 5; dazu auch Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, XI. Passivlegitimation und Beweisrecht, Rdnrn. 157 ff.; BGH, NJW 2003, 2827, 2828.

24) Wagner, in: MüKo/BGB, 8. Aufl. 2020, §630h, Rdnr. 6; offen gelassen von BGH, NJW 2020, 1211, Rdnr. 31.

25) Vgl. Mäsch, NJW 2013, 1354.

26) Im Ergebnis so auch Spickhoff, MedR 2020, 579, 580.

27) BGHZ 89, 95 = NJW 1984, 658 = MedR 1985, 91 m. Anm. Sick/Fischer = JZ 1984, 889 m. Anm. Deutsch.

von Unterhaltsleistungen für das Kind geltend. Die Klage hatte in der Sache Erfolg, auch wenn der BGH die Sache aufgrund eines Verfahrensmangels an das Berufungsgesicht zurückverwies. Als behandlungsfehlerhaft stufte der VI. Senat nicht das Abraten von der Fruchtwasseruntersuchung ein. Vielmehr liege das Fehlverhalten darin, dass der Arzt seine Patientin nicht durch eine für sie verständliche Darstellung der medizinischen Fakten zum Für und Wider von Fruchtwasseruntersuchungen in die Lage versetzt hatte, eine eigenständige Entscheidung zu treffen, sondern eben nur das Ergebnis seiner eigenen Überlegungen und seine eigene Einschätzung übermittelte hatte.

Über den ursächlichen Zusammenhang zwischen der nicht ausreichenden Aufklärung der Kl. und ihrer Belastung mit dem Unterhaltsaufwand für das behinderte Kind ist damit noch nichts gesagt. Hier müssen zwei Hürden in Form von hypothetischen eigenverantwortlichen Entscheidungen der Patientin überwunden werden: Hätte sie sich, wenn angemessen informiert, für eine Fruchtwasseruntersuchung entschieden und dann in Kenntnis des Befundes auch für einen Schwangerschaftsabbruch²⁸? Nur wenn beides mit Ja beantwortet werden kann, ist die mangelhafte ärztliche Aufklärung die *conditio sine qua non* der Unterhaltskosten. Der BGH schlägt beides über einen Leisten und bemüht in beiderlei Hinsicht ein uns nunmehr vertrautes Argument: Gegen den Grundsatz, dass der geschädigte Antragsteller das Kausalband beweisen muss, treffe den Arzt „als Schädiger die Beweislast dafür, dass die Kl. als Geschädigte sich nach ordnungsgemäßer Aufklärung nicht ‚aufklärungsrichtig‘ verhalten hätte und dem drohenden Schaden entgegengetreten wäre“²⁹, und dieser Beweislast sei er nicht gerecht geworden. Darin steckt nichts anderes als in negativer Wendung der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, und das wohlgermerkt in einem Fall, in dem die Aufklärung ergebnisoffen ausfallen und nicht in einem konkreten Rat münden – Fruchtwasseruntersuchung ja, Schwangerschaftsabbruch bei positivem Befund ja –, sondern nur die schwere Entscheidung zwischen einer von der Rechts- und Werteordnung her als absolut gleichwertig angesehenen Alternative vorbereiten sollte. Auf diese Art und Weise nahm also der VI. Senat im Jahre 1984 den Schwenk vorweg, den der XI. Senat erst im Jahr 2012 für die pflichtwidrige Anlageberatung vollzog: Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens greift auch dann ein, wenn mehrere vernünftige Reaktionen auf die pflichtgemäße Aufklärung und Beratung denkbar gewesen wären. Und auch die *ratio* ist in beiden Fällen dieselbe und einleuchtend: Der Schutzzweck der Aufklärungspflicht würde verfehlt, wenn ihre Verletzung aufgrund des vom Geschädigten typischerweise nicht zu leistenden Kausalitätsbeweises sanktionslos bliebe. Man muss allerdings vor der Illusion warnen, dass mit diesem Urteil die Anwendbarkeit der Grundsätze über die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens bei fehlerhafter ergebnisoffener Beratung durch den Arzt ein für alle Mal positiv entschieden ist. Es finden sich nachfolgende Urteile des BGH, die in die gleiche Richtung gehen³⁰, aber auch solche, die diametral entgegengesetzt ausgingen³¹.

c) Gezielte therapeutische Beratung

Eine ergebnisoffene Beratungspflicht des Arztes ist im Rahmen der therapeutischen Aufklärung eher die Ausnahme. Zumeist geht es darum, den Patienten zur Einwilligung in eine bestimmte, vom Arzt als indiziert angesehene Maßnahme zu bewegen oder ihm eigene Vorsichtsmaßnahmen nahezuzeigen, ohne die der Behandlungserfolg gefährdet wäre. Aber auch in dieser Situation kann fraglich sein, ob der Patient eingewilligt oder das gebotene Verhalten an den Tag gelegt hätte; auch oder gerade hier bietet sich an, die Zweifel mit der Vermutung beratungsrichtigen Verhaltens zu überwinden, und zwar in der Spielart, wie sie in der

Steuer- und Rechtsberatung üblich ist: Es wird vermutet, dass der Patient sich vernünftig verhalten und die Einwilligung erteilt oder die Vorsichtsmaßnahme getroffen hätte, wäre ihm dies denn nahegelegt worden.

aa) Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens

Tatsächlich finden sich einige Entscheidungen mit einer entsprechenden Argumentation. Das OLG Köln hat sie 2012 in den Rang eines amtlichen Leitsatzes erhoben: „Bei einer auf eine konkrete Verhaltensweise ausgerichteten Sicherungsaufklärung spricht eine tatsächliche Vermutung für ein aufklärungsrichtiges Verhalten des Patienten.“³² Der BGH formulierte inhaltlich identisch, „dass derjenige, der vertragliche Aufklärungspflichten verletzt hat, ... die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass sich der Geschädigte bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht ‚aufklärungsrichtig‘ verhalten, den Rat oder Hinweis also unbeachtet gelassen hätte“³³. Dennoch ist Vorsicht angebracht. Exemplarisch für die Schwierigkeiten mit der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens ist ein weiteres Urteil des OLG Köln³⁴: Der Hausarzt des jugendlichen Patienten überwies diesen zur Abklärung einiger unspezifischer Symptome wie Schwindel und persistierender Kopfschmerzen an eine neurologische Praxis, die ihn, den Hausarzt, in einem Arztbrief darüber informierte, dass wegen des Verdachts auf ein arteriovenöses Angiom eine Angio-MRT notwendig und geplant gewesen sei, zu dem der Patient aber nicht erschienen sei. Zitat aus dem Arztbrief: „Wir empfehlen ... dringend, die Untersuchung noch nachzuholen“, da bei einem Angiom die Gefahr einer Hirnblutung bestand. Der Hausarzt gab die Empfehlung behandlungsfehlerhaft nicht an den Patienten weiter, und dieser erlitt 1 ½ Jahre später tatsächlich eine Hirnblutung. Das Gericht überwand die Zweifel, ob er dem hausärztlichen Rat gefolgt wäre und sich sowohl einer Angio-MRT als auch einer anschließenden kausalen Therapie unterzogen hätte, „mangels entgegenstehender durchgreifender Anhaltspunkte ... [mittels der] Vermutung, dass er sich therapierichtig verhalten hätte“³⁵.

Das Problem mit dieser Argumentation ist offensichtlich: Die Figur des „vernünftigen“ Mandanten, die die Vermutung beratungs- oder aufklärungsrichtigen Verhaltens in der Steuer- und Rechtsberatung trägt, taugt im Arzthaftungsrecht nur bedingt. Die Entscheidung für oder gegen eine bestimmte medizinische Behandlung hängt von ganz persönlichen Vorstellungen, Wünschen und Prioritäten, vom individuell empfundenen Leidensdruck, von Erfahrungen im persönlichen Umfeld und von einer ganzen Reihe anderer, höchst subjektiver Faktoren ab. Es fehlt damit

28) Vgl. OLG Karlsruhe, MedR 2020, 801 m. Anm. *Wever*. Die Vermutung wurde nicht benötigt, da nach Beweisaufnahme für das Gericht feststand, dass die Patientin bei richtiger Beratung die Schwangerschaft abgebrochen hätte.

29) BGH, NJW 1984, 658, 659.

30) Z. B. BGH, NJW 1989, 1536, 1538 (Hinausschieben einer Fruchtwasserpunktion als ärztlicher Behandlungsfehler).

31) Z. B. BGH, NJW 1989, 2320 zur fehlenden Aufklärung über Risiken einer Antikörperbildung bei neuer Schwangerschaft: Die Darlegungs- und Beweislast dafür, wie sie sich bei erfolgtem Hinweis mit Blick auf eine weitere Schwangerschaft verhalten hätte, trifft in solchen Fällen die Frau. Vgl. weiterhin BGH, NJW 1987, 2923, 2924: Die Vermutung greift nicht, wenn die Betroffene schon durch objektive Umstände daran gehindert worden wäre, auf die Informationen zu reagieren, etwa kurzfristig einen Termin für eine Fruchtwasseruntersuchung zu bekommen, um über die dann noch zulässige Abtreibung zu entscheiden.

32) OLG Köln, MedR 2013, 98 m. Anm. *Bergmann/Wever*.

33) BGHZ 224, 256, Rdnr. 9 = NJW 2020, 1211, Rdnr. 27. Ähnlich OLG Oldenburg, BeckRS 2019, 37260, Rdnr. 65; OLG Koblenz, VersR 2010, 480.

34) OLG Köln, VersR 2002, 1285.

35) OLG Köln, VersR 2002, 1285.

im Regelfall an der Typizität des Geschehensablaufs, wie sie für den Anscheinsbeweis mittels einer widerlegbaren Vermutung erforderlich wäre. Der konkrete Fall zeigt das zur Genüge: Der Patient war ein Jugendlicher, der bereits einmal einen Termin für das Angio-MRT hat sausen lassen; er war in einer Einrichtung der Jugendhilfe untergebracht, weil seine Eltern mit seiner Erziehung und Betreuung überfordert waren – wer will da ernsthaft behaupten, dass eine Vermutung dafür streitet, dass er sich vernünftig verhalten hätte?

bb) Umgehung des Problems

Vermutlich wegen dieser Schwierigkeiten ist die Zahl der veröffentlichten Entscheidungen, die tatsächlich mit der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens arbeiten, überraschend gering, gemessen daran, dass die zugrunde liegende Konstellation – die fehlerhafte therapeutische Aufklärung bezieht sich auf eine einwilligungsbedürftige Maßnahme des Arztes oder auf eine eigene Sicherungsmaßnahme des Patienten – in der Praxis wieder und wieder vorkommen dürfte. Die Gerichte nutzen insbesondere zwei Mechanismen, um nicht auf die Vermutung beratungsrichtigen Verhaltens angewiesen zu sein.

(1) Falsche Überzeugung vom Bestehen des Kausalbandes

Die erste Möglichkeit ist die Umgehung des Problems, indem man gar nicht erst Zweifel daran aufkommen lässt, dass der Patient dem richtigen Rat des Arztes gefolgt wäre.

Ein Beispiel dafür ist ein Urteil des OLG Hamm aus dem Jahr 2016.³⁶ Ein blinder Dialysepatient war bei einer nephrologischen Gemeinschaftspraxis in Behandlung; zuletzt wurde bei ihm dreimal wöchentlich eine Blutwäsche im Double-Needle-Verfahren, also mittels einer arteriellen und einer venösen Nadel im Oberarm durchgeführt. Nach einer solchen Blutwäsche verstarb der Patient, weil sich von ihm unbemerkt eine der Dialyse-Nadeln gelöst hatte, was zu einem hohen Blutverlust und sodann zu einem kardialen Schock geführt hatte. Typische Ursache einer solchen Dislokation einer Nadel sind Bewegungen des Patienten, durch die auch eine ordnungsgemäß befestigte Nadel abrutschen kann. Der Behandlungsseite wurde vom Gericht vorgeworfen, versäumt zu haben, den Patienten über dieses Risiko aufzuklären und dessen Zustimmung zu einer Fixierung des für die Dialyse genutzten Armes einzuholen. In der Folge wurden die Betreiber der Gemeinschaftspraxis ohne viel Federlesens zur Zahlung des verlangten Schmerzensgelds und der Beerdigungskosten an die Erbengemeinschaft nach dem Verstorbenen verurteilt, denn: „Es ist mit hinreichender Sicherheit davon auszugehen, dass die Dislokation der Nadel durch mangels Fixierung des Arms erfolgte Bewegungen des [Patienten] ausgelöst worden ist ... Der bei dem [Patienten] infolge der Dislokation der Nadel eingetretene massive Blutverlust ist jedenfalls mitursächlich für dessen Tod gewesen.“³⁷

Ganz so einfach ist es natürlich nicht. Wenn der Fehler der Behandlungsseite darin lag, nicht die informierte Einwilligung des Patienten zu einer Ruhigstellung seines Armes eingeholt zu haben, dann besteht ein Kausalband zu den geltend gemachten materiellen und immateriellen Schäden nur dann, wenn dieser der Fixierung auch zugestimmt hätte. Hätte er sie abgelehnt, wäre das Versäumnis folgenlos geblieben. Das OLG Hamm sagt ausdrücklich: „Es bleibt ... der freien Entscheidung des Patienten überlassen, ob er durch eine freiwillige Fixierung des Arms das Risiko, an einem massiven Blutverlust infolge einer nicht rechtzeitig bemerkten Dislokation der Nadel zu versterben, praktisch ausschließen möchte.“³⁸ Wie *in concreto* die Entscheidung des Patienten ausgefallen wäre, dazu findet sich dann in der Entscheidung kein Wort. Stattdessen unterstellt das Gericht unausgesprochen, dass der Patient die Fixierung gewünscht hätte. Jaeger spricht dies in seiner An-

merkung immerhin bar jeden Zweifels aus: Hätte der Arzt dieses Vorgehen angeregt, „hätte der Patient der Fixierung zugestimmt.“³⁹ Zutreffend daran ist, dass der *vernünftige* Patient zugestimmt hätte. Damit ist aber bei genauer Betrachtung noch nicht mit der nach § 286 ZPO notwendigen nahezu 100%igen Sicherheit festgestellt, dass der konkrete Patient zu dieser Kategorie gehört und sein Placet gegeben hätte. Rechtfertigen lässt sich diese Lösung deshalb nur dann, wenn die Behandlungsseite die Kausalität gar nicht in Frage gestellt hat, es sich also um keine beweisbedürftige Tatsache handelte.

(2) Beweislastumkehr bei grobem Verstoß gegen die therapeutische Aufklärungspflicht

Aus dem Vorangegangenen ist klar geworden, dass bei Verstößen gegen die therapeutische Aufklärungspflicht typischerweise zwei Kausalitätsunterfragen zu stellen sind: (1) Hätte der Patient der vorgeschlagenen Maßnahme des Arztes zugestimmt oder die ihm obliegende Sicherungsmaßnahme selbst vorgenommen, und (2) wäre sein Gesundheitsschaden in ihrer Folge vermieden worden? Die letztere Frage führt uns in vertraute Gefilde: Ist unklar, ob ein Behandlungsfehler die Ursache für das Leiden des Patienten ist, fällt die Beweislast dem Arzt zu, wenn er grob gegen die einschlägigen medizinischen Standards verstoßen hat, § 630h Abs. 5 S. 1 BGB⁴⁰. Konkret für Verstöße gegen die therapeutische Aufklärungspflicht: Kann man die fragliche Information oder den fraglichen Rat durch den Arzt als grob fehlerhaft einstufen, muss der Arzt sich dahingehend entlasten, dass der vom Patienten beklagte Schaden auch bei zutreffender therapeutischer Aufklärung eingetreten wäre – und das umfasst beide oben skizzierten Kausalitätsschritte. Ein Beispiel: Die Eltern eines erheblich zu früh geborenen Kindes waren bei dessen Entlassung aus der Klinik nicht hinreichend deutlich darauf hingewiesen worden, dass wegen der Möglichkeit einer Netzhautablösung unverzüglich eine augenärztliche Kontrolle zur Verhinderung einer Erblindung des Kindes stattfinden muss. Die Kontrolle unterblieb, das Kind erblindete. Die Chance, die Erblindung zu verhindern, hätte bei rechtzeitiger Kontrolle allenfalls 50% betragen. Das OLG Köln bejahte dennoch eine volle Haftung des Krankenhausträgers, weil dem behandelnden Arzt ein grober Fehler unterlaufen sei⁴¹. Dass es damit nicht nur die Kausalität der unterbliebenen Kontrolle unterstellte, sondern auch, dass die Eltern sich „aufklärungsrichtig“ verhalten und die Kontrolle initiiert hätten, war dem Gericht nicht einmal der Erwähnung wert. Im bereits geschilderten Fall des gleichen Gerichts zum unterbliebenen Angio-MRT⁴² ging die Sache umgekehrt aus: Die Unsicherheit, ob die Therapie, die sich an die MRT angeschlossen hätte, tatsächlich die Gefahr einer Hirnblutung beseitigt hätte, wirkte sich zu Lasten des Patienten aus, weil das Gericht im unterlassenen Hinweis des Hausarztes keinen groben Behandlungsfehler zu sehen vermochte.

3. Selbstbestimmungsaufklärung

Die dritte Spielart der dem Patienten geschuldeten Aufklärung ist die sogenannte Selbstbestimmungsaufklärung⁴³,

36) OLG Hamm, BeckRS 2016, 4230 = MedR 2017, 51 m. Anm. Jaeger.

37) OLG Hamm, BeckRS 2016, 4230, Rdnrn. 45, 47.

38) OLG Hamm, BeckRS 2016, 4230, Rdnr. 55.

39) Jaeger, MedR 2017, 51.

40) Kritisch zu dieser Lösung Mäsch, Chance und Schaden, 2004, S. 33 ff.; ders., GuP 2011, 173.

41) OLG Köln, MedR 1996, 567.

42) S. oben Text zu Fn. 35 (S. 12).

43) Vgl. Kern, in: Laufs/Kern/Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 63, Rdnrn. 1 ff.; s. auch Gutmann, in: Staudinger, 2021, § 630e BGB, Rdnrn. 14 ff.

wie sie in § 630e BGB niedergelegt ist. Sie soll, wie ihr Name sagt, den Patienten in den Stand versetzen, selbst über die Durchführung des ärztlichen Heileingriffs zu entscheiden. Letzterer ist rechtswidrig, auch wenn er kunstgerecht durchgeführt wurde, falls er nicht durch eine wirksame Einwilligung des Patienten (oder seines gesetzlichen Vertreters) gedeckt ist. Die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung setzt ihrerseits allerdings voraus, dass der Patient weiß, worin er einwilligt („informed consent“)⁴⁴, woraus sich die Forderung nach einer umfassenden Aufklärung ableitet. Manche teilen sie in die Facetten der Diagnose-, Verlaufs- und Risikoaufklärung auf⁴⁵. Insbesondere der Risikoaufklärung kommt eine große Bedeutung zu. Der Patient muss die Risiken, die sich auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt und fehlerfreier Durchführung des Eingriffs nicht vermeiden lassen, umfassend kennen, um diese in ein Verhältnis zu den aus ihm folgenden Heilungschancen sowie den Vor- und Nachteilen alternativer Behandlungsweise setzen zu können⁴⁶.

In der Praxis werden Mängel der Aufklärung allerdings nur selten deshalb geltend gemacht, weil der Patient tatsächlich sein Selbstbestimmungsrecht verletzt sieht. Die „Aufklärungsrüge“ ist vielmehr ein zweiter Pfeil im Köcher desjenigen Patienten, der glaubt, der Arzt habe einen Behandlungsfehler begangen und dadurch einen Gesundheitsschaden verursacht, gleichzeitig aber befürchtet, einen solchen Fehler nicht nachweisen zu können⁴⁷. Denn hat der Patient mangelhaft aufgeklärt dem Eingriff zugestimmt, ist dieser, wie oben ausgeführt, auch dann rechts- bzw. vertragswidrig, wenn er ansonsten fehlerlos (bzw. nicht nachgewiesen fehlerhaft) durchgeführt wurde⁴⁸.

In dieser Situation ist neben dem Bestreiten der mangelhaften Aufklärung die einzige erfolversprechende Verteidigungsmöglichkeit der Behandlungsseite, den fehlenden Ursachenzusammenhang zwischen der mangelhaften Aufklärung und dem Gesundheitsschaden zu rügen: Sie schuldet keinen Schadenersatz für den durch einen fehlerlos durchgeführten Eingriff hervorgerufenen Gesundheitsschaden, wenn sich der Umstand, dass der Patient nach nur mangelhafter Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hat, im Schaden nicht auswirkt, mit anderen Worten: wenn der Patient die Einwilligung auch nach vollständiger und umfassender Aufklärung erteilt hätte. Diese Möglichkeit, sich auf die *hypothetische Einwilligung* des Patienten zu berufen, ist mittlerweile in § 630h Abs. 2 S. 2 BGB verankert. Die Beweislast trägt der Arzt. Auf den ersten Blick scheint die Bürde in der Mehrzahl der Fälle nicht schwer zu sein: Die Erfahrung, auch die eigene als Patient, lehrt, dass ein Kranker normalerweise einem ihm von der Behandlungsseite als geboten und heilbringend geschilderten Eingriff auch bei umfassender Risikoaufklärung zuzustimmen pflegt. Wer sich in seiner Not einem Fachmann anvertraut hat, wird auch mit zusätzlichen Informationen kaum einen guten Grund dafür finden, sein eigenes Urteilsvermögen in so schwierigen Fragen wie der Abwägung der Chancen und Risiken von medizinischen Behandlungsalternativen als überlegen anzusehen. Ein beliebig herausgegriffener tragischer Fall illustriert das: Ärzte eines Universitätsklinikums hatten den Eltern eines seit der Geburt an einem Herzfehler leidenden, bereits seit dem achten Lebensmonat einen Herzschrittmacher tragenden und mit nebenwirkungsreichen Medikamenten offenbar nur unzureichend behandelten knapp fünfjährigen Kindes zu einer Operation geraten, die es von diesen Lasten dauerhaft befreien sollte. Ohne Behandlungsfehler ging die Sache schief, das Kind muss nunmehr lebenslang einen Herzschrittmacher tragen. Das Gericht⁴⁹ stellte fest, dass im Rahmen des Aufklärungsgesprächs mit vier Ärzten dieses Risiko nur schematisch und beiläufig und damit unzureichend zur Sprache gekommen war. Aber hätten die Eltern ihrem Kind wirklich die Operation verweigert, wenn es in aller Klarheit betont worden

wäre? Wenn vier hochspezialisierte Ärzte eines Universitätsklinikums versichern, dass trotzdem jetzt der richtige Zeitpunkt für den Eingriff sei – welche Eltern hätten ihr leidendes Kind auf später vertröstet, weil sie es besser wüssten als die Koryphäen ihres Fachs?

Auf der Grundlage dieser Erkenntnis müssten die Gerichte eigentlich außerhalb von Extremsituationen zugunsten der nach § 630h Abs. 2 S. 1 BGB beweibelasteten Ärzteschaft mit der widerleglichen Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens arbeiten, also davon ausgehen, dass der Aufklärungsmangel ohne Bedeutung für die Einwilligung des Patienten und damit für die Haftung des Arztes ist. Ihre Erschütterung wäre den Bemühungen des Patienten überlassen. Weil dieser damit nur selten erfolgreich sein dürfte, wäre das das Ende der Aufklärungsrüge als metaphorischer zweiter Pfeil im Köcher desjenigen Patienten, der sich für eine im Ergebnis missglückte Behandlung bei der Behandlungsseite schadlos halten möchte.

Und damit sind wir schon beim Grund, warum dieser Weg in der Praxis nicht begangen wird. Nicht um dogmatische Folgerichtigkeit oder in einem höheren Sinn um Gerechtigkeit geht es, sondern allein um das aus Sicht des Patienten richtige Ergebnis. In der Konstellation der mangelhaften therapeutischen Aufklärung hilft die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens dem Patienten, den ihm – jedenfalls jenseits der Kategorie der groben Aufklärungsfehler – obliegenden Beweis für den Kausalnexus zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden zu erbringen. Hier, bei der Selbstbestimmungsaufklärung, würde die Vermutung dem Arzt dabei helfen, mit dem Einwand der hypothetischen Einwilligung das Schadenersatzbegehren des Patienten abzuwehren. Und das darf nicht sein, weshalb es bekanntermaßen gegen Sinn und Wortlaut des § 249 Abs. 1 BGB für die Haftung der Behandlungsseite nicht darauf ankommen soll, ob sie mit der mangelhaften Aufklärung den geltend gemachten Schaden verursacht hat, sondern nur darauf, ob der Patient sich bei umfassender Aufklärung in einem „ernsthaften Entscheidungskonflikt“ befunden hätte. Diesen legt er dadurch dar, dass er Gründe nennt, die ihn möglicherweise davon abgehalten hätten, dem Eingriff zuzustimmen; darauf, wie sich der Patient tatsächlich entschieden haben würde, kommt es nicht an⁵⁰. Das Gericht darf diese Gründe nur auf Plausibilität nachprüfen. Zuge-spitzt ausgedrückt: Es muss nicht einmal wahrscheinlich, sondern dem Gericht nur nachvollziehbar vorkommen, dass die falsche Aufklärung die Einwilligung des Patienten bedingt hat. Das reicht, um den Arzt zum Ersatz eines Schadens zu verurteilen, den er (u. U. sehr wahrscheinlich) gar nicht verursacht hat. Dass von dieser Lösung nicht viel zu halten ist, habe ich an anderer Stelle ausgeführt⁵¹. Die wacklige Basis des Konzepts ändert aber selbstverständlich nichts daran, dass sich die Praxis an ihm orientieren darf und muss – freilich nur in den Situationen, in denen § 630h BGB

44) Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung, Rdnr. 5; zur Kritik an der Gewährleistung des Selbstbestimmungsrechts Gutmann, in: Staudinger, 2021, § 630e BGB, Rdnrn. 6 ff.

45) Kern, in: Laufs/Kern/Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 63, Rdnr. 9; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung, Rdnr. 14 m. w. N.; Wussow, VersR 2002, 1337, 1338 f.

46) Vgl. Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung, Rdnr. 15 m. w. N.

47) Katzenmeier, in: BeckOK-BGB, Stand: 1.2.2022, § 630h, Rdnr. 32.

48) Gutmann, in: Staudinger, 2021, § 630h BGB, Rdnr. 53.

49) OLG Köln, MedR 2015, 264 m. Anm. Mäsch.

50) Greiner, in: Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 8. Aufl. 2022, Rdnr. C 138; ausführlich dazu Gutmann, in: Staudinger, 2021, § 630h BGB, Rdnr. 100.

51) Mäsch, Chance und Schaden, 2004, S. 44 ff.; ders., MedR 2015, 267, 268.

greift, also beim Behandlungsvertrag i. S. d. § 630a BGB. Bei einer schiefgegangenen Lebendorgantransplantation⁵² oder Blutspende⁵³ mit vorangegangener ungenügender Aufklärung verweigert der BGH dem Arzt von vornherein die Berufung auf die hypothetische Einwilligung, womit auch die Notwendigkeit der Entschärfung dieses Einwands mithilfe des Entscheidungskonflikts entfällt.

III. Zusammenfassung in Thesen

1. Im Bereich der wirtschaftlichen Aufklärung kann der Patient nach dem BGH nicht die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens ins Feld führen, um den ihm obliegenden Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen der unzureichenden Aufklärung durch den Arzt und seinem Schaden in Form der von der Krankenkasse verweigerten Übernahme der Behandlungskosten zu führen.

2. Im Bereich der therapeutischen Aufklärung ist es grundsätzlich möglich, zugunsten des Patienten mit der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens zu argumentieren.

a) Soweit dem Arzt eine ergebnisoffene Beratung oblag, greift die Vermutung nach der Rechtsprechung des BGH – wie in den außermedizinischen Fällen der Anlageberatung – auch dann ein, wenn es auf die korrekte Aufklärung hin nicht nur eine vernünftige Reaktion gegeben hätte. Diese Rechtsprechung ist allerdings nicht konsistent.

b) Im Übrigen stößt das Konzept auf die Schwierigkeit, dass im Arzthaftungsrecht angesichts der immer individuellen Motivationslage bei einer Entscheidung für oder gegen einen Eingriff nicht mit dem „vernünftigen“ Patienten argumentiert werden kann, der die Basis der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens ist.

c) Andere Lösungen stehen in der Praxis deshalb im Vordergrund. Die Gerichte attestieren zum einen dem Patienten trotz des eigentlich zu erreichenden hohen Beweismaßes des § 286 ZPO allzu schnell (und häufig stillschweigend), ihm sei der Beweis geglückt, dass er bei richtiger Aufklärung der Maßnahme nicht zugestimmt oder die ihm selbst obliegende Sicherungsmaßnahme vorgenommen hätte. Zum anderen kann die Kausalitätsfrage mithilfe der

Beweislastumkehr beim groben therapeutischen Aufklärungsfehler gem. § 630h Abs. 5 BGB beantwortet werden.

3. Fälle der mangelhaften Selbstbestimmungsaufklärung sind eigentlich das klassische Anwendungsgebiet der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, denn es ist außerhalb von Extremsituationen kaum ein Patient vorstellbar, der bei umfassender Aufklärung sein eigenes Urteilsvermögen als dem des Arztes seines Vertrauens überlegen ansehen würde. Die Vermutung würde hier aber dem Arzt helfen, mit dem Einwand der hypothetischen Einwilligung nach § 630h Abs. 2 S. 2 BGB das Schadenersatzbegehren des Patienten abzuwehren. Das Konzept wird deshalb nicht angewandt, sondern die Position des Patienten umgekehrt dadurch entscheidend gestärkt, dass ihm der Nachweis eines „plausiblen Entscheidungskonflikts“ im Falle einer richtigen Aufklärung genügt.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen. Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

52) BGHZ 221, 55 = NJW 2019, 1076 = JZ 2019, 517 m. Anm. Spickhoff = MedR 2019, 554.

53) BGHZ 166, 336, 344 = NJW 2006, 2108 = MedR 2006, 588.

Zur Entstehung des Gentechnikrechts

Eine auch persönliche Geschichte*

Wolfram Eberbach

Das „Handbuch der Rechtsförmlichkeit“ des Bundesministeriums der Justiz – bisher in 3. Auflage erschienen – gibt Empfehlungen zu Form und Gestaltung von Gesetzen und Verordnungen. Doch genügen sie, wenn es gilt, eine gänzlich neue Materie juristisch „zu bändigen“? Wenn für diesen neuen Bereich weitgehend Vorbilder, die Orientierung geben könnten, fehlen? Dann ist die Rechtssetzung fast unvermeidbar begleitet von der Gefahr, dass sich am Schluss Inhalt und Sinn der neuen Vorschriften Dritten nur erschließen bei „*subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von*

Denksportaufgaben.“¹ Diese Arbeit will am Beispiel der Gentechnik und der Entstehung des Gentechnikrechts – unter Einbeziehung persönlicher Erfahrungen – einen Eindruck vermitteln von fachlichen, rechtlichen und politischen Aspekten, die eine solche komplexe Gesetzgebung begleiten können.

*) Schriftliche Fassung eines Vortrages, den der Verfasser bei einer Veranstaltung der Universitäten Jena und Halle-Wittenberg am 27. 1. 2022 gehalten hat. Der Vortragsstil wurde nicht gänzlich eliminiert.

1) Vgl. Österreichischer VerFGH, Erkenntnis v. 29. 6. 1990 – G 81/82/90 u. a., Sammlung 12420/1990, zitiert im Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Rdnr. 54, unter Verweis auf die Fundstelle im Beschl. des BFH v. 6. 9. 2006 – XI R 26/04 –, Rdnr. 33.