

Rdnr. 163, juris). Eine Beweiserleichterung hinsichtlich der Kausalität für den Schaden erwächst dem Patienten daher auch nicht bei einer groben Verletzung der Aufklärungspflicht (Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, 8. Aufl. C., Rdnr. 149 m. w. N.).

Der Senat rät daher zur Rücknahme der Berufung, die zwei Gerichtsgebühren spart.

<https://doi.org/10.1007/s00350-023-6675-6>

Anmerkung zu OLG Dresden, Beschl. v. 19. 7. 2023 – 4 U 245/23 (LG Görlitz)

Hans-Willi Laumen

Steht fest oder ist bewiesen, dass der Arzt eine ordnungsgemäße Aufklärung unterlassen hat und damit die erforderliche Einwilligung in die medizinische Maßnahme nicht vorliegt, verbleibt die Beweislast für den Ursachenzusammenhang zwischen dem Aufklärungsmangel und dem Gesundheitsschaden beim Patienten. Da die unterlassene oder unzureichende Risikoaufklärung rechtlich nicht als Behandlungsfehler gilt, greift eine Beweislastumkehr für die Kausalität nach der ständigen Rechtsprechung¹ selbst dann nicht ein, wenn der Aufklärungsmangel als grob einzuordnen ist. Wenn auch vom BGH nicht explizit zum Ausdruck gebracht, gibt es also bezüglich der Rechtsfolgen keinen Unterschied zwischen einem einfachen und einem groben Aufklärungsfehler². Dem ist aus mehreren Gründen zuzustimmen.

Es ist schon zweifelhaft, ob ein schwerer, d. h. im rechtlichen Sinne grober Behandlungsfehler wirklich die Aufklärung des Behandlungsgeschehen erschwert und deshalb eine Umkehr der Beweislast für die Kausalität zwischen Fehler und Gesundheitsschaden rechtfertigt³. Wie die Praxis zeigt, ist der Nachweis der Kausalität bei leichten Fehlern durchaus häufiger mit Schwierigkeiten verbunden als bei groben Behandlungsfehlern. Es ist also durchaus fraglich, ob die Schwere einer Pflichtverletzung regelmäßiger Einfluss auf mögliche Schwierigkeiten beim Nachweis der Kausalität hat. Dies muss aber umso mehr bei groben Aufklärungsmängeln gelten. Es ist nicht nachvollziehbar, warum eine schwere Aufklärungspflichtverletzung den Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen dem Aufklärungsmangel und dem eingetretenen Gesundheitsschaden negativ beeinflussen könnte. Schon deshalb ist eine Beweislastumkehr für die Kausalität bei groben Aufklärungsmängeln abzulehnen.

Es bestehen darüber hinaus aber auch dogmatische Bedenken. Um die Erfolgsaussichten eines ins Auge gefassten Rechtsstreits abschätzen zu können, muss jede Partei bzw. ihr Anwalt wissen, welches Tatbestandsmerkmal sie beweisen müssen und welche Partei den Nachteil bei einem non liquet zu tragen hat. Deshalb müssen die Regeln über die Verteilung der objektiven Beweislast schon aus Gründen der Rechtssicherheit und der Gleichheit der Rechtsanwendung vor Beginn des Prozesses abstrakt und generell festliegen⁴. Bei der Schwere eines Aufklärungsmangels handelt es sich um ein völlig unbestimmtes und zudem tatbestandsfremdes Merkmal, dessen Beurteilung durch das Gericht bzw. den medizinischen Sachverständigen kaum vorab sicher einzuschätzen ist, zumal es – anders als bei groben Behandlungsfehlern – allgemeingültige Kriterien für das Vorliegen eines schweren Aufklärungsmangels nicht gibt.

Die Beweislastverteilung von der Schwere des Aufklärungsmangels abhängig zu machen wäre mit den Geboten der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit der Beweislastverteilung in einem künftigen Prozess nur schwer zu vereinbaren. Es ist abzusehen, dass dann in einschlägigen Verfahren – wie bei der Frage der Grobheit eines Behandlungsfehlers – vermehrt nur noch um die Frage gestritten wird, ob der jeweilige Aufklärungsmangel als grob anzusehen ist oder nicht.

Es muss deshalb dabei bleiben, dass der Patient unabhängig von der Schwere des Aufklärungsmangels den Beweis für den Ursachenzusammenhang zwischen der Aufklärungspflichtverletzung und dem eingetretenen Gesundheitsschaden führen muss. Dabei kommt dem Patienten allerdings die Beweiserleichterung des § 287 ZPO zugute, weil der mangels ordnungsgemäßer Aufklärung rechtswidrig durchgeführte Eingriff bereits den Primärschaden darstellt⁵. Es reicht also aus, dass der Gesundheitsschaden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf der mangelnden Aufklärung beruht.

- 1) BGH v. 1.10.1985 – VI ZR 19/84, NJW 1986, 1541, 1542 = MedR 1986, 192, 194; BGH v. 26.11.1991 – VI ZR 389/90, NJW 1992, 754, 756 = MedR 1992, 214, 216; OLG Koblenz v. 13.7.2015 – 5 U 282/15, MDR 2015, 1420, 1421; Katzenmeier, in: BeckOK-BGB, § 630h, Rdnr. 31; Gutmann, in: Staudinger, (2021), § 630h, Rdnr. 66 m. w. N.
- 2) So ausdrücklich OLG Hamburg v. 27.11.1998 – 1 U 182/97, VersR 2000, 190, 191, Rdnr. 55; OLG Hamm v. 17.3.2015 – 28 U 208/13, GesR 2015, 291, 298.
- 3) Zur Kritik an dieser Beweislastumkehr vgl. u. a. Katzenmeier, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 5. Aufl. 2023, Bd. 3, § 823 Anh II, Rdnrn. 38ff. m. w. N.; Katzenmeier, in: FS f. Prütting, 2018, S. 361, 363 m. w. N. in Fn. 17; Wagner, in: MüKo/BGB, 9. Aufl. 2022, § 630h, Rdnr. 85; Mäsch, Chance und Schaden, 2004, S. 31ff., 121ff.; Mäsch, NJW 2022, 2751; E. Schmidt, MedR 2007, 693, 699ff.; Doppeide, VersR 2007, 1050, 1051; Foerste, in: FS f. Deutsch, 2009, S. 165, 171ff.; Steiner, MedR 2021, 957ff.
- 4) Vgl. nur BGH v. 27.4.2004 – VI ZR 34/03, BGHZ 159, 48, 54f. = NJW 2004, 2011, 2012f. m. Anm. Spickhoff, NJW 2004, 2345ff. = JZ 2004, 1029, 1030 m. Anm. Katzenmeier; Zöller/Greger, ZPO, 34. Aufl. 2022, Vor § 284, Rdnr. 17; Laumen, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 5. Aufl. 2023, Bd. 1, Kap. 9, Rdnr. 20 m. w. N.
- 5) BGH v. 29.9.2009 – VI ZR 251/08, NJW-RR 2010, 833, 835, Rdnr. 13 = MedR 2010, 494, 496 m. Anm. Jaeger; BGH v. 19.10.2010 – VI ZR 241/09, NJW 2011, 375, 376, Rdnr. 18 = MedR 2011, 244, 246 m. Anm. Jaeger; Wagner, in: MüKo/BGB, 9. Aufl. 2022, § 630h, Rdnr. 43.

Befangenheitsantrag gegen Sachverständigen

ZPO §§ 42, 406

Die Besorgnis der Befangenheit eines medizinischen Sachverständigen folgt nicht daraus, dass dieser nicht von sich aus mitteilt, dass er nicht mehr als Arzt tätig ist. Hieraus ggf. resultierende Bedenken gegen den Inhalt des Gutachtens sind im Instanzenzug geltend zu machen.

OLG Dresden, Beschl. v. 5. 6. 2023 – 4 W 316/23 (LG Leipzig)

Eingesandt von Prof. Dr. Christian Katzenmeier, Institut für Medizinrecht, Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln; bearbeitet von Rechtsanwalt Dr. iur. Max Middendorf, Fachanwalt für Medizinrecht, Lehrbeauftragter an der WWU Münster, BergmannPartner, Josef-Schlichter-Allee 38, 59063 Hamm, Deutschland

Dr. iur. Hans-Willi Laumen, Präsident des AG Köln a. D., Stellvertreter Vorsitzender der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler bei der Ärztekammer Nordrhein, Tersteegenstraße 9, 40474 Düsseldorf, Deutschland