

**Expertenseminar 2016**  
**Die Beweisregeln des § 630h BGB in der anwaltlichen Praxis**

**Die Aufklärungspflichtverletzung**

Yvette Weber  
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Medizinrecht  
Parigger & Kollegen, Hannover

**I. Einleitung**

Im deutschen Zivilrecht gilt der Grundsatz, dass jede Partei die für sie günstigen Umstände darzulegen und zu beweisen hat. Dieser Grundsatz gilt vom Ansatz her auch im Arzthaftungsrecht. Danach ist der Patient für die anspruchsbegründenden, der Behandelnde für die anspruchshindernden, -vernichtenden und -hemmenden Tatsachen darlegungs- und beweispflichtig. D.h. der Patient trägt die Darlegungs- und Beweislast für Behandlungsfehler, also für die Verletzung des fachärztlichen Standards, und dessen Ursächlichkeit für den ebenfalls vom Patienten zu beweisenden Schaden.<sup>1</sup> Allein das Misslingen der Heilbehandlung darzutun, ist für einen Fehlerverdacht nicht ausreichend.<sup>2</sup> Um der sich für die Patientenseite aus ihrer Laienstellung regelmäßig ergebenden Beweisnot entgegenzuwirken, hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit zu Gunsten des Patienten gesonderte Beweisregelungen entwickelt hat, teilweise in Form von Beweiserleichterungen, teilweise in Form einer (echten) Umkehr der Beweislast. Durch § 630h BGB wurden diese Beweisregeln im Wesentlichen zusammengefasst und normiert,<sup>3</sup> so dass im Arzthaftungsrecht die allgemeine Grundregel der Beweislastverteilung weiterhin Geltung hat und nur bei Eingreifen der in § 630h BGB normierten Sonderregelungen verdrängt bzw. korrigiert wird.

In § 630h BGB findet sich eine detaillierte Zusammenfassung der richterrechtlich geformten Beweislastsonderregelungen, nämlich zur Haftung bei voll beherrschbaren Risiken (Abs. 1), bei (fehlendem) Vorliegen von Einwilligung und Aufklärung (Abs. 2), bei (fehlerhafter) Dokumentation (Abs. 3), Anfängerfehlern (Abs. 4), groben Behandlungsfehlern (Abs. 5 S. 1) und bei der Unterlassung der medizinisch gebotenen Befundsicherung (Abs. 5 S. 2).

Als Anspruchsgrundlagen für Schadensersatz-/Schmerzensgeldansprüche kommen im Arzthaftungsrecht insbesondere die §§ 823 ff. BGB (Deliktshaftung) und die Vorschriften zum

---

<sup>1</sup> Z.B. BGH 61, 118, 120; NJW 1999, 1778

<sup>2</sup> Z.B. OLG Naumburg, Urteil vom 8.12.2014, Az. 1 U 34/14

<sup>3</sup> Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Dr 17/10488, S. 27.

Behandlungsvertrag in den §§ 630a ff. BGB (Vertragshaftung) in Betracht. Eine spezielle vertragliche Haftungsnorm enthält das Behandlungsvertragsrecht jedoch nicht;<sup>4</sup> bei der Verletzung vertraglicher Pflichten aus dem Behandlungsvertrag ist Anspruchsgrundlage die allgemeine Vorschrift des § 280 BGB, wonach der Schuldner, der eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt, dem Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens schuldet, es sei denn, der Schuldner hat die Pflichtverletzung nicht zu vertreten.

Der betroffene Patient beruft sich meist zunächst darauf, die Behandlung sei fehlerhaft gewesen. Ergänzend, insbesondere dann, wenn dem Patienten der Nachweis eines Behandlungsfehlers nicht gelingt, wird regelmäßig geltend gemacht, es habe an der gebotenen Aufklärung gefehlt, denn schon vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes mit der Bestimmung des § 630h BGB galt der Grundsatz, dass dem Patienten die Beweislast für einen Behandlungsfehler, Schaden und Kausalität obliegt<sup>5</sup> und dem Behandelnden die Beweislast für Einwilligung und Aufklärung;<sup>6</sup> daran hat sich durch das Patientenrechtegesetz im Wesentlichen nichts geändert. Normiert ist die Beweislast bezüglich der Aufklärungspflicht in § 630h BGB in Abs. 2, der lautet:

*„(2) Der Behandelnde hat zu beweisen, dass er eine Einwilligung gemäß § 630d eingeholt und entsprechend den Anforderungen des § 630e aufgeklärt hat. Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des § 630e, kann der Behandelnde sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte.“*

Bezüglich der Aufklärungspflicht verweist die Vorschrift des § 630h BGB damit auf eine den Anforderungen des § 630e BGB genügende Aufklärung als Basis der erforderlichen Einwilligung gem. § 630d BGB. Fehlt es daran, kann sich der Behandler ggf. auf eine hypothetische Einwilligung berufen.

### **1. Abgrenzung Aufklärungspflicht (§ 630e BGB) – Informationspflicht (§ 630c BGB)**

Bezüglich des Inhalts der nach § 630h Abs. 2 BGB erforderlichen Aufklärung ist zwischen den schon vor ihrer Normierung durch das Patientenrechtegesetz von der Rechtsprechung herausgearbeiteten zwei Hauptformen der Patientenaufklärung zu differenzieren, die jetzt im Behandlungsvertragsrecht als *Aufklärungspflicht* in § 630e BGB und *Informationspflicht* in § 630c BGB normiert sind.

---

<sup>4</sup> Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Dr 17/10488, S. 10 f.

<sup>5</sup> Z.B. BGH 61, 118, 120; NJW 1999, 1778

<sup>6</sup> RG 68, 431, 438

Die Informationspflicht aus § 630c BGB umfasst im Wesentlichen die sog. *Sicherungsaufklärung* oder *therapeutische Aufklärung*,<sup>7</sup> deren Ziel es ist, den Patienten über das adäquate, seinem Gesundheitszustand angemessene Verhalten vor und nach einer Behandlung zu informieren. Diese Informationspflicht wird regelmäßig dem Thema Behandlung bzw. Behandlungsfehler zugeordnet, wozu auch die Aufnahme einer Pflicht zur Information über eigene und fremde Behandlungsfehler passt. Die Übergänge sind indes fließend. Ebenfalls in § 630c BGB, dort Abs. 3, findet die *wirtschaftliche* Aufklärungspflicht Erwähnung, die Einfluss auf die Frage der Durchsetzbarkeit einer ärztlichen Honorarforderung haben kann.

Gegenstand des § 630h Abs. 2 BGB ist hingegen allein die sog. *Selbstbestimmungsaufklärung* (auch als Eingriffs- oder Risikoaufklärung bezeichnet), die in § 630e BGB normiert ist. Danach ist der Behandelnde verpflichtet, den Patienten so verständlich über die wesentlichen Umstände der Behandlung aufzuklären, dass diesem eine sachgerechte selbstbestimmte Abwägung möglich ist, ob er in eine Behandlung einwilligt oder diese ablehnt. § 630e BGB enthält mithin die Anforderungen an eine ordnungsgemäße *Einwilligungsaufklärung*.

## **2. Einwilligung (§ 630d BGB)**

Grundsätzlich stellt jeder Eingriff in die körperliche Unversehrtheit eines Menschen eine (strafbare) Körperverletzung (§ 223 StGB) dar und begründet (neben der vertraglichen Haftung aus dem Behandlungsvertrag) eine deliktische Haftung (§ 823 BGB); dies gilt nach ständiger Rechtsprechung, die bereits durch ein Urteil des Reichsgerichts im Jahr 1894 begründet wurde,<sup>8</sup> auch für die medizinische Behandlung eines Patienten, selbst wenn diese *lege artis* durchgeführt wird.

Ohne Einwilligung des Patienten ist die medizinische Behandlung eine strafbare Körperverletzung, eine wirksame Einwilligung des Betroffenen lässt jedoch die Rechtswidrigkeit eines körperlichen Eingriffs entfallen.

Die Einwilligung ist daher von jeher wesentlicher Teil der medizinischen Behandlung. Durch §§ 630a ff. BGB sind Einwilligung und Einwilligungsaufklärung nunmehr normiert als

---

<sup>7</sup> Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Dr 17/10488, S. 21.

<sup>8</sup> RG, Urt. v. 31.05.1894 – Rep.1406/94. vgl. zum Streit und Meinungsstand ausführlich *Ulsenheimer*, in *Laufs/Kern*: Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., S. 1571, Rn. 1 ff

vertragliche Hauptpflichten des Behandlers aus dem Behandlungsvertrag und stellen nicht mehr einen bloßen Rechtfertigungsgrund dar.

### **3. Inhalt und Umfang der Einwilligungsaufklärung (§ 630e BGB)**

Die Einwilligung in eine Behandlungsmaßnahme kann ein Patient nur wirksam erteilen, wenn er weiß, worin er einwilligt. Daher bedarf es einer umfassenden Aufklärung über die maßgeblichen Umstände der beabsichtigten Behandlungsmaßnahme. Dazu gehören insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der beabsichtigten Behandlungsmaßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und die Erfolgsaussichten.

Um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu bewahren, ist er dann, wenn es unterschiedliche Behandlungsmethoden gibt, die gleichermaßen indiziert und üblich sind, aber zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können, auch auf die vorhandenen Alternativen hinzuweisen. Eine präoperative Aufklärung ist mithin mangelhaft, wenn der vorgesehene Eingriff lediglich eine von mehreren Optionen darstellt und dem Patienten diese Optionen mit ihren jeweiligen Belastungen und Erfolgschancen nicht verdeutlicht werden, so dass der Patient nicht ausreichend im Stande ist, selbst zu prüfen, was in seiner persönlichen Situation sinnvoll ist, und eigenverantwortlich zu entscheiden, worauf er sich einlassen soll. Gibt es mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Behandlungsmethoden, die wesentlich unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen aufweisen, so dass eine echte Wahlmöglichkeit für den Patienten besteht, dann muss diesem nach entsprechend vollständiger ärztlicher Aufklärung die Entscheidung überlassen bleiben, auf welchem Wege die Behandlung erfolgen soll und auf welches Risiko er sich einlassen will. Die Beweislast dafür, dass er dem Patienten die wesentlichen Gesichtspunkte der beabsichtigten wie auch ernsthaft in Betracht kommender Alternativen verständlich dargetan hat, liegt bei dem Behandler.<sup>9</sup> Dies gilt auch für (übliche) alternative Methoden, die er selbst nicht anwendet.<sup>10</sup>

§ 630e BGB verlangt hierzu eine verständliche und grundsätzlich mündliche Aufklärung des Patienten; allein die Übergabe von schriftlichem Informationsmaterial oder Aufklärungsbögen genügt nicht, wengleich dem Patienten Unterlagen, die er im Zusammenhang mit den Erläuterungen unterschreibt, in Kopie auszuhändigen sind.

---

<sup>9</sup> Vgl. z.B. OLG Hamm, Urteil vom 17.12.2013 - 26 U 54/13; BGH, Beschluss vom 17.12.2013, Az. VI ZR 230/12

<sup>10</sup> Vgl. z.B. OLG Koblenz, Teilurteil vom 15.10.2014, Az. 5 U 976/13

Die Aufklärung hat durch den Behandler zu erfolgen. Ersatzweise darf auch eine Person, die über die zur Durchführung der konkreten Behandlungsmaßnahme erforderliche Ausbildung verfügt, die Aufklärung vornehmen. Damit muss die Aufklärung stets durch einen Arzt erfolgen und kann nicht auf nichtärztliches Personal wie Krankenschwester oder Helferin delegiert werden.

Ist ein Patient einwilligungsunfähig, also nach seiner natürlichen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit nicht in der Lage, Art, Bedeutung, Tragweite und Risiken der beabsichtigten Behandlungsmaßnahme zu erfassen, sind zunächst Erklärungen, die der Betroffene in einer Patientenverfügung i.S.d. § 1901a BGB abgegeben hat, bedeutsam. Liegt eine solche Verfügung nicht vor oder trifft sie keine Aussage über die konkret beabsichtigte Maßnahme, ist nach § 630d Abs. 1 S. 2 BGB die Einwilligung des Vormunds, Betreuers, gesetzlichen oder rechtsgeschäftlich berufenen Vertreters maßgeblich.

#### **4. Hypothetische Einwilligung (§§ 630d Abs. 1 Satz 4, 630h Abs. 2 Satz 2 BGB)**

Liegt eine ausdrückliche Einwilligung nicht vor oder steht fest, dass vor einer Behandlung keine den Anforderungen des § 630e BGB genügende Aufklärung durchgeführt wurde, kann der auch insoweit beweisbelastete Behandler sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte. Auch wenn es insoweit an einer ausdrücklichen Klarstellung im Gesetz fehlt, hat der Patient die Möglichkeit, diesem Einwand mit der plausiblen Darlegung eines Entscheidungskonflikts entgegenzutreten.<sup>11</sup>

## **II. Beweislastverteilung (§630h Abs. 2 BGB) zur Aufklärung und Einwilligung**

§ 630h Abs. 2 BGB regelt die Beweislast im Zusammenhang mit der Aufklärung und der Einwilligung abweichend zu dem im Vertragsrecht sonst geltenden Grundsatz, dass jede Partei die zu ihren Gunsten geltend gemachten Umstände beweisen müsse. Die zuvor von der Rechtsprechung entwickelten Beweiserleichterungen zu Gunsten der Patientenseite beruhten auf dem Deliktsrecht; durch die Anknüpfung des Behandlungsvertragsrechts an § 280 BGB bedurfte es zur Aufrechterhaltung des bisherigen „Richterrechts“ der Anpassung,<sup>12</sup> ohne die dem Patienten die Darlegungs- und Beweislast auch für die Tatsache oblegen

<sup>11</sup> Gesetzesbegründung BT-Dr 17/10488, S. 29

<sup>12</sup> Gesetzesbegründung BT-Dr 17/10488, S. 28 f.

hätte, dass die Aufklärung fehlerhaft oder unterblieben sei oder er nicht in die Behandlungsmaßnahme eingewilligt habe. Hiervon macht § 630h Abs. 2 Satz 1 BGB eine Ausnahme, indem die Vorschrift dem Behandelnden die Beweislast für die erfolgte Aufklärung und für die Einholung einer wirksamen Einwilligung auferlegt. Im Sinne der Waffengleichheit zwischen den Parteien des Behandlungsvertrages und um einen Gleichlauf der Beweislastregelungen im Vertrags- und Deliktsrecht zu schaffen,<sup>13</sup> hat der Behandelnde zu beweisen, dass er den Patienten (oder den zur Einwilligung gemäß § 630d Abs. 1 Satz 2 BGB Berechtigten) entsprechend den Anforderungen des § 630e BGB über sämtliche maßgeblichen Umstände einer Behandlungsmaßnahme aufgeklärt hat und dieser wirksam eingewilligt hat.

Wohl aufgrund der besseren Beweissituation wird von Patientenseite oft ersatzweise<sup>14</sup> oder neben der Behauptung eines Behandlungsfehlers die Aufklärungsrüge erhoben.

### **1. Beweislast Patient**

Durch das Patientenrechtegesetz wurde mit § 630h Abs. 2 BGB allerdings nicht nur die Beweislast hinsichtlich der Aufklärung zu Lasten des Behandlers geregelt, sondern auch (inzidenter) daran festgehalten, dass es dem Patienten - weiterhin - obliegt, die haftungsbegründende und -ausfüllende Kausalität des Aufklärungsfehlers darzutun. Er muss zwar nicht beweisen, dass die Aufklärung unzureichend war oder er nicht wirksam in die Behandlungsmaßnahme eingewilligt hat; dem Patienten obliegt es indes, den ihm entstandenen Schaden darzutun und zu belegen. Daneben trägt der Patient weiterhin die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Schadensfolge, für die er Ersatz verlangt, tatsächlich auf dem konkret gerügten Aufklärungsmangel beruht.<sup>15</sup> Eine Haftung des Behandlers scheidet aus, wenn der Patient nicht darlegen und beweisen kann, dass eine unzureichende Aufklärung ursächlich für einen Verletzungserfolg ist.

So begründet die fehlerhafte Aufklärung über eine Diagnose grundsätzlich keinen Schadensersatzanspruch, wenn es sich um eine nicht therapierbaren Erkrankung handelt. Das OLG Köln<sup>16</sup> hat eine Berufung nach § 522 ZPO zurückgewiesen, mit der ein Patient zuletzt geltend gemacht hat, die fehlende Aufklärung über die Diagnose Multiple Sklerose hätte bei ihm zu psychischer Beeinträchtigungen geführt. Der 5. Zivilsenat führt aus, eine Aufklärung des Klägers sei haftungsrechtlich nicht erforderlich gewesen, denn es hätte keine

---

<sup>13</sup> Gesetzesbegründung BT-Dr 17/10488, S. 29

<sup>14</sup> BGH, Beschluss vom 15.09.2015, Az. VI ZR 170/14 (OLG Celle), mit Anmerkung Spickhoff, LMK 2015, 374730

<sup>15</sup> OLG Koblenz, Beschluss vom 13.07.2015, Az. 5 U 282/15

<sup>16</sup> OLG Köln, Beschluss vom 11.06.2014, Az. 5 U 1/14

Möglichkeiten einer Therapie der beim Kläger vorhandenen Verlaufsform der Multiplen Sklerose gegeben. In jedem Fall scheidet ein Anspruch mangels Kausalität aus, da der Patient nicht habe beweisen können, dass die von ihm geschilderten Wesensveränderung und Depressionen darauf zurückzuführen seien, dass er die von ihm erlebten Gesundheitsbeeinträchtigungen nicht zuordnen konnte.

Auch die unterlassene Aufklärung über alternative Behandlungsmethoden führt nicht zu einer Haftung, wenn diese keine Heilungschance bieten. Das OLG Karlsruhe stellt bezüglich einer Aufklärungsrüge klar, dass eine Aufklärung über eine alternative Behandlungsmöglichkeit nur erfolgen muss, wenn diese eine Heilungschance bietet. Biete eine medikamentöse Behandlung und/oder ein Hinausschieben der Operation keine Heilungschance, begründe die fehlende Aufklärung über diese Alternativen keinen Schadensersatzanspruch.<sup>17</sup>

Gleiches gilt, wenn die Chancen und Risiken verschiedener Methoden nahezu gleich sind.<sup>18</sup> So hat das OLG Koblenz trotz des Umstandes, dass der Behandler sich gegenüber dem Patienten im Wesentlichen darauf beschränkt hat, die Notwendigkeit des beabsichtigten Eingriffs hervorzuheben und es an der gebotenen Information zum Umfang und zu den Risiken hat vermissen lassen, der Haftungsklage keinen Erfolg gewährt.

In derartigen Fällen mag es zwar dem insoweit beweisbelasteten Behandler nicht gelingen, eine erfolgte Aufklärung zu belegen. Dies hat für den Behandler jedoch keine Haftungsfolge, wenn es nicht dem Patienten gelingt, eine negative Folge der unzureichenden Aufklärung zu belegen.

Der Patient trägt zudem grundsätzlich die Beweislast, sofern er sich auf mangelnde Einwilligungsfähigkeit beruft, da die Einwilligungsfähigkeit eines erwachsenen Menschen die Regel ist. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich Einschränkungen der Einwilligungsfähigkeit, etwa aus dem Behandler bekannten medizinischen Umständen heraus, aufdrängen. Allein der Umstand, dass ein Patient unter Schmerzen leidet, begründet indes keinen hinreichenden Anhaltspunkt für eine eingeschränkte Einwilligungsfähigkeit.<sup>19</sup>

## **2. Beweislast Behandler**

---

<sup>17</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 16.01.2013, Az. 7 U 66/11; BGH, Urteil vom 11.11.2014, Az. VI ZR 76/13

<sup>18</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 22.7.2015, Az. 5 U 758/14

<sup>19</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 01.10.2014, Az. 5 U 463/14

Der Behandler hat zu beweisen, dass er den Patienten entsprechend § 630e BGB aufgeklärt und eine wirksame Einwilligung eingeholt hat.

Die Regelung des § 630h Abs. 2 BGB führt insoweit zu einer Beweislastumkehr zu Gunsten des Patienten und zu Lasten des Behandlers. Daher gilt der Grundsatz, dass an den Nachweis einer erfolgten Aufklärung keine überzogenen Anforderungen gestellt werden dürfen.<sup>20</sup> So wurde eine Zeugenaussage, die nicht auf konkreten Erinnerungen, sondern auf allgemeine Erfahrungen mit der Handhabung der Patientenaufklärung in der Praxis des beklagten Behandlers basierte, als hinreichender Beleg für eine erfolgte Aufklärung angesehen.<sup>21</sup>

Der Behandler hat sowohl den Inhalt als auch die Form der erfolgten Aufklärung zu beweisen. So obliegt es ihm, den Beleg zu erbringen, dass die Aufklärung durch ihn selbst oder einen hinreichend qualifizierten Vertreter, nämlich eine Person, die ihrem Ausbildungsstand nach die geplante Behandlungsmaßnahme auch selbst durchführen könnte, also einen Arzt, erfolgt ist.<sup>22</sup> Ferner hat er die Verständlichkeit seiner Aufklärung darzutun. Dabei kann er sich, etwa bei der Aufklärung eines Patienten mit eingeschränkten deutschen Sprachkenntnissen, darauf berufen, dieser habe durch seine Fragen und seine Reaktion auf seine Erläuterungen den Eindruck vermittelt, er hätte alles verstanden.<sup>23</sup>

Weiter obliegt es dem Behandler, zu beweisen, dass die Aufklärung mündlich erfolgte und nicht allein anhand von Aufklärungsbögen. Mit Vorlage von unterzeichneten Aufklärungsbögen genügt der Behandler seiner Darlegungslast nicht,<sup>24</sup> denn die Unterzeichnung derartiger Formulare belegt nicht, dass der Patient sie auch gelesen und verstanden hat oder dass der Inhalt mit ihm erörtert worden ist. Formularen und Merkblättern können das erforderliche Aufklärungsgespräch nicht ersetzen. Ihnen lässt sich insbesondere nicht entnehmen, dass der Patient über ein konkretes nicht ausdrücklich erwähntes Risiko informiert worden ist.<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> Vgl. z.B. OLG Naumburg, Urteil vom 4.12.2014, Az. 1 U 66/14; LG Wiesbaden, Urteil vom 20.06.2013, Az. 9 O 294/10

<sup>21</sup> Vgl. z.B. BGH, Urteil vom 08.01.1985, Az. VI ZR 15/83; OLG Koblenz, Beschluss vom 25.02.2014, Az. 5 U 1535/13

<sup>22</sup> Vgl. z.B. OLG Hamm, Urteil vom 11.04.2014 - 26 U 6/13

<sup>23</sup> Vgl. z.B. OLG Koblenz, Beschluss vom 25.02.2014, Az. 5 U 1535/13

<sup>24</sup> Vgl. z.B. OLG Naumburg, Urteil vom 8.12.2014, Az. 1 U 34/14; OLG Hamm, Urteil vom 09.11.2015, Az. 3 U 68/15; OLG Koblenz, Teilurteil vom 15.10.2014, Az. 5 U 976/13

<sup>25</sup> Vgl. z.B. BGH, Urteil vom 07.02.1984, Az. VI ZR 174/82; Urteil vom 08.01.1985, Az. VI ZR 15/83



Sofern unstreitig oder nachgewiesen ist, dass es zwischen Arzt und Patient ein Gespräch gab, in dem über den Eingriff gesprochen wurde, wird es allerdings als ausreichend angesehen, wenn die Darstellung des Behandlers, wonach eine Risikoaufklärung erfolgt ist, in sich schlüssig ist und einiger Beweis für ein Aufklärungsgespräch erbracht worden ist.<sup>26</sup> Bestreitet der Patient die Durchführung eines Gesprächs, obliegt es dem Behandler nachzuweisen, dass ein Aufklärungsgespräch stattgefunden hat. Hierbei kann er sich auf schriftliche Unterlagen stützen. Die Existenz einer unterschriebenen Einwilligungserklärung des Patienten kann insoweit als Indiz gewertet werden, dass vor der Unterzeichnung überhaupt ein Aufklärungsgespräch über die Operation und deren mögliche Folgen geführt worden ist.<sup>27</sup>

Die dem Behandler obliegende Beweislast umfasst auch den Umstand, dass er den Patienten rechtzeitig vor einem Eingriff belehrt hat, so dass diesem Zeit für eine eigenständige Entscheidung über die beabsichtigte Maßnahme bleibt.

Der Behandler trägt ferner die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Patient über realistische und übliche andersartige Behandlungsalternativen informiert worden ist, auch über solche, die der Behandler selbst nicht anbietet.<sup>28</sup> Bei geringerer Indikationsschwere erhöhen sich die Anforderungen an die Aufklärung und damit die Darlegung. Mit der Erklärung eines Behandlers, er erwähne im Patientengespräch grundsätzlich, dass der - ins Auge gefasste - Einsatz einer Kreuzbandplastik einen elektiven Eingriff darstelle und mache klar, dass es nicht um eine zwingend lebensnotwendige, aber sinnvolle Maßnahme gehe, weil er nicht glaube, dass konservative Behandlungsmethoden weiteren Vorteil brächten, hat der Behandler seiner Darlegungs- und Beweislast für eine ordnungsgemäße Aufklärung indes nicht genügt. Das OLG Koblenz<sup>29</sup> sah bei dieser nur relativ indizierten Maßnahme eine ausreichende Besprechung der Problematik mit der Patientin als nicht dargetan an. Insbesondere mit Blick auf die zumindest sehr begrenzte Indikation für operative Maßnahmen hätte es einer weitergehenden Aufklärung über den anstehenden Eingriff bedurft, den der Behandler nicht beweisen konnte, so dass es an einer wirksamen Patienteneinwilligung fehlte. Damit mussten die Beklagten - die Beklagte zu 1. als Vertragspartner der Klägerin sowie die Beklagten zu 2. und 3. aufgrund der Mängel der von ihnen übernommenen Aufklärung, für die Auswirkungen gesamtschuldnerisch eintreten. Auch ein Arzt, der die Behandlung nicht selbst durchführt, sondern den Patienten lediglich

---

<sup>26</sup> Vgl. z.B. OLG Naumburg, Urteil vom 4.12.2014, Az. 1 U 66/14

<sup>27</sup> Vgl. z.B. BGH, Urteil vom 08.01.1985, Az. VI ZR 15/83

<sup>28</sup> Vgl. z.B. OLG Koblenz, Teilurteil vom 15.10.2014, Az. 5 U 976/13; Urteil vom 04.03.2015, Az. 5 U 966/14

<sup>29</sup> Vgl. z.B. OLG Koblenz, Urteil vom 04.03.2015, Az. 5 U 966/14

über einen Eingriff aufklärt, den ein anderer Behandler angeraten hat, haftet für eine fehlerhafte oder unzureichende Aufklärung.<sup>30</sup>

### 3. Beweislastverteilung hypothetische Einwilligung (§630h Abs. 2 Satz 2 BGB)

Kann eine Einwilligung für unaufschiebbare Maßnahmen nicht rechtzeitig eingeholt werden, reicht gem. § 630d Abs. 1 Satz 4 BGB die mutmaßliche Einwilligung des Patienten aus. Ebenso erlaubt § 630h Abs. 2 BGB dem behandelnden Arzt, sich dann, wenn er eine ordnungsgemäße Aufklärung und wirksame Einwilligung nicht belegen kann, darauf zu berufen, dass der Patient jedenfalls eingewilligt hätte. Damit ist die von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur der „hypothetischen Einwilligung“ nunmehr ausdrücklich normiert.<sup>31</sup>

Auf den ersten Blick begründet diese Bestimmung eine einseitige Begünstigung des Behandlers. Sie bewirkt mit dem Ziel, einem missbräuchlichem Vorbringen fehlerhafter Aufklärung entgegenzuwirken, jedoch nur eine Relativierung des Umstandes, dass ein Behandler sich trotz einer nach den Regeln der ärztlichen Kunst ordnungsgemäß und erfolgreich ausgeführten Behandlung einem Schadensersatzanspruch des Patienten ausgesetzt sieht. Die hypothetische Einwilligung soll in Ausnahmefällen den Arzt vor einer Haftung schützen, wenn ersichtlich ist, dass sein Aufklärungsfehler nicht ursächlich für die Einwilligung des Patienten war.<sup>32</sup> Die zu Lasten des Behandlers gehende Beweislastverteilung des § 630h Abs. 2 Satz 1 BGB bleibt dabei im Wesentlichen erhalten, da auch die Beweislast für die Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung bei dem Behandler liegt.

Voraussetzung für die Berufung auf eine hypothetische Einwilligung ist zunächst, dass ein Aufklärungsdefizit feststeht, der Behandler eine ordnungsgemäße Aufklärung also nicht beweisen konnte oder das Fehlen unstreitig ist.<sup>33</sup> Der Behandler muss sich auf den Einwand der hypothetischen Einwilligung ausdrücklich berufen, eine Berücksichtigung von Amts wegen kommt nicht in Betracht.

---

<sup>30</sup> Vgl. z.B. BGH, Urteil vom 21.10.2014, Az. VI ZR 14/14

<sup>31</sup> Vgl. Gesetzesbegründung BT-Dr 17/10488, S. 29.

<sup>32</sup> Vgl. z. B. KG, Urteil vom 04.12.2014, Az. 20 U 246/13

<sup>33</sup> Vgl. z. B. KG, Urteil vom 04.12.2014, Az. 20 U 246/13; OLG Koblenz, Beschluss vom 13.07.2015, Az. 20 U 246/13

Anders als im Strafrecht, wo dem Behandler nachgewiesen werden muss, dass der Patient nicht in den Eingriff eingewilligt hätte,<sup>34</sup> obliegt es hinsichtlich der zivilrechtlichen Haftung dem Behandler, darzulegen und zu beweisen, dass der Patient bei rechtzeitiger ordnungsgemäßer Aufklärung in die identische Operation eingewilligt hätte. Der Patient kann dem entgegenhalten, dass er sich auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem ernsthaften Entscheidungskonflikt über die Durchführung der Behandlungsmaßnahme befunden hätte, also ernsthaft vor der Frage der Erteilung einer Einwilligung gestanden hätte.<sup>35</sup> Dabei werden an die Darlegung des Patienten nur geringe Anforderungen gestellt; als ausreichend wird die nachvollziehbare und plausible Darlegung des Patienten, dass ihn die Frage, ob er die Maßnahme in dem konkreten Umfang tatsächlich durchführen soll, ernsthaft und nachhaltig in einen inneren Konflikt versetzt hätte, angesehen. Dabei kommt es nicht auf die Einschätzung eines verständigen oder durchschnittlichen Patienten oder darauf, was in der gegebenen Situation aus der Sicht des Behandelnden sinnvoll oder erforderlich gewesen wäre an, sondern allein auf die Situation des betroffenen Patienten und dessen Entscheidung im Einzelfall an. Weitergehende Ausführungen zu seinem Alternativverhalten muss der Patient nicht machen.<sup>36</sup>

### III. Fazit

Die durch § 630h Abs. 2 BGB normierte Beweislastverteilung für Aufklärungsmängel entspricht – zumindest unter Hinzuziehung der Gesetzesbegründung - im Wesentlichen dem, was die Rechtsprechung bereits in der Vergangenheit herausgearbeitet hat. Zwar wird dem Wortlaut nach allein der Behandler belastet. Da es aber zugleich dabei bleibt, dass der Patient die Darlegungs- und Beweislast für die Folgen des von ihm nicht zu belegenden Aufklärungsmangels trägt, mithin die haftungsbegründende und –ausfüllende Kausalität nachweisen muss, bleibt ein ausgewogenes Verhältnis. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung weiterhin trotz Normierung des Behandlungsvertragsrechts korrigierend eingreift, indem angemessene Anforderungen an die jeweils festgelegte Darlegungs- und Beweislast stellt.

Das Institut der hypothetischen Einwilligung schützt daher nur in offensichtlichen Fällen vor einem Missbrauch der Möglichkeit, aus vermeintlich unzureichender Aufklärung Schadensersatzansprüche herzuleiten. Wesentlicher Anwendungsbereich dürften notfallmäßige Behandlungen sein, bei denen eine vorherige eingehende Aufklärung und

---

<sup>34</sup> Vgl. z. B. BGH, Urteil vom 29.06.1995, Az. 4 StR 760/94

<sup>35</sup> Vgl. z. B. OLG Köln, Urteil vom 25.11.2013, Az.5 U 164/12

<sup>36</sup> Vgl. Gesetzesbegründung BT-Dr 17/10488, S. 29

Einwilligung nicht möglich ist, sowie Fälle ohne Alternativen zu der im Streite stehenden Behandlungsmaßnahme, da dann ein ernsthafter Entscheidungskonflikt schwerlich darzulegen ist.

Ärzten und Krankenhäusern bleibt anzuraten, mit Blick auf die sie treffende Beweislast bezüglich der Aufklärung sauber zu dokumentieren, wer wann und mit welchem Inhalt ein persönliches Gespräch mit dem Patienten geführt hat. Dabei ist besonderer Wert auf die Risiken der konkreten Behandlung und die in Betracht kommenden alternativen Methoden zu legen.