

Datum 1. April 2022

22. Frühjahrstagung der AG Medizinrecht im DAV

Die Vermutung beratungsrichtigen Verhaltens in der Arzthaftung

Gliederung

- I. Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens in der Steuer-, Rechts- und Anlageberatung**
 1. Steuer- und Rechtsberatung
 2. Anlageberatung
- II. Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens in der Arzthaftung**
 1. Wirtschaftliche Aufklärung
 2. Therapeutische Aufklärung
 - a) Ergebnisoffene Beratung
 - b) Gezielte Beratung
 - aa) Einsatz der Vermutung
 - bb) Umgehungsstrategien
 - cc) Beweislastumkehr bei grobem Verstoß gegen die therapeutische Aufklärungspflicht
 3. Selbstbestimmungsaufklärung
- III. Zusammenfassung der Ergebnisse**

Zusammenfassung der Ergebnisse 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 – wie in den Fällen der Anlageberatung – auch dann zugunsten des Patienten ein, wenn es auf die korrekte Aufklärung hin nicht nur eine „richtige“ Reaktion gegeben hätte.
 - b) Im Übrigen stößt das Konzept auf die Schwierigkeit, dass im Arzthaftungsrecht angesichts der stets individuellen Motivationslage bei einer Entscheidung für oder gegen einen Eingriff nur schwer mit dem „vernünftigen“ Patienten argumentiert werden kann, der letztlich 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, ihm sei der Beweis geglückt, dass er bei richtiger Aufklärung der Maßnahme nicht zugestimmt hat. Zum anderen kann die Kausalitätsfrage mithilfe der Beweislastumkehr beim groben therapeutischen Aufklärungsfehler gem. § 630h Abs. 5 BGB beantwortet werden.
3. Im Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung würde die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens 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.

Die zentralen im Vortrag in Bezug genommenen Entscheidungen

1. BGH, Urt. vom 5. 2. 2009 - IX ZR 6/06, NJW 2009, 1591 (Die Vermutung, dass der Mandant Beratungsgemäß gehandelt hat, gilt bei Verträgen mit rechtlichen oder steuerlichen Beratern nur, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte EntschlieÙung des zutreffend unterrichteten Mandanten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war.)
2. BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, NJW 2012, 2427 (Es kommt bei Kapitalanlagefällen nicht darauf an, ob ein Kapitalanleger bei gehöriger Aufklärung vernünftigerweise nur eine Handlungsalternative gehabt hätte, er sich also nicht in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte.)
3. BGH, Urt. v. 28. 1. 2020 – VI ZR 92/19, NJW 2020, 1211 (1. Die Beweislast dafür, dass sich der Patient bei ordnungsgemäÙer Information über die voraussichtlichen Behandlungskosten gegen die in Rede stehende medizinische Behandlung entschieden hätte, trägt nach allgemeinen Grundsätzen der Patient. Eine Beweislastumkehr [mittels der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens] erfolgt nicht. (LS) 2. Derjenige, der [auf eine bestimmte Verhaltensweise ausgerichtete therapeutische] Aufklärungspflichten verletzt hat, [trägt] abweichend von den allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sich der Geschädigte bei ordnungsgemäÙer Aufklärung nicht „aufklärungsrichtig“ verhalten, den Rat oder Hinweis also unbeachtet gelassen hätte. (Rn. 27))
4. BGH, Urt. v. 22.11.1983 - VI ZR 85/82, NJW 1984, 658 (1. Die Beweislast dafür, dass die Mutter nach umfassender und richtiger Beratung sich nicht für eine pränatale Untersuchung der Leibesfrucht auf etwaige Schädigungen und sich nach einem etwaigen ungünstigen Ergebnis nicht für den Abbruch der Schwangerschaft entschieden hätte, obliegt dem Arzt.)
5. BGH, Urt. v. 28.03.1989 - VI ZR 157/88, NJW 1989, 2320 (Die Darlegungs- und Beweislast dafür, wie [die Patientin] sich bei erfolgtem Hinweis [des Arztes auf die Bildung von Rhesus-Antikörper nach der Entbindung vom ersten Kind] mit Blick auf eine weitere Schwangerschaft verhalten hätte, trifft ... die Frau.)
6. OLG Köln, Urteil v. 06.06.2012 - 5 U 28/10, MedR 2013, 98 (Bei einer auf eine konkrete Verhaltensweise ausgerichteten Sicherungsaufklärung spricht eine tatsächliche Vermutung für ein aufklärungsrichtiges Verhalten des Patienten.)
7. OLG Köln, Urt. v. 28.9.1995 – 5 U 174/94, MedR 1996, 567 (Es stellt einen als schweren Behandlungsfehler zu qualifizierenden Organisationsfehler des Krankenhausträgers dar, wenn in der Frühgeborenenabteilung einer Universitätsklinik nicht Sorge dafür getragen ist, dass Eltern von zu entlassenden Zwillingkindern schriftlich darauf hingewiesen werden, dass bei einem der Kinder unverzüglich eine augenärztliche Kontrolle auf Behandlung von retrolentaler Fibroplasie zur Verhinderung einer Erblindung stattfinden muss. (LS) [Das Gericht unterstellte deshalb nicht nur die Kausalität der unterbliebenen Kontrolle für die Erblindung des Kindes, obwohl diese die Wahrscheinlichkeit dieses Ausgangs nur etwa auf die Hälfte reduziert hätte, sondern auch, dass die Eltern sich aufklärungsrichtig verhalten und die Kontrolle initiiert hätten].)

8. BGH, Urt. v. 17. 4. 2007 - VI ZR 108/06, NJW 2007, 2771 (Der Einwand der Behandlungsseite, der Patient hätte sich einem Eingriff auch bei zutreffender [Selbstbestimmungs-]Aufklärung über dessen Risiken unterzogen, ist grundsätzlich beachtlich... . Den Arzt trifft insoweit die Behauptungs- und Beweislast. Er ist mit dem Beweis für seine Behauptung, dass der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt haben würde, allerdings nur zu belasten, wenn der Patient zur Überzeugung des Tatrichters plausibel macht, dass er, wären ihm rechtzeitig die Risiken der Behandlung verdeutlicht worden, vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte, wobei an die Substanziierungspflicht zur Darlegung eines solchen Konflikts keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. (Rn. 17)
9. BGH, Urt. v. 29.1.2019 – VI ZR 495/16, NJW 2019, 1076 (Der Einwand, der unter Verstoß gegen § 8 II 1 und 2 TPG inhaltlich nicht ordnungsgemäß aufgeklärte Lebendorganspender wäre auch im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung mit der Organentnahme einverstanden gewesen... , ist nicht beachtlich, weil dies dem Schutzzweck der gesteigerten Aufklärungsanforderungen des § 8 TPG widerspräche. (LS))
10. BGH, Urt. v. 14. 3. 2006 – VI ZR 279/04 (Soweit sich die Bekl. auf eine hypothetische Einwilligung des Kl. [in die fremdnützige Blutabnahme nach ordnungsgemäßer Risikoaufklärung] beruft, hat das BerGer. eine solche rechtsfehlerfrei und ohne Verstoß gegen § 286 ZPO verneint. Da es sich im vorliegenden Fall nicht um einen Heileingriff handelt, bei dem es für den Patienten um die Entscheidung zwischen Krankheitsrisiko und Behandlungsrisiko geht, muss der Kl. bei einer Blutspende auch keinen entsprechenden Entscheidungskonflikt plausibel machen. (Rn. 17))