

Kapitel 2

Der Ursprung der hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht

I. Die Entwicklung der Rechtsfigur in der zivilrechtlichen Rechtsprechung

1. *Entstehung und Intention*

a. Entstehung

Erste Anklänge fand die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht bereits in einer Entscheidung des RG vom 21. Juni 1907.¹ In der Sache ging es um eine ohne elterliche Zustimmung vorgenommene und letztlich fehlgeschlagene Schieloperation an einem minderjährigen Dienstmädchen. In der Urteilsbegründung wies das RG hilfsweise² darauf hin, dass der ursächliche Zusammenhang zwischen schuldhaftem Verhalten des beklagten Arztes und eingetretenem Schaden fehle, da es zweifelsfrei sei, dass der gesetzliche Vertreter, „falls er darum angegangen worden wäre, seine Einwilligung zu der, von sehr seltenen Ausnahmen abgesehen, gefährlosen Schieloperation [...] gegeben haben würde“³. Das RG hat damit erstmals eine besondere Beziehung zwischen der Aufklärungspflichtverletzung des Arztes auf der einen und der Einwilligungserteilung des Patienten sowie den letztlich eingetretenen Schäden auf der anderen Seite hergestellt und dem hypothetischen Willen des Betroffenen bzw. seines klägerischen Vertreters rechtliche Relevanz zugesprochen. Maßgeblich für die Ermittlung des hypothetischen Willens sollte dabei jedoch nicht – wie dies heute anerkannt ist –⁴ der Blickwinkel des konkret betroffenen, individuellen Patienten in der damaligen Lage vor dem Eingriff, sondern der

¹ RG JW 1907, 505 f.

² Nach der Auffassung des RG ließ sich eine Strafbarkeit des Arztes auch schon deshalb verneinen, weil der Arzt ohne Fahrlässigkeit von dem Vorliegen einer wirksamen Einwilligung seiner Patientin in den konkreten Eingriff ausgehen durfte, RG JW 1907, 505, 506.

³ RG JW 1907, 505, 506.

⁴ Zu den Voraussetzungen einer hypothetischen Einwilligung und ihrer Ermittlung im zivilrechtlichen Arzthaftungsprozess s. unten Kap. 2, I.4.

eines „vernünftigen Patienten“ sein, was sich aus der Bezugnahme des Gerichts auf vornehmlich objektive Umstände, wie den geringen Gefahrenggrad des Eingriffs sowie das Bestehen einer abgeschlossenen Versicherung, ergibt.⁵ Darüber hinaus oblag es nach Ansicht des RG der Klägerin, besondere Gründe vorzutragen, aus denen heraus eine Zustimmung in die Durchführung des konkreten Eingriffs nicht erteilt worden wäre.⁶

Auch in zwei darauffolgenden Entscheidungen des RG vom 19. Mai 1931 und vom 11. Dezember 1934 wurde dem hypothetischen Willen des Betroffenen Bedeutung beigemessen, indem eine Haftung des Arztes wegen eines Aufklärungsmanagements dort jeweils nur unter der Voraussetzung für möglich gehalten wurde, dass der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung dem Eingriff nicht zugestimmt hätte und die Operation damit unterblieben wäre.⁷ Die Beweislast hierfür oblag in beiden Fällen wiederum dem betroffenen Patienten.⁸ Im Ergebnis sollte hiermit eine Begrenzung der ärztlichen Haftung wegen eines Aufklärungsfehlers erreicht werden, was in Anbetracht der zum damaligen Zeitpunkt bereits stark gewachsenen Bedeutung und umfangmäßigen Ausweitung der ärztlichen Aufklärungspflicht für erforderlich gehalten wurde.⁹

Von grundlegender Bedeutung für die Entwicklung der Rechtsfigur ist ferner ein Urteil des RG aus dem Jahre 1940.¹⁰ In dem diesem zu Grunde liegenden Fall unterließ es der zuständige Arzt, seine Patientin vor der Durchführung einer Brustamputation über den Grund¹¹, Verlauf und die Risiken des anvisierten Eingriffs zu unterrichten.

Im Rahmen der Entscheidung des Gerichts wurde die Frage nach der rechtlichen Relevanz des Einwandes, dass „die Klägerin die Einwilligung nicht auch bei sachgemäßer Beratung gegeben haben würde“, zwar explizit aufgeworfen, wegen des in casu gänzlichen Fehlens eines äußeren Aufklärungstatbestandes im Ergebnis jedoch offen gelassen.¹² Indem also das RG den Einwand der hypothetischen Einwilligung nicht grundsätzlich, sondern nur unter dem ausdrücklichen Hinweis auf das vollständige Fehlen einer Aufklärung ablehnte, deutete es zugleich die Möglichkeit und rechtliche Relevanz einer Heranziehung eben dieses Rechtsgedankens für den

⁵ Vgl. auch *Geilen*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 1963, S. 105 ff.

⁶ S. RG JW 1907, 505, 506.

⁷ RG JW 1932, 3328, 3339 f. (Urteil vom 19.05.1931); RG DÄBl 1935, 738, 740 (Urteil vom 11.12.1934); vgl. hierzu *Eberhardt*, Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 1968, S. 225.

⁸ Vgl. *Eberhardt*, Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 1968, S. 225.

⁹ Erste Hinweise auf die Problematik der Aufklärungspflicht finden sich bereits in einer Entscheidung des RG vom 01.03.1912. Dort warnte das RG vor einer „Überspannung der Aufklärungspflicht“, RGZ 78, 432; vgl. hierzu auch *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 265.

¹⁰ RGZ 163, 129 ff. Zur Interpretation dieser Entscheidung s. *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 160; *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 265, 266 f.; *Staudinger/Schiemann*, § 249 BGB Rn. 107.

¹¹ Grund für die anvisierte Brustoperation war ein Krebsverdacht aufgrund einer lokalen Verhärtung der Brust.

¹² S. RGZ 163, 129, 139.

Fall einer „auf Grund unzureichender Belehrung erteilten Zustimmung“ an.¹³ Dem Urteil lässt sich folglich eine – z. T. heute noch so in der Literatur vertretene¹⁴ – Differenzierung zwischen einer gänzlich fehlenden und einer lediglich lückenhaften Aufklärung entnehmen.¹⁵

Auch wenn das RG in den genannten Entscheidungen nicht explizit von einer „hypothetischen Einwilligung“ sprach, lässt sich nicht leugnen, dass die Wurzeln dieses Haftungskorrektivs bis in die frühe Reichsgerichtsjudikatur zurückreichen.¹⁶

Die eigentliche Entwicklung und Ausreifung der Rechtsfigur erfolgte allerdings in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts durch den VI. Zivilsenat des BGH, der – im Einklang mit den zuvor erwähnten Reichsgerichtsentscheidungen und der ihm nach anfänglicher Kritik¹⁷ sodann folgenden Rechtsprechung¹⁸ – den Anwendungsbereich der hypothetischen Einwilligung auf das Gebiet des Arzthaftungsrechts begrenzte.¹⁹

¹³ Vgl. *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 160; weitergehend s. ferner *Staudinger/Schiemann*, § 249 BGB Rn. 107. Auffällig ist aber, dass sich das RG anders als noch in den zuvor genannten Urteilen zu der Frage der Kausalität des Aufklärungsmangels äußerst zurückhaltend äußerte. In der Urteilsbegründung hieß es nämlich nur noch, dass bei einer lückenhaft erfolgten Aufklärung die Frage, ob der Patient nicht auch bei sachgemäßer Beratung eingewilligt hätte, aufgeworfen werden „könnte“. *Eberhardt*, Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 1968, S. 225 (dort Fn. 83), schlussfolgert hieraus, dass das RG in dieser Entscheidung möglicherweise von der Linie seiner früheren Entscheidungen abweichen, einen offenen Bruch jedoch vermeiden wollte.

¹⁴ Vgl. nur *Erman/Ebert*, Vor §§ 249 ff. BGB Rn. 79; *Erman/Kuckuk*, 11. Aufl. 2004, Vor §§ 249 ff. BGB Rn. 88, und *Soergel/Mertens*, Vor § 249 BGB Rn. 166, die den Einwand der hypothetischen Einwilligung lediglich bei unvollständiger, nicht aber bei gänzlich fehlender Aufklärung für beachtlich halten.

¹⁵ So auch die Interpretation von *Geilen*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 1963, S. 105 f. Zu dem heute in der zivilrechtlichen Judikatur anerkannten Umfang des Anwendungsbereichs der hypothetischen Einwilligung s. den Gliederungspunkt Kap. 2, I.5.

¹⁶ Dagegen *Staudinger/Schiemann*, § 249 BGB Rn. 107; *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, 2009, S. 137 f.

¹⁷ Der III. Zivilsenat hat den Einwand der hypothetischen Einwilligung in der sog. *Impfentscheidung* vom 26.01.1959 (BGH VersR 1959, 355, 356) zunächst gänzlich verworfen: „die Rechtswidrigkeit einer Handlung [...] kann aber durch eine hypothetische Zustimmung des Berechtigten nicht beseitigt werden“. Krit. ebenfalls noch der VII. Zivilsenat (BGHZ 61, 118, 123 f.), der in seinem Urteil vom 05.07.1973 zunächst die Entscheidung des III. Zivilsenats vom 26.01.1959 zitierte, daraufhin jedoch im Ergebnis auf den VI. Zivilsenat Bezug nahm und damit letztlich die Zulässigkeit des Einwandes der hypothetischen Einwilligung unterstellte. Das vorgenannte Urteil des VII. Zivilsenats ebenso interpretierend *Beppel*, Ärztliche Aufklärung, 2007, S. 54; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, 2009, S. 253.

¹⁸ Ständige Rechtsprechung des BGH: vgl. nur BGH NJW 1965, 2005, 2007; 1971, 241, 242; 1976, 365; 1980, 2751, 2753; 1984, 1807, 1809; 1986, 1541; 1991, 1543; 1992, 2351, 2353; 1994, 799, 801; 1994, 2414, 2415; 1998, 2734; 2005, 1364; 2007, 2771. Auch die Instanzgerichte sind dem VI. Senat des BGH gefolgt, nachdem lediglich das OLG Celle (NJW 1978, 593, 594) den Einwand nicht eindeutig anerkannt hatte; s. hierzu *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 161 m. w. N.

¹⁹ Vgl. BGHZ 29, 176, 187; im Folgenden ferner BGH NJW 1976, 363; 1976, 365; 1980, 1333, 1334; 1990, 2928, 2929; 1991, 2342, 2343; 1992, 2351, 2353; 1994, 799, 801.

Während sich der VI. Zivilsenat des BGH zunächst reserviert gegenüber der rechtlichen Relevanz einer hypothetischen Einwilligung äußerte und die Frage, „ob es überhaupt zulässig ist, in dieser Weise hypothetisch innere Tatsachen anzunehmen“, in seinen Entscheidungen vom 10. Juli 1954²⁰ und vom 10. Februar 1956²¹ dahinstehen ließ, ging er wenig später im sog. *Strahlen-Fall*²² vom 16. Januar 1959 erstmals dazu über, diesem Rechtsgedanken grundsätzliche Bedeutung beizumessen.²³ Da in jenem Falle jedoch nicht feststand, wie sich der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung entschieden hätte, hielt der BGH den Nachweis der hypothetischen Einwilligung für nicht erbracht und verneinte im Ergebnis somit eine darauf gestützte Haftungsentlastung des Arztes. Im Rahmen der Urteilsbegründung hieß es dazu: „Ist es aber ungewiss, wie der Patient – vor die Wahl der Behandlungsart gestellt – sich entschieden und ob er die Einwilligung zu einem gefährlichen Eingriff erteilt hätte, so muss dies zu Lasten des ohne wirksame Einwilligung handelnden Arztes gehen.“²⁴ Anders als noch zu Zeiten des RG wurde somit die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Einwandes der hypothetischen Einwilligung nicht mehr dem Patienten, sondern dem Arzt auferlegt.²⁵

In Anlehnung an diese Entscheidung ging der VI. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 18. Mai 1965 wiederum von der Beachtlichkeit einer hypothetischen Einwilligung aus. Zwar war in diesem Falle das Abstellen auf die Rechtsfigur nicht entscheidungserheblich, da es hierfür bereits an der Verletzung einer ärztlichen Aufklärungspflicht fehlte, doch trat der Senat dem Vorbringen des Klägers, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung dem Eingriff nicht zugestimmt hätte, hilfsweise entgegen: „Die Annahme aber, dass der Kläger in die erste Operation nicht eingewilligt hätte, wenn ihm erklärt worden wäre, dass sie die Möglichkeit einer Entwicklung zu erneutem Einwärtsschielen des Auges nicht ausschließe, wäre angesichts der Tatsache unhaltbar, dass er, nachdem das Auge wieder in Schielstellung gegangen war, deswegen erneut dieses Auge hat operieren lassen.“²⁶

Auch im Anschluss hieran hielt der VI. Zivilsenat an dem Haftungskorrektiv der hypothetischen Einwilligung fest. In einer Entscheidung vom 22. Januar 1980 hieß es, dass er den Nachweis der hypothetischen Einwilligung „im Grundsatz immer für möglich gehalten“ habe.²⁷ Ferner wies er in darauffolgenden Entscheidungen

²⁰ BGH NJW 1956, 1106, 1108 (Az.: VI ZR 45/54).

²¹ BGH VersR 1956, 406, 408 (Az.: VI ZR 189/54).

²² BGHZ 29, 176 ff. (Az.: VI ZR 179/57).

²³ Vgl. auch MK/Oetker, § 249 BGB Rn. 213 (dort Fn. 833); OLG Karlsruhe, NJW 1966, 399; dagegen sieht Staudinger/Schiemann, § 249 BGB Rn. 107, den *Strahlen-Fall* des BGH als eine Ablehnung des Einwandes der hypothetischen Einwilligung an.

²⁴ BGHZ 29, 276, 287.

²⁵ S. auch Staudinger/Medicus, 12. Aufl. 1983, § 249 Rn. 109, der die dort getroffene Beweislastverteilung indes für „nicht verallgemeinerungsfähig“ hält.

²⁶ BGH NJW 1965, 2005, 2007.

²⁷ BGH NJW 1980, 1333, 1334. Zu der Frage, ob und inwieweit der Einwand der hypothetischen Einwilligung auch im zivilrechtlichen Schrifttum anerkannt wurde bzw. anerkannt wird, s. unten Kap. 2, II.1.

abermals darauf hin, dass „die Beweislast dafür, dass die unterlassene Aufklärung für den Entschluss des Klägers, in die vorgeschlagene Behandlung einzuwilligen, nicht ursächlich gewesen ist“, den Beklagten treffe.²⁸ Praktische Konsequenz dieser Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes war, dass die hypothetische Einwilligung – entgegen ihrer ursprünglichen Intention als Haftungskorrektiv zu Gunsten des Arztes²⁹ – kaum mehr zu der Verneinung einer Schadenszurechnung und damit einer Haftungseinschränkung führte.³⁰ Vielmehr wurde die für den Arzt nahezu aussichtslose Beweislage um der Selbstbestimmung des Patienten willen bis zu Beginn der 80er Jahre des 20. Jahrhunderts in Kauf genommen.³¹

Als wegweisend für die Entwicklung der hypothetischen Einwilligung im zivilrechtlichen Arzthaftungsrecht lässt sich daher die Entscheidung des BGH vom 7. Februar 1984 einordnen.³² Dort ging der VI. Zivilsenat erstmals detailliert auf die Anforderungen ein, die an den Nachweis einer hypothetischen Einwilligung zu stellen sind. Insbesondere machte er deutlich, dass die Frage, ob der Patient in den konkreten Eingriff hypothetisch eingewilligt hätte, nicht – wie es das RG getan hatte – aus der Sicht eines „verständigen“ oder „vernünftigen“ Patienten zu beantworten sei, sondern dass allein die persönliche Situation des konkreten Patienten und dessen individuelles Entscheidungsergebnis maßgeblich sein könne.³³ In diesem Zusammenhang führte er weiter aus, dass an den Nachweis einer hypothetischen Einwilligung stets strenge Anforderungen zu stellen seien, um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht zu unterlaufen. Im Hinblick auf die Beweislastverteilung stellte der BGH zudem klar, dass zwar grundsätzlich der Arzt das Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung nachweisen müsse³⁴, jedoch auch den Patienten Substantiierungspflichten treffen können.³⁵

Das von dem VI. Zivilsenat in diesem Urteil entwickelte Substantiierungs- und Beweislastsystem wurde auch im Folgenden von der zivilrechtlichen Judikatur beibehalten und damit zugleich verfestigt, weshalb die zuletzt genannte Entscheidung des BGH in der wissenschaftlichen Diskussion um die Rechtsfigur der

²⁸ BGH NJW 1982, 679, 698; vgl. ferner auch BGH NJW 1982, 700; BGH VersR 1982, 168, 169; 1982, 1142, 1143. Vgl. auch bereits das Urteil des OLG Stuttgart vom 05.11.1952 (VersR 1954, 310, 311), in welchem das Gericht von dem Arzt gar den „sicheren Nachweis“ des Kausalzusammenhangs zwischen schuldhafter Nichtaufklärung und Körperverletzung verlangt hat.

²⁹ Vgl. hierzu den Gliederungspunkt Kap. 2, I.1.b.

³⁰ Vgl. *Geilen*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 1963, S. 105.

³¹ Vgl. BGH NJW 1980, 1333, 1334.

³² BGHZ 90, 103 ff.

³³ BGHZ 90, 103, 111.

³⁴ Demgegenüber hatte das RG noch dem Patienten die Beweislast dafür auferlegt, dass der Eingriff bei pflichtgemäßer Unterrichtung nicht stattgefunden hätte, vgl. RG JW 1932, 3328, 3329 f.; RG DÄBl 1935, 738, 740.

³⁵ Zu dem von der Rechtsprechung zur hypothetischen Einwilligung entwickelten Darlegungs- und Beweislastsystem s. ausführlich den Gliederungspunkt Kap. 2, I.4.

hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht zu Recht als „Grundsatzentscheidung“ bezeichnet wird.³⁶

b. Intention

Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung wurde in zivilrechtlichen Arzthaftungsprozessen zu dem Zwecke einer Einschränkung der als zu weitgehend empfundenen Haftung der Ärzte für Aufklärungsfehler entwickelt.³⁷ Den Hintergrund hierfür bildeten neben den kaum mehr überschaubaren und immer diffiziler werdenden Anforderungen an die ärztliche Aufklärung vor allem die von den allgemeinen Haftungsregeln abweichenden, spezifisch auf das Arzt-Patienten-Verhältnis zugeschnittenen materiell- und verfahrensrechtlichen Besonderheiten:

Grundsätzlich kann sich die Schadensersatzhaftung des Arztes sowohl aus Vertrag (§§ 280 Abs. 1; 611 BGB: Verletzung von Pflichten aus dem Behandlungsvertrag) als auch aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB) ergeben, wobei beide Haftungsgründe nebeneinander bestehen können und im Bereich ärztlicher Heilbehandlungen an strukturellen Unterschieden verlieren.³⁸ Die vertragliche Haftung hat jedoch in der Praxis unter dem Einfluss der Rechtsprechung zu § 823 BGB stark an Bedeutung verloren.³⁹

Für eine vertragliche Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB sind die sich aus dem Behandlungsvertrag ergebenden Pflichten maßgeblich. Hiernach schuldet der Arzt den Einsatz seines fachlichen Könnens gemäß den ärztlichen Berufsregeln zum Zwecke der Heilung des Patienten und damit lediglich das Bemühen um Heilung, nicht jedoch einen Heilungserfolg.⁴⁰ Folglich stellt nicht bereits jedes Misslingen eines medizinischen Eingriffs, sondern erst ein Verstoß gegen die ärztliche Kunst einen die objektive Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB begründenden Behandlungsfehler dar, der Gegenstand eines Schadensersatzanspruchs sein kann.⁴¹

³⁶ Vgl. nur *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, 2010, S. 78 (der von „Leitentscheidung“ spricht); *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 266; *Wiesner*, Hypothetische Einwilligung, 2010, S. 27.

³⁷ Vgl. BGHZ 90, 103, 112 f.; BGH NJW 1991, 1543, 1544; 1991, 2344, 2345; s. ferner *Beppel*, Ärztliche Aufklärung, 2007, S. 68 ff. Vgl. auch *Gehrlein*, Arzthaftungsrecht, 60: „die vertraglichen und deliktischen Voraussetzungen eines Anspruchs wegen eines Aufklärungsmangels [sind] identisch“.

³⁸ Vgl. *MK/Mertens*, 3. Aufl. 1997, Vor §§ 823 ff. BGB Rn. 29; *MK/Wagner*, § 823 BGB Rn. 643; *Palandt/Sprau*, § 823 BGB Rn. 135. Anders ist dies etwa im französischen Recht; dort findet das Deliktsrecht nur Anwendung, wenn kein Vertrag zwischen Arzt und Patient besteht, s. *Ehlers*, Ärztliche Aufklärung, 1987, S. 41.

³⁹ Vgl. *Ehlers*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 1987, S. 41, der darauf hinweist, dass in der Praxis für die Rechtmäßigkeit einer ärztlichen Behandlung und darin eingeschlossen das Problem der ärztlichen Aufklärungspflicht der Bestand eines Vertrages als belanglos angesehen wird.

⁴⁰ Vgl. *Geigel/Wellner*, Haftpflichtprozess, 14. Kap. Rn. 212; *MK/Wagner*, § 823 BGB, Rn. 643; *Schaffer*, VersR 1993, 1458, 1459; zu der nicht gänzlich unumstrittenen Einordnung des Behandlungsvertrages als Dienstvertrag i. S. des § 611 BGB, vgl. *Erman/Hanau*, 11. Aufl. 2004, § 611 BGB Rn. 47, jeweils m. w. N.

⁴¹ *Ermann/Schiemann*, § 823 BGB Rn. 126.

Die Nachweisbarkeit eines Behandlungsfehlers bzw. der Kausalbeziehung zwischen einem solchen Fehler und dem erlittenen Schaden stellt den Patienten trotz aller Beweiserleichterungen, die die Rechtsprechung zu seinen Gunsten entwickelt hat⁴², regelmäßig vor erhebliche Schwierigkeiten.⁴³ Als wesentlich erfolgreicher hat sich in der Praxis die Möglichkeit erwiesen, die Schadensersatzklage nicht (ausschließlich) auf einen Behandlungsfehler, sondern (zusätzlich) auf einen Aufklärungsmangel des Arztes zu stützen.⁴⁴ Angesichts der wachsenden Bedeutung einer ordnungsgemäßen Patientenaufklärung wird dieser Bereich der ärztlichen Tätigkeit gleichsam wie die Durchführung einer den Regeln ärztlicher Kunst entsprechenden Behandlung als vertragliche Hauptpflicht und nicht lediglich als eine „von möglicherweise zahlreichen Nebenpflichten“⁴⁵ des Arztes angesehen.⁴⁶ Demgemäß kann – neben den Behandlungs- und Organisationsfehlern⁴⁷ – auch eine schuldhaft verletzte ärztliche Aufklärungspflicht einen selbständigen vertraglichen Schadensersatzanspruch begründen. Als Anspruchsgrundlage hierfür kommt § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. § 611 BGB in Betracht.

⁴² Als die wohl bekannteste und wichtigste Beweiserleichterung lässt sich die von der Rechtsprechung entwickelte Beweislastumkehr zu Gunsten des Patienten bei Vorliegen eines „grobe“ Behandlungsfehlers nennen; ausführlich *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, S. 388 Rn. 59 ff. Eine Übersicht zu den von der Rechtsprechung angenommenen Beweiserleichterungen zum Vorteil des Patienten findet sich bei *Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflichtrecht*, Rn. B 238 ff. S. auch *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, S. 385 Rn. 52 ff., dem zufolge in kaum einem anderen Rechtsgebiet „der Grundsatz der Beweislastverteilung zwischen Kläger und Beklagtem stärker durchbrochen ist als im Arzthaftpflichtprozess“.

⁴³ Vgl. etwa *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, S. 385, dessen Ansicht nach die Beweisschwierigkeiten der Patientenseite insbesondere aus der „Multikausalität physiologischer Abläufe, der strukturellen, informationellen und kognitiven Schlechterstellung des Patienten sowie dessen Abhängigkeitssituation“ resultieren.

⁴⁴ *Tröndle*, MDR 1983, 881, 882; *Ulsenheimer*, *NStZ* 1996, 132; vgl. ferner *Steffen*, Verhandlung des 52. DJT, 1978, S. 8, 14, der darauf hinweist, dass bereits zwei Drittel der Haftungsklagen gegen Ärzte vorsorglich auf Aufklärungsmängel gestützt werden; s. auch *Wachsmuth/Schreiber*, *NJW* 1981, 1985. Nach einer neueren Untersuchung von *Rumler-Detzel* (in: FS Deutsch, 1999, S. 699, 704 ff.), soll der Anteil der Aufklärungsfehlerrügen bei den Berufungsverfahren am OLG Köln in dem Zeitraum 1987–1997 dagegen nur zwischen 10 und 20 % gelegen haben. Zu den unterschiedlichen statistischen Angaben im Hinblick auf die prozessrechtliche Relevanz der Aufklärungsfehlerrüge s. *Müller-Hegen*, *Aufklärungsfehler*, 2005, S. 7 (Fn. 45).

⁴⁵ So noch BGH *NJW* 1981, 2002, 2003.

⁴⁶ BGH *NJW* 1984, 1807, 1808 f.; *Geigel/Wellner*, *Haftpflichtprozess*, 14. Kap. Rn. 214; *Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflichtrecht*, Rn. C 2; *Heilmann*, *NJW* 1990, 1513, 1516; *Hollmann*, *NJW* 1973, 1393, 1394; *Schmid*, *NJW* 1984, 2601, 2606. Nach *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 154, soll es sich bei dem ärztlichen Aufklärungsgebot indes lediglich um eine vertragliche Nebenpflicht handeln.

⁴⁷ Diese werden auch als „Behandlungsfehler i. w. S.“ klassifiziert, da etwa Koordinationsdefizite oder mangelnde Überwachung infolge fehlerhafter Delegation sich unmittelbar auf die Krankenbehandlung selbst durchschlagen; vgl. BGH MDR 1994, 38 f.; *Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht*, § 1 Rn. 37 ff.

Die sog. Aufklärungsrüge hat gegenüber der Behandlungsfehlerrüge⁴⁸ den entscheidenden Vorteil, dass der Beweis sämtlicher Tatsachen, aus denen sich die Ordnungsgemäßheit der geleisteten Aufklärung im konkreten Fall ergibt, nach den Grundsätzen der Rechtsprechung nicht dem Patienten, sondern dem Arzt obliegt.⁴⁹ Zwar weist § 280 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich dem Gläubiger, hier also dem Patienten, die Darlegungs- und Beweislast für die objektive Pflichtverletzung auf, doch macht die ganz h. M. hiervon für die Aufklärungsfehlerhaftung im Arzt-Patienten-Verhältnis eine Ausnahme, indem sie die Beweislast dem in Anspruch genommenen Arzt auferlegt.⁵⁰

Eben dieser Nachweis einer vollständigen und ordnungsgemäßen Aufklärung stellt den Arzt in der Regel vor erhebliche Schwierigkeiten. Der Grund hierfür ist zum einen darin zu sehen, dass es mit Blick auf die zu leistende Aufklärung an klaren und überschaubaren Vorgaben fehlt: Die an eine ordnungsgemäße ärztliche Aufklärung im Allgemeinen zu stellenden Anforderungen sind nicht positiv normiert, sondern ergeben sich aus einer Vielzahl an hierzu ergangenen, teils divergierenden gerichtlichen Entscheidungen.⁵¹ Die dabei von der Rechtsprechung postulierten, immer diffiziler und ausdifferenzierter werdenden Kriterien sind inzwischen weder für den erfahrensten Arzt noch für einen auf dem Fachgebiet des Arztrechts spezialisierten Juristen kaum zu überblicken und wegen ihrer zumeist offenen Formulierung auslegungsbedürftig und unbestimmt.⁵² Hinzu kommt die zunehmende Neigung der zivilrechtlichen Praxis hin zu einer „richterlichen Fortune-Korrektur“⁵³, wodurch die Rüge einer Aufklärungspflichtverletzung in der zivilrechtlichen Praxis letztlich immer mehr zu einem Auffangtatbestand bzw. zu einem Ersatztatbestand

⁴⁸ Der Nachweis eines objektiven Behandlungsfehlers obliegt grundsätzlich dem Patienten, s. BGH NJW 1999, 1778; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Rn. B 200. Zu den von der Rechtsprechung in Ausnahmefällen gewährten Beweiserleichterungen im Behandlungsfehlerbereich zu Gunsten des Patienten s. der Überblick bei *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, S. 385 Rn. 52 ff.

⁴⁹ Vgl. insoweit BGH NJW 1978, 587, 588; 1980, 1333; 1982, 697, 698; 1986, 1541, 1542; 1990, 2928, 2929; 1992, 2351; 1992, 2354; 1992, 741; BGH VersR 2005, 227, 228; speziell auch für den Bereich vertraglicher Arzthaftung BGH NJW 1984, 1807, 1809; MK/Wagner, § 823 BGB Rn. 822; *Spickhoff*, NJW 2002, 1758, 1762.

⁵⁰ Begründet wird dies insbesondere damit, dass die Behandlungsseite am ehesten die Beweise für eine ordnungsgemäß erfolgte Aufklärung aus ihrer eigenen Sphäre darbringen kann, vgl. BGH NJW 1984, 1807, 1809; ferner *Spickhoff*, NJW 2002, 1758, 1762. Zu der Beweislastverteilung bei der hypothetischen Einwilligung s. ferner unten Kap. 2, I.4.

⁵¹ Vgl. *Hausch*, VersR 2009, 25; *Laufs*, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 61 Rn. 16.

⁵² Wie z. B. das Vorliegen von „wesentlich unterschiedlichen Risiken“ als Voraussetzung für die Aufklärung über eine Behandlungsalternative oder eine „ausreichende Überlegenszeit“ als Erfordernis für die Rechtzeitigkeit des Aufklärungsgesprächs; s. *Hausch*, VersR 2009, 25; ferner *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, § 1 Rn. 60, und *Weidinger*, MedR 2006, 571, 578 f.

⁵³ *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, § 1 Rn. 55a; vgl. auch *Dunz*, Zivilrechtliche Arzthaftung, 1974, S. 19, 20.

für die schwierige, oft fehlende Nachweisbarkeit eines Behandlungsfehlers erhoben wurde.⁵⁴

Entsprechende Ungereimtheiten ergeben sich im Bereich des Deliktsrechts. Hier steht als Anspruchsgrundlage zu Gunsten des Patienten § 823 Abs. 1 BGB im Mittelpunkt.⁵⁵

Nach ständiger Rechtsprechung der Zivilgerichte stellt nicht nur der fehlerhafte, sondern auch ein medizinisch indizierter und fachgerecht durchgeführter ärztlicher Heileingriff eine Körperverletzung dar (§ 823 Abs. 1 BGB).⁵⁶ Die in jeder medizinischen Heilbehandlung liegende Verletzung der körperlichen Integrität als betroffenes Rechtsgut i. S. des § 823 Abs. 1 BGB kann durch eine wirksame Einwilligung des Rechtsgutsinhabers oder seines gesetzlichen Vertreters gerechtfertigt werden,⁵⁷ sofern dieser eine dem Stand der Wissenschaft entsprechende Aufklärung durch den Arzt vorausging, die es dem betroffenen Patienten bzw. dessen gesetzlichen Vertreter ermöglicht, Wesen, Bedeutung und Tragweite des ärztlichen Eingriffs in seinen Grundzügen zu erkennen.⁵⁸ Fehlt es an einem solchen „informed consent“⁵⁹, kann die hierdurch als rechtswidrig zu qualifizierende Verletzung der körperlichen Unversehrtheit folglich auch dann eine Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 1 BGB auslösen, wenn der ärztliche Heileingriff für sich genommen medizinisch indiziert

⁵⁴ Vgl. *Knoche*, NJW 1989, 757 f.; *Laufs*, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 67 Rn. 2; *Schaffer*, VersR 1993, 1458, 1460; *Ulsenheimer*, NStZ 1996, 132. *Eisner*, Aufklärungspflicht des Arztes, 1992, S. 220 f., spricht in diesem Zusammenhang gar von einer „Funktionalisierung der Aufklärung zu Zwecken des Schadensersatzes“ durch die Judikatur; vgl. auch *Strätz*, FamRZ 1982, 1257, 1258, der in diesem Zusammenhang ausführt, dass die fehlende Einwilligung „oft die zweite Waffe des geschädigten Patienten [ist], der einen Behandlungsfehler nicht nachzuweisen vermag“. Die deutsche Gesellschaft für Medizinrecht forderte in diesem Zusammenhang unter Hinweis auf das Bestimmtheitsgebot und das Rechtsstaatsprinzip eine Mäßigung der ärztlichen Aufklärungspflicht, s. hierzu ihre Stellungnahme zur Entwicklung der Arzthaftung in MedR 1996, 349 f.

⁵⁵ Zu der Möglichkeit einer (zusätzlichen) Haftung des Arztes gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. den ärztlichen Verhaltenspflichten s. *Weber-Steinhaus*, Ärztliche Berufshaftung, 1990, S. 12 f.

⁵⁶ So schon RGZ 151, 349, 352; ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. nur BGHZ 7, 198, 206; BGH NJW 1956, 1106. Dies entspricht auch der h. M. in der zivilrechtlichen Literatur, vgl. nur *Giesen*, Arzthaftungsrecht, Rn. 204, 211 f.; *Jauernig/Teichmann*, § 823 BGB Rn. 3; *Müller*, in: FS Steffen, 1995, S. 355, 367; *Palandt/Sprau*, § 823 BGB Rn. 135; *Ziegler*, JR 2002, 265, 266; a. A. insbesondere *Laufs*, Arztrecht, Rn. 125 f., 176 ff.; krit. ferner *Damm*, JZ 1998, 926, 928; *Katzenmeier*, ZRP 1997, 156, 160 f.; diff. *Ermann/Schiemann*, § 823 BGB Rn. 135; *Deutsch*, NJW 1965, 1985, 1988 f. Zu der strafrechtlichen Beurteilung der ärztlichen Heilbehandlung s. den Überblick über den Meinungsstand bei *Tag*, Körperverletzungstatbestand, 2000, S. 13 ff. m. w. N.

⁵⁷ Anders als im Strafrecht wird der Wirkgrund der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund im Zivilrecht weitgehend anerkannt: vgl. nur BGHZ 29, 176, 179 f.; 90, 103, 105 f.; 106, 391, 394; 154, 205, 210; 163, 196, 197; BGH NJW 1972, 335, 336; 1973, 556, 558; 1980, 1333, 1334; 1981, 630, 631; 1991, 2346, 2347; aus der zivilrechtlichen Literatur ferner *Giesen*, JR 1984, 372; *Michalski*, VersR 1997, 137, 139; *Nißgens*, FS Nirk, 1992, S. 745; *RGRK/Nißgens*, § 823 BGB Anh. II Rn. 36 f.; *Staudinger/Hager*, § 823 BGB I Rn. 76 f.

⁵⁸ BGH NJW 1981, 633; *Nißgens*, FS Nirk, 1992, S. 745; *Palandt/Sprau*, § 823 BGB Rn. 151a, 152; *Staudinger/Hager*, § 823 BGB Rn. I 76.

⁵⁹ Vgl. *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 321.

war und kunstgerecht durchgeführt wurde, im Ergebnis aber zu einem Schaden geführt hat.⁶⁰ Gegenstand des Anspruchs bildet auch hier der durch die Behandlung verursachte Körperschaden. Dies gilt unabhängig davon, ob der Schaden auf dem aufklärungspflichtigen Risiko oder einem sonstigen Umstand beruht.⁶¹ Wie im Bereich der vertraglichen Haftung obliegt auch hier dem Arzt der Nachweis, dass eine pflichtgemäße Aufklärung des Patienten stattgefunden hat und eine zum Ausschluss der Rechtswidrigkeit führende Einwilligung gegeben ist.⁶² Steht der Aufklärungsfehler und die hieraus begründete Unwirksamkeit der Behandlungseinwilligung fest, so trifft den Patienten nur noch die Beweislast dafür, dass der vertrags- bzw. rechtswidrige Heileingriff in einem ursächlichen Zusammenhang zu den geltend gemachten Schäden steht.⁶³

Letztlich hängt auch die Bejahung einer deliktischen Haftung des Arztes maßgeblich davon ab, ob dem Heileingriff eine ordnungsgemäße Aufklärung vorausgegangen ist oder nicht, wofür wiederum die in der Rechtsprechung entwickelten, z. T. überstrengen Anforderungen maßgeblich sind. Der geschädigte Patient könnte durch die Geltendmachung eines Aufklärungsmangels dem Arzt letztlich Risiken auflasten, die sich dessen Beherrschbarkeit entziehen oder aufgrund bloßen Zufalls im Rahmen des Eingriffs verwirklicht haben.⁶⁴

Auch im außervertraglichen Bereich besteht damit ein immenses, schwer kalkulierbares Haftungsrisiko zu Lasten der Ärzte.⁶⁵

Im Ergebnis kann die Schaffung der hypothetischen Einwilligung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung als Versuch gewertet werden, der Gefahr einer Ausuferung der ärztlichen Haftung auf der Grundlage von Aufklärungsfehlern entgegenzuwirken.⁶⁶ Denn dank der hypothetischen Einwilligung greift die

⁶⁰ Vgl. BGH NJW 1971, 1887; 1982, 697, 698; *Giesen* JZ 1988, 1022, 1030. In Einzelfällen kann ein eigenmächtiger ärztlicher Heileingriff aber auch durch sonstige Rechtfertigungsgründe (z. B. durch mutmaßliche Einwilligung oder einen rechtfertigenden Notstand gemäß § 34 StGB) gedeckt sein.

⁶¹ *Gehrlein*, Arzthaftungsrecht, 60.

⁶² Diese Beweislastverteilung resultiert im Deliktsrecht aus dem Umstand, dass die ärztliche Aufklärung gerade eine Wirksamkeitsvoraussetzung des den Arzt entlastenden Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung bildet, so dass den Arzt auch insoweit die Beweislast trifft, vgl. BGH NJW 1982, 697, 698; 1984, 1807, 1809; *Laufs*, NJW 1974, 2025 f.; *MK/Wagner*, § 823 BGB Rn. 744. Die Haltung, dass Einwilligung und Aufklärung vom in Anspruch genommenen Arzt darzulegen und zu beweisen sind, entspricht überdies europäischem Standard, vgl. *Soergel/Spickhoff*, § 823 BGB Anh. I Rn. 253.

⁶³ Vgl. *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Rn. C 147.

⁶⁴ Vgl. *Dunz*, Zivilrechtliche Arzthaftung, 1974, S. 19; *Sickor*, JA 2008, 11, 13.

⁶⁵ Vgl. BGH NJW 1996, 777, 778 f.; zur Aufklärungspflichtverletzung als Klagegrundlage vgl. *Rumler-Detzel*, FS Deutsch, 1999, S. 699 ff.

⁶⁶ Wegen der im Arzthaftungsrecht als zu weitgehend empfundenen Rechtsfortbildung wird im zivilrechtlichen Schrifttum z. T. eine Neufassung des medizinischen Behandlungsvertrages im BGB gefordert; vgl. hierzu *Deutsch/Geiger*, in: *Gutachten*, Bd. II, 1981, S. 1049, 1090 ff., 1111 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 131 f.; i. E. zust. *Bunte*, JZ 1982, 279, 283; *Schiemann*, JuS 1983, 649, 652; weitergehend *Weber-Steinhaus*, *Ärztliche Berufshaftung*, 1990, S. 13 ff., der sich sogar für eine eigene ärztliche Berufshaftung ausspricht.

Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht
Zu den "Risiken und Nebenwirkungen" eines Transfers
der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht
Hengstenberg, N.
2013, XXII, 474 S. 1 Abb., Softcover
ISBN: 978-3-642-35918-7