

Rechtsfragen der hypothetischen Einwilligung, insb. BGH, Urteil vom 07.12.2021 - VI ZR 277/19

22. Herbsttagung AG Medizinrecht, 16./17. September 2022, Berlin

Rechtsanwalt Dr. Max Middendorf

Fachanwalt für Medizinrecht

Lehrbeauftragter an der WWU Münster

Agenda

- Warum?
- Einordnungen.
- Die Entscheidung des BGH.
- Kritik.
- Fazit.

Warum?

Vorsitzende(r) eines Arzthaftungssenates:

„Mit der Entscheidung des BGH ist der Einwand der hypothetischen Einwilligung praktisch abgeschafft.“

Einordnungen.

§ 630h BGB

(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.**

Einordnungen.

Systematik

- „[...] kann der Behandelnde sich darauf berufen [...]“ = Darlegungs- und Beweislast des Behandelnden für die ihm günstige Behauptung.
- Der Einwand ist ein **spezieller Kausalitätseinwand** – Bezugspunkt = Einfluss der ordnungsgemäßen Aufklärung auf die **Willensbildung des Patienten**.
- Unterfall des Einwands des hypothetischen Kausalverlaufs bei rechtmäßigem Alternativverhalten (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 30.05.2012 - 7 U 14/10).
- Damit gilt **§ 286 ZPO**.

Einordnungen.

Systematik

- Allgemeiner Einwand des hypothetischen Kausalverlaufs bei rechtmäßigem Alternativverhalten ist daneben möglich, ...
- ... hat aber einen anderen Bezugspunkt, nämlich die Frage der gesundheitlichen Entwicklung bzw. der Entwicklung der sonstigen geltend gemachten Schäden (beachte hier aber auch BGH, VI ZR 313/03 vs. VI ZR 63/11, MedR 2012, 456 (m. Anm. Baur); Middendorf, MedR 2019, 37 ff).

Einordnungen.

Regeln für hypothetische Einwilligung (vgl. etwa BGH, Urteil vom 30.09.2014 – VI ZR 443/13; Beschluss vom 21.06.2022 – VI ZR 310/21):

- **Behauptungs- und Beweislast liegt beim Behandelnden (s. o.).**
- Beweislast trifft den Behandelnden, wenn der **echte Entscheidungskonflikt plausibel** gemacht wird.
- Maßgeblich ist **persönliche Entscheidungssituation des Patienten ex ante** (also **nicht** die objektive Risikobewertung).

Einordnungen.

Regeln für hypothetische Einwilligung:

- Keine überzogenen Anforderungen an die Substantiierung des Konflikts.
- An den Nachweis durch den Behandelnden sind **strenge Anforderungen** zu stellen, damit nicht auf diesem Weg der Aufklärungsanspruch des Patienten unterlaufen wird.
- Gedankliche Voraussetzung ist die **Hypothese einer ordnungsgemäßen, insbesondere vollständigen Aufklärung.**
- Grundsätzlich **persönliche Anhörung** erforderlich, § 141 ZPO.

Einordnungen.

Auslegungsregel:

Gesetze dürfen von den Gerichten **nicht so ausgelegt** werden, dass die vom Gesetzgeber vorgesehene Rechtsfolge generell nicht angewendet wird, die Vorschrift also **gänzlich leerläuft** (vgl. etwa BVerfG, Urteil vom 04. Mai 2011 - 2 BvR 2365/09, Rn. 130 und 162).

Die Entscheidung des BGH.

Die Entscheidung des BGH.

Sachverhalt

- Kl. 56 Jahre alt, OP Knie TEP 2011
- Anlage Schmerzkatheter („Doppelkatheter“ = proximaler Nervus ischiadicus- sowie ein proximaler Nervus femoralis-Katheter)
- Postoperativ Schmerzen, Taubheit, Sensibilitätsstörungen linker Fuß
- irreparable Schädigungen des Nervus peroneus, des Nervus tibialis und des Nervus suralis

Die Entscheidung des BGH.

Verfahren

- LG: orthopädisch-unfallchirurgisches und anästhesiologisches Sachverständigengutachten
- OLG: ergänzende Beweisaufnahme – anästhesiologischer Sachverständiger: Alternativen neben dem Doppelkatheter möglich (nur Schmerzmittel, nur Femoralis-Katheter zzgl. Schmerzmitteln).
- Keine Beweisaufnahme zur Frage der Aufklärung, da jedenfalls Beweis der hypothetischen Einwilligung gelungen sei.

Die Entscheidung des BGH.

Verfahren – Erwägungen des OLG

„Die Klägerin **wollte folglich auch in Kenntnis der dort aufgeführten Risiken durchaus eine gute Schmerzausschaltung, um schnell mobilisiert zu werden.** Im Rahmen ihrer Anhörung hat sie zunächst erklärt, dass sie sich nicht sicher sei, wie sie sich damals bei entsprechender Aufklärung entschieden hätte. Erst aus der **heutigen Sicht, nämlich nach Eintritt des Schadens**, war sie der Auffassung, dass sie es wohl eher nicht in der durchgeführten Form hätte machen lassen, weil ihr nicht bewusst gewesen sei, dass man einen solchen Schaden davontragen könne.“

Die Entscheidung des BGH.

Verfahren – Erwägungen des OLG

„Dies reicht ersichtlich nicht aus, um plausibel zu machen, dass sie sich damals **anders entschieden hätte**; denn sie hat ja in Kenntnis des Risikos eines Nervenschadens zum einen die Operation durchführen lassen und war auch in **Kenntnis des möglichen Nervenschadens** bereit, sich den Schmerzkatheter setzen zu lassen. Dass sie dies aus heutiger Sicht anders betrachtet, ist allein dem eingetretenen Risiko geschuldet.“

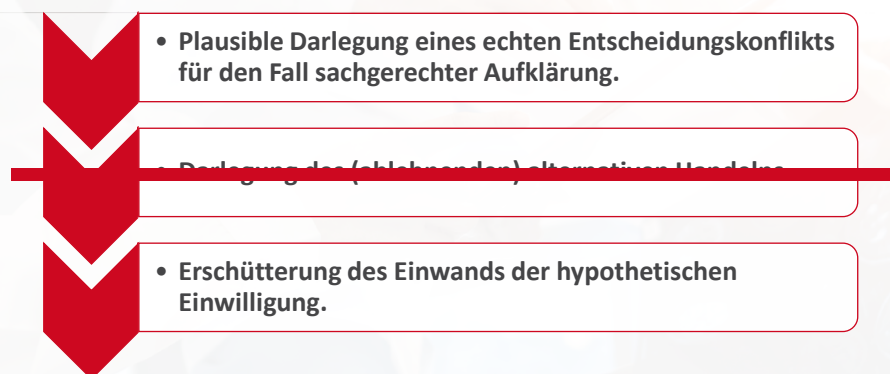
Die Entscheidung des BGH.

Entscheidungsgründe des BGH

- Im Grundsatz richtig: Es bestanden aufklärungspflichtige Behandlungsalternativen.
- Bekräftigung der Grundsätze zur hypothetischen Einwilligung: Patient muss **echten** Entscheidungskonflikt **plausibel** machen.
- „Vom Patienten **nicht zu verlangen** ist hingegen, dass er - **darüber hinausgehend** - **plausibel macht**, er hätte sich im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung auch **tatsächlich gegen die durchgeführte Maßnahme entschieden**“. (Rn. 10 und Leitsatz)
- Anforderungen an die Darlegung wurden vom OLG „überspannt“.

15

Die Entscheidung des BGH.



16

Die Entscheidung des BGH.

- Plausible Darlegung eines echten Entscheidungskonflikts für den Fall sachgerechter Aufklärung.
- Erschütterung des Einwands der hypothetischen Einwilligung.

Die Entscheidung des BGH.

Entscheidungsgründe des BGH

- „**Frage**, wie sie sich entschieden hätte, wenn man ihr erklärt hätte, dass ein Doppelkatheter die sicherste Möglichkeit der Schmerzausschaltung ist mit der Erzielung eines besseren operativen Erfolgs infolge frühzeitiger Mobilisierung, bildet **keine brauchbare Grundlage für die Beurteilung** [...]“
- Frage nicht statthaft, da alternatives Handeln nicht dargelegt werden muss.
- **Frage muss so ansetzen**, als wäre die Klägerin **zutreffend**, also auch über die echten Behandlungsalternativen mit ihren Vor- und Nachteilen **aufgeklärt** worden.

Kritik.

Rechtsfragen der hypothetischen Einwilligung

19

BergmannPartner

19

Kritik.

- Hinweis des BGH zur korrekten Fragestellung im Grundsatz nicht zu beanstanden, ...
- ... da die **Hypothese der korrekten Aufklärung** nach gefestigter Rechtsprechung der **Ausgangspunkt** für die Darlegung eines Entscheidungskonflikts ist.
- Liegt auch auf der Linie, dass an die Behandlerseite „strenge Anforderungen“ zu stellen sind.
- Das ist **prozessual auch logisch**, denn es gilt das Beweismaß des **§ 286 ZPO**.

Rechtsfragen der hypothetischen Einwilligung

20

BergmannPartner

20

Kritik.

Entscheidungsgründe

- Aber: Konzept des Entscheidungskonfliktes wirkt zu „verkopft“.
- Entscheidung für oder gegen bestimmte Maßnahmen impliziert die Überlegung, welche **Handlungsalternativen** man hat ...
- ... also ein Entweder-oder-Szenario.

21

Kritik.

Entscheidungsgründe

- Gefordert ist nicht nur die Behauptung des Entscheidungskonflikts, sondern die *plausible* Darlegung dieses Konfliktes.
- Die Plausibilität als Kriterium darf nicht vergessen werden. Wie soll der Konflikt plausibel sein, wenn ich ihn nicht begründen kann?
- Hier können Gericht und Anwälte bei der Befragung der klagenden Partei ansetzen (z. B. Verhalten bei früheren Eingriffen? Objektiv vorzugswürdige Verfahren?)

22

Fazit.

Rechtsfragen der hypothetischen Einwilligung

23

BergmannPartner

23

Fazit.

- Die „OLG-These“ ist **nicht richtig**.
- § 630h Abs. 2 Satz 2 BGB wird (und darf! Systematik!) nicht leer laufen – es gelten zwar nach § 286 ZPO strenge Anforderungen, aber eben auch der Grundsatz der **freien Beweiswürdigung**.
- Tatrichterliches Fingerspitzengefühl ist gefragt.
- Leichter ist es für die Passivseite aber nicht worden.
- Bei Befragung Focus auf richtige **Ausgangsfrage** und **Plausibilität** der Angaben legen.

Rechtsfragen der hypothetischen Einwilligung

24

BergmannPartner

24



Vielen Dank für die Aufmerksamkeit!

Rechtsanwalt Dr. Max Middendorf
Fachanwalt für Medizinrecht
Lehrbeauftragter an der WWU Münster

info@bergmannpartner.com