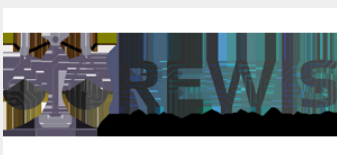


Bundesgerichtshof

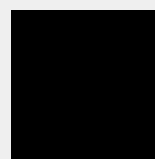
VI ZR 277/19

vom 07.12.2021

Arzthaftung im Falle fehlerhafter Eingriffsaufklärung: Beweislast des Arztes für die Behauptung einer hypothetischen Einwilligung



REWIS: open. smart. legal.
Datenbank für Rechtsprechung
Angaben ohne Gewähr



URL: <https://rewis.io/s/u/ZoTV/>
Bundesgerichtshof
6. Zivilsenat

VI ZR 277/19 vom 07.12.2021

Urteil | Bundesgerichtshof | 6. Zivilsenat

Leitsatz

Beruft sich der behandelnde Arzt im Falle einer fehlerhaften Eingriffsaufklärung darauf, der Patient hätte auch im Falle einer zutreffenden Aufklärung in die betreffende Maßnahme eingewilligt ("hypothetische Einwilligung"), so trifft ihn die Beweislast für diese Behauptung dann, wenn der Patient zur Überzeugung des Tatrichters plausibel macht, dass er - wäre er ordnungsgemäß aufgeklärt worden - vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte, wobei an die Substanziierung keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. 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 (Festhaltung Senatsurteil vom 15. März 2005 - VI ZR 313/03, NJW 2005, 1718, 1719, juris Rn. 18).

Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 26. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 28. Mai 2019 im Kostenpunkt mit Ausnahme der Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2 und 4 und insoweit aufgehoben, als das Oberlandesgericht die Berufung der Klägerin gegen die Abweisung der auf Fehler bei der Aufklärung im Hinblick auf das Anlegen eines Doppelkatheters gestützten Klage gegen die Beklagten zu 1, 3 und 5 zurückgewiesen hat.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz mit Ausnahme der Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2 und 4 im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1 Die Parteien streiten um Schadensersatz nach einer ärztlichen Behandlung.

2



Die damals 56-jährige Klägerin ließ sich im März 2011 im Rahmen eines stationären Aufenthalts im von der Beklagten zu 1 betriebenen Krankenhaus vom vormaligen Beklagten zu 2 eine Kniegelenksendoprothese implantieren. Die Beklagten zu 3 und 5 waren dabei als Anästhesisten tätig und unter anderem für das Anlegen des Schmerzkatheters, eines sogenannten "Doppelkatheters", verantwortlich, den der Beklagte zu 3, Assistenzarzt, der Klägerin unter Aufsicht des Beklagten zu 5 als zuständigem Oberarzt einsetzte. Bereits unmittelbar nach der Operation litt die Klägerin unter Schmerzen und einem Taubheitsgefühl im Fuß sowie Sensibilitätsstörungen in den Zehen des linken Fußes. Schließlich wurden irreparable Schädigungen des Nervus peroneus, des Nervus tibialis und des Nervus suralis bestätigt. Mit der Behauptung, fehlerhaft behandelt und vor der Operation nicht hinreichend aufgeklärt worden zu sein, hat die Klägerin die Beklagten als Gesamtschuldner auf materiellen und immateriellen Schadensersatz in Anspruch genommen.

- 3 Das Landgericht hat die Klage nach Einholung eines orthopädisch/unfallchirurgischen Gutachtens und eines anästhesiologischen Gutachtens nebst persönlicher Anhörung der Sachverständigen abgewiesen, das Oberlandesgericht hat die von der Klägerin dagegen geführte Berufung zurückgewiesen. Die Revision hat das Berufungsgericht nicht zugelassen. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin hat der erkennende Senat die Revision hinsichtlich der Beklagten zu 1, 3 und 5 insoweit zugelassen, als das Berufungsgericht die Berufung der Klägerin gegen die Abweisung der auf Fehler bei der Aufklärung im Hinblick auf das Anlegen eines Doppelkatheters gestützten Klage zurückgewiesen hat. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren im Umfang der Revisionszulassung weiter.

Entscheidungsgründe

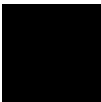
I.

- 4 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt, der Klägerin stünden unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt, insbesondere nicht aus § 280 Abs. 1, §§ [630a](#), [630b](#), [823](#), 831 ff., [249](#) BGB, Ansprüche gegen die Beklagten zu. In Bezug auf die Aufklärungsrüge der Klägerin hätten beide Sachverständige die für ihren Bereich erfolgten Risikoaufklärungen für ausreichend erachtet. Der anästhesiologische Sachverständige habe jedoch weiter angegeben, dass es in Bezug auf die Anästhesie mehrere Alternativen gebe, die durchaus gleichwertig und damit aufklärungspflichtig seien. Nach der Rechtsprechung sei eine Aufklärung über Behandlungsalternativen geboten, wenn es für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie mehrere Behandlungsmethoden gebe, die zu jeweils unterschiedlichen Belastungen des Patienten führten oder unterschiedliche Risiken hätten und/oder unterschiedliche Erfolgschancen

böten. Unter anderem habe der Sachverständige insoweit angegeben, dass es neben der Anlage eines Doppelkatheters auch die Möglichkeit gebe, nur mit Schmerzmitteln zu arbeiten, was in einigen Kliniken auch heute noch gemacht werde. Darüber hinaus habe der Sachverständige auch die alleinige Anlage eines Femoraliskatheters mit zusätzlicher Schmerzmedikation anstatt des hier verwendeten Doppelkatheters für möglich gehalten; dabei würde man im Regelfall zwar nicht alle Nerven im Knie ausreichend mit Schmerzmitteln versorgen, dennoch sei es dem Patienten überlassen, ob er angesichts des Risikos eines Nervschadens dieses Risiko lieber halbieren möchte.

- 5 Eine entsprechende Aufklärung über Alternativen habe die Klägerin bestritten; sie lasse sich der Dokumentation auch nicht in ausreichender Weise entnehmen. Soweit die Beklagten für eine ordnungsgemäße Alternativaufklärung Beweis angeboten hätten, sei seine Erhebung entbehrlich, weil jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der hypothetischen Einwilligung, auf die sich die Beklagten berufen hätten, eine Haftung nach [§ 630h Abs. 2 Satz 2 BGB](#) entfalle. Der Klägerin sei es nämlich nicht gelungen, einen echten Entscheidungskonflikt darzustellen. Nach ihren eigenen Bekundungen sei ihr damals erklärt worden, dass der Schmerzkatheter dafür sorgen würde, dass sie keine Bewegungsschmerzen habe und sich schneller würde bewegen können. Ein solches Verfahren werde oftmals angewandt. Aus dem handschriftlichen Zusatz im Aufklärungsbogen habe sich auch ergeben, dass es sich um eine zusätzliche Anästhesie und zwar mittels zweimaliger Beinplexusanästhesie gehandelt habe. Die Klägerin habe folglich auch in Kenntnis der dort aufgeführten Risiken durchaus eine gute Schmerzausschaltung gewollt, um schnell mobilisiert zu werden. Im Rahmen ihrer Anhörung habe 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, sei sie der Auffassung gewesen, 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. Dies reiche ersichtlich nicht aus, um plausibel zu machen, dass sie sich damals anders entschieden hätte; denn sie habe ja in Kenntnis des Risikos eines Nervenschadens zum einen die Operation durchführen lassen und sei auch in Kenntnis des möglichen Nervenschadens bereit gewesen, sich den Schmerzkatheter setzen zu lassen. Dass sie dies aus heutiger Sicht anders betrachte, sei allein dem eingetretenen Risiko geschuldet.

II.

- 6 Diese Erwägungen des Berufungsgerichts halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann auf der Grundlage seiner Feststellungen nicht davon ausgegangen werden, ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagten zu 1, 3 und 5 wegen fehlerhafter Aufklärung sei unter dem Gesichtspunkt der hypothetischen Einwilligung ausgeschlossen.
- 

7

1. Im Ausgangspunkt zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass eine Aufklärung über eine alternative Behandlungsmöglichkeit erforderlich ist, wenn für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie mehrere gleichwertige Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die zu jeweils unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen bieten (vgl. nur Senatsurteil vom 28. August 2018 - [VI ZR 509/17](#), NJW-RR 2019, 17 Rn. 23 mwN; nunmehr [§ 630e Abs. 1 Satz 3 BGB](#)). Das Berufungsgericht hat diese Voraussetzungen auf der Grundlage der Angaben des Sachverständigen in Bezug auf die bloße Gabe von Schmerzmitteln ohne Katheter und in Bezug auf die Anlage eines Femoraliskatheters anstatt eines Doppelkatheters bejaht, was die Revision als ihr günstig hinnimmt und auch die Revisionserwiderung nicht angreift.

8

2. Mit der Begründung des Berufungsgerichts kann aber nicht davon ausgegangen werden, der von der Klägerin auf eine fehlende Aufklärung über die Behandlungsalternativen gestützte Schadensersatzanspruch scheitere jedenfalls daran, dass sich die Klägerin auch dann für den Einsatz eines Doppelkatheters entschieden hätte, wenn sie ordnungsgemäß auch über die insoweit bestehenden Behandlungsalternativen aufgeklärt worden wäre.

9

a) Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die Aufklärung über die genannten Behandlungsalternativen erfolgt ist. Für das Revisionsverfahren ist deshalb zugunsten der Klägerin zu unterstellen, dass dies nicht der Fall ist.

10

b) Im Ausgangspunkt zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass sich der Behandelnde, wenn die Aufklärung nicht den an sie zu stellenden Anforderungen genügt, nach der ständigen Rechtsprechung des Senats darauf berufen kann, dass der Patient auch im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahmen eingewilligt hätte (sogenannte "hypothetische Einwilligung", vgl. nur Senatsurteil vom 18. Mai 2021 - [VI ZR 401/19](#), NJW-RR 2021, 886 Rn. 14, mwN; nunmehr [§ 630h Abs. 2 Satz 2 BGB](#)). An einen dahingehenden Nachweis sind aber strenge Anforderungen zu stellen, damit nicht auf diesem Weg der Aufklärungsanspruch des Patienten unterlaufen wird (vgl. nur Senatsurteil vom 18. Mai 2021 - [VI ZR 401/19](#), NJW-RR 2021, 886 Rn. 14, mwN). Die Beweislast trifft dabei den sich auf eine solche hypothetische Einwilligung berufenden Arzt dann, wenn der Patient zur Überzeugung des Tatrichters plausibel macht, dass er - wäre er ordnungsgemäß aufgeklärt worden - vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte, wobei an die Substantiierungspflicht des Patienten keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen (Senatsurteil vom 18. Mai 2021 - [VI ZR 401/19](#), NJW-RR 2021, 886 Rn. 15, mwN). 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

(Senatsurteile vom 15. März 2005 - VI ZR 313/03, NJW 2005, 1718, 1719, juris Rn. 18; vom 14. Juni 1994 - VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414, 2415, juris Rn. 11; vom 11. Dezember 1990 - VI ZR 151/90, NJW 1991, 1543, 1544, juris Rn. 14; ferner NK-MedR/Glanzmann, 3. Aufl., BGB § 630h Rn. 90; Spickhoff/Greiner, Medizinrecht, 3. Aufl., §§ 823 ff. BGB Rn. 284; Pauge/Offenloch, Arzthaftungsrecht, 14. Aufl., Rn. 487).

11 c) Gemessen daran hat das Berufungsgericht die an die plausible Darlegung eines Entscheidungskonflikts zu stellenden Anforderungen überspannt. Denn es hat die plausible Darlegung eines echten Entscheidungskonflikts durch die Klägerin mit der Erwägung verneint, die Angaben der Klägerin reichten ersichtlich nicht aus, plausibel zu machen, dass sie sich damals anders entschieden hätte; darauf kommt es nach den obigen Darlegungen für die plausible Darlegung eines echten Entscheidungskonflikts aber gerade nicht an.

III.

12 Für das weitere Verfahren weist der erkennende Senat auf Folgendes hin:

13 Die im Rahmen der persönlichen Anhörung in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht vom 28. Mai 2019 an die Klägerin gestellte 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 der Frage, ob die Klägerin plausibel darzulegen vermag, dass sie sich im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte. Die vom Berufungsgericht bislang gestellte Frage verkennt nicht nur, dass die Klägerin - wie gezeigt - nicht plausibel darzulegen hat, dass sie sich im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung gegen einen Doppelkatheter entschieden hätte. Sie nimmt vielmehr auch nicht hinreichend in den Blick, dass es um den echten Entscheidungskonflikt in dem Falle geht, die Klägerin wäre zutreffend, also auch über die echten Behandlungsalternativen mit ihren Vor- (insbesondere geringeres Risiko für Nervenschäden) und Nachteilen (insbesondere geringere Schmerzausschaltung und eingeschränkte Mobilität), aufgeklärt worden.

Seiters

Offenloch

Müller

Allgayer

Linder

