

## Aufsatz ZR

Prof. Dr. Raphael Koch, LL.M. (Cambridge), EMBA

# Der Behandlungsvertrag in der Fallbearbeitung

DOI 10.1515/jura-2014-0114

*Der Besondere Teil des Zivilrechts zählt in allen Bundesländern zum Prüfungsstoff der Ersten Juristischen Staatsprüfung. Lag der Schwerpunkt des Achten Abschnitts in der Vergangenheit auf Kauf-, Miet-, Werk-, Dienst- und Arbeitsverträgen, ist nunmehr mit einem weiteren Vertragstypus als Prüfungsgegenstand zu rechnen, und zwar mit dem Behandlungsvertrag, der mit Gesetz vom 20. Februar 2013 in das BGB eingefügt wurde (§§ 630 a bis 630 h BGB). Der Behandlungsvertrag beinhaltet Besonderheiten gegenüber anderen Verträgen. Daher sollten sich auch Examenskandidaten, die im Schwerpunktbereich nicht mit dem Medizinrecht in Berührung kommen, zumindest mit den Grundlagen vertraut machen. § 630 h BGB lässt sich nämlich ungezwungen in eine allgemeine Zivilrechtsprüfung einbetten. Insbesondere die Beweislastverteilung in § 630 h BGB wird zum unentbehrlichen Grundwissen zählen.*

## I. Einführung

Entsprechend dem Verhandlungsgrundsatz (auch Beibringungsgrundsatz genannt) hat im Zivilprozess jede Partei die Tatsachen, über die das Gericht entscheidet, vorzutragen und, soweit erforderlich, zu beweisen. Das gilt auch für den Arzthaftungsprozess, der insoweit im Ausgangspunkt keine prozessualen und materiellen Besonderheiten aufweist<sup>1</sup>. Allerdings wird der Patient im Arzthaftungsprozess vor enorme Beweisschwierigkeiten gestellt. Die aus der Komplexität der medizinischen Abläufe resultierenden Schwierigkeiten, einen Kunstfehler und dessen Ursächlichkeit für einen Schaden nachzuweisen, bringen den Patienten in eine missliche Lage. Ein Vergleich der Stellung der Prozessparteien zeigt das Ungleichgewicht zwi-

schen dem behandelnden Arzt, der mögliche Auswirkungen und den organisatorischen Ablauf kennt, und dem Patienten<sup>2</sup>. Aus der Natur der Sache ergibt sich ein Wissensvorsprung des Arztes, wenn etwa im Rahmen einer Operation Eingriffe unter Narkose vorgenommen werden. Diese Hindernisse führen in Arzthaftungsprozessen zur Beweisnot des Patienten, der sich prozessual in einer unterlegenen, mitunter aussichtslosen Stellung gegenüber dem behandelnden Arzt befindet. Mit dem Prinzip prozessualer Waffengleichheit (Art. 3 GG) und dem Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK) ist das nicht zu vereinbaren<sup>3</sup>. Der Gesetzgeber reagierte darauf und führte mit dem Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten<sup>4</sup> den Behandlungsvertrag als neuen Vertragstypus ein. Neben einem speziellen Pflichtenprogramm (Behandlungs- und Dokumentationspflichten) wurde die Beweislast für Behandlungs- und Aufklärungsfehler in § 630 h BGB geregelt. Freilich handelt es sich dabei überwiegend um eine Übernahme der bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze. Damit ist zum Verständnis der neu geschaffenen Vorschriften weiterhin die Kenntnis der Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht unentbehrlich. Die Einzelheiten der Neuregelung (dazu III.) sind zudem nur vor dem Hintergrund des allgemeinen Systems der Risikozuweisung im Zivilprozess zu verstehen, das aus diesem Grund zunächst kurz vorzustellen ist (dazu II.).

## II. Das System der Risikozuweisung im Zivilprozess

Die Erfolgsaussichten einer Klage oder Klageverteidigung hängen im Zivilprozess maßgeblich von der Verteilung der Beweis- und Behauptungslast ab.

<sup>1</sup> Greger, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl. 2014, vor § 284 Rn. 17a; Laufs/Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 107 Rn. 1.

**Raphael Koch:** Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Unternehmensrecht, Europäisches Privat- und Internationales Verfahrensrecht an der Universität Augsburg.

<sup>2</sup> BGH, NJW 1981, 2513 (2514); Preis/Schneider, NZS 2013, 281.

<sup>3</sup> Regierungsentwurf zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 10.

<sup>4</sup> Vom 20. Februar 2013, BGBl. I 2013, S. 277; Inkrafttreten am 26. Februar 2013.

## 1. Beweislast

Unter dem Begriff der Beweislast werden verschiedene selbstständige Erscheinungsformen diskutiert: die objektive Beweislast (Feststellungslast), die subjektive Beweislast (Beweisführungslast) und die ausdrücklich im Gesetz geregelten Beweislastnormen.

### a) Objektive Beweislast

Die objektive Beweislast (auch Feststellungslast genannt) regelt, zu wessen Nachteil es geht, wenn eine beweisbedürftige Tatsache trotz Ausschöpfung aller zulässigen Beweismittel unerweislich bleibt (*non liquet*)<sup>5</sup>. Ist das Verfahren der Beweiswürdigung durchgeführt, die behauptete Tatsache jedoch nicht als bewiesen anzusehen, weil der Richter nicht die volle Überzeugung hiervon erlangt, unterbleibt nach der sog. negativen Grundregel der Beweislast die Anwendung eines Tatbestands<sup>6</sup>. Im Grundsatz trägt damit der Kläger die Beweislast für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen, der Beklagte für die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale oder Voraussetzungen der entsprechenden Normen (sog. Normentheorie *Rosenbergs*)<sup>7</sup>. Eine teilweise Durchbrechung kann durch gesetzliche Beweislastregeln erfolgen; ferner ist eine Veränderung der Beweislast durch Richterrecht möglich. Die Verteilung der Beweislast ist eine Frage des materiellen Rechts, und zwar der gerechten Zuordnung von Gütern und Freiheiten<sup>8</sup>. Über die Beweislastverteilung können Anreize zur Sachverhaltsaufklärung gesetzt werden, weil die beweisbelastete Partei die negativen Folgen der Beweislosigkeit vermeiden will.

<sup>5</sup> BGH, VersR 1969, 453; *Saenger*, in: HK-ZPO, 5. Aufl. 2013, § 286 Rn. 53; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 115 Rn. 3; ausführlich *R. Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 2013, S. 33ff.

<sup>6</sup> Zur Methodik der Rechtsanwendung bei Beweislosigkeit im Einzelnen *Prütting*, in: MünchKommZPO, Band 1, 4. Aufl. 2013, § 286 Rn. 104ff.; *Heinrich*, in: FS Musielak, 2004, S. 231 (232ff.).

<sup>7</sup> Grundlegend *Rosenberg*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9. Aufl. 1961, § 114 I 1; *Greger*, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl. 2014, vor § 284 Rn. 17a; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 115 Rn. 7ff.; zur Anerkennung in der Rechtsprechung siehe nur BGH, NJW 1991, 1052.

<sup>8</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 115 Rn. 9f.; *Stürner*, ZJP 98 (1985), 237 (238).

### b) Subjektive Beweislast

Die subjektive Beweislast (auch bezeichnet als formelle Beweislast oder besser als abstrakte Beweisführungslast) gibt an, welche Partei einen Beweis antreten darf und muss, wenn sie nicht beweisfällig werden und deshalb einen Prozessverlust erleiden will<sup>9</sup>. Grundsätzlich stimmt die subjektive mit der objektiven Beweislast überein. Wird kein Hauptbeweis angeboten, darf kein Gegenbeweis erhoben werden, sondern die Behauptung ist als unbewiesen zu behandeln<sup>10</sup>.

## 2. Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr

Nicht nur im Arzthaftungsprozess kann die Beweisführung schwierig oder kaum zu erbringen sein, wenn diese »üblichen« Anforderungen an die Beweisführung gestellt werden. Eine Beweisproblematik ergibt sich etwa immer wieder bei dem Nachweis eines Kausalzusammenhangs. Rechtsprechung und Gesetzgeber gewähren teilweise Beweiserleichterungen. Unter einer Beweiserleichterung versteht man eine Vereinfachung der Beweisführung im Einzelfall; eine Art »Minus« gegenüber dem üblicherweise von der beweisbelasteten Partei zu führenden Beweis<sup>11</sup>. Diskutiert werden darunter etwa der Anscheinsbeweis, tatsächliche oder gesetzliche Vermutungen sowie die richterrechtliche oder gesetzliche Beweislastumkehr. Im Einzelnen interessieren hier die gesetzliche Beweislastverteilung, gesetzliche Vermutungen und die richterrechtliche Beweislastumkehr.

### a) Beweislastverteilung

Die Verteilung der Beweislast erfolgt durch normative Regelungen, die der Gesetzgeber teils ausdrücklich, teils durch Verknüpfung gesetzlicher Tatbestände mit der ungeschriebenen Grundregel (Normentheorie *Rosenbergs*) geschaffen hat<sup>12</sup>. Es handelt sich regelmäßig um Sonder-

<sup>9</sup> *R. Koch*, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, 2013, S. 35f.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 115 Rn. 4.

<sup>10</sup> *Foerste*, in: Musielak, ZPO, 11. Aufl. 2014, § 286 Rn. 33.

<sup>11</sup> *Baumgärtel*, Beweislastpraxis im Privatrecht, 1996, Rn. 217. Die Terminologie ist keineswegs einheitlich; *Laumen*, NJW 2002, 3739 (3740).

<sup>12</sup> Ausführlich *Musielak/Stadler*, Grundfragen des Beweisrechts, 1984, Rn. 232ff.

regeln der Beweislast, die abweichend vom Grundprinzip die Frage nach der Feststellung einer rechtserheblichen (ungeklärt gebliebenen) Tatsache nicht verneinen, sondern bejahen. Beispiele hierfür sind §§ 179 Abs. 1, 345, 543 Abs. 4 S. 2, 2336 Abs. 3 BGB. Der Gesetzgeber kann durch die positive oder negative Formulierung von Tatbestandsmerkmalen sowie durch die Konstruktion von Regel- und Ausnahmetatbeständen zum Ausdruck bringen, wer das Risiko der Beweislast tragen soll (siehe auch als Beispiel: § 280 Abs. 1 S. 2 BGB)<sup>13</sup>.

#### b) Gesetzliche Vermutungen

Die gesetzliche Vermutung stellt ein Instrument zur Beweisrisikoverteilung dar. Stellt das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, ist nach § 292 ZPO der Beweis des Gegenteils zulässig, sofern nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt (sog. *praesumptio iuris*). Steht die Vermutungsbasis fest, tritt eine Umkehr der objektiven Beweislast zum Nachteil des Vermutungsgegners ein; es handelt sich also auch um eine Beweislastregel. Diese kann auf zweifache Weise widerlegt werden. Eine Möglichkeit ist die Widerlegung der Vermutungsbasis, sog. Gegenbeweis. Dieser ist bereits geführt, wenn die Überzeugung des Gerichts von der Vermutungsbasis erschüttert ist<sup>14</sup>. Darüber hinaus ist der Beweis des Gegenteils der Vermutung an sich möglich. Dabei handelt es sich um einen Hauptbeweis zur vollen Überzeugung des Gerichts<sup>15</sup>.

#### c) Richterrechtliche Beweislastumkehr

Darüber hinausgehend erkennt der BGH an, dass in bestimmten Konstellationen eine richterrechtliche Beweislastumkehr in Betracht kommen kann. Eine Umkehr der Beweislast bedeutet eine Änderung der Folgen der Beweislosigkeit. Muss infolge der Umkehr der Beweislast der Gegner das Nichtvorliegen der Voraussetzung beweisen, hat dies letztlich eine Änderung der Tatbestandsseite der Rechtsnorm zur Folge. Im Falle der Nichtaufklärbarkeit

wird das Bestehen fingiert, sodass die Rechtsfolge eintritt, obwohl das tatsächliche Bestehen des Merkmals unsicher ist, also ebenso nicht vorliegen kann; die Voraussetzungen der Norm werden dadurch gemindert, das materielle Recht wird letztlich verändert<sup>16</sup>. Ein typischer Anwendungsbereich einer richterrechtlichen Beweislastumkehr ist die grobe Verletzung von Berufspflichten. »Klassischer« Anwendungsbereich ist insoweit das Arzthaftungsrecht<sup>17</sup>, in dessen Bereich auch die neuen Regelungen eingreifen.

### III. Neuerungen durch § 630 h BGB – insbesondere für die Fallbearbeitung relevante Aspekte

Im Arzthaftungsrecht erscheint es geboten, dem geschädigten Patienten Beweiserleichterungen zu gewähren, um die Schwierigkeiten des Nachweises der rechtlichen Haftungsvoraussetzungen zu überwinden. Die im Laufe der Zeit von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze waren ein Kompromiss für den in Beweisnot geratenen Patienten, ohne diesen gegenüber dem Arzt zu bevorzugen. In Nachzeichnung der Rechtsprechung<sup>18</sup>, deren Kenntnis damit weiterhin Bedeutung behält, ist der Gesetzgeber diesem Gebot normativ gefolgt. Der Gesetzgeber nutzt dazu die »Stellschraube« der objektiven Beweislast, um die negativen Folgen der Beweislosigkeit auf den Behandelnden zu verlagern. § 630 h BGB basiert auf der allgemeinen Haftungsregelung des § 280 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Regelungen sind in ihrem Anwendungsbereich auf das Vertragsrecht beschränkt, wie sich auch aus der systematischen Stellung bei §§ 630 aff. BGB ergibt. Dementsprechend gilt die gesetzlich vorgenommene Beweislastregelung nicht für die deliktische Haftung nach §§ 823 ff. BGB<sup>19</sup>.

#### 1. Ausgangspunkt und Beweismaß

Eine eigenständige Haftungsnorm enthalten die Vorschriften des Behandlungsvertrags nicht. Ein Behandlungsfehler des Arztes stellt die Verletzung einer Pflicht aus dem

<sup>13</sup> Greger, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl. 2014, vor § 284 Rn. 17a; Foerste, in: Musielak, ZPO, 11. Aufl. 2014, § 286 Rn. 36; Musielak, Grundkurs ZPO, 11. Aufl. 2012, Rn. 478. Zum Regel-Ausnahme-Prinzip der Beweislast siehe Musielak/Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, 1984, Rn. 230f.

<sup>14</sup> BGH, NJW 1983, 1740; Pritting, in: MünchKommZPO, Band 1, 4. Aufl. 2013, § 292 Rn. 20.

<sup>15</sup> BGH, NJW 2002, 3027 (3028).

<sup>16</sup> Siehe Stürner, NJW 1979, 1225 (1226).

<sup>17</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 115 Rn. 26ff.

<sup>18</sup> Regierungsentwurf zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 27.

<sup>19</sup> Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 34.

Behandlungsvertrag dar und eröffnet einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB<sup>20</sup>. Im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB trifft den Patienten die Beweislast für den Abschluss des Behandlungsvertrags (Vorliegen eines Schuldverhältnisses), die fehlerhafte Behandlung durch den behandelnden Arzt (Pflichtverletzung), den eingetretenen Schaden sowie die Ursächlichkeit der fehlerhaften Behandlung für die Rechtsgutsverletzung (haftungsbegründende Kausalität) und den dadurch entstandenen Schaden (haftungsausfüllende Kausalität)<sup>21</sup>. Allein für das Vertretenmüssen sieht § 280 Abs. 1 S. 2 BGB eine Beweislastumkehr zugunsten des Patienten vor.

Vor allem der Nachweis der Kausalität zwischen Fehler und Schadenseintritt – erforderlich ist die volle Überzeugung des Gerichts (§ 286 ZPO) – ist schwer zu führen, da die biologischen und physiologischen Reaktionen des menschlichen Körpers niemals in vollem Umfang berechenbar, vorhersehbar und beherrschbar sind<sup>22</sup>. Vor dem Hintergrund, dass ein Laie in Person des Patienten in der Regel keine ausreichende Kenntnis über die medizinische Behandlung und ihre Auswirkungen, sowie über die der Behandlung zugrunde liegenden organisatorischen Abläufe hat, führt das zu einer Beweisnot auf Seiten des Patienten. Hier greift § 630h BGB inzident in § 280 Abs. 1 BGB zugunsten des Patienten ein.

## 2. § 630h Abs. 1: Das voll beherrschbare Risiko

In Absatz 1 wurde die anerkannte Ausnahmekategorie des »voll beherrschbaren Risikos« übernommen. Unter diesem von der Rechtsprechung entwickelten Begriff sind jegliche Risiken zu verstehen, die aus einem Bereich stammen, »dessen Gefahren ärztlicherseits objektiv voll ausgeschlossenen werden können und müssen«<sup>23</sup>. Vor dem Hintergrund, dass es auf eine konkrete Vermeidbarkeit des Risikos nicht ankommt, ist leitender Gedanke für dieses Institut die Zuordnung der Risiken zum Herrschafts- und Organisationsbereich des behandelnden Arztes<sup>24</sup>. Im Falle der Verwirklichung solch eines Risikos gilt eine (widerlegbare) Fehlervermutung zulasten des Arztes.

20 Müller-Glöge, in: MünchKommBGB, Band 4, 6. Aufl. 2012, § 611 Rn. 99.

21 Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Kap. XI Rn. 50 ff. m. w. N.; Thole, MedR 2013, 145 (148).

22 Taupitz, AcP 211 (2011), 352 (389).

23 BGH, NJW 2007, 1682 m. w. N.; Reuter/Hahn, VuR 2012, 247 (257).

24 Regierungsentwurf zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 28.

Danach obliegt dem Patient zunächst der Beweis, dass die Verletzung einer der in § 630h Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter (Leben, Körper, Gesundheit) von einem verwirklichten Risiko herrührt, welches dem voll beherrschbaren Bereich zugeordnet werden kann<sup>25</sup>. Anerkannte Fallgruppen sind Fehler durch medizinisch-technische Geräte, Nichtbeachtung hygienischer Standards oder mangelhafte Organisation der Behandlungsabläufe. Aufgrund der gesetzlichen Fehlervermutung muss die Tatsache der Pflichtverletzung nicht mehr bewiesen werden, sodass der Patient sich hierdurch im Arzthaftungsprozess auf gleicher Ebene mit dem Arzt befindet. Die gesetzliche Vermutung kann nur eingreifen, wenn feststeht, dass die Vermutungsbasis gegeben ist. Mithin kann der behandelnde Arzt die Vermutung durch Widerlegung der Vermutungsbasis entkräften, sog. Gegenbeweis. Die Vermutung ist entkräftet, wenn sich kein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat – jedenfalls muss die Überzeugung des Richters davon erschüttert sein<sup>26</sup>. Zudem kann der Beweis des Gegenteils der Vermutung erbracht werden (§ 292 ZPO). Hierfür müsste der Behandelnde den Nachweis führen, dass ein Fehler nicht vorliegt. Er muss dazu insbesondere darlegen, dass er alles Erforderliche getan hat, um die Realisierung des Risikos zu vermeiden<sup>27</sup>.

Zusammenfassend gewährt Absatz 1 dem Patienten eine Erleichterung für den Beweis des Behandlungsfehlers. Dabei erstreckt sich die Beweiserleichterung nicht auf die Ursächlichkeit der Schädigung, sondern auf die Pflichtverletzung. Erweist sich diese Behandlung zugleich als grob fehlerhaft, ist überdies eine Beweiserleichterung gemäß § 630h Abs. 5 BGB hinsichtlich des Kausalzusammenhangs möglich.

## 3. § 630h Abs. 2: Fehlende Aufklärung oder Einwilligung sowie hypothetische Einwilligung

### a) Fehlende Aufklärung oder Einwilligung (§ 630h Abs. 2 S. 1 BGB)

Die Einholung der Einwilligung (§ 630d BGB) und Aufklärung (§ 630e BGB) sind Vertragspflichten. Im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB hätte nach der Grundregel der Anspruch stellende Patient die Verletzung dieser Pflichten zu beweisen.

25 Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 35.

26 Regierungsentwurf zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 28; kritisch Deutsch, NJW 2012, 2009 (2011).

27 Hart, MedR 2013, 159 (163).

sen<sup>28</sup>. Durch die Regelung des § 630h Abs. 2 BGB erfolgt eine Umkehr der Beweislast für Einwilligung und Aufklärung des Patienten. Sucht man nach dem Grund für diese »Umgestaltung«, wird man im Deliktsrecht fündig. Dort stellt die Einwilligung – nach einer erfolgten Aufklärung – einen Rechtfertigungsgrund im Rahmen des Heileingriffs dar, welcher als eine tatbestandsmäßige Körperverletzung qualifiziert wird. Hier obliegt es dem behandelnden Arzt, die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund zu beweisen. Um einen Gleichlauf mit dem Deliktsrecht zu erzielen, wurde diese Beweislast im Vertragsrecht angeglichen<sup>29</sup>.

Der Behandelnde hat darzulegen und zu beweisen, dass eine ordnungsgemäße Einwilligung in die Behandlung vorliegt und zudem eine hinreichende Aufklärung erfolgt ist. Dogmatisch handelt es sich nicht um eine gesetzliche Vermutung wie in § 630h Abs. 1 BGB, sondern um eine ausdrückliche Beweislastumkehr (vgl. Wortlaut: »Der Behandelnde hat zu beweisen...«). Die Abkehr von der allgemeinen Beweislastregelung erklärt sich vor dem Hintergrund, dass dem Patienten der Beweis einer negativen Tatsache (nicht ordnungsgemäße Aufklärung bzw. nicht erfolgte Einwilligung) regelmäßig nicht gelingen wird<sup>30</sup>. Es erscheint sachgerecht, dem Behandelnden die Bürde der Beweislast aufzuerlegen, zumal der Mangel aus seiner Sphäre resultiert und der Arzt die größten Einflussmöglichkeiten hinsichtlich Aufklärung und Einholung der Einwilligung hat. Zudem kann er relativ leicht ermitteln, wie umfangreich die Aufklärung bzw. die Einwilligung erfolgt ist. Letztlich wird über diese Verteilung ein Anreiz zur sorgfältigen Dokumentation gesetzt.

#### b) Hypothetische Einwilligung (§ 630h Abs. 2 S. 2 BGB)

In § 630h Abs. 2 BGB wurde ein weiterer Aspekt, entsprechend der bisherigen Rechtsprechung, in Satz 2 kodifiziert: das Institut der »hypothetischen Einwilligung«<sup>31</sup>. § 630h Abs. 2 S. 2 BGB normiert eine Vermutung dahingehend, dass der Patient bei sachgemäßer Information nicht eingewilligt hätte. Da es sich hierbei um eine gesetzliche Vermutung handelt, ist der Beweis des Gegenteils

zulässig (§ 292 ZPO). Entsprechend der bisherigen Rechtsprechung ist eine Verteidigungsmöglichkeit des behandelnden Arztes gegeben. Er kann sich im Falle einer fehlerhaften Aufklärung entlasten, indem er darlegt, dass der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die Behandlung eingewilligt hätte<sup>32</sup>. Im Arzthaftungsprozess kann der Patient dieser Behauptung wiederum durch Darlegung eines »ernsthaften Entscheidungskonflikts« entgegentreten. Er muss zur Überzeugung des Tatrichters plausibel machen, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einen ernsthaften Entscheidungskonflikt hinsichtlich seiner Zustimmung geraten wäre. Aus diesem »2-Stufen-System« resultiert die in der bisherigen Rechtsprechung der Zivilgerichte anerkannte »abgestufte Darlegungs- und Beweislast«<sup>33</sup>. Auffällig ist, dass die dem Patienten zustehende Möglichkeit der Entkräftigung dieses Einwands durch plausible Darlegung seines ernsthaften Entscheidungskonflikts im Gesetz keine Erwähnung findet, nach der Gesetzesbegründung diese Systematik allerdings beibehalten werden soll<sup>34</sup>. Gelingt dem Patienten – wie zumeist – der Nachweis, trifft den Behandelnden die volle Beweislast für eine Einwilligung des Patienten (auch) im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung. Kann er hingegen diesen Nachweis nicht führen, ist der behandelnde Arzt weder Schadensersatz- noch Schmerzensgeldpflichtig.

#### 4. § 630h Abs. 3 BGB: Dokumentationsmängel

Eine gesetzliche Vermutung hinsichtlich der Verletzung von Dokumentationspflichten wurde in § 630h Abs. 3 BGB aufgenommen. Die Pflicht des Behandelnden zur Dokumentation von sämtlichen für die Behandlung wesentlichen Maßnahmen und Ergebnissen ergibt sich aus § 630f BGB und ist Vertragspflicht. Dokumentiert der Behandelnde die Maßnahme oder deren Ergebnis entgegen der gesetzlichen Anordnung nicht oder wird die Dokumentation vor Ablauf der Aufbewahrungsfrist (§ 630f BGB) vernichtet, ordnet § 630h Abs. 3 BGB eine Vermutung zulasten des Behandelnden an, dass eine nicht dokumentierte, al-

<sup>28</sup> Abweichend Wagner, VersR 2012, 789 (793); Spickhoff, ZRP 2012, 65 (69).

<sup>29</sup> Regierungsentwurf zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 29.

<sup>30</sup> Regierungsentwurf zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 29.

<sup>31</sup> Ausführlich zum Institut der »hypothetischen Einwilligung« Hauger, in: Staudinger, BGB, 2009, § 823, Rn. I 121 m.w.N.; Merkel, JZ 2013, 975; Conrad/Koranyi, JuS 2013, 979.

<sup>32</sup> Ständige Rechtsprechung, siehe BGH, NJW 2012, 850f.; dazu Merkel, JZ 2013, 975.

<sup>33</sup> BGHZ 90, 103ff.; BGH, NJW 1991, 1543f.; BGH, VersR 1980, 428ff.; Olzen/Metzmacher, JR 2012, 271 (276).

<sup>34</sup> Regierungsentwurf zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 29. Die Nichtaufnahme in den Gesetzestext erklärt sich daraus, dass der Gesetzgeber dann den Beweis der hypothetischen Einwilligung als nicht geführt ansieht; Merkel, JZ 2013, 975 (976); Katzenmeier, JuS 2013, 817 (821).

lerdings dokumentationspflichtige Maßnahme nicht vorgenommen wurde<sup>35</sup>. Über die Vermutung sollen auch Anfängerfehler im Bereich der Dokumentation erfasst werden. In der Linie der Rechtsprechung<sup>36</sup> handelt es sich bei Behandlungen eines Berufsanfängers stets um wesentliche Maßnahmen im Sinne des § 630 Abs. 3 BGB. Bezugspunkt der Vermutungswirkung ist die Pflichtverletzung und nicht der Ursachenzusammenhang. Diese gesetzliche widerlegbare Vermutung kann der Behandelnde mit dem Beweis des Gegenteils gemäß § 292 ZPO zu Fall bringen. Er muss darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass sämtliche Maßnahmen ordnungsgemäß dokumentiert wurden und die Vernichtung der Patientenakte nicht vor Ablauf der Aufbewahrungsfrist erfolgte. Weil der (Dokumentations-)Fehler auf Seiten des Arztes liegt, hat dieser zu Recht die Last der Widerlegung der Vermutung des § 630h Abs. 3 BGB zu tragen. Gleichwohl sind der Reichweite der Vermutung Grenzen zu setzen. Es entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers, den Patienten durch die Vermutung besser zu stellen, als er im Falle der ordnungsgemäßen Dokumentation stünde. Daher ist die Vermutung darauf beschränkt, dass der Befund ein reaktionspflichtiges Ergebnis erbracht hätte<sup>37</sup>.

## 5. § 630h Abs. 4 BGB: Anfängeroperation

Ferner wurde in § 630h Abs. 4 BGB die bisherige Rechtsprechung zur »Anfängeroperation« bzw. zur Behandlung durch eine nicht hinreichend befähigte Person kodifiziert. Danach wird die Beweislast für die Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB teilweise vom Patienten auf den Behandelnden übertragen. Im Mittelpunkt dieser Beweiserleichterung steht der Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität. Der Patient hat zunächst darzulegen, dass die Behandlung durch eine nicht hinreichend befähigte Person erfolgte. Für den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit wird die mangelnde Befähigung als ursächlich vermutet. Ohne die Vermutung könnte der Geschädigte den Nachweis, dass sich gerade bei ihm das spezifisch erhöhte Risiko der Anfängeroperation verwirklicht hat, kaum führen. Das bewusst gesetzte Risiko der Anfängeroperation stammt aus der Sphäre des Krankenhausträgers bzw. Behandelnden, sodass dieses

Risiko für diese Seite voll beherrschbar ist. Daher erscheint es gerecht, die Gefahr der Unaufklärbarkeit der Kausalität der vorwerfbar geschaffenen Risikoerhöhung für den eingetretenen Schaden auf diese Prozessseite zu verlagern<sup>38</sup>.

Geschuldet wird eine Behandlung unter Einhaltung der medizinischen Standards. Liegt die Behandlung unterhalb des geforderten Standards, wird durch § 630h Abs. 4 BGB impliziert, dass gerade diese Unterschreitung des Mindeststandards ursächlich für die Rechtsgutsverletzung war. Jedoch ist zu beachten, dass sich diese Vermutung allein auf den Ursachenzusammenhang beschränkt. Der Patient hat weiter die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der weiteren anspruchsbegründenden Voraussetzungen, insbesondere der mangelnden Befähigung, zu tragen. Die Kausalitätsvermutung kann durch den Beweis des Gegenteils (§ 292 ZPO) widerlegt werden. Um die Vermutung des Kausalzusammenhangs zu widerlegen, muss der Behandelnde darlegen, dass die mangelnde Befähigung für die Gesundheitsverletzung nicht ursächlich geworden ist. Wie bereits dargelegt, ist der Einsatz einer nicht befähigten Person dem voll beherrschbaren Risikobereich des behandelnden Arztes zuzuordnen. Dies hat zur Konsequenz, dass neben die Kausalitätsvermutung des § 630h Abs. 4 BGB die Fehlervermutung des § 630h Abs. 1 BGB tritt. Der Patient hat dann weder die fehlerhafte Behandlung noch die Ursächlichkeit für die Rechtsgutsverletzung zu beweisen und ist insofern »doppelt privilegiert«.

## 6. § 630h Abs. 5 BGB: Der grobe Behandlungsfehler

Schließlich greift § 630h Abs. 5 BGB die bisherige Rechtsprechung zum »groben Behandlungsfehler« sowie zur fehlerhaften Befunderhebung auf. Basierend auf der allgemeinen Grundregel umfasst das Spektrum der seitens des Patienten zu beweisenden Tatsachen auch die Kausalität zwischen Behandlungsfehler (Pflichtverletzung) und Schaden. Gelingt dem Patienten der Nachweis eines »groben« Behandlungsfehlers, dessen genereller Schadenseignung sowie des konkreten Schadenseintritts, wird durch § 630h Abs. 5 S. 1 BGB eine widerlegbare Vermutung des Kausalzusammenhangs geschaffen. Aufgrund dieser Beweislastumkehr obliegt nun dem Arzt die Darlegungs- und Beweislast, dass der Schaden bei einer fehlerfreien Behandlung eingetreten wäre. Hierfür kann der behandelnde Arzt den Nachweis erbringen, dass sich nicht das Risiko

<sup>35</sup> Entsprechend der bisherigen Rechtsprechung, siehe etwa BGHZ 129, 6 (9 ff.) = NJW 1995, 1611 ff.; BGH, NJW 1999, 3408 ff.

<sup>36</sup> BGH, VersR 1985, 782.

<sup>37</sup> Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. XI Rn. 103; Steffen/Pauge, *Arzthaftungsrecht*, 12. Aufl. 2013, Rn. 599 ff.

<sup>38</sup> BGHZ 88, 248 (257) = NJW 1984, 655 (657).

verwirklicht hat, dessen Nichtbeachtung den Fehler als grob erscheinen lässt oder dass der haftungsbegründende Kausalzusammenhang äußerst unwahrscheinlich gegeben ist<sup>39</sup>. Möglicherweise kann der Behandelnde darlegen, dass den Patienten ein Mitverschulden trifft und dieser den Verlauf der Verhandlung negativ beeinflusst hat<sup>40</sup>. Der Beweis des Gegenteils (§ 292 ZPO) kann geführt werden. Die Vermutungswirkung beschränkt sich auf den Kausalitätsnachweis, sodass der Ursachenzusammenhang des Behandlungsfehlers für weitere (Folge-)Schäden von der Beweislastumkehr unberührt bleibt<sup>41</sup>. Weiter ist zu beachten, dass es sich um einen »groben« Behandlungsfehler handeln muss. Ein grober Behandlungsfehler ist ein medizinisches Fehlverhalten, welches aus objektiver Sicht der konkreten Umstände bei Anlegung des für den Behandelnden geltenden Ausbildungs- und Wissensmaßstabs nicht mehr verständlich erscheint, weil der Fehler gegen gesicherte und bewährte medizinische Erkenntnisse und Erfahrungen verstoßen hat und dem Behandelnden schlechterdings nicht unterlaufen darf<sup>42</sup>. Bei einfachen Behandlungsfehlern bleibt es bei der allgemeinen Beweisregel und der Patient hat die Kausalität zu beweisen<sup>43</sup>.

Die Normierung zu den Befunderhebungs- oder Befundsicherungsfehlern in § 630h Abs. 5 S. 2 BGB weist eine Besonderheit zu Satz 1 auf. Bei diesem Fehlertypus muss das Versäumnis der Befunderhebung bzw. -sicherung nicht als grob qualifiziert werden. Die Beweislastumkehr greift bereits vor der Schwelle zum groben Behandlungsfehler ein. Voraussetzung ist, dass das Ergebnis Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, deren Unterlassen grob fehlerhaft gewesen wäre<sup>44</sup>. Das hat vor

allem auf die Unterscheidung zwischen Befunderhebungs- und Diagnosefehlern Auswirkungen. Letztere lösen nach Satz 1 nur eine Beweislastumkehr aus, wenn diese Fehler als grob, d.h. fundamental anzusehen sind. Demgegenüber reicht eine »einfache« Verletzung der Befunderhebungs- sowie Befundsicherungspflicht aus, um gemäß Satz 2 die Beweislast hinsichtlich der Kausalität auf den Behandelnden zu verlagern<sup>45</sup>. Für den groben Befunderhebungsfehler findet jedoch § 630h Abs. 5 S. 1 BGB Anwendung, sodass es der weiteren Voraussetzung, welche Satz 2 enthält, nicht bedarf<sup>46</sup>.

## IV. Schluss

In den fünf Absätzen des § 630h BGB werden nunmehr Fallgruppen abgebildet, die von Examenskandidaten zu beherrschen sind. Mit Hilfe von Vermutungen und einer ausdrücklichen Beweislastumkehr (§ 630h Abs. 2 BGB) werden für den Patienten Erleichterungen im Prozess gegen den behandelnden Arzt geschaffen. Bei den Vermutungen handelt es sich um gesetzliche Tatsachenvermutungen im Sinne von § 292 ZPO, die von Seiten des Arztes mit dem Beweis des Gegenteils widerlegt werden können. Dieser Beweis des Gegenteils ist Hauptbeweis, der zur vollen Überzeugung des Gerichts geführt werden muss. Ausreichend ist es aber auch, die Überzeugung des Gerichts von der Vermutungsbasis zu erschüttern. Im Ergebnis kommt den gesetzlichen Vermutungen, die nochmals in Fehler- und Kausalitätsvermutungen untergliedert werden können, die gleiche Wirkung wie Beweislastregelungen zu. Eine vollkommene Entlastung des Patienten ist durch die Neuregelung des § 630h BGB nicht gegeben und war gesetzgeberisch auch nicht intendiert. Berücksichtigung hat nämlich auch die Tatsache zu finden, dass Zwischenfälle, die auf ein ärztliches Fehlverhalten hindeuten, infolge der Unberechenbarkeit des lebenden Organismus schicksalhaft eintreten können.

<sup>39</sup> Regierungsentwurf zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 31; siehe bereits BGHZ 85, 212 (216 ff.) = NJW 1983, 333.

<sup>40</sup> BGH, NJW 1981, 2513 (2514); BGHZ 159, 48 (54 f.) = NJW 2004, 2011 (2013); BGH, NJW-RR 2010, 831 (833); *Wagner*, in: MünchKommBGB, Band 5, §§ 705–853, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 852 m. w. N.

<sup>41</sup> *Schneider*, JuS 2013, 104 (108); *Olzen/Metzmacher*, JR 2012, 271 (277).

<sup>42</sup> BGH NJW 2001, 2795; BGHZ 159, 48 (54) = NJW 2004, 2011 (2013); BGHZ 144, 296 = NJW 2000, 2737; Regierungsentwurf zum Patientenrechtegesetz, BT-Drs. 17/10488, S. 31; *Taupitz*, AcP 211 (2011), 352 (391) m. w. N. zur Rechtsprechung des BGH; *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. XI Rn. 60; *Schneider*, JuS 2013, 104 (108).

<sup>43</sup> Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 40.

<sup>44</sup> BGH, VersR 1996, 633; BGH, NJW 2011, 2508 f.

<sup>45</sup> *Olzen/Metzmacher*, JR 2012, 271 (277).

<sup>46</sup> Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 40.