

## Neuere Entwicklungen des Arzthaftungsrechts

Johannes Hager\* · Kim Dae Kyung\*\*

### Contents

- I. Einleitung
- II. Die ärztliche Pflicht - Der Behandlungsfehler
- III. Die Selbstbestimmungsaufklärung
- IV. Die Beweislast
- V. Die fehlende Dokumentation nach § 630h III BGB
- VI. Besonderheiten des Verfahrens
- VII. Fazit

### 국문초록

본고는 독일에서의 의사책임법에 대한 비교적 최근 판례의 태도를 모색한 논문이다. 여기에서는 먼저 독일민법 제630a조 제2항에 따른 일반적 치료과실의 기준으로 적용되고 있는 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다할 의무, 즉 일반적 의료표준의 기준과 이에 따른 임상실험단계, 진단 및 처방, 협진, 병원과 담당의사의 각 의료행위단계 및 주체에 따른 과실여부를 판례를 통해 구체적으로 검토하였다(제2장). 다음으로 환자의 자기결정권과 관련하여 이에 대한 전제로서 인정되는 의사의 설명의무를 검토하였는데, 당해 치료행위의 필요성, 침습행위의 중대성, 설명의무의 대상 및 방법, 설명의무의 시기, 미성년자 및 의식불명환자에 대한 동의여부 및 잠정적 동의의 추단에 이르기까

논문접수일 : 2018. 09. 30.

심사완료일 : 2018. 11. 01.

게재확정일 : 2018. 11. 01.

\* Prof./Dr.jur. an der Univ. zu München

\*\* Prof./Dr.jur., Law School an der Jeju Natl' Univ.

지 가급적 폭넓고 완전한 형태의 고지의무를 요구하는 독일 판례의 태도를 고찰하였다(제3장). 한편 의료분쟁이 발생한 경우 실무적으로 중요하게 다루어지는 증명책임에 관한 것으로, 의료사고가 발생한 경우 손해배상의 일반원칙에 따라 환자는 의사의 고의 및 과실, 침습행위에 따른 법익침해 사이의 인과관계를 증명해야 한다. 그러나 현실적으로 전문지식의 부재 내지 증거자료의 편재 등으로 피해 환자본인에게 증명책임에 관한 일반법리를 적용하게 될 경우 발생될 수 있는 현실적 어려움을 인식, 이에 대한 증명책임의 완화 내지 전환에 관한 다양한 법리를 검토하였다(제4장). 마지막으로 독일민법 제630h조에서 규정하고 있는 병원의 진료기록부의 작성 및 보존의무 및 환자의 동 자료에 대한 접근성(=열람권) 등을 검토한 후(제5장), 재판실무상 환자에게 보장된 심문권 및 전문가의견의 청취 및 그 기속력 정도에 관하여 독일 연방대법원의 최근 판례의 태도를 고찰하였다(제6장).

**Stichwörter** : Arzthaftungsrecht, Behandlungsfehler, Selbstbestimmungsaufklärung, Beweislast, Schadensersatzhaftung

## I . Einleitung

Nach einer Phase stürmischer Entwicklung in den 80er und 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts ist im Arzthaftungsrecht zwar nicht Ruhe eingekehrt, doch halten sich die Neuerungen in Grenzen. Das hat vielleicht auch damit zu tun, dass die Rechtsprechung in weiten Teilen nunmehr kodifiziert ist und in den §§ 630a – 630h BGB niedergelegt ist. Bei dieser Arbeit geht es um die Rechtsprechung über das aktuelle Arzthaftungsrecht in Deutschland. Vor allem hier handelt es sich um den Begriff von Arzthaftung, Aufklärungspflichten, Selbstbestimmungsrecht des Patienten, Beweislast od. Beweislastumkehr bzw. dessen Verfahrens. Dadurch will ich das Verständnis der arzthaftungsrechtslage in Deutschland erweitern und einige Andeutung

ausziehen.

## II . Die ärztliche Pflicht - Der Behandlungsfehler

1. Den Standard regelt nun § 630a II BGB. Zu gewährleisten ist zumindest der Facharztstandard, der seinerseits natürlich zeitabhängig ist.<sup>1)</sup>

a) Dabei sind ärztliche Leitlinien nicht notwendig mit dem ärztlichen Standard identisch; insbesondere ersetzen sie kein Sachverständigengutachten. Dabei ist der Standard aus der Sicht des eigenen Fachgebiets zu bestimmen; wenn also ein Krankheitsbild der Nachbardisziplin so nicht bekannt ist, bedeutet dies nicht automatisch einen Verstoß gegen den Standard. Allerdings kann dann ein sogenanntes Übernahmeverschulden vorliegen; das ist namentlich der Fall, wenn der Arzt bei einem unklaren Diagnosestand nicht einen Spezialisten beizieht.<sup>2)</sup>

b) Der Standard hängt natürlich von der Wertigkeit der Praxis bzw. des Krankenhauses ab; ein höherer Standard ist dabei einzusetzen. Eine Abweichung kann nach oben aber auch nach unten vereinbart werden,<sup>3)</sup> das ist namentlich der Fall bei der Wahl alternativer Standards; etwa durch einen Heilpraktiker.

c) Vom Facharztstandard kann insbesondere in der Erprobungsphase eines Medikaments abgewichen werden. Allerdings sind hier strenge Voraussetzungen einzuhalten. Es muss sorgfältig zwischen den einzelnen Vor- und Nachteilen,

---

1) BGH NJW-RR 2014, 1053, 1055 Rn. 17.

2) OLG Koblenz VersR 2012 1041, 1042 f.; Köln VersR 2015, 330, 331.

3) BT-Drucksache 17/10488, S. 90 f.

verglichen mit der Standardmethode abgewogen werden. Diese Abwägung hat auch kontinuierlich zu erfolgen. Vor allem bedarf es Kontrolluntersuchungen, wenn sich Risiken für den Patienten abzeichnen, die nach Ursache, Art und Umfang nicht genau bekannt sind, bei deren Eintreten schwerwiegende Gesundheitsschäden drohen können. Zudem bedarf es der Aufklärung über die fehlende Zulassung und darüber, dass unbekannte Risiken nicht auszuschließen sein und schließlich muss der Patient in der Lage sein, abzuwägen, ob er sich herkömmlich behandeln lassen will oder nach der neuen Methode. Ein Verstoß gegen diese Regeln ist ein Behandlungs- und nicht nur ein Befunderhebungsfehler.<sup>4)</sup>

d) Außenseitermethoden sind grundsätzlich zulässig. Allerdings ist erhöhte Vorsicht geboten, wenn Schmerzen auftreten. Auch bedarf der Patient der Aufklärung, dass die Behandlung nicht dem wissenschaftlichen Standard entspricht.<sup>5)</sup> Auch dann nicht erlaubt ist hingegen ein Vorgehen, das unter keinen Voraussetzungen zu vertreten ist. Ein Beispiel aus der Praxis ist der Fall, dass ein Zahnarzt vier Zähne entfernt und den Quadranten ausfräst.<sup>6)</sup>

2. Zu Beginn der Behandlung hat der Arzt eine Anamnese vorzunehmen. Im Anschluss daran ist er verpflichtet eine Diagnose zu stellen. Allerdings sind nach bisheriger Rechtsprechung Diagnosefehler keine Behandlungsfehler, da die Symptome nämlich nicht immer eindeutig sein.<sup>7)</sup> Dieser in der Rechtsprechung lange unbestrittene Ausgangspunkt ist heute im Ergebnis aber weitgehend infrage gestellt. Die Rechtsprechung hat nämlich seit einiger Zeit die Kategorie des Befunderhebungsfehlers entwickelt, die

---

4) BGHZ 172, 1, 5 ff. Rn. 10 ff.

5) BGH 172, 254, 256 ff. Rn. 10 ff.

6) BGH NJW 2017, 2685 f. Rn. 5 ff.

7) BGH NJW 2003, 2827, 2828 Rn. 10 f.

dadurch gekennzeichnet ist, dass Untersuchungen nicht erfolgen, die nach ärztlichem Standard veranlasst sind.<sup>8)</sup> So wurde es als Befunderhebungsfehler angesehen, wenn der Arzt dem sich aufdrängenden Verdacht einer psychischen Störung nicht nachgeht,<sup>9)</sup> einen Bruch deswegen nicht ermittelt, weil er dem entsprechenden Befund nicht erhebt<sup>10)</sup> oder der Patient nicht in eine Spezialklinik verlegt wird.<sup>11)</sup> Im Endeffekt hat sich damit die Rechtsprechung gedreht. Diagnosefehler sind Fehler, wenn sie auf einer fehlenden Befunderhebung beruhen. Inzwischen nennt der Befunderhebung und Diagnosestellung in einem Atemzug.<sup>12)</sup>

3. Der Arzt ist zur Sicherungsaufklärung verpflichtet; man spricht auch von therapeutischer Aufklärung.

a) Dazu hat er zunächst einmal die Diagnose mitzuteilen und den Patienten zu unterrichten, welche Konsequenzen eine Behandlung und auch das Ausbleiben einer Behandlung nach sich ziehen. Die Entscheidung liegt allerdings beim Patienten; das ist Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts und der persönlichen Würde des Menschen, die es verbieten, ihm die Rolle eines bloßen Objekts zuzuweisen.<sup>13)</sup>

b) Sodann ist auf die mögliche Gefährdung hinzuweisen. Auch hier gibt es wiederum zwei Spielarten. Der Arzt muss den Patienten aufmerksam machen, dass er sich nicht selbst gefährden soll. So liegt es etwa, wenn eine weniger gefährliche Methode der Behandlung gewählt werden kann.<sup>14)</sup>

---

8) BGH NJW 2003, 2827 f.; 2016, 640 Rn. 5 ff.

9) BGH NJW 2016, 639, 640 Rn. 5 ff.

10) BGH NJW 2004, 2827, 2828 Rn. 12 ff.

11) BGH NJW-RR 2014, 1051, 1052 Rn. 17.

12) BGH NJW 2017, 1742, 1743 Rn. 18.

13) BVerfG NJW 2005, 1103 Rn. 24 ff.

Hierher gehört auch der Hinweis auf die gebotene Lebensweise zur Sicherung des Heilerfolgs.<sup>15)</sup> Davon zu unterscheiden ist der Hinweis auf die Gefährdung Dritter. So liegt es etwa, wenn bei einem soeben frisch geimpften Säugling nicht darauf aufmerksam gemacht wird, dass sich Dritte anstecken können.<sup>16)</sup>

c) Der fehlende Hinweis auf die Dringlichkeit der empfohlenen Maßnahme ist ein Verstoß gegen die Pflicht zur therapeutischen Beratung. So hat der Arzt etwa darauf aufmerksam zu machen, dass das Auge wegen eines seltenen aber gefährlichen Tumors untersucht werden muss<sup>17)</sup> oder dass ein Augenarzt eingeschaltet werden muss.<sup>18)</sup> Allerdings kann der Arzt den Patienten natürlich nicht zwingen. Wenn er ihn auf die Notwendigkeit einer Kontrolle hingewiesen hat, so hat er damit alles getan, was von ihm zu erwarten ist.<sup>19)</sup>

4. Der Arzt hat sodann die notwendige Therapie zu ergreifen.

a) Sie hängt im Wesentlichen von der Art der Indikation ab. Zur vitalen Indikation sind zwingende Gründe notwendig. Daneben steht die relative Indikation, bei der es Alternativen gibt. Zudem gibt es die absolute Kontraindikation; ihr Unterbleiben führt zwingend zu einer Schädigung und ist daher unzulässig. Bei der relativen Kontraindikation überwiegt der Nutzen den Schaden; diese Therapie ist daher zulässig.

---

14) BGH NJW 2004, 3703, 3704.

15) OLG Köln VersR 1992, 1231, 1232.

16) BGHZ 126, 386, 389 ff.

17) BGHZ 107, 222, 225, 227.

18) BGHZ NJW 2005, 427, 428.

19) BGH VersR 2017, 888, 889 f Rn. 13 ff.

b) Auch in der Wahl der Methode hat sich die Rechtsprechung faktisch diametral geändert. Früher war die Entscheidung Sache des Arztes. Inzwischen hat der Patient die Wahl zu treffen, wenn es Möglichkeiten unterschiedlicher Therapien gibt; solche werden aber immer vorliegen. Es handelt sich hierbei um einen Teil der Selbstbestimmungsaufklärung. So liegt es etwa, wenn statt invasiver eine konventionelle Bekämpfung der Schmerzen im Rücken möglich gewesen wäre<sup>20)</sup> oder wenn ein Bruch belassen, reponiert oder operativ versorgt werden kann.<sup>21)</sup>

5. Neu im Gesetz ist die Pflicht des Arztes auf einen Behandlungsfehler hinzuweisen; dies ist nunmehr in § 630c II 2 BGB verankert. Allerdings dient diese Pflicht weder einem Neubeginn der Verjährung, da insofern die normalen Regeln gelten noch ist sie sanktioniert. Sie läuft also weitgehend leer.

6. Ebenfalls neu im Gesetz geregelt, allerdings die Kodifizierung einer früheren Rechtsprechung ist die wirtschaftliche Aufklärung nach § 630c III BGB. Bei Kassenpatienten wird diese Pflicht regelmäßig keine Schwierigkeiten machen, da die Erstattungshöhe dem Arzt bekannt ist. Schwieriger kann es bei Privatpatienten sein, namentlich wenn sie unterschiedliche Beihilfe beziehen. Dann ist entschieden, ob die Übernahme durch die Beihilfe gesichert ist.<sup>22)</sup> Nach der Rechtsprechung muss der Betreiber des Krankenhauses etwa nicht darauf hinweisen, dass der Arzt nicht haftpflichtversichert ist.<sup>23)</sup>

---

20) BGH NJW 2014, 1529, 1530 Rn. 10.

21) BGH NJW 2005, 1718 f.

22) OLG Stuttgart VersR 2013, 583, 584 f.

23) BGHZ 161, 255, 263; MünchKomm/Wagner, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage 2016, § 630c Rn. 60.

7. Arztpraxen und Krankenhäuser haben auch ordentlich organisiert zu sein. Es gilt das Prinzip der horizontalen Arbeitsteilung. Das bedeutet, dass die Leistung des Arztes durch ihn persönlich erbracht werden muss.<sup>24)</sup> Erfüllungsgehilfen dürfen nur für nachgeordnete Tätigkeiten eingesetzt werden.<sup>25)</sup> Davon gibt es allerdings eine Ausnahme, wenn bereits im Vertrag geregelt ist, dass ein Vertreter des Arztes die Behandlung vornehmen darf. Zu beachten ist allerdings, dass eine derartige Abrede nach § 308 Nr. 4 BGB in AGB nicht getroffen werden kann; möglich sind allerdings Individualvereinbarungen.<sup>26)</sup> Zu den Pflichten des Krankenhauses bzw. Arztes gehört ferner die ordnungsgemäße Organisation des Krankenhauses, die Bereitstellung der erforderlichen medizinischen Geräte und natürlich die Erfüllung der Verkehrspflichten.

### III. Die Selbstbestimmungsaufklärung

1. Die Rechtsprechung fordert in ständiger Praxis eine Aufklärung „im Großen und Ganzen“. Die Krankheit darf weder beschönigt noch aufgebauscht werden.<sup>27)</sup> Entscheidend ist dabei nicht die Häufigkeit, sondern die Bedeutung der potentiellen Folgen für die Entscheidung des Patienten. Daher muss auf das schwerste möglicherweise in Betracht kommende Risiko hingewiesen werden.<sup>28)</sup> Eine Rolle spielt ferner die Dringlichkeit des Eingriffs, aber auch das Risiko eines erhöhten Wundinfektionsrisikos.<sup>29)</sup> Ebenfalls aufzuklären ist über den Einsatz

---

24) BGHZ 155, 76, 79 Rn. 7.

25) BGHZ 155, 76, 79 Rn. 7

26) BGH 155, 76, 80.

27) BGH NJW 2010, 3230, 3231 Rn. 11.

28) BGH (St) NJW 2011, 1088, 1089 Rn. 10.

29) BGH (St) NJW 2011, 1088, 1089 Rn. 11.



absoluter Außenseitermethoden – etwa die Verwendung nicht sterilisierten Zitronensaftes bei einer Operation.<sup>30)</sup> Weitere Beispiele sind die Gefahr einer Querschnittlähmung als Folge des Einsatzes eines Kernspintomographen<sup>31)</sup> sowie sind über das Risiko von Flüssigkeitsergüssen in den Kopf nach einer Spinalanästhesie im Rahmen einer Krampfaderoperation.<sup>32)</sup> Aufzuklären ist ferner über Nebenrisiken, wenn sie für den Laien überraschend sind und durch die Verwirklichung des Risikos die Lebensführung des Patienten schwer beeinträchtigt wird. Das ist vor allem der Fall, wenn Folgebehandlungen notwendig werden können.<sup>33)</sup> Eine erhöhte Aufklärung ist geschuldet bei der Gefährdung Dritter – etwa durch die Ansteckung an einem frisch geimpften Säugling. Dasselbe gilt bei medizinisch nicht indizierten Eingriffen, etwa für das Risiko bei einer Blutspende,<sup>34)</sup> bei Schönheitsoperationen<sup>35)</sup> oder bei Eingriffen ohne therapeutischen Eigenwert.<sup>36)</sup>

2. Die Aufklärung hat rechtzeitig zu erfolgen, das heißt regelmäßig vor Festlegung des Operationstermins. Eine spätere Aufklärung ist nur dann ausreichend, wenn der Patient unter den jeweils gegebenen Umständen ausreichend Gelegenheit hat, sich innerlich frei zu entscheiden.<sup>37)</sup> Es genügt natürlich nicht die Aufklärung beim Weg in den OP,<sup>38)</sup> desgleichen nicht am Vorabend vor dem Eingriff, wenn das Konzept der Operation

---

30) BGH (St) NJW 2011, 1088, 1089 Rn. 16.

31) BGH NJW 2010, 3230, 3231 Rn. 11.

32) BGH NJW 2011, 375 Rn. 7.

33) BGH (St) NJW 2011, 1088, 1089.

34) BGHZ 166, 366, 339ff. Rn. 7ff.

35) BGH NJW 1991, 2349.

36) BGH NJW 2009, 1209, 1210 Rn. 13.

37) BGH NJW 2003, 2012, 2013.

38) BGH NJW 1998, 2734.

grundlegend geändert wurde.<sup>39)</sup> Daher ist regelmäßig im Lauf des Vortages aufzuklären – davon gibt es eine Ausnahme bei kleineren Eingriffen.<sup>40)</sup> Ist die Aufklärung allerdings erfolgt, so wirkt sie auch für die nähere Zukunft,<sup>41)</sup> wenn der Eingriff nicht sofort aber doch später erfolgt.

3. Aufzuklären hat der behandelnde Arzt – und zwar jeder für sein Gebiet.<sup>42)</sup> Schaltet der operierende Arzt Erfüllungsgehilfen ein, so muss er sich durch Nachfrage beim Patienten vergewissern, ob die Aufklärung erfolgt ist. Das gilt erst recht, wenn der Operierende der Vorgesetzte des aufklärenden Arztes ist. In schwierigen Fällen ist ohnehin durch den Operateur selbst aufzuklären.<sup>43)</sup> Klären dritte Ärzte auf, so trifft sie eine Garantenstellung, wenn in der Aufklärung ein Fehler passiert ist.<sup>44)</sup>

4. Zur Einwilligung berechtigt ist natürlich der Patient.

a) Eine Beschränkung auf einen Arzt ist auch beim Kassenpatienten möglich; ansonsten kann die Leistung aber durch jeden qualifizierten Arzt erbracht werden.<sup>45)</sup> Allerdings ist beim Zusatzvertrag der Arzt selbst verpflichtet, soweit der keine wirksame Vertreterklausel in den Vertrag aufgenommen hat.<sup>46)</sup> Eine andere Regelung gilt, wenn § 17 III KHEntgG eingreift. Die Erklärung des Arztes, er werde persönlich operieren, muss aber über die

---

39) BGH NJW 2014, 1527, 1529 Rn. 21.

40) BGHZ 144, 1, 12.

41) BGH NJW 2014, 1527, 1529 Rn. 21.

42) BGH NJW 2010, 2430, 2431 Rn. 13.

43) BGHZ 159, 364, 367f Rn. 9ff.

44) BGH NJW 2015, 477, 478 Rn. 13.

45) BGH NJW 2010, 2580, 2581 Rn. 6, 9.

46) BGH NJW 2010, 2580, 2581 Rn. 7.

reine Absichtserklärung hinausgehen, um rechtlich bindend zu sein.<sup>47)</sup>

b) Besondere Probleme wirft die Einwilligung Minderjähriger auf – dies in mehrfacher Hinsicht. Nach der Rechtsprechung genügt die Einsichtsfähigkeit.<sup>48)</sup> Jedoch ist diese Judikatur zu einer Zeit ergangen, als die Volljährigkeit erst später eintrat und in einem speziellen Fall, in dem die Einwilligung der Eltern nicht eingeholt werden konnte, da kein Rechtshilfeabkommen bestand. Daher ist wohl die Volljährigkeit zu verlangen. Jedenfalls gilt aber das Vetorecht des Minderjährigen; er muss also zusätzlich gefragt werden.<sup>49)</sup> Der Schwangerschaftsabbruch darf natürlich nie gegen den Willen der Schwangeren erfolgen. Strittig ist ob er allein den Ausschlag gibt; das ist aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes zu bejahen.<sup>50)</sup>

c) Besonderheiten sind auch bei der Patientenverfügung zu beachten. Ist eine Vorsorgevollmacht erteilt, kann der Bevollmächtigte entscheiden, dass lebensverlängernde Maßnahmen nicht beendet werden.<sup>51)</sup> Entscheidet der Bevollmächtigte für einen Abbruch, so muss die Schriftform erfüllt sein und aus der Vollmacht hervorgehen, dass die jeweilige Entscheidung mit der begründeten Gefahr des Todes oder einer schweren und dauernden gesundheitlichen Schädigung verbunden sein kann.<sup>52)</sup> Hat der Betroffene selbst entschieden, so geht dieser Wille nach § 1901a I BGB vor, soweit nicht § 1901a II BGB eingreift. Besteht zwischen dem Bevollmächtigten und dem Arzt Einigkeit, welche Vorgehensweise dem Willen des Betroffenen nach § 1901a I, II BGB entspricht, bedarf es keiner richterlichen Genehmigung.<sup>53)</sup>

---

47) BGH NJW 2010, 2580, 2581 Rn. 10.

48) BGHZ 29, 33, 35.

49) BGH NJW 2007, 217, 218 Rn. 8

50) aA OLG Hamm, Urt. v. 16. 07.1998 – 15-W-274/88 = juris Rn. 10–12.

51) BGH NJW 2016, 3297, 3298 Rn. 15.

52) BGH NJW 2016, 3297, 3298 Rn. 15ff.

5. Die Aufklärung hat rücksichtsvoll zu erfolgen, was es verbietet, die Risiken zu drastisch zu schildern. Vielmehr hat die Aufklärung möglichst schonend zu erfolgen. Nur in Ausnahmefällen bei medizinischer Kontraindikation kann die Aufklärung unterbleiben.
  
6. Die Einwilligung unterliegt den normalen Regeln der Willenserklärung, ist entsprechend auszulegen, wie weit sie reicht. Das spielt eine Rolle namentlich bei sog. Operationserweiterungen. Sie sind in der Regel nicht erlaubt, es sei denn die Erweiterung ist völlig unvorhergesehen. Die Einwilligung kann nach § 630d III BGB widerrufen werden. Es gelten auch die Regeln der mutmaßlichen Einwilligung, die sich am Interesse des Patienten orientieren, wenn dieser etwa entscheidungsunfähig oder bewusstlos ist oder eine nicht vorhersehbare Operationserweiterung stattfinden soll.
  
7. Die Einwilligung deckt nie ärztliche Fehler ab. Fehlt sie, so ist der Eingriff schon als solcher rechtswidrig.<sup>54)</sup> Allenfalls kann das Verhalten entschuldigt sein, wenn der Arzt irrtümlicherweise die Einwilligung für gegeben erachtet und dieser Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht.<sup>55)</sup>
  
8. Fehlt die Einwilligung, so kann der Arzt gleichwohl sich darauf berufen, dass der Patient – wäre er richtig aufgeklärt worden – eingewilligt hätte. Dogmatisch gesehen liegt in dieser sog. hypothetischen Einwilligung ein Fall des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Die Schwierigkeit rührt daher, dass es um eine individuelle Entscheidung geht, für die es keine Vermutung oder Gegenvermutung gibt. Für diese hypothetische Einwilligung haben

---

53) BGH NJW 2017, 1737, 1738 Rn. 14.

54) BGH NJW 2015, 74, 75 Rn. 6.

55) BGHZ 169, 364, 366f Rn. 8.

sich in der Rechtsprechung und hM eine Reihe von Voraussetzungen herauskristallisiert.

a) Die Einwilligung hätte demselben Arzt erteilt werden müssen. Das gebietet schon der Schutzzweck des Einwilligungserfordernisses.<sup>56)</sup>

b) Es gilt ein abgestuftes Prüfungsschema. Zunächst hat der Arzt nachzuweisen, dass die medizinische Indikation kaum eine andere Entscheidung eröffnet hätte.<sup>57)</sup> Dann hat der Patient darzulegen, dass er sich in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte.<sup>58)</sup> An die Substantiierung dieses Konflikts sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen.<sup>59)</sup> Ein solcher Konflikt ist etwa anzunehmen, wenn statt einer Operation auch eine konservative Behandlung in Frage gekommen wäre.<sup>60)</sup> Von vornherein gelten diese Grundsätze jedoch nicht bei einer Blutspende; hier wird die unterlassene Aufklärung jedenfalls zu einer nicht gerechtfertigten Körperverletzung.<sup>61)</sup> Hat der Patient einen Entscheidungskonflikt dargelegt, so kann der Arzt dieses Vorbringen widerlegen. Das ist allerdings in der Praxis vielfach nicht nur schwer. Eine Ausnahme mag es dann geben, wenn der Patient jahrelang eine entsprechende Behandlung akzeptiert hatte.<sup>62)</sup>

c) Prozessual gibt es zwei Besonderheiten. Zum einen muss der Patient angehört werden, wenn die Aussagen abweichend von der Vorinstanz gewürdigt werden sollen.<sup>63)</sup> Es liegt ferner ein neues Verteidigungsmittel vor.

---

56) BGH NJW 2016, 3523, 3524 Rn. 8ff.

57) BGH NJW 2009, 1209, 1211 Rn. 22.

58) BGH NJW 2009, 1209, 1211 Rn. 22.

59) BGH BeckRS 2016, 6588 Rn. 11.

60) BGH NJW 2016, 641, 642 Rn. 12.

61) BGHZ 166, 336, 344 Rn 17.

62) OLG Koblenz, VersR 2014, 69, 70.

63) BGH NJW 2015, 74, 76 Rn. 18ff.

Das Vorbringen darf daher nach § 531 II Nr. 3 ZPO zurückgewiesen werden.<sup>64)</sup>

9. Da der Arzt aufklärungspflichtig ist hat er die Erfüllung der Aufklärung zu beweisen. Allerdings kann dem Arzt geglaubt werden, selbst dann, wenn er sich nicht genau erinnert. Das folgt aus der besonderen Situation des Arztes und der Gefahr des Missbrauchs der Beweisspflichtigkeit des Arztes durch den Patienten.<sup>65)</sup> Ferner schadet eine fehlende Dokumentation nicht. Liegt allerdings die Unterschrift des Patienten vor, so ist das ein Indiz für die Aufklärung.<sup>66)</sup> Den Widerruf der Einwilligung hat dagegen der Patient zu beweisen.

#### **IV. Die Beweislast**

1. Nach den üblichen Regeln hat den Patient den Fehler, die Gesundheitsverletzung und die Kausalität zu beweisen; vom Verschulden hat sich der Arzt zu entlasten. Namentlich gilt die Regel, dass der Arzt sich zu entlasten hat, was schon den Pflichtverstoß anbelangt, nicht. Denn ein eventuell eingetretener Gesundheitsschaden des Patienten kann auf unterschiedlichen Gründen beruhen, namentlich der Disposition des Patienten.

An dieser Stelle stellt sich die Frage der Abgrenzung zwischen dem Nachweis der Kausalität und dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Es gibt hier wesentliche Unterschiede in der Beweislast. Dabei ist der theoretische Unterschied klar. Es geht um die Kausalität, wenn der Arzt behauptet, der Fehler habe die Gesundheitsbeschädigung nicht verursacht.

---

64) BGH NJW 2009, 1209, 1211 Rn. 25.

65) BGH NJW 2014, 1527 Rn. 11.

66) BGH NJW 2014, 1527, 1528 Rn. 12ff.

Ein Beispiel ist etwa, wenn ein EKG nicht angeordnet ist. Hier trifft den Patienten die Beweislast für die Kausalität des ärztlichen Fehlverhaltens.<sup>67)</sup> Beim rechtmäßigen Alternativverhalten geht es dagegen darum, dass der Arzt behauptet, es wäre ein anderer Kausalverlauf in Gang gesetzt worden, der zum selben Schaden geführt hätte. Beispiel ist etwa die Nichtentfernung eines Darms trotz der Existenz eines Tumors. Dem Arzt steht nur der Nachweis offen, auch ohne den Fehler wäre es zum selben Schaden gekommen.<sup>68)</sup> Dasselbe gilt, wenn ein Herzinfarkt nicht abgeklärt wird und dann ein Schaden eintritt. Ob der Schaden auch ansonsten eingetreten wäre, ist eine Frage des rechtmäßigen Alternativverhaltens.<sup>69)</sup>

2. Von dieser Regel gibt es eine erste Ausnahme für den voll beherrschbaren Bereich. Er ist dadurch gekennzeichnet, dass die Risiken durch den Klinik- oder Praxisbetrieb gesetzt werden und durch dessen ordnungsgemäße Gestaltung ausgeschlossen werden können und müssen.<sup>70)</sup> Es geht im Wesentlichen um folgende Fälle:

a) Der Patient wird durch eine erkrankte Arzthelferin in Mitleidenschaft gezogen; ihr Schnupfen führt zu einem Abszess beim Patienten. Der Arzt muss sich in diesem Fall entlasten.<sup>71)</sup>

b) Dasselbe gilt für die Sicherheit des Pflegedienstes. Namentlich ist der voll beherrschbare Bereich betroffen, wenn die Patienten riskant gelagert werden.<sup>72)</sup>

---

67) BGH NJW 2015, 1601, 1602 Rn. 15.

68) BGH NJW 2012, 2024, 2025 Rn. 12.

69) BGH NJW-RR 2008, 263, 264 Rn. 14.

70) BGH NJW-RR 2016, 1260, 1261 Rn. 6.

71) BGHZ 171, 358, 360f. Rn. 12.

72) BGH NJW 1991, 1540, 1541, 2960f.

c) Der voll beherrschbare Bereich ist auch betroffen, wenn sich ein Infusionssystem entkoppelt und dadurch der Patient verblutet.<sup>73)</sup>

d) Und schließlich geht es um einen Lagerungsschaden<sup>74)</sup> und die fehlende Zusammenarbeit zwischen Ärzten.<sup>75)</sup>

e) Als Gegenbeispiel sind zu nennen, wenn die Infektionsquelle ungeklärt bleibt<sup>76)</sup> oder kein Sorgfaltsverstoß vorliegt.<sup>77)</sup>

3. Der Beweis der Kausalität kann ferner mit dem Anscheinsbeweis geführt werden. Es muss ein Erfahrungssatz vorliegen, dem gemäß der Schaden typische Folge des gesetzten Haftungsgrundes ist. Ein Beispiel ist die HIV-Infektion der Frau eines behandelten Patienten. Wenn die Kontaminierung eines Blutprodukts feststeht, keine weiteren Ursache außerhalb der Behandlungsseite gegeben ist, der Patient nicht zu den HIV-gefährdeten Risikogruppen gehört und durch die Art seiner Lebensführung auch nicht erheblich gesteigerter Infektionsgefahr ausgesetzt ist und er kontaminiertes Blut erhalten hat, dann wird vermutet, dass dies zu seiner Infektion geführt hat.<sup>78)</sup> Der Anscheinsbeweis bedeutet aber keine Änderung der Beweislast; demgemäß genügt die Erschütterung nach den normalen Regeln.<sup>79)</sup>

4. Die Beweislast dreht sich um, wenn ein schwerer Behandlungsfehler gegeben ist.

---

73) BGHZ 89, 263, 269ff.

74) BGH NJW 1984, 1403, 1404.

75) BGHZ 140, 309, 313.

76) BGH NJW 2012, 684, 685 Rn. 20.

77) BGH VersR 2007, 1416 Rn. 6f.

78) BGHZ 163, 209, 213ff., Rn. 12ff.

79) BGH NJW-RR 2013, 1331, 1332f. Rn. 17f.



a) Es muss ein Verstoß gegen Behandlungsregeln vorliegen, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint. Betroffen sind elementare Behandlungsregeln, somit eine eindeutige Missachtung gesicherter und bewährter medizinischer Erkenntnisse und Erfahrungen.<sup>80)</sup> Die Beweislastumkehr soll den Ausgleich dafür bieten, dass das Spektrum der für die Schädigung in Betracht kommenden Ursachen wegen der elementaren Bedeutung des Fehlers besonders verbreitet und erschwert wird.<sup>81)</sup> Ist die Therapie nicht tolerabel, so müssen noch nicht alle Folgen des fehlerhaften Verhaltens bekannt sein.<sup>82)</sup>

b) Von dieser Regel werden allerdings Ausnahmen gemacht, wenn es äußerst unwahrscheinlich ist, dass der Ursachenzusammenhang besteht. Beispiel dafür ist der Fall, in dem der Zeitgewinn durch eine Sectio äußerst gering gewesen wäre.<sup>83)</sup> Dasselbe gilt, wenn sich der Fehler nicht ausgewirkt hat. So liegt es etwa wenn der Arzt den Patienten fehlerhaft zu früh entlässt, die dann eintretende Infektion aber vom Hausarzt hätte erkannt werden können und müssen.<sup>84)</sup> Die Umkehr der Beweislast tritt auch nicht ein, wenn massives Mitverschulden des Patienten vorliegt. Diese Fälle sind selten. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung ist die Situation in der der Patient gegen den Rat des Arztes die Klinik verlässt und damit eine notwendige Infusionsbehandlung nicht mehr vorgenommen werden kann.<sup>85)</sup>

c) Besonderheiten gelten für fehlende Befunderhebungen. Es kann bereits die fehlende Erhebung als solche ein grober Fehler sein. So liegt es etwa, wenn

---

80) BGH NJW 2016, 563, 564.

81) BGHZ 210, 192, 202 Rn. 11; BGH NJW 2017, 2109, 2111 Rn. 26ff.

82) BGH NJW 2012, 1653, Rn. 10.

83) BGH NJW 1996, 2828, 2829.

84) BGH NJW 1981, 2513, 2514.

85) BGH NJW 2009, 2820, 2822 Rn. 14.

eine zusätzliche Untersuchung, die sich aufgedrängt hat, nicht vorgenommen wird.<sup>86)</sup> Es kann sich aber auch bei einem einfachen Fehler die Beweislast umkehren, wenn sich bei der gebotenen Abklärung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dass die Nichtreaktion grob fehlerhaft gewesen wäre und der Fehler geeignet ist, den eingetretenen Gesundheitsschaden herbeizuführen. So liegt es etwa, wenn eine sich aufdrängende Röntgendiagnose nicht vorgenommen wird.<sup>87)</sup>

## **V. Die fehlende Dokumentation nach § 630h III BGB**

1. Die unterlassene Dokumentation bedeutet keinen schweren Behandlungsfehler, sondern begründen nur die Vermutung, dass die nicht dokumentierte Maßnahme als solche unterblieben sei.
2. Erst wenn das Unterbleiben der Maßnahme seinerseits einen schweren Fehler dargestellt hätte, dreht sich die Beweislast um. Das spielt eine Rolle namentlich bei Fehlen der Befunderhebung. Hätte diese Befunderhebung ein reaktionspflichtiges Ergebnis gezeitigt und ist das Unterlassen dieser Reaktion ein schwerer Fehler, so gelten die normalen Regeln der Beweislastumkehr.

## **VI. Besonderheiten des Verfahrens**

1. Der Richter entscheidet letztendlich – gestützt allerdings auf Gutachter. Das bedeutet, dass er weder dem Gutachter die Entscheidung übertragen

---

86) BGH NJW 2012, 688, 689 Rn. 14.

87) BGH NJW 2014, 688, 689 Rn. 18ff.

kann noch dass er ohne eine entsprechende Grundlage oder gar entgegen den Ausführungen des Sachverständigen aus eigener Wertung heraus nicht entscheiden kann.<sup>88)</sup> Privatgutachter sind stärker zu beachten als in normalen Prozessen; der Richter hat sich mit ihrer Expertise genauso auseinander zu setzen wie mit derjenigen der gerichtlich bestellten Sachverständigen.<sup>89)</sup>

2. Eine wichtige Rolle spielt der Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Widersprüche im Urteil führen zu einer Verletzung dieses Grundrechts. So liegt es etwa, wenn das Vorbringen des Klägers, sein Nerv sei teilweise durchtrennt worden, vom Berufungsgericht nicht zur Kenntnis genommen wird.<sup>90)</sup> Dasselbe gilt wenn die Ausführungen widersprüchlich sind. Ein Beispiel dafür ist der Fall, dass der Vortrag des Klägers, es habe keine Aufklärung über Behandlungsalternativen gegeben, im Tatbestand widergegeben ist, in der Begründung dann allerdings von ausreichender Aufklärung die Rede ist.<sup>91)</sup>
3. Jeder Patient hat das Recht, in seine Patientenakte Einsicht zu nehmen. Hierfür können sich Grenzen aus therapeutischen Gründen bei psychischen Krankheiten ergeben, bei denen die Offenlegung die Therapie in Frage stellen könnte.<sup>92)</sup>
4. § 630g ist keine abschließende Regelung; aus dem Persönlichkeitsrecht des Patienten kann sich eine weitergehende Einsichtsbefugnis ergeben.<sup>93)</sup>

---

88) BGH NJW 2015, 1601, 1602 Rn. 10.

89) BGH NJW 2016, 713 Rn. 4f.

90) BGH VersR 2017, 316 Rn. 5ff.

91) BGH NJW 2014, 1529, 1530 Rn. 5.

92) BGHZ 106, 146, 149.

93) BGHZ 185, 74, 78f. Rn. 12.

Allerdings hat der Therapeut seinerseits ein Schwärzungsrecht hinsichtlich der Passagen, die seine persönliche Auffassung und Einschätzung des Falles widergeben.<sup>94)</sup>

5. Es gibt kein Auskunftsrecht über die Privatadresse des Arztes.<sup>95)</sup> Dagegen muss das Krankenhaus die Adresse eines Mitpatienten nennen, der sich einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht hat, damit der Geschädigte gegen diesen Patienten vorgehen kann.<sup>96)</sup>

## **VII. Fazit**

Nach längerer Rechtsentwicklung hat sich – gerade auch durch die Kodifizierung im BGB – ein relativ rechtsicheres Gebiet der Arzthaftung herausgebildet. Die Pflichten des Arztes sind weitgehend definiert; die Beweislast trägt den Umständen der Besonderheit des Arzt–Patienten–Verhältnisses Rechnung; auch die Besonderheiten des Verfahrens sind inzwischen ausgebildet. Natürlich wird es weiterhin vielerlei Problemgruppen geben. Es bleibt jedoch zu erwarten, dass das jetzt entwickelte Instrumentarium diese Fälle hinreichend sicher lösen kann.

## **Literaturverzeichnis**

BT–Drucksache 17/10488.

OLG Koblenz VersR 2012 1041 f.; Köln VersR 2015, 330 f.; OLG Köln

---

94) BGH NJW 2014, 298, 300 Rn. 24ff.

95) BGH NJW 2015, 1525, 1526f. Rn. 13ff.

96) BGHZ 206, 195, 199ff. Rn. 11ff.

VersR 1992, 1231 f.; OLG Stuttgart VersR 2013, 583 f.  
BGHZ 172, 1 f., 254 f.; BGHZ 126, 386 f.; BGHZ 107, 222 f.; BGHZ  
155, 76 f.; BGHZ 144, 1 f.; BGHZ 159, 364 f.; BGHZ 166, 336  
f.; BGHZ 140, 309 f.; BGHZ 29, 33 f.; BGHZ 163, 209 f.  
BGH NJW 1981, 2513 f.  
BGH NJW 1984, 1403 f.  
BGH NJW 1991, 1540 f.; 2349 f.  
BGH NJW 1996, 2828 f.  
BGH NJW 1998, 2734 f.  
BGH NJW 2003, 2012 f.; 2827 f.  
BGH NJW 2004, 2827 f.; 3703 f.  
BGH NJW 2005, 427 f.; 1718 f.  
BGH NJW 2007, 217 f.  
BGH NJW 2009, 1209 f.; 2820 f.  
BGH NJW 2010, 2430 f.; 2580 f.; 3230 f.  
BGH NJW 2012, 684 f.; 1653 f.; 2024 f.  
BGH NJW 2014, 298 f.; 688 f.; 1527 f.  
BGH NJW 2015, 74 f.; 477 f.; 1525 f.; 1601 f.  
BGH NJW 2016, 563 f.; 639 f.; 713 f.; 3297 f.; 3523 f.  
BGH NJW 2017, 1737 f.; 1742 f.; 2109 f.; 2685 f.  
BGH NJW-RR 2008, 263 f.  
BGH NJW-RR 2013, 1331 f.  
BGH NJW-RR 2014, 1051 f.  
BGH NJW-RR 2016, 1260 f.  
BGH VersR 2007, 1416 f.  
BGH VersR 2017, 316 f.; 888 f.  
MünchKomm/Wagner, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,  
7. Auflage 2016.

[Abstract]

## A Study on the Doctor's Liability Act in Germany

**Johannes Hager**

*Prof./Dr.jur. an der Univ. zu München*

**Kim Dae Kyung**

*Prof./Dr.jur., Law School an der Jeju Natl' Univ.*

This Paper is a recent study on the attitude of the precedents in the case of the doctor's liability act in Germany. It is the duty of first and foremost to make the necessary and appropriate medical treatment in accordance with the current medical standard applied to the general medical treatment according to Article 630a Clause 2 of the German Civil Code(Chapter 2). In this paper, we propose a systematic review of the medical history of patients and their families. Next, we reviewed the doctors' duty to explain the patient's right to self-determination. The necessity of the treatment, the importance of the invasive act, the object and method of explanation duty, the timing of explanation duty, the minor and unconscious. The attitude of the German judiciary to the broadest and most complete form of the obligation to stay as far as possible, including the consent of the patient and the provisional consent of the patient (Chapter 3). In the case of a medical accident, in accordance with the general principles of compensation for damages, the patient shall be informed of the causal relationship between the physician's intent and negligence. However, in reality, it is necessary to recognize the real difficulties that may arise when the general practitioner of the certification responsibility is applied to the victim patient due to lack of expert knowledge or ubiquitous evidence, and various laws

related to the alleviation or conversion of the certification liability(Chapter 4). Finally, after reviewing the requirements for the preparation and preservation of the medical records of the hospital prescribed in Article 630h of the German Civil Code and the accessibility of the patient's data(=right of access)(Chapter 5). The attitude of the Supreme Court of the Federal Republic of Germany in recent cases has been examined(Chapter 6) with regard to the hearing of the questioning and expert opinion and the degree of its competence.

**Stichwörter** : Arzthaftungsrecht, Behandlungsfehler, Selbstbestimmungsaufklärung, Beweislast, Schadensersatzhaftung