

Die Beweisregeln zum ärztlichen Behandlungsvertrag in §630h BGB

von Rechtsanwalt Dr. Peter Zimmermann

I. Vorbemerkung

1. Das Patientenrechtegesetz von 2013

Am 26.02.2013 ist das **Patientenrechtegesetz** in Kraft getreten.¹ Es handelt sich um ein sogenanntes Artikelgesetz oder „*Omnibusgesetz*“, das eine verschiedene Rechtsbereiche berührende Materie – *hier: die Patientenrechte* – in mehreren Artikeln regelt, die jeweils neue Gesetze oder Änderungen bereits vorhandener Gesetze beinhalten. Im Falle des Patientenrechtegesetzes war das ebenso; der Artikel 1 hat eine Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) zum Gegenstand.

Nach § 630 BGB wurde folgender Untertitel 2 eingefügt:

„*Untertitel 2 – Behandlungsvertrag mit den neuen Vorschriften der §§ 630a bis 630h BGB*“

Die neuen §§ 630a bis 630h BGB regeln seit dem 26.02.2013 das deutsche Behandlungs- und Arzthaftungsrecht. Dieses war vorher nur zum Teil gesetzlich geregelt. Wesentliche Teile dieses bis zum 26.02.2013 gültig gewesenen alten Rechts waren sogenanntes „*Richterrecht*“, also obergerichtliche Rechtsprechung in Zivilsachen. Dies erschwerte es allen Beteiligten im Gesundheitswesen, diese Rechte zu kennen, und vor allem den Patientinnen und Patienten, sie auch einzufordern.²

Deshalb liegt ein wesentlicher Vorteil des Patientenrechtegesetzes für den einzelnen „*Ciprobetroffenen*“ in der übersichtlichen Zusammenfassung des Behandlungs- und Arzthaftungsrechts innerhalb des BGB. Von überragender Bedeutung ist jedoch, dass **nicht mehr das** über zahlreiche Einzelentscheidungen vieler Jahre verstreute sogenannte „*Richterrecht*“ beachtet werden muss, sondern **nur noch „das Gesetz“**, bei dessen Anwendung im Einzelfall das frühere „*Richterrecht*“ allerdings hilfreich sein kann.

Zwar können auch Gesetze geändert werden. Das ist dann allerdings nicht Sache der Gerichte, sondern des Gesetzgebers. Die Rechtsprechung der Obergerichte kann sich durch neue Entscheidungen ebenfalls ändern, indem

-
- 1) Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (Patientenrechtegesetz) vom 20.02.2013 in Bundesgesetzblatt I (BGBl. I) S. 277. Wer möchte, kann das Gesetz im Internet unter der Webadresse http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Patientenrechtegesetz_BGBl.pdf als pdf-Datei einsehen.
 - 2) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 1. Wer möchte, kann diese Bundestagsdrucksache unter der Webadresse des Deutschen Bundestags – Drucksachensammlung <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/104/1710488.pdf> als pdf-Datei einsehen.

das betreffende Gericht einen bisher von ihm vertretenen Standpunkt aufgibt oder modifiziert. Das ist nunmehr auf dem Gebiet des mit den §§ 630a bis 630h BGB gesetzlich geregelten Vertragsrechts zum Behandlungsvertrag wegen der Bindung der Gerichte an „*Recht und Gesetz*“ nur noch sehr eingeschränkt möglich. Dies schafft für den einzelnen „*Ciprobetroffenen*“ Sicherheit. Solange die neuen §§ 630a bis 630h BGB unverändert weitergelten, können sich „*Ciprobetroffene*“ darauf verlassen, dass die Gerichte diese Rechtsvorschriften zum Behandlungsvertrag beachten, weil sie an „*Recht und Gesetz*“ gebunden sind.

Die zuweilen geäußerte Meinung, das Patientenrechtegesetz habe „*nichts Neues gebracht*“, ist deshalb sehr vordergründig. Sie trifft im Übrigen auch nicht zu. Denn das Patientenrechtegesetz enthält durchaus auch neue Regelungen, die zumindest als Weiterentwicklung eines vorherigen Rechtszustandes angesehen werden können.

2. Die Beweisregeln in dem neuen § 630h BGB

a) Der Gesetzestext

Der neue § 630h BGB schreibt die anzuwendenden Beweisregeln zum ärztlichen Behandlungsvertrag wie folgt fest: ³

„ ...

§ 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler

(1) Ein Fehler des Behandlenden wird vermutet, wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandlenden voll beherrschbar war und das zur Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten geführt hat.

(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.

3) Das nachfolgende Zitat des Gesetzestextes und weitere solche Zitate von Gesetzen sind unter dem Blickwinkel wissenschaftlicher Arbeit unüblich und werden spöttisch als „*GKM*“ (= *Gesetzeskopiermethode*) bezeichnet. Der Verfasser hat sich gleichwohl für diese Vorgehensweise entschieden. Er meint, die „*Ciprobetroffenen innerhalb der Ciprogruppe bei face-book*“ auf diese Weise besser erreichen zu können. Denn für diese ist der Beitrag bestimmt. Es handelt sich bei diesen Menschen in der überwiegenden Mehrzahl um „*juristische Laien*“, die Gesetzestexte nicht zur Hand haben und auch im Auffinden von Gesetzen mindestens ungeübt sind. Ihnen soll das **Verstehen und Nachvollziehen der nicht unbedingt einfachen Zusammenhänge** auf dem Gebiet der Beweisregeln zum ärztlichen Behandlungsvertrag **erleichtert** werden. Gleichwohl gibt der Verfasser jeweils auch die Quellen im Internet an, bei denen Interessierte die jeweiligen Gesetzestexte aufrufen können (siehe z.B. die vorangegangene Fußnote [FN] 1).

(3) Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Absatz 1 oder Absatz 2 nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder hat er die Patientenakte entgegen § 630f Absatz 3 nicht aufbewahrt, wird vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat.

(4) War ein Behandelnder für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt, wird vermutet, dass die mangelnde Befähigung für den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ursächlich war.

(5) Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war. Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.

... “

b) Grundregeln zum Beweisrecht im Zivilprozess nach der ZPO als notwendiger Hintergrund für das Verständnis des § 630h BGB

Zum Verständnis des § 630h BGB muss man sich vergegenwärtigen, dass im Zivilprozess nach der Zivilprozessordnung (ZPO) der **Beibringungs- und Darlegungsgrundsatz** gilt.

Im Zivilprozess ermittelt das Gericht den Sachverhalt grundsätzlich nicht von Amts wegen. Es ist also Sache des Klägers, die Tatsachen vorzutragen, die **nach dem Tatbestand einer gegebenen Anspruchsnorm vorliegen müssen**, wenn das Gericht ihm zum Beispiel die eingeklagte Zahlung in Höhe des vom Beklagten nicht gezahlten Kaufpreises für einen Pkw zusprechen soll. Sollte der Beklagte den vom Kläger vorgetragene Sachverhalt bestreiten, obliegt es dem Kläger, für die Richtigkeit seines Vortrags zunächst Beweis anzubieten und diesen Beweis später in der Beweisstation des Prozesses auch tatsächlich zu erbringen. Der Beklagte dagegen muss vortragen und notfalls beweisen, dass ihm etwaige Gegenrechte als *Einrede*⁴ oder als *Einwendung*⁵ zustehen.

4) Der juristische Begriff *Einrede* bezeichnet im Zivilrecht ein Gegenrecht des Beklagten, das ihn berechtigt, die **Leistung zu verweigern**. Typisches Beispiel ist die **Einrede der Verjährung**. Die eingeklagte Forderung des Klägers bleibt bestehen, doch kann der Beklagte die Leistung verweigern, wenn Verjährung eingetreten ist. Die **Einrede der Verjährung muss vom Beklagten im Prozess ausdrücklich erhoben** werden. Die Verjährung wird, auch wenn sie offenkundig eingetreten ist, **vom Gericht nicht von Amts wegen berücksichtigt**. Das heißt, dass das Gericht die Klage nur dann wegen Verjährung abweist, wenn sich der Beklagte zuvor ausdrücklich auf die Verjährung berufen hatte.

5) Der juristische Begriff *Einwendung* bezeichnet im Zivilrecht ein Gegenrecht des Beklagten, **das zum Untergang des eingeklagten Rechts** führt. Typisches Beispiel ist die Einwendung des Erlöschens der eingeklagten Forderung durch Leistung nach § 362 BGB. Danach erlischt das Schuldverhältnis, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Dem

Die Beweisführungslast ⁶ und die Beweislast ⁷ decken sich im Zivilprozess oft und treffen dieselbe Partei des Rechtsstreits.

Das ist aber nicht immer so.

Wenn zum Beispiel der **Kläger als beweisbelastete Partei für seinen Klagevortrag den Hauptbeweis erbracht** hat, weil das Gericht den vom Gesetz geforderten Grad an Überzeugung von der Richtigkeit des Klagevortrags gewonnen hat (vgl. dazu § 286 ZPO), kann folgendes vorkommen:

Der Beklagte nimmt zu dem Ergebnis der Beweisaufnahme über den Klagevortrag **Stellung und bietet seinerseits Gegenbeweis** für die Richtigkeit der von ihm vorgetragenen Tatsachen an. Er will auf diese Weise verhindern, dass das Gericht weiterhin im Sinne des § 286 ZPO von der Wahrheit des Klagevortrags überzeugt ist. Dazu genügt es, wenn bei dem Gericht **Zweifel an der Wahrheit des Klagevortrags** entstehen. **Der Hauptbeweis des Klägers ist dann erschüttert**. Es kommt in diesen Fällen zu einer weiteren Beweisaufnahme des Gerichts durch Erhebung der von dem Beklagten gegenbeweislich angebotenen Beweise. Bestätigt diese zweite Beweisaufnahme im Sinne des § 286 ZPO die Richtigkeit bzw. Wahrheit des Beklagtenvortrags, wird die Klage abgewiesen.

Misslingt dem Kläger allerdings der von ihm zu führende Hauptbeweis für seinen Klagevortrag, unterlässt das Gericht jegliche weitere Beweisaufnahme über den Gegenbeweis des Beklagten. Denn die Beweisführungslast ist in diesem Fall nicht auf den Beklagten übergegangen. Sie lag und liegt weiterhin bei dem Kläger, weil dieser den ihm obliegenden Beweis nach dem Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme nicht erbringen konnte. Es besteht **aus Gründen der Prozessökonomie kein Bedarf**, „*einen bereits vom Kläger nicht geführten Beweis auch noch zu erschüttern*“. Die Klage wird in einem solchen Fall abgewiesen, **weil der Kläger nicht beweisen konnte**, was er dem Gericht zur Begründung seines Klageantrags vorgetragen hatte und, weil sein entsprechender Tatsachenvortrag vom Beklagten bestritten worden war, auch beweisen musste.

Beklagten obliegt es in so einem Fall lediglich, die Tatsachen vorzutragen, aus denen sich die Rechtsfolge des Untergangs des eingeklagten Rechts ergibt. **Das Gericht hat diese Tatsachen**, wenn sie bei Entscheidungseife des Rechtsstreits letztlich feststehen sollten, **von Amts wegen zu berücksichtigen**.

6) Die *Beweisführungslast* (= auch *subjektive* oder *formelle* Beweislast genannt) bestimmt, welcher Partei es in einem bestimmten Stadium des Rechtsstreits obliegt, **Beweis** für ihre von der Gegenpartei bestrittene Behauptung **anzubieten**. Das Gericht erhebt nur Beweise, die zuvor von den Parteien angeboten wurden, und das außerdem **nur über streitigen Tatsachenvortrag, wenn dieser entscheidungserheblich** sein sollte.

7) Die *objektive* oder *materielle* Beweislast (*Feststellungslast*) legt fest, welche Partei das Risiko der Nichterweislichkeit einer Beweisbehauptung trägt (= im Römischen Recht: *non liquet*).

Der vorstehend stark vereinfacht aufgezeigte Hintergrund zum zivilprozessualen Beweisrecht lässt für einen „Ciprobetroffenen“ nachvollziehbar werden, **dass und wie § 630h BGB** die Beweisregeln modifiziert, die auf dem Gebiet des ärztlichen Behandlungsvertrages gelten.

II. Die Gesetzliche Vermutung in § 630h Abs. 1 BGB

1. Gesetzliche Vermutung eines Behandlungsfehlers

Vergegenwärtigen wir uns noch einmal den Normtext des § 630h Abs. 1 BGB:

„ ...

§ 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler⁸

(1) Ein **Fehler des Behandelnden wird vermutet**, wenn sich ein **allgemeines Behandlungsrisiko** verwirklicht hat, das **für den Behandelnden voll beherrschbar** war **und** das zur **Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit** des Patienten geführt hat.

(2) ...

(3) ...

(4) ...

(5) ...

...“

Es handelt sich um eine **gesetzliche Vermutung im Sinne des § 292 Zivilprozessordnung (ZPO)**. Diese Vorschrift lautet wie folgt:

„ ...

§ 292 Gesetzliche Vermutungen

Stellt das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, **so ist der Beweis des Gegenteils zulässig**, sofern nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Dieser Beweis kann auch durch Antrag auf Parteivernehmung nach § 445 geführt werden.

...“

Vermutet wird ein „*Fehler des Behandelnden*“, **den der Patient ansonsten genauso nachweisen müsste**, wie die sonstigen Anspruchsvoraussetzungen für den Schadensersatzanspruch gegen den „*Behandelnden*“, den der Patient vor einem Landgericht (LG) eingeklagt hatte.

Diese Anspruchsvoraussetzungen wären:

8) Die farbigen Hervorhebungen in dem nachfolgenden auszugsweisen Zitat und in späteren weiteren solchen Zitaten sollen dem **im Lesen von Gesetzestexten ungeübten** „Ciprobetroffenen innerhalb der Ciprogruppe bei facebook“ das Verständnis erleichtern. Unter dem Blickwinkel wissenschaftlicher Arbeit ist eine solche Vorgehensweise „*unmöglich*“ und würde als „*Verunstaltung des Gesetzestextes*“ abgelehnt.

- Vorliegen eines rechtlichen Behandlungsverhältnisses (Behandlungsvertrag).
- Vornahme von Behandlungsmaßnahmen durch den Behandelnden.
- Fehlerhaftigkeit der Behandlungsmaßnahme im Sinne eines Behandlungsfehlers.
- Auftreten von Gesundheitsbeschädigungen bzw. des Todes nach der fehlerhaften Behandlung.
- Ursächlichkeit der fehlerhaften Behandlung für die eingetretenen Gesundheitsbeschädigungen oder für den eingetretenen Tod.
- Vortrag von Tatsachen zur Begründung des eingeklagten materiellen und immateriellen Schadensersatzes, den das LG nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung dem Kläger durch Urteil zusprechen soll.

Von diesen insgesamt 6 Bereichen, zu denen der klagende Patient darlegungs- und beweispflichtig ist, betrifft die gesetzliche Vermutung in § 630h Abs. 1 BGB lediglich die Fehlerhaftigkeit der streitgegenständlichen Behandlungsmaßnahme. Der klagende Patient muss die **Fehlerhaftigkeit der Behandlungsmaßnahme** zwar noch vortragen, aber nicht mehr nachweisen, wenn sich die weiteren Voraussetzungen im Normtext des § 630h Abs. 1 BGB aus seinem Klagevortrag ergeben und notfalls nachgewiesen sind.

Allerdings hat der Beklagte nach § 292 ZPO die Möglichkeit, die gesetzliche Vermutung der Fehlerhaftigkeit seiner Behandlungsmaßnahme auszuräumen, indem er den Beweis des Gegenteils anbietet und zur gegebenen Zeit auch führt (s.o. Abschnitt I 2 Buchstabe b).

2. Einzelvoraussetzungen für die Anwendung des § 630h Abs. 1 BGB

a) Das für den Behandelnden voll beherrschbare allgemeine Behandlungsrisiko

Ausgehend von den oben in Abschnitt I 2 Buchstabe b) aufgezeigten allgemeinen Grundsätzen zum Beweisrecht verankert § 630h Abs. 1 die **besondere Beweislastverteilung** für das von der Rechtsprechung vor Verkündung des Patientenrechtegesetzes im Jahre 2013 entwickelte Institut des so genannten „**voll beherrschbaren Risikos**“ gesetzlich. Dabei erfasst die Vorschrift **alle Fallgruppen**, die von der Rechtsprechung unter dem Oberbegriff des „**voll beherrschbaren allgemeinen Behandlungsrisikos**“ entwickelt wurden.⁹

9) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 28.

Für den einzelnen niedergelassenen Arzt bzw. für den Krankenhausarzt sowie für einen Krankenhausträger sind solche Risiken voll beherrschbar, die **nicht vorrangig aus den Eigenheiten des menschlichen Organismus erwachsen**. Sie entstehen vielmehr **unabhängig von der physischen und mentalen Disposition** des Patienten in einem Bereich, der von dem Arzt bzw. von dem Krankenhausträger **voll beherrscht** wird, und dessen Gefahren von dem Arzt bzw. von dem Krankenhausträger deshalb auch ausgeschlossen werden können.¹⁰ Nach der durch das Patientenrechtegesetz von 2013 ebenfalls neu in das BGB eingefügten neuen Vorschrift des § 630a Abs. 2 BGB **müssen diese Gefahren auch ausgeschlossen werden**. Diese Vorschrift lautet wie folgt:

„ ...

§ 630a Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag

(1) Durch den Behandlungsvertrag wird derjenige, welcher die medizinische Behandlung eines Patienten zusagt (Behandelnder), zur Leistung der versprochenen Behandlung, der andere Teil (Patient) zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist.

(2) Die Behandlung hat nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.

Nach der amtlichen Begründung zum Patientenrechtegesetz handelt es sich um Risiken als Folge einer Gefahr, die dem Herrschafts- und Organisationsbereich des Behandelnden zuzuordnen ist, soweit der Behandelnde die Gefahren aus diesem Bereich objektiv voll beherrschen kann.

10) **Vergleiche dazu aus der Zeit vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes:**

BGH, Urteil vom 01.02.1994 – VI ZR 65/93 – in NJW 1994, 1594 (= zu Überwachungspflichten eines Chefarztes in Bezug auf die Mängelfreiheit von medizinischem Behandlungsmaterial in einem Krankenhaus [= Wärmflasche]. Die Haftung des Chefarztes wurde abgelehnt, dagegen die Haftung des Trägers des Krankenhauses bejaht, weil es Sache der Krankenhausverwaltung war, die Funktionsfähigkeit und Mängelfreiheit von Material zu überprüfen und sicherzustellen, das bei der Behandlung im Krankenhaus verwendet wird.

BGH, Urteil vom 24.01.1995 – VI ZR 60/94 in NJW 1995, 1618; BGH, Urteil vom 04.11.2003 – VI ZR 28/03 in NJW 2004, 777; BGH, Urteil vom 20.03.2007 – VI ZR 158/06 – in NJW 2007, 1682 (zu Hygienemängeln in Arztpraxis durch Verabreichung von Spritzen durch Arzthelferin, bei der feststeht, dass sie Keimträgerin ist).

OLG Zweibrücken, Urteil vom 16.01.2007 – 5 U 48/05 – in NJOZ 2007, 4519 (zu möglicher Prädisposition eines Patienten für den eingetretenen Schaden).

OLG München, Urteil vom 25.03.2011 – 1 U 4594/08 – in GuP (= Gesundheit und Pflege – Fachzeitschrift – Nomos Verlag) 2012, 77 (= keine Haftung für Hepatitis C-Erkrankung, weil der klagende Patient nicht nachweisen konnte, dass die entsprechende Infektion während seines Krankenhausaufenthalts eintrat. Dem Gericht waren keine Anhaltspunkte für konkret mögliche Infektionsquellen und/oder Hygienemängel innerhalb des Klinikbetriebes vorgetragen worden).

Dies sind Risiken, die **nach dem Erkennen mit Sicherheit ausgeschlossen werden können**. Hierzu kommt es auf eine Beurteilung des jeweiligen Risikos aus allgemein-medizinischer Sicht an. **Unerheblich ist, inwieweit das Risiko konkret vermeidbar war**. Die tatsächliche Vermeidbarkeit ist mithin irrelevant. Entscheidend ist vielmehr die Zuordnung des Risikos zu dem Herrschafts- und Organisationsbereich des Behandelnden.¹¹

Hieraus folgt, dass der Patient in diesen Fällen keine Möglichkeit hat, auf die Verwirklichung des Risikos Einfluss zu nehmen. **Voll beherrschbare Risiken werden vielmehr durch den Praxis- bzw. Krankenhausbetrieb gesetzt** und sind deshalb auch nur durch den Arzt oder den Krankenhausträger und sein Personal beeinflussbar.

Folgende Fallgruppen von Behandlungsfehlern lassen sich ausschließlich dem ärztlichen Verantwortungsbereich bzw. dem Verantwortungsbereich des Krankenhausträgers zuordnen:¹²

- Mangelnde technische Beherrschung medizinischer Geräte;
- fehlerhafte Lagerung bei Operation;
- Verstöße gegen Sorgfalts- und Obhutspflichten bei pflegerischen Maßnahmen (Sturz des Patienten, sowie OLG Köln, Hinweisbeschluss vom 26.02.2014 – 5 U 1441/13 in NJW-RR 2014, 849; OLG Koblenz, Hinweisbeschluss vom 28.09.2015 – 5 U 810/125 in NJOZ 2016, 1633);
- Verstöße gegen Hygienevorschriften (Infektionen – Stichwort Krankenhausinfektion¹³ - sowie Hygienemängel in Arztpraxis durch Verabreichung von

11) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 28.

Siehe dazu aus der Zeit nach Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes im Jahre 2013:

OLG Köln, Hinweisbeschluss vom 26.02.2014 – 5 U 1441/13 – in NJW-RR 2014, 849 (= zu Sicherungspflicht von Klinik und Fahrer eines Krankentransports bei Fahrt einer Patientin zur Rehabilitation).

OLG Koblenz, Beschluss vom 18.09.2014 – 5 U 632/14 – in MedR (= Medizinrecht – Fachzeitschrift – Springer Verlag und C.H.Beck Verlag) 2015, 353 (= Beschluss über die Zurückweisung der Berufung nach § 522 ZPO in einem Fall von MRSA-Infektion mit der Aussage, dass die Behandlungsseite für eine Infektion mit multiresistenten Keimen nur haftet, wenn das Schadensereignis aus einem von ihr voll beherrschbaren Bereich herrührt. Dies muss der klagende Patient gegenüber dem Gericht darlegen und beweisen.).

OLG Koblenz, Hinweisbeschluss vom 28.09.2015 – 5 U 810/15 – in NJOZ 2016, 633 (zu Pflegefehler in Klinik – Sturz beim Toilettengang).

12) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 28.

13) Krankenhausinfektion oder **nosokomiale Infektion** (von altgriechisch νόσος *nósos* ‚Krankheit‘ sowie κομειν *komein* ‚pflegen sowie von *Nosokomeion* für ‚Krankenhaus‘) ist eine Infektion, die im Zuge eines Aufenthalts oder einer Behandlung in einem Krankenhaus oder

Spritzen durch eine Arzthelferin, die als Keimträgerin feststeht = BGH, Urteil vom 20.03.2007 – VI ZR 158/06 – in NJW 2007, 1682);

- Mangelhafte Organisation der medizinischen Behandlung (z.B. technische Mängel verwendeter medizinischer Geräte¹⁴).

Der Ausschluss und die Beherrschung der Risiken ist dem Arzt nur dann möglich, wenn er tatsächlich auch Einfluss auf eine eventuelle Risikoverwirklichung hat. **Sobald der Patient selbst oder Dritte (zusätzlich) die Möglichkeit der Einwirkung haben**, stammt das Risiko **nicht mehr nur aus dem Verantwortungsbereich des Arztes**, kann also von ihm **nicht mehr voll beherrscht und ausgeschlossen werden**, da er auf das Verhalten des Patienten oder Dritter keinen direkten Einfluss hat.

Ein voll beherrschbares Risiko im Sinne des Absatzes 1 liegt auch dann nicht mehr vor, wenn die Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten **zugleich die Folge** einer anderen, gegebenenfalls unbekanntem oder nicht zu erwartenden **physischen oder mentalen Disposition des Patienten** ist, die ihn **für das verwirklichte Risiko anfällig macht** und dem Behandelnden damit die volle Beherrschbarkeit des Risikobereichs entzieht.¹⁵

b) Kausalität des für den Behandelnden voll beherrschbaren allgemeine Behandlungsrisiko für die bei dem Patienten eingetretene Gesundheitsbeschädigung bzw. für den Tod des Patienten

Es wurde bereits oben in Abschnitt II 1 dargelegt, dass der Patient im Arzthaftungsprozess nicht nur vortragen und notfalls auch beweisen muss, dass dem Arzt ein Behandlungsfehler unterlaufen ist. Der Patient

einer Pflegeeinrichtung auftritt. Laut Definition der nosokomialen Infektion dürfen keine Hinweise existieren, dass die Infektion bereits bei der Aufnahme in das Krankenhaus vorhanden oder in der Inkubationsphase war. Die mit Abstand häufigsten Krankenhausinfektionen sind Harnwegsinfekte, Venenkathedersepsen, Lungenentzündungen bei künstlicher Beatmung (Beatmungspneumonien) und Wundinfektionen nach Operationen. Etwa 3,5 % aller Patienten in Deutschland bekommen auf Allgemeinstationen eine Krankenhausinfektion, auf Intensivstationen ca. 15 %. Quelle: Wikipedia.

14) Siehe dazu zum Beispiel BGH, Urteil vom 01.02.1994 – VI ZR 65/93 – in NJW 1994, 1594 (zur Verantwortlichkeit des Krankenhausträgers dafür, dass die Verwendung einer wegen eines Risses mangelhaften Wärmflasche bei einem intubierten und auf der Intensivstation in einem Inkubator untergebrachten Neugeborenen zum Auslaufen dieser Wärmflasche und zu Verbrühungen an einem Fuß des Neugeborenen mit der Folge führte, dass dieser Fuß amputiert werden musste – Verantwortlichkeit des Krankenhausträgers für die Tätigkeit der Krankenhausverwaltung, zu deren Pflichten auch die technische Überwachung von medizinischem Material und medizinischen Geräten gehört.).

15) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 28 unter Hinweis auf BGH Urteil vom 24.01.1995 – VI ZR 60/94 – in NJW 1995, 1618. Siehe dazu auch OLG Zweibrücken, Urteil vom 16.01.2007 – 5 U 48/05 in NJOZ 2007, 4519.

muss außerdem auch den Kausalzusammenhang zwischen dem vorge-tragenen Behandlungsfehler mit dem eingetretenen Schaden vortragen und notfalls beweisen.

Im Rahmen der Anwendung des § 630h Abs. 1 BGB geht es insoweit um die Frage, ob ein Ursachenzusammenhang zwischen dem „für den Behandelnden voll beherrschbaren Behandlungsrisiko“ einerseits besteht und der „Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten“ andererseits. Gefragt ist nach der haftungsbegründenden Kausalität im Sinne einer „*conditio sine qua non*“ (= lateinisch: Bedingung, ohne die es den Schaden nicht gäbe).

Insoweit kommt es auf den Normtext des § 286 Abs. 1 ZPO an. Diese Vorschrift lautet wie folgt:

„ ...

§ 286 Freie Beweiswürdigung

(1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme **nach freier Überzeugung zu entscheiden**, ob **eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei**. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

(2) ...

... “

Insoweit kommt es für die „nach freier Überzeugung“ durchzuführende Meinungsbildung des entscheidenden Gerichts darauf an, ob **der vom Kläger behauptete Ursachenzusammenhang** zwischen dem „beherrschbaren allgemeinen Behandlungsrisiko“ und dem streitbefangenen Schaden für Leben, Körper oder Gesundheit des Patienten als Folge der durchgeführten streitbefangenen Behandlungsmaßnahme „in so hohem Maße wahrscheinlich“ ist, dass der hohe Wahrscheinlichkeitsgrad etwaige Zweifel an der Richtigkeit des Klägervortrags bei weitem überwiegt, **ohne dass derartige Zweifel allerdings völlig ausgeschlossen sein müssten**.¹⁶

c) Rechtsfolge

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 630h Abs. 1 BGB gegeben, tritt **als Rechtsfolge die gesetzliche Vermutung** ein, dass sich ein „für den Behandelnden allgemein beherrschbares Behandlungsrisiko“ verwirklicht hat, als dessen Folge eine Verletzung, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten eingetreten ist.

16) BGH, Urteil vom 04.11.2003 – VI ZR 28/03 – in NJW 2004, 777.

Nach § 292 ZPO kann der Behandelnde die Vermutung durch den Beweis des Gegenteils entkräften. Dieser kann sowohl durch den vollen Beweis dafür erbracht werden, dass ein Behandlungsfehler, der die Pflichtverletzung begründet, nicht vorliegt, als auch durch den Gegenbeweis gegen die Vermutungsbasis geführt werden. Im letzteren Fall genügt es, die Überzeugung des Richters vom Vorliegen des voll beherrschbaren Behandlungsrisikos zu erschüttern. Weitere Beweislasteichterungen, die über die Umkehr der Beweislast bezüglich des objektiven Pflichtverstoßes hinausgehen, enthält Absatz 1 nicht. Auch sind Kausalitätsfragen vom Anwendungsbereich des Absatzes 1 nicht erfasst. Insofern verbleibt es bei den allgemeinen Regeln¹⁷.

3. Anwendbarkeit auf den „Normalfall eines Ciprobetroffenen“

Für die Anwendung auf den sogenannten „Normalfall eines Ciprobetroffenen“ eignet sich die Vorschrift des § 630h Abs. 1 BGB nicht. Diese „Ciprofälle“ haben als streitbefangene ärztliche Behandlungsmaßnahme die ärztliche Verordnung von Antibiotika der Gruppe der Gyrasehemmer der Gruppe der Fluorchinolone mit dem synthetischen Wirkstoff *Ciprofloxacin* zum Gegenstand. Es geht dann um den Eintritt von Unwillkommenen Arzneimittelwirkungen (UAW) als Folge der Einnahme dieser Antibiotika.

Das ist kein Lebenssachverhalt im Sinne des § 630h Abs. 1 BGB. Mithin verschafft die Vorschrift des § 630h Abs. 1 BGB dem einzelnen „Ciprobetroffenen“ keine Beweiserleichterung.

III. Die Beweislage in Zusammenhang mit der Einwilligung des Patienten nach § 630h Abs. 2 BGB

1. Anordnung zur Beweislast des Behandlers

Vergegenwärtigen wir uns noch einmal den Normtext des § 630h Abs. 2 BGB:

„ ...

§ 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler

(1) ...

(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

17) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 28.

auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte.

(3) ...

(4) ...

(5) ...

... “

Zum Verständnis dieser Vorschrift ist es notwendig, sich die durch das Patientenrechtegesetz 2013 neu in das BGB eingefügten §§ 630d und 630e zur Einwilligung des Patienten und zu den Aufklärungspflichten des Behandlers ebenfalls anzusehen:

„ ...

§ 630d Einwilligung

(1) **Vor Durchführung** einer medizinischen Maßnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder die Gesundheit, **ist der Behandelnde verpflichtet, die Einwilligung des Patienten einzuholen**. Ist der Patient einwilligungsunfähig, ist die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen, soweit nicht eine Patientenverfügung nach § 1901a Absatz 1 Satz 1 die Maßnahme gestattet oder untersagt. Weitergehende Anforderungen an die Einwilligung aus anderen Vorschriften bleiben unberührt. Kann eine Einwilligung für eine unaufschiebbare Maßnahme nicht rechtzeitig eingeholt werden, darf sie ohne Einwilligung durchgeführt werden, wenn sie dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht.

(2) Die **Wirksamkeit der Einwilligung setzt voraus**, dass der Patient oder im Fall des Absatzes 1 Satz 2 der zur Einwilligung Berechtigte **vor der Einwilligung nach Maßgabe von § 630e Absatz 1 bis 4 aufgeklärt** worden ist.

(3) Die Einwilligung kann jederzeit und ohne Angabe von Gründen formlos widerrufen werden. ... “

„ ...

§ 630e Aufklärungspflichten

(1) **Der Behandelnde ist verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären**. Dazu gehören insbesondere **Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten** im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie. Bei der Aufklärung ist auch auf **Alternativen zur Maßnahme** hinzuweisen, wenn **mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen** führen können.

(2) Die Aufklärung muss

1. **mündlich** durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen, die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt; ergänzend kann auch auf Unterlagen Bezug genommen werden, die der Patient in Textform erhält,

2. **so rechtzeitig erfolgen**, dass der Patient **seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt** treffen kann,

3. **für den Patienten verständlich** sein.

Dem Patienten sind Abschriften von Unterlagen, die er im Zusammenhang mit der Aufklärung oder Einwilligung unterzeichnet hat, auszuhändigen.

(3) Der Aufklärung des Patienten bedarf es nicht, soweit diese ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände entbehrlich ist, insbesondere wenn die Maßnahme unaufschiebbar ist oder der Patient auf die Aufklärung ausdrücklich verzichtet hat.

(4) Ist nach § 630d Absatz 1 Satz 2 die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen, ist dieser nach Maßgabe der Absätze 1 bis 3 aufzuklären.

(5) Im Fall des § 630d Absatz 1 Satz 2 sind die wesentlichen Umstände nach Absatz 1 auch dem Patienten entsprechend seinem Verständnis zu erläutern, soweit dieser aufgrund seines Entwicklungsstandes und seiner Verständnismöglichkeiten in der Lage ist, die Erläuterung aufzunehmen, und soweit dies seinem Wohl nicht zuwiderläuft. Absatz 3 gilt entsprechend.

... “

Die **Regelung der Beweislast** in Zusammenhang mit Aufklärung und Einwilligung des Patienten **durch § 630h Abs. 2 BGB ist neu**. Sie war rechtssystematisch notwendig, um die vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes gültig gewesene bisherige und auf dem Deliktsrecht des BGB beruhende Beweislastverteilung an das neue vertragliche Regelungskonzept des Patientenrechtegesetzes von 2013 anzupassen. Ohne die mit § 630h Abs. 2 herbeigeführte Anpassung an das neue vertragliche Regelungskonzept zum Behandlungsvertrag wären die allgemeinen vertraglichen Haftungsgrundsätze anzuwenden gewesen. Danach wäre der Patient sowohl für seine Behauptung, die Aufklärung sei fehlerhaft oder sei unterblieben, als auch für seine Behauptung, der Behandelnde habe die Einwilligung in den Eingriff nicht eingeholt, beweisbelastet gewesen.¹⁸

2. Zu § 630h Abs. 2 Satz 1

a) Allgemeines

Von dem vorgenannten Grundsatz, dass der Patient für seinen notwendigen Klagevortrag, seine Einwilligung sei nicht eingeholt worden und der Behandelnde habe ihn auch nicht aufgeklärt, in vollem Umfang nicht nur darlegungs- sondern auch beweispflichtig ist, macht Absatz 2 Satz

18) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 28.

1 eine Ausnahme und weist dem Behandelnden die Beweislast für die erfolgte Aufklärung und für die Einholung einer wirksamen Einwilligung zu.¹⁹

Demnach muss der Behandelnde beweisen, dass er den Patienten oder den zur Einwilligung gemäß § 630d Absatz 1 Satz 2 Berechtigten ordnungsgemäß nach Maßgabe des § 630e über sämtliche maßgeblichen Umstände einer Maßnahme aufgeklärt und eine wirksame Einwilligung eingeholt hat. Diese Abweichung von der allgemeinen Beweislastverteilung bei der vertraglichen Haftung stellt die Waffengleichheit zwischen dem Behandelnden und dem Patienten im Prozess sicher. Sie führt zudem auch zu einem Gleichlauf der Beweislastregelungen im Vertrags- und Deliktsrecht und erklärt sich vor dem Hintergrund, dass dem Patienten der Beweis einer negativen Tatsache, nämlich der Beweis für eine nicht ordnungsgemäße Aufklärung oder für eine nicht erfolgte Einwilligung, in der Regel nicht gelingen wird.²⁰

Ferner wird es dem Patienten regelmäßig an der erforderlichen Risikokenntnis fehlen, um eine Sachlage medizinisch korrekt einordnen zu können und um sich die Möglichkeit zu eröffnen, gegebenenfalls durch die Einbeziehung eines Zeugen den Beweis für eine nicht erfolgte bzw. nicht ausreichende Aufklärung führen zu können.

Demgegenüber ist es für den Behandelnden leicht, Aufzeichnungen über den Inhalt einer erfolgten Aufklärung und Einwilligung zu erstellen und auf diese Weise nicht nur eine ordnungsgemäße Anamnese zu sichern, sondern auch eine lückenlose Aufklärung des Sachverhaltes zu ermöglichen. So kann sich der Behandelnde z. B. durch Formulare von dem Patienten bestätigen lassen, dass eine bestimmte Aufklärung in einem bestimmten Umfang erfolgt ist und dass der Patient in eine Maßnahme eingewilligt hat. Zudem kann beziehungsweise muss er diese Unterlagen zur Dokumentation in die Patientenakte aufnehmen (vgl. dazu § 630f BGB).

Umgekehrt dürfte dem Patienten diese Möglichkeit in der Regel verwehrt sein, zumal der Behandelnde nicht verpflichtet ist, Gegenäußerungen des Patienten in die Patientenakte aufzunehmen (vgl. § 630f BGB).

19) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 28.

20) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 29.

Hat der Behandelnde den Patienten zwar (partiell) nicht ordnungsgemäß aufgeklärt, **verwirklicht sich jedoch ein anderes Risiko, über das der Behandelnde umfassend und ordnungsgemäß aufgeklärt hat**, so kann sich der Patient nicht darauf berufen, er sei teilweise nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden. Denn er hat in Kenntnis des konkreten Risikos, das schließlich auch in einen Schaden umgeschlagen ist, in die Behandlungsmaßnahme eingewilligt. Entscheidend ist mithin der Schutzzweck der Aufklärung und damit die Frage, ob sich das in dem Aufklärungsdefizit enthaltende aufklärungspflichtige Behandlungsrisiko in die Primärschädigung umgewandelt hat.²¹

b) Aufklärungspflicht des behandelnden Arztes über Nebenwirkungen von Medikamenten

Es gibt auch Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht des behandelnden Arztes über Nebenwirkungen von Medikamenten. In einem Urteil des BGH aus dem Jahre 1981 zur Verordnung von Myambutol durch den Chefarzt einer Urologischen Krankenhausabteilung ohne vorherige Aufklärung des Patienten über die bekannten Nebenwirkungen dieses Medikaments heißt es wie folgt:²²

„ ... 3. Das BerGer. irrt aber, wenn es meint, der Erstbekl. (= Chefarzt) habe den Kl. nicht über schädliche Nebenwirkungen des Myambutol aufklären müssen, um dessen wirksame Einwilligung in die Behandlung mit diesem Mittel zu erhalten.

a) Die zur Behandlung der Tuberkulose bereitstehenden, heute üblicherweise verwandten Medikamente, sogenannte Tuberkulostatika, greifen sämtlich massiv in den menschlichen Organismus ein und sind alle nicht frei von schädlichen Nebenwirkungen. Die im Streitfall vom Erstbekl. gewählte Kombination dreier Mittel mit jeweils verschiedenen Nebenwirkungsgruppen, die sich nicht kumulieren, soll eine gefährlich hohe Dosis nur eines Medikaments bei optimaler Gesamtwirkung aller drei gegebenen verhindern. Über die besonderen Risiken bei der Anwendung der gesamten Medikation, die auch dann von jedem einzelnen Medikament ausgehend nicht gering sind, durfte der Kl. nicht im Unklaren gelassen werden. Ob er schon ohne das eine allgemeine Vorstellung davon hatte, ist bisher nicht geklärt. Für das Revisionsverfahren ist zu unterstellen, dass er davon nichts wusste und sich keine Gedanken darüber gemacht hat. Zur notwendigen Aufklärung gehörte dann die, wenn auch nur allgemein gehaltene Unterrichtung des Kl. darüber, welches besondere Risiko er einging, wenn er u.a. Myambutol einnahm. Davon geht offenbar auch das BerGer. aus. Bereits der dem

21) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 29. Siehe auch BGH, Urteil vom 15.02.2000 – VI ZR 48/99 – in NJW 2000, 1784.

22) BGH, Urteil vom 27.10.1981 – VI ZR 69/80 – in NJW 1982, 697.

Medikament vom Herstellerwerk beigegebene Beipackzettel gab dem Erstbekl. die Mindestinformation, die er dem Kl. weiter zu vermitteln hatte: in einem kleinen Prozentsatz der Fälle (sicher nicht so klein, dass er hätte vernachlässigt werden können) sei mit einer Schädigung des Sehnervs zu rechnen, die freilich „fast“ immer reversibel sei.

- b) *Der Erstbekl. kann sich demgegenüber entgegen der Ansicht des BerGer. nicht darauf berufen, aus dem Beipackzettel habe sich jedenfalls nicht eindeutig ergeben, dass auch Patienten gefährdet seien, deren Augen nicht vorgeschädigt waren. Beide Fassungen der Beipackzettel, sowohl die vom 22.7.1970, die bis August 1971 verwandt wurde, als auch die danach gültige, von denen der Erstbekl. eine kannte, weisen zunächst generell auf mögliche Augenschädigungen hin und mahnen im Anschluss daran zur Vorsicht bei der Verordnung an vorgeschädigte Patienten. ...*

4.. Hat mithin der Erstbekl. den Kl. nicht, wie es geboten war, über die gefährlichen Nebenwirkungen des Myambutol aufgeklärt, dann war dessen Einwilligung in die Behandlung mit dem Medikament unwirksam. Damit war die Behandlung rechtswidrig und kann grundsätzlich auch dann zu Schadensersatzansprüchen führen, wenn sie an sich sachgemäß war. Eine abschließende Sachentscheidung ist dem Senat allerdings nicht möglich, weil der Sachverhalt noch weiter aufzuklären ist. ... “

Es gibt weitere Entscheidungen, die sich mit der Aufklärungspflicht des Behandlers über die Nebenwirkungen von Medikamenten beschäftigen, die der Behandler dem Patienten verordnen will.²³

3. Zu § 630h Abs. 2 Satz 2

Absatz 2 Satz 2 regelt Fall der vom behandelnden Arzt behaupteten **hypothetischen Einwilligung des Patienten** nach unterbliebener bzw. unzureichender Aufklärung. Auch hier wird die dazu bestehende Rechtsprechung gesetzlich umgesetzt:²⁴ Steht fest, dass die Aufklärung nicht die Anforderungen des § 630e erfüllt, kann sich der Behandelnde darauf berufen, dass der Patient sich auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in

23) BGH, Urteil vom 13.01.1970 – VI ZR 121/68 – in NJW 1970, 511; BGH, Urteil vom 27.10.1981 – VI ZR 69/80 – in NJW 1982, 697; BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 289/03 – in NJW 2005, 1716; BGH, Urteil vom 27.03.2007 – VI ZR 55/05 – in NJW 2007, 2767; BGH, Urteil vom 17.04.2007 – VI ZR 108/06 – in NJW 2007, 2771; OLG Oldenburg, Urteil vom 20.01.1984 – 6 U 178/79 – in VersR 1986, 69; Hanseatisches OLG Hamburg, Urteil vom 18.08.1995 – 1 U 64/91 – in VersR 1996, 1537; OLG Bamberg, Urteil vom 18.04.1996 – 1 U 66/94 – in NJWE-VHR 1997, 2006; LG Konstanz, Urteil vom 14.04.1972 – 5 O 74/72 – in NJW 1972, 2223; LG Aachen, Urteil vom 26.10.2005 – 11 O 543/03 – in MedR 2006, 1537.

24) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 31. Siehe auch BGH, Urteil vom 13.02.1996 – VI ZR 402/94 – in NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633; BGH, Urteil vom 07.07.1999 – VI ZR 290/98 – in NJW 1999, 3408 = VersR 1999, 1282; BGH, Urteil vom 07.06.2011 – VI ZR 87/10 – in NJW 2011, 2508.

gleicher Weise für die Maßnahme entschieden hätte. Absatz 2 Satz 2 überträgt damit der Behandlungsseite die Darlegungs- und Beweislast für diesen hypothetischen Kausalverlauf.²⁵

Hätte der Patient den Eingriff ohnehin vornehmen lassen, fehlt es an dem für die Schadenersatzhaftung erforderlichen Ursachenzusammenhang zwischen der unterbliebenen bzw. unzureichenden Aufklärung und dem eingetretenen Schaden. Die Folge ist, dass der Behandelnde nicht für die Verletzung seiner Pflicht zur Einholung einer Einwilligung und die Verletzung seiner Aufklärungspflicht einzustehen hat und dem Patienten weder zum Ersatz eines Schadens noch zur Zahlung eines Schmerzensgeldes verpflichtet ist.²⁶

An den **Beweis der hypothetischen Einwilligung sind strenge Anforderungen zu stellen**; er ist durch den Behandelnden nicht geführt, wenn der Patient **plausible Gründe** dafür darlegen kann, **dass er sich auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem ernsthaften Entscheidungskonflikt** über die Vornahme der Maßnahme befunden hätte.²⁷ **Ausreichend ist** insoweit die **nachvollziehbare und plausible Darlegung des Patienten**, dass ihn die Frage, ob er die Maßnahme in dem konkreten Umfang tatsächlich durchführen soll, **ernsthaft und nachhaltig in einen inneren Konflikt** versetzt hätte.²⁸

Hierfür sind **allein der jeweilige Patient und dessen Entscheidung im Einzelfall maßgeblich**. Inwieweit ein verständiger oder durchschnittlicher Patient die Einwilligung erteilt hätte, ist irrelevant. Auch ist es nicht entscheidend, was aus der Sicht des Behandelnden sinnvoll oder erforderlich gewesen wäre oder wie sich ein „vernünftiger“ Patient verhalten hätte. Nicht erforderlich ist es, dass der Patient weitergehende Ausführungen hinsichtlich seines Alternativverhaltens tätigt.

Kann der Patienten durch plausible Darlegung eines Entscheidungskonflikts ernsthafte Zweifel an der Behauptung des Behandelnden wecken,

25) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 29.

26) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 29.

27) BGH, Urteil vom 17.03.1988 – VI ZR 74/97 – in NJW 1998, 2734 = VersR 1998, 766.

28) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 29. Siehe auch BGH, Urteil vom 17.03.1998 – VI ZR 74-97 – in NJW 1998, 2754 mit weiteren Nachweisen.

der Patient hätte auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt, **ist der Beweis der hypothetischen Einwilligung nicht geführt** und die Durchführung der Maßnahme als pflichtwidrig im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB zu charakterisieren.

4. Anwendbarkeit auf den Normalfall des „Ciprobetroffenen“

Der § 630h Abs. 2 BGB ist auf den „Normalfall eines Ciprobetroffenen“ anwendbar. Es geht in diesen Fällen regelmäßig um die ärztliche Verordnung von Antibiotika der Gruppe der Fluorchinolone mit dem synthetischen Wirkstoff *Ciprofloxacin*. Aufklärungsgespräche mit dem Patienten über die Verordnung dieser Medikamente und die Einholung einer förmlichen Einwilligung des Patienten in die Verordnung von „Cipro“ fehlen regelmäßig. Der Verweis auf den Beipackzettel in der Medikamente-Packung geht fehl. Nach § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB hat die Aufklärung mündlich durch den Behandelnden zu erfolgen, wenn sie wirksame Grundlage der Einwilligung sein soll (vgl. § 630d Abs. 2 BGB).²⁹

IV. Die Beweislage in Zusammenhang mit der Dokumentationspflicht des Behandlers nach § 630h Abs. 3 BGB

1. Allgemeines

Vergegenwärtigen wir uns noch einmal den Normtext des § 630h Abs. 3 BGB:

„ ...

§ 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler

(1) ...

(2) ...

(3) Hat der Behandelnde **eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis** entgegen § 630f Absatz 1 oder Absatz 2 nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder hat er die Patientenakte entgegen § 630f Absatz 3 nicht aufbewahrt, **wird vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat.**

(4) ...

(5) ...

...“

Zum Verständnis ist es notwendig, sich die Vorschrift des § 630f BGB über die Dokumentation der Behandlung ebenfalls anzusehen:

29) Vgl. dazu auch *Münnch*, Patientenaufklärung – Der Beipackzettel reicht nicht, Praxishinweis – in *Der Allgemeinarzt* 2013, 35(3) Seite 28.

„ ...

§ 630f Dokumentation der Behandlung

(1) Der Behandelnde ist verpflichtet, zum Zweck der Dokumentation **in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Behandlung eine Patientenakte in Papierform oder elektronisch zu führen**. Berichtigungen und Änderungen von Eintragungen in der Patientenakte sind nur zulässig, wenn neben dem ursprünglichen Inhalt erkennbar bleibt, wann sie vorgenommen worden sind. Dies ist auch für elektronisch geführte Patientenakten sicherzustellen.

(2) Der Behandelnde ist verpflichtet, in der Patientenakte **sämtliche** aus fachlicher Sicht für die **derzeitige und künftige** Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen, **insbesondere die Anamnese, Diagnosen, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre Wirkungen, Eingriffe und ihre Wirkungen, Einwilligungen und Aufklärungen**. **Arztbriefe sind in die Patientenakte aufzunehmen**.

(3) Der Behandelnde hat die Patientenakte für die Dauer von zehn Jahren nach Abschluss der Behandlung aufzubewahren, soweit nicht nach anderen Vorschriften andere Aufbewahrungsfristen bestehen.

...“

2. Die Regelung in § 630h Abs. 3

Der Absatz 3 ordnet die **gesetzliche Vermutung** an, dass medizinisch gebotene wesentliche Maßnahmen, die entgegen § 630f nicht in der Patientenakte aufgezeichnet wurden, nicht getroffen wurden. Nach § 630f ist der Behandelnde verpflichtet, sämtliche für die Behandlung wesentlichen Maßnahmen und Ergebnisse zu dokumentieren. Die Dokumentation soll nicht nur die Therapie des Patienten sichern, sondern auch **Rechenschaft über die Maßnahmen des Behandelnden** ablegen, um einen Ausgleich zu dem Wissensvorsprung des Behandelnden gegenüber dem Patienten herzustellen. Hat der Behandelnde gegen seine Befunderhebungs- oder Befundsicherungspflicht verstoßen, bleibt unklar, ob er einen Befund überhaupt erhoben oder einen erhobenen Befund tatsächlich richtig gedeutet hat.

Diese Unsicherheit erschwert dem Patienten die Beweisführung hinsichtlich eines Behandlungsfehlers und brächte ihn in Beweisnöte. Da diese Unsicherheit aus der Sphäre des Behandelnden stammt, wäre es unbillig, dem Patienten die erschwerte Beweisführung aufzuerlegen. Mithin erschien es dem Gesetzgeber in Anknüpfung an die Rechtsprechung sachgerecht, den Behandelnden mit der gesetzlichen Vermutung des Absatzes 3 zu belasten.³⁰

30) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 29, 30.

Verstößt der Behandelnde gegen seine Dokumentationspflicht aus § 630f, führt die Vermutung in Absatz 3 in Anknüpfung an die bisherige Rechtsprechung dazu, dass die dokumentationspflichtigen Maßnahmen als unterblieben und von dem Behandelnden nicht getroffen anzusehen sind.³¹

Allerdings sollte der Patient durch diese Vermutung nicht besser gestellt werden, als er im Falle der ordnungsgemäßen Befunderhebung und Befundsicherung stünde. Mithin reicht der Beweiserleichterung in der Regel nur bis zu der Vermutung, dass der Befund ein für den Behandelnden reaktionspflichtiges Ergebnis erbracht hätte. Dem Behandelnden verbleibt die Möglichkeit, gegen die Vermutung gemäß § 292 ZPO das Gegenteil zu beweisen. Im Übrigen gelten die Darlegungen zur gesetzlichen Vermutung in § 630h Abs. 1 oben in Abschnitt II 2 Buchstaben b) und c) auch hier entsprechend.

Auf der Basis des Absatzes 3 soll im Übrigen im Bereich der Dokumentation die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den sogenannten „Anfängerfehlern“ fortgesetzt werden. Bei Behandlungen eines Berufsanfängers handelt es sich stets um wesentliche Maßnahmen im Sinne des Absatzes 3, die auch bei bloßen Routineeingriffen exakt dokumentiert werden müssen. Der Verstoß gegen diese Dokumentationspflicht bei Behandlungen durch Berufsanfänger führt zum Schutze des Patienten zu der Vermutung des Absatzes 3. Der unterlassenen Aufzeichnung der Dokumentation steht die Vernichtung der Dokumentation vor Ablauf der Aufbewahrungsfrist des § 630f Absatz 3 gleich. Die Norm, die den Patienten vor einer unvollständigen Dokumentation schützt, gilt erst recht, wenn die Dokumentation vollständig fehlt.³²

Die Vermutung des Absatzes 3 greift in zeitlicher Hinsicht allerdings nur so lange ein, wie den Behandelnden auch eine Befunderhebungs- und Befundsicherungspflicht trifft. Hingegen erwachsen dem Behandelnden oder einem Krankenhausträger nach Ablauf der zehnjährigen Aufbewahrungsfrist (§ 630f Abs. 3) keine beweisrechtlichen Nachteile aus der Vernichtung oder dem Verlust der Dokumentation. Daher führt auch eine lückenhafte oder vollständig vernichtete Dokumentation nach

31) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 29.

32) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 30.

dem Ablauf der Aufbewahrungsfrist nicht mehr zu einer Beweislastumkehr.³³

3. Anwendbarkeit auf den „Normalfall eines Ciprobotroffenen“

Der Normalfall des „Ciprobotroffenen“ besteht in der ärztlichen Verordnung von Antibiotika der Gruppe der Gyrasehemmer aus der Gruppe der Fluorchinolone mit dem synthetischen Wirkstoff *Ciprofloxacin*.

Die Regelung zur Beweiserleichterung für den Patienten in § 630h Abs. 3 BGB kann in diesen Fällen von Belang werden.

V. Die Beweislage in Zusammenhang mit mangelnder Befähigung des Behandlers nach § 630h Abs. 4 BGB

1. Zu Absatz 4

Vergegenwärtigen wir uns noch einmal den Normtext des § 630h Abs. 4 BGB:

„ ...

§ 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler

(1) ...

(2) ...

(3) ...

(4) War ein Behandelnder für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt, **wird vermutet**, dass die **mangelnde Befähigung für den Eintritt** der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit **ursächlich** war.

(5) ...

... “

In Anlehnung an die Rechtsprechung ordnet Absatz 4 eine weitere **gesetzliche Vermutung** für die Fälle von **Anfängerfehlern** an. Die Vorschrift gründet auf § 630a Absatz 2 BGB. Danach schuldet derjenige, der eine medizinische Behandlung durch einen Behandelnden zusagt, die **Behandlung unter Einhaltung der anerkannten fachlichen Standards**. War der Behandelnde für die von ihm selber vorgenommene Behandlung nicht befähigt, verstößt er mit seiner Behandlung gegen den geschuldeten Standard. Das gilt ebenso, wenn die Behandlung auf einem

33) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 30. Siehe dazu auch OLG Hamm, Urteil vom 29.01.2003 – 3 U 91/02 – in BeckRS 2005, 04911.

nicht ausreichend dafür Qualifizierten übertragen wird. In solchen Fällen erweist sich bereits die Übertragung der Arbeiten auf diesen Behandelnden als Verstoß gegen den geschuldeten Standard.

An der erforderlichen Befähigung fehlt es dem Behandelnden, soweit er nicht über die notwendige fachliche Qualifikation verfügt. Dies kommt insbesondere bei Behandelnden in Betracht, die sich noch in der medizinischen Ausbildung befinden oder die als Berufsanfänger noch nicht über die notwendige Erfahrung verfügen.

Steht die mangelnde Befähigung eines Behandelnden fest und hat der Patient durch die Behandlung eine Verletzung seines Lebens, seines Körpers oder seiner Gesundheit erlitten, besteht die **Vermutung der Ursächlichkeit der mangelnden Befähigung** für die aufgetretene Verletzung. Das entspricht der bisherigen Rechtsprechung zu den Anfängerfehlern.³⁴ Als Folge der Regelung obliegt es dem Behandelnden oder gegebenenfalls auch dem zuständigen Krankenhausträger, darzulegen und zu beweisen, dass die eingetretene Komplikation ihre Ursache nicht in der fehlenden Qualifikation, Übung oder Erfahrung des Behandelnden hat.³⁵

Im Übrigen gelten die Darlegungen zur gesetzlichen Vermutung in § 630h Abs. 1 oben in Abschnitt II 2 Buchstaben b) und c) auch hier entsprechend.

2. Anwendbarkeit auf den „Normalfall eines Ciprobotroffenen“

Absatz 4 dürfte für den Normalfall eines „Ciprobotroffenen“ weniger von Bedeutung sein, weil die ärztliche Verordnung von Antibiotika aus der Gruppe der Gyrasehemmer und der Untergruppe der Fluorchinolone mit dem synthetischen Wirkstoff *Ciprofloxacin* in der Praxis kaum ein Betätigungsfeld für medizinische Berufsanfänger sein dürfte.

34) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 30. Siehe dazu auch BGH, Urteil vom 10.03.1992 – VI ZR 64/91 – in NJW 1992, 1560 (Durchführung einer OP durch Assistenzarzt ohne Überwachung durch assistierenden Facharzt für Chirurgie); BGH, Urteil vom 15.06.1993 – VI ZR 175/92 – in NJW 1993, 2989.

35) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 30. Siehe dazu auch KG, Urteil vom 14.04.2008 – 20 U 183/06 – in NJOZ 2009, 1937 (zu Übertragung der Behandlung auf einen Heilpraktiker, der eine für diese Behandlung erforderliche Zusatzausbildung nicht durchlaufen hat); *Deutsch*, Das Organisationsverschulden des Krankenhausträgers (Aufsatz), in NJW 2000, 1745.

VI. Die Beweislage in Zusammenhang mit groben Behandlungsfehlern nach § 630h Abs. 5 BGB

1. Zu Satz 1

a) Allgemeines

Vergegenwärtigen wir uns noch einmal den Normtext des § 630h Abs. 5 BGB:

„ ...

§ 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler

(1) ...

(2) ...

(3) ...

(4) ...

(5) Liegt ein **grober Behandlungsfehler** vor und ist dieser **grundsätzlich geeignet, eine Verletzung** des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit **der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich** war. Das gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen **medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern**, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und **wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre**.

...“

Absatz 5 Satz 1 regelt die Beweislage für das von der Rechtsprechung im Laufe der Zeit für verschiedene Fallgruppen entwickelte Institut des sogenannten **groben Behandlungsfehlers** und die damit verbundene **besondere Beweislastumkehr**. Satz 1 geht zunächst von dem allgemeinen Grundsatz aus, dass dem Patienten nach den allgemeinen Regeln sowohl der **Beweis einer fehlerhaften Behandlung** als auch der **Beweis der Ursächlichkeit der fehlerhaften Behandlung** für die eingetretene Verletzung obliegt.

Eine die Haftung begründende Kausalität zwischen einem Behandlungsfehler und einer Rechtsgutsverletzung ist dann gegeben, wenn die Rechtsgutsverletzung auf die festgestellte Fehlbehandlung zurückzuführen ist **und** wenn eine ordnungsgemäße, also eine dem medizinischen Sollstandard entsprechende Behandlung die Verletzung verhindert hätte. Mithin fehlt es an dieser Kausalität, wenn die Verletzung **auch bei regelgerechter Behandlung eingetreten** wäre.

Eine von dieser Ausgangssituation abweichende Konstellation liegt hingegen vor, wenn der Behandelnde **durch einen groben Behandlungsfehler eine Lage geschaffen** hat, die nicht erkennen lässt, **wie der Verlauf bei ordnungsgemäßer Behandlung gewesen** wäre. In diesem Fall soll zu Gunsten des Patienten eine Beweislastumkehr hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität eintreten.

In Übereinstimmung mit dem Bundesgerichtshof geht der Gesetzgeber bei groben Behandlungsfehlern davon aus, dass der Behandelnde im Vergleich mit dem Patienten „*näher dran*“ ist, das Beweisrisiko zu tragen. Der Patient kann zumindest im Regelfall kaum etwas zur Klärung des Sachverhalts beitragen.³⁶ Absatz 5 Satz 1 **ordnet deshalb die Vermutung an**, dass ein grober Behandlungsfehler für den Eintritt einer Rechtsgutsverletzung ursächlich war, wenn der Behandlungsfehler generell geeignet ist, eine Verletzung der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen. Dem Patienten obliegt damit zwar weiterhin die Beweislast hinsichtlich des groben Behandlungsfehlers. Er wird jedoch **auf der Ebene der haftungsbegründenden Kausalität** entlastet.

Dazu ist allerdings zunächst erforderlich, dass dem Patienten der Beweis eines groben Behandlungsfehlers gelingt.

b) Zu Satz 1 - Grober Behandlungsfehler

Ein Behandlungsfehler ist grob, soweit ein medizinisches Fehlverhalten aus objektiver Sicht bei Anlegung des für den Behandelnden geltenden Ausbildungs- und Wissensmaßstabes **nicht mehr verständlich** erscheint, weil der Fehler gegen gesicherte und bewährte medizinische Erkenntnisse und Erfahrungen verstoßen hat und **dem Behandelnden schlechterdings nicht unterlaufen darf**.³⁷

36) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 30. Siehe dazu auch BGH, Urteil vom 11.04.1967 – VI ZR 61/66 – in NJW 1967, 1508.

37) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 30. Siehe dazu auch BGH, Urteil vom 27.04.2004 – VI ZR 34/03 – in NJW 2004, 2011 = BGHZ 159,48 (zu geboten gewesener, aber im Krankenhaus unterlassener Röntgenuntersuchung und deshalb übersehener Beckenringfraktur nach Motorradunfall); BGH, Urteil vom 16.05.2000 – VI ZR 321/98 – in NJW 2000, 2737 = BGHZ 144, 296 (Pflegerversagen einer Hebamme in Kreisrathaus bei einer Schwangeren); BGH, Urteil vom 10.05.1983 – VI ZR 270/81 – in NJW 1983, 2080; BGH, Urteil vom 19.06.2001 – VI ZR 286/00 – in NJW 2001, 2794.

Davon ist im Allgemeinen bei elementaren Fehlern wie etwa bei der Außerachtlassung von stets zu beachtenden diagnostischen und therapeutischen Grundregeln auszugehen. Beispielsweise wird es als grob fehlerhaft anzusehen sein, soweit im Rahmen eines operativen Eingriffs versehentlich ein anderes als das kranke Organ entfernt wird. Die abschließende Beurteilung der Frage, ob ein Behandlungsfehler tatsächlich grob in dem vorstehenden Sinn ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls und ist im Streitfall regelmäßig dem Tatrichter vorbehalten.³⁸

Eine Fallgruppe des Absatzes 5 Satz 1 ist der **fundamentale Diagnosefehler**. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung ist er unter engen Voraussetzungen mit dem groben Behandlungsfehler gleichzusetzen. Voraussetzung ist die Fehlinterpretation eines Befundes, die aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint und dem Behandelnden schlechterdings nicht unterlaufen darf.³⁹ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Kenntnis der richtigen Diagnose grundlegend ist und schon bei einem Examenskandidaten erwartet werden kann, weil sie zu dem medizinischen Basiswissen eines Behandelnden derselben Fachrichtung gehört. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Irrtümer und Fehlinterpretationen bei der Stellung einer Diagnose in der Praxis häufig vorkommen und oft nicht einmal die Folge eines vorwerfbaren Versehens des Behandelnden sind. Denn die Symptome einer Erkrankung sind nicht immer eindeutig, sondern können auf sehr verschiedene Ursachen auch dann hinweisen, wenn die Möglichkeit besteht, vielfache technische Hilfsmittel zur Gewinnung von zutreffenden Untersuchungsergebnissen einzusetzen.

Diese auch für die Behandlungsseite zum Teil widrigen Umstände entbinden einen Behandelnden jedoch nicht von der Verpflichtung, unter sorgfältigem Einsatz seines Fachwissens und seines Könnens das Risiko für den Patienten abzuwägen. Hat der Behandelnde allerdings die **Durchführung einer bestimmten Untersuchungsmethode versäumt**

38) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 31. Siehe dazu auch BGH, Urteil vom 10.05.1983 – VI ZR 270/81 – in VersR 1983, 729.

39) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 31. Siehe dazu auch BGH, Urteil vom 14.07.1981 – VI ZR 35/74 – in VersR 1981, 1033 = NJW 1981, 2360; BGH, Urteil vom 10.11.1987 – VI ZR 39/87; BGH, Urteil vom 14.07.1992 – VI ZR 214/91 – in VersR 1992, 1263 = NJW 1992, 2962; BGH, Urteil vom 12.02.2008 – VI ZR 221/06 – in VersR 2008, 644 = NJW 2008, 1381.

und **deshalb eine fehlerhafte Diagnose** gestellt, muss er hierfür einstehen. Gleichwohl ist die Schwelle, von der ab ein Diagnoseirrtum als schwerer Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst zu beurteilen ist, der dann zu einer Belastung mit dem Risiko der Unaufklärbarkeit des weiteren Ursachenverlaufs führen kann, hoch anzusetzen.

Außerdem erfasst die Regelung auch das **Unterlassen der erforderlichen therapeutischen Informationspflicht des Behandelnden nach § 630c Abs. 2**, soweit dem Patienten aus der Unterlassung einer eindeutig erforderlichen therapeutischen Information erhebliche Nachteile drohen und sich das Unterlassen als grob fehlerhaft darstellt.⁴⁰

Es kommt deshalb für das Verständnis auch auf den Text des § 630c Abs. 2 BGB an:

§ 630c Mitwirkung der Vertragsparteien; Informationspflichten

(1) ...

(2) **Der Behandelnde ist verpflichtet**, dem Patienten in verständlicher Weise **zu Beginn der Behandlung** und, soweit erforderlich, **in deren Verlauf sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände zu erläutern**, insbesondere die Diagnose, die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung, die Therapie und die zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen. **Sind für den Behandelnden Umstände erkennbar**, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, **hat er den Patienten über diese auf Nachfrage oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren zu informieren**. Ist dem Behandelnden oder einem seiner in § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen ein Behandlungsfehler unterlaufen, darf die Information nach Satz 2 zu Beweiszwecken in einem gegen den Behandelnden oder gegen seinen Angehörigen geführten Straf- oder Bußgeldverfahren nur mit Zustimmung des Behandelnden verwendet werden....

(3) ...

(4) ...

...“

Steht ein grober Behandlungsfehler im Ergebnis fest, so kehrt sich die Beweislast im Zusammenhang mit der haftungsbegründenden Kausalität durch die in Satz 1 angeordnete gesetzliche Vermutung zu Gunsten des Patienten und zum Nachteil des Behandelnden um. Gleichwohl soll dem Behandelnden in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung die Möglichkeit verbleiben, dieser Beweislastumkehr entgegen zu wirken. Dies ist etwa möglich, indem der Behandelnde beweist, dass

40) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 31. Siehe dazu auch BGH, Urteil vom 16.11.2004 – VI ZR 328/03 – in VersR 2005, 228 = NJW 2005, 427.

der Behandlungsfehler nicht generell geeignet war, einen Gesundheitsschaden der eingetretenen Art herbeizuführen. Die Beweislastumkehr kommt ferner dann nicht in Betracht, wenn der Behandelnde beweist, dass jeglicher Ursachenzusammenhang zwischen dem groben Behandlungsfehler und der Rechtsgutsverletzung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls „*äußerst unwahrscheinlich*“ ist.⁴¹

c) Zu Satz 1 – Grundsätzliche Eignung des Behandlungsfehlers zur Herbeiführung der eingetretenen Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit

Der von dem Patienten nachzuweisende grobe Behandlungsfehler muss außerdem grundsätzlich geeignet sein, die tatsächlich eingetretene Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit herbeizuführen. Hierzu ist „*Ciprobetroffenen*“ qualifizierter Vortrag wie folgt möglich:

Auf dem Gebiet der Schädigung des Patienten durch Nebenwirkungen ärztlich verordneter Medikamente ist es möglich, die nach § 77 Arzneimittelgesetz (AMG)⁴² zuständige Bundesoberbehörde, das **Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM)** in Bonn, um Auskünfte zu bitten. Das BfArM betreibt gemäß § 62 AMG ein **Pharmakovigilanz-System**. Es geht dabei um die Verhütung unmittelbarer oder mittelbarer Gefährdungen der Gesundheit von Mensch oder Tier durch Risiken, die bei der Anwendung von Arzneimitteln insbesondere durch ihre Nebenwirkungen bestehen. Das BfArM hat den gesetzlichen Auftrag, derartige Risiken zentral zu erfassen und auszuwerten sowie die nach dem AMG zu ergreifenden Maßnahmen zu koordinieren.

Zur Durchführung seines gesetzlichen Auftrags betreibt das BfArM zusammen mit der **Arzneimittelkommission der deutschen Ärzteschaft – Wissenschaftlicher Fachausschuss der Bundesärztekammer - (AkdÄ)** ein deutsches **Spontanerfassungssystem für unwillkommene Arzneimittelwirkungen (UAW)**⁴³ als gemeinsame Datenbank von BfArM und AkdÄ. Aufgabe der AkdÄ ist insoweit die Erfassung, Dokumentation und Bewertung von UAW.

41) Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten in Bundestags-Drucksache 17/10488 (BT-Drs. 17/10488) vom 15.08.2012, S. 31. Siehe dazu auch BGH, Urteil vom 17.05.2011 – VI ZR 69/10 – in VersR 2011, 1148 = NJW-RR 2011, 1173.

42) Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz – AMG) i.d.F.d. Neubekanntmachung vom 12.12.2005 (BGBl. I S. 3394), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.2016 (BGBl. I S. 3394).

43) Fachjargon der Arzneimittelverwaltung zur Bezeichnung von Nebenwirkungen der Arzneimittel.

Insoweit wurden der AkdÄ etwa ab Anfang der neunziger Jahre des letzten Jahrhunderts tausende Fälle des Auftretens von UAW nach der Einnahme von Antibiotika aus der Gruppe der Gyrasehemmer der Gruppe der Fluorchinolone mit dem synthetischen Wirkstoff *Ciprofloxacin* gemeldet und von ihr in dem vorerwähnten Spontanerfassungssystem erfasst.⁴⁴

Es ist auf dem Gebiet der **UAW von Ciprofoxacin** zum Beispiel möglich, das Gericht zu veranlassen, gemäß § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, das **BfArM um die Erteilung amtlicher Auskünfte zu ersuchen**. Möglich ist natürlich auch, im Zuge der Klagevorbereitung entsprechende Auskünfte des BfArM selber beizuziehen, um die entsprechenden schriftlichen Auskünfte der Behörde der Klage als Beweisurkunden beizufügen.

d) Zu Satz 2 – Beweislastumkehr bei Verletzung der Befunderhebungs- und Befundsicherungspflicht

In Fortführung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁴⁵ ordnet Satz 2 unter bestimmten Voraussetzungen die Wirkungen des Satzes 1 auch für den Fall eines einfachen Befunderhebungs- oder -sicherungsfehlers an. So kommt bei einem einfachen Befunderhebungsfehler eine Beweislastumkehr für die Frage des Ursachenzusammenhangs mit der tatsächlich eingetretenen Rechtsgutsverletzung nach Maßgabe von Absatz 5 Satz 1 auch dann in Betracht, wenn sich bei der gebotenen Abklärung der Symptome mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dessen Verknennung sich als fundamental oder deren Nichtreaktion auf ihn sich als grob fehlerhaft darstellen würde, und wenn dieser Fehler generell geeignet ist, den tatsächlich eingetretenen Gesundheitsschaden herbeizuführen.⁴⁶

Auch insoweit gilt zunächst der allgemeine Grundsatz, dass der Patient den tatsächlichen Behandlungsfehler sowie dessen Ursächlichkeit für den behaupteten Gesundheitsschaden darlegen und im Streitfall beweisen muss. Ist die Verletzung der Befunderhebungs- oder -sicherungspflicht als grob fehlerhaftes Vorgehen zu bewerten, so löst dieser grobe Fehler die Rechtsfolge des Absatzes 5 Satz 1 aus.

44) Siehe dazu näher bei: Zimmermann, „Zum besseren Verständnis der Gyrasehemmer aus der Gruppe der Fluorchinolone und des Antibiotikums *Ciprofloxacin*“ (Beitrag zur „Ciprogruppe“ in facebook).

45) BGH, Urteil vom 13.02.1996 – VI ZR 402/94 – in VersR 1996, 633 = NJW 1996, 1589; BGH, Urteil vom 06.07.1999 – VI ZR 290/98 – in NJW 1999, 3408; BGH, Urteil vom 07.06.2011 – VI ZR 87/10 – in NJW 2011, 2508.

46) BGH, Urteil vom 07.06.2011 – VI ZR 87/10 – in NJW 2011, 2508.

e) Grenzen der Anwendbarkeit des Absatzes 5

Von dem Regelfall des Absatzes 5 kann nicht ausgegangen werden, wenn jeglicher haftungsbegründender Ursachenzusammenhang im Einzelfall äußerst unwahrscheinlich ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn sich eindeutig nicht das Risiko verwirklicht hat, dessen Nichtbeachtung den Fehler als grob erscheinen lässt, oder wenn der Patient durch sein Verhalten eine selbständige Komponente für den Heilungserfolg vereitelt hat und dadurch in gleicher Weise wie der grobe Behandlungsfehler dazu beigetragen hat, dass der Verlauf des Behandlungsgeschehens nicht mehr aufgeklärt werden kann.

Eine über die Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für die Rechtsgutsverletzung hinausgehende Beweislastumkehr ist von der Regelung des Absatzes 5 nicht erfasst. Insbesondere erstreckt sich die Beweislastumkehr grundsätzlich auch nicht auf die Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für weitere (Folge-)Schäden.⁴⁷ Entsprechendes gilt auch für einfache Behandlungsfehler, auf die Absatz 5 keine Anwendung findet. Auch hier bleibt es bei der allgemeinen Beweislastverteilung; den Patienten trifft die Beweislast.

Es wäre grob unbillig, die Beweislastumkehr des Absatzes 5 zu Lasten Behandelnder auf einfache Behandlungsfehler zu erweitern. Die Beweislastumkehr hat den Zweck, einen Ausgleich dafür zu bieten, dass das Spektrum der für die Schädigung in Betracht kommenden Ursachen infolge des groben Behandlungsfehlers besonders vergrößert oder verschoben worden ist mit der Folge, dass die Aufklärung des Behandlungsgeschehens zu Lasten des Patienten in besonderer Weise erschwert wird. Der Kausalitätsbeweis ist dem Patienten in einem derartigen Fall nicht mehr zuzumuten.

Die Situation des einfachen Behandlungsfehlers ist mit der Sachlage des groben Fehlers nicht vergleichbar, da dem Patienten die Aufklärung des Behandlungsgeschehens bei einem einfachen Behandlungsfehler nicht erschwert ist. Zudem würde die Beweislastumkehr bei einem einfachen Behandlungsfehler zu einer deutlichen Ausweitung der Haftung Behandelnder führen und birgt die Gefahr in sich, dass zunehmend Ansprüche gewährt würden, obwohl nicht der Behandlungsfehler, sondern eine etwaige Vorerkrankung des Patienten für den Eintritt des Schadens ursächlich war.

47) BGH, Urteil vom 12.02.2008 – VI ZR 221/06 – in NJW 2008, 1381.

Im Übrigen gelten die Darlegungen zur gesetzlichen Vermutung in § 630h Abs. 1 oben in Abschnitt II 2 Buchstaben b) und c) auch hier entsprechend.

2. Anwendbarkeit auf den „Normalfall eines Ciprobetroffenen“

Absatz 5 ist durchaus auf den Fall eines „Ciprobetroffenen“ anwendbar. Die Verordnung von Ciprofloxacin kann zum Beispiel dann grob behandlungsfehlerhaft sein, wenn sie ohne jegliche gebotene Untersuchungsmaßnahme erfolgt, also ohne Untersuchung von Blut des Patienten in einem dafür geeigneten medizinischen Labor darauf, ob und welche bakteriologische Infektion vorliegt, wobei zugleich eine Resistenzbestimmung von dem Labor durchzuführen ist. Die Resistenzbestimmung zeigt auf, gegen welche Medikamente festgestellte Keime „*resistent*“ (r) reagieren oder „*sensibel*“ (s) oder nur intermediär (i = „*dazwischenliegend*“, also nicht völlig resistent, aber auch nicht sensibel).

Gleiches hätte dann zu gelten, wenn im konkreten Einzelfall eine Blutuntersuchung zwar veranlasst worden war, das Ergebnis der Laboruntersuchung aber nicht abgewartet wurde, bevor es zu der „*Cipro-Verordnung*“ kam.