Die Grundsatzentscheidung des BGH v. 3.4.2019 – ist daher zu begrüßen. Insoweit dürfte künftig von einer einheitlichen Rechtsprechung auszugehen sein, so dass solche BU-Streitigkeiten wieder dort zu führen sind, „wo diese typischerweise hingehören", nämlich vor die Spezialkammern für Versicherungssachen der LG.

*Dr. Hans-Berndt Ziegler, Marburg**

Ausschluss der hypothetischen Einwilligung durch „erweiterte" Patientenverfügung

Ohne Einwilligung des Patienten durchgeführte Behandlungen bleiben entschädigungslos, wenn der Behandler beweist, dass der Patient hypothetisch eingewilligt hätte. Nach § 630h Abs. 2 S. 2 BGB kann sich der Behandelnde darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte, wenn die tatsächlich durchgeführte Aufklärung den Anforderungen des § 630e BGB nicht genügt. Durch eine „erweiterte" Patientenverfügung kann der Patient jedoch nach diesseitiger Auffassung den Rückgriff auf die hypothetische Einwilligung verbieten. Der hypothetischen Einwilligung wäre so in den meisten Fällen der Boden entzogen mit dem Ergebnis, dass die durchgeführten Eingriffe rechtswidrig blieben und zu entschädigen wären.

I. Einleitung

Darf man den Chirurgen, der ein Skalpell einsetzt, mit einem Verbrecher vergleichen, der einen Dolch führt?

Mediziner haben sich im vorigen Jahrhundert lange gegen diesen Vergleich gewehrt. Sie wollten den Heileingriff schon begrifflich nicht als strafbare Körperverletzung gelten lassen.[1] Diese Schlacht haben sie verloren. Der Streit ist Rechtsgeschichte.[2] Die Körperverletzungsdoktrin ist seit 1894[3] bis heute Grundlage ständiger Rechtsprechung.[4] Gegenstimmen in der Literatur sind verstummt.

Der zweifelsohne grundsätzlich kurativen Haltung der Ärzte wird in anderer Weise Rechnung getragen. Der Schnitt mit dem Skalpell bleibt straf- und zivilrechtlich folgenlos, wenn er durch eine wirksame Einwilligung des Patienten gedeckt ist. Das zu beweisen ist allerdings gem. § 630h Abs. 2 S. 1 BGB Sache des Arztes. Bisher war dieser Beweis einfach zu führen. Wenn der Arzt durch Vorlage einer unterzeichneten Aufklärungs- und Einwilligungserklärung „einigen Beweis"[5] für die behauptete Durchführung des Aufklärungsgesprächs erbringt, wird ihm regelmäßig geglaubt, dass er wie immer ordnungsgemäß aufgeklärt und der Patient wirksam eingewilligt hat (sog. Immer-so-Rechtsprechung).[6] Seit dem Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes (PatRG) ist dies inzwischen zweifelhaft geworden,[7] entspricht aber (noch) der gefestigten Rechtsprechung[8] und der herrschenden Meinung in der Literatur.[9]

Eine weitere große Hilfe wird dem Arzt dadurch zuteil, dass eine etwaig fehlende wirksame Einwilligung des Patienten gem. § 630h Abs. 2 S. 2 BGB durch die hypothetische Einwilligung ersetzt werden kann; dies insbesondere, wenn der Arzt nicht oder nicht ordnungsgemäß aufgeklärt hat oder die ordnungsgemäße Aufklärung nicht von ihm bewiesen werden kann. Der Einwand der Behandlungsseite, der Patient hätte sich einem Eingriff hypothetisch auch bei zutreffender Aufklärung über dessen Risiken unterzogen, ist grundsätzlich beachtlich.[10] Der auf Schadensersatz in Anspruch genommene Arzt darf daher geltend machen, der Patient hätte die wegen fehlender Aufklä-

* Der Autor ist Fachanwalt für Medizinrecht in der Kanzlei Ziegler & Kollegen, Marburg.

1 „Diese wahrhaft humanitäre Tätigkeit hat wesensmäßig mit Körperverletzung durch gewalttätige Verbrecher oder Messerhelden de facto nicht das allergeringste zu tun." *Schreiber*, Zeitschrift für die ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 568; „... daher ist das alte und oft herangezogene Argument, wonach der im Rahmen des ärztlichen Eingriffs lege artis geführte Schnitt mit dem Messer eines Raufboldes und Messerstechers in keiner Weise vergleichbar ist, absolut schlagend" Tag, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis 2000 S. 439; *Katzenmeier* in Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, S. 108 Rz. 8 ff.

2 So ausdrücklich *Laufs* in Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, S. 81 Fn. 28.

3 RG v. 31.5.1894 – 1406/94 – RGSt 25, 375 ff = juris.

4 *Laufs* in Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, S. 81 Fn. 28.; dies gilt zumindest für das Zivilrecht zuletzt BGH v. 30.9.2014 – VI ZR 443/13, VersR 2015, 196 = GesR 2015, 20; für das Strafrecht vgl. die Nachweise bei *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl., S. 112 Rz. 16.

5 So wörtlich BGH v. 8.1.1985 – VI ZR 15/83, VersR 1985, 361 und nachfolgend die Instanzgerichte in ständiger Rechtsprechung und wörtlicher Übereinstimmung.

6 BGH v. 30.9.2014 – VI ZR 443/13, VersR 2015, 196; BGH v. 28.1.2014 – VI ZR 143/13, VersR 2014, 588; BGH v. 14.6.1994 – VI ZR 178/93, VersR 1994, 1235; BGH v. 12.11.1991 – VI ZR 369/90, VersR 1992, 237; BGH v. 5.2.1991 – VI ZR 108/90, VersR 1991, 547; BGH v. 8.1.1985 – VI ZR 15/83, VersR 1985, 361.

7 Vgl. *Ziegler/Ziegler*, Schluss mit „immer-so"? Beweisrechtlicher Wert ärztlicher Übung in Aufklärungsgesprächen GesR 4/2019, 205 (211).

8 BGH v. 30.9.2014 – VI ZR 443/13, VersR 2015, 196; BGH v. 28.1.2014 – VI ZR 143/13, VersR 2014, 588; BGH v. 14.6.1994 – VI ZR 178/93, VersR 1994, 1235; BGH v. 12.11.1991 – VI ZR 369/90, VersR 1992, 237; BGH v. 5.2.1991 – VI ZR 108/90, VersR 1991, 547; BGH v. 8.1.1985 – VI ZR 15/83, VersR 1985, 361.

9 *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 357 Fn. 248; Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl. 2013, Rz. 516; *Petig/Rensen*, MDR 2012, 877 (880); *Greiner* in Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, C Rz. 134; *Lepa* in Brandner/Hagen/Stürner, FS für Karlmann Geiß zum 65. Geburtstag, 2000, S. 449, 455 m.w.N.

10 BGH v. 7.2.1984 – VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103 (111) = VersR 1984, 465 (467).

rung unwirksame Einwilligung auch bei gehöriger Aufklärung erteilt.[11]

Dogmatisch ist der Einwand der hypothetischen Einwilligung dem Bereich des rechtmäßigen Alternativverhaltens zuzuordnen.[12] Danach werden Schäden, die auch bei einem rechtmäßigen Verhalten des Schädigers entstanden wären, vom Schutzzweck der Haftungsnorm regelmäßig nicht erfasst.[13]

Allerdings trifft den Arzt sowohl für die Einwilligung als auch für die hypothetische Einwilligung die Darlegungs- und Beweislast. Er ist mit dem Beweis dieser Behauptung jedoch nur zu belasten, wenn der Patient zur Überzeugung des Tatrichters plausibel vorträgt, dass er im Fall ordnungsgemäßer Aufklärung vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte.[14] Diese von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze hat der Gesetzgeber inzwischen in § 630h Abs. 2 S. 2 BGB kodifiziert. Danach kann sich der Behandler darauf berufen, dass sich der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in gleicher Weise für die Maßnahme entschieden hätte.[15] Hätte der Patient den Eingriff ohnehin vornehmen lassen, fehlt es nämlich an dem für die Schadensersatzhaftung erforderlichen Ursachenzusammenhang zwischen der unterbliebenen bzw. unzureichenden Aufklärung und dem eingetretenen Schaden.[16] Die Verpflichtung zur Zahlung von Schadensersatz und Schmerzensgeld entfällt.[17]

II. Plausibler Entscheidungskonflikt

An den Beweis der hypothetischen Einwilligung sind strenge Anforderungen zu stellen.[18] Regelmäßig werden in diesem Bereich die gesetzlichen Beweismittel wie Sachverständige, Augenschein, Zeugen und Urkunden versagen. Stattdessen ist entscheidend, ob die eine oder andere Partei ihren Vortrag für den Tatrichter plausibel dargelegt hat (§ 286 ZPO)[19]. Dabei sind an die Darlegung eines Entscheidungskonflikts des Patienten keine zu hohen Anforderungen zu stellen.[20] Dies gilt erst recht, wenn der Patient glaubhaft darlegt, dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung gegen den Eingriff entschieden hätte.[21] Bei der Prüfung des behaupteten Entscheidungskonflikts ist zu beachten, dass nicht auf einen verständigen oder durchschnittlichen Patienten, sondern dass die beim betroffenen Patienten bestehenden Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind.[22] Ob ein verständiger oder durchschnittlicher Patient die Einwilligung erteilt hätte, ist ebenso irrelevant wie der Umstand, dass die Maßnahme aus der Sicht des Behandlers subjektiv erforderlich ist.[23] Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten geht der Vernunft vor.[24] Als Beispiele für das Vorliegen eines ernsthaften Entscheidungskonflikts werden in Rechtsprechung und Literatur folgende Situationen genannt: Der Patient zögert den Eingriff längere Zeit hinaus um zu versuchen, mit einer konservativen Behandlung auszukommen,[25] dem Patient wird bei nur relativer Operationsindikation von der Gefahr einer Querschnittslähmung nichts mitgeteilt,[26] ebenso nicht einer Telefonistin das Risiko einer Stimmbandlähmung, die für sie Berufsunfähigkeit bedeutet,[27] eine Patientin erfährt nicht, dass das verwendete Medikament zur Chemotherapie gegenüber anderen Mitteln das Risiko dauerhaften Haarausfalls in sich trägt.[28] Den in der Literatur zitierten Entscheidungen[29] ist gemeinsam, dass ein Entscheidungskonflikt von der Rechtsprechung eher für plausibel gehalten wird, wenn die Gefahr gravierender Folgen besonders groß bzw. der vermeintliche Nutzen einer Operation eher gering ist. Andererseits ergibt sich aus der kaum übersehbaren Judikatur, dass ein System hinter den Entscheidungen nicht zu erkennen ist, sondern, zumal es auf die tatrichterliche Würdigung ankommt, das Ergebnis eigentlich nie vorhersehbar ist.

III. Einfluss einer Patientenverfügung

In Rechtsprechung und Literatur wird bisher nicht problematisiert, wie zu entscheiden ist, wenn der Patient im Streitfall eine vor der Maßnahme errichtete Patientenverfügung vorlegt, nach der er grundsätzlich einen Eingriff für den Fall ablehnt, dass er zuvor nicht ordnungsgemäß aufgeklärt wurde. Wenn der Patient also *expressis verbis* die hypothetische Einwilligung i.S.d. § 630h Abs. 2 S. 2 BGB für sich persönlich mit der Begründung ausschließen will, ihm sei sein Selbstbestimmungsrecht im Fall der mangelhaften Aufklärung mehr wert als die vage oder ungewisse Aussicht auf die Besserung der Gesundheit, könnte eine solche Patientenverfügung lauten:

„Ich vertraue grundsätzlich auf die Selbstheilungskräfte meines Körpers. Arztbesuche nehme ich nur im äußersten Notfall vor.[30] Mit ärztlichen Eingriffen bin ich deshalb nur einverstanden, wenn ich zuvor schonungslos und umfassend

11 *Grüneberg* in Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, Vorb. vor § 249 Rz. 64 unter Berufung auf BGH v. 26.10.1999 – X ZR 30/98, NJW 2000, 661 = juris.

12 *Frahm*, Arzthaftungsrecht, 6. Aufl. 2018, S. 287; *Grüneberg* in Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, Vorb. vor § 249 Rz. 64.

13 *Grüneberg* in Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, Vorb. vor § 249 Rz. 64.

14 BGH v. 7.4.1992 – VI ZR 192/91, VersR 1992, 960 (962); BGH v. 14.6.1994 – VI ZR 260/93, VersR 1994, 1302.

15 Begründung zum Entwurf des PatRG BT-Drucks. 17/10488 vom 15.8.2012 S. 29 unter Bezugnahme auf BGH v. 22.1.1980 – VI ZR 263/78, VersR 1980, 428.

16 Begründung zum Entwurf des PatRG BT-Drucks. 17/10488 vom 15.8.2012 S. 29.

17 Begründung zum Entwurf des PatRG BT-Drucks. 17/10488 vom 15.8.2012 S. 29 unter Berufung auf *Frahm*, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 2009, Rz. 221 (jetzt 6. Aufl. 2018, S. 288).

18 Begründung zum Entwurf des PatRG BT-Drucks. 17/10488 vom 15.8.2012 S. 29 unter Bezugnahme auf BGH v. 17.3.1998 – VI ZR 74/97, VersR 1998, 766; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rz. A1902.

19 *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rz. A1902.

20 BGH v. 26.2.1991 – 3 U 290/88, VersR 1992, 962; *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 138 Rz. 73.

21 *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 414 Rz. A1907 unter Berufung auf BGH v. 17.4.2007 – VI ZR 108/06, VersR 2007, 999.

22 Begründung zum Entwurf des PatRG BT-Drucks. 17/10488 vom 15.8.2012 S. 29; BGH v. 17.3.2003 – XII ZR 2/03, VersR 2003, 861; OLG Köln v. 4.10.2011 – 5 U 184/10, VersR 2012, 863; *Wessels*, Strafrecht, AT, 48. Aufl., S. 190 Rz. 584 ff.

23 Begründung zum Entwurf des PatRG BT-Drucks. 17/10488 vom 15.8.2012 S. 29; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rz. A1905 ff. (1906).

24 OLG Köln v. 4.10.2011 – 5 U 184/10, VersR 2012, 863; *Katzenmeier* in Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, V S. 137 Rz. 71; *Greiner* in Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Rz. 284; OLG Koblenz v. 4.7.2014 – 5 U 89/14, (alternativlos wegen religiöser Sicht).

25 OLG Oldenburg v. 25.4.1995 – 5 U 186/94, VersR 1996, 1111 (1112).

26 OLG Koblenz v. 3.4.2012 – 5 U 1497/11, VersR 2012, 1444.

27 OLG Koblenz v. 28.11.2012 – 5 U 420/12, VersR 2013, 1446.

28 OLG Köln v. 21.3.2016 – 5 U 76/14, VersR 2017, 354.

29 Vgl. z.B. die Zusammenstellungen bei *Frahm*, Arzthaftungsrecht, 6. Aufl. 2018, S. 291 f. und *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rz. A1900 ff.

30 Eine bei Männern erfahrungsgemäß häufige Praxis; vgl. dazu auch *Backe/Reinwarth*, Am Arzt vorbei geht auch ein Weg, 2018.

insbesondere über Risiken und Nebenwirkungen und Behandlungsalternativen auch zweitrangiger Art aufgeklärt wurde.[31] Ist dies nicht der Fall, bin ich mit dem Eingriff auch bei hypothetisch ordnungsgemäßer Aufklärung *nicht einverstanden*. Mein Selbstbestimmungsrecht ist mir wichtiger als die ungewisse Aussicht auf die Besserung der Gesundheit.[32] Ich weiß, dass Aufklärungsformulare oft beschönigend bzw. verharmlosend sind,[33] schon weil die Ärzte durch ihre Tätigkeit bzw. Operationen auch Geld verdienen müssen.[34] Grundsätzlich möchte ich nur ungern behandelt bzw. operiert werden. Deshalb stehe ich Eingriffen in meinen Körper skeptisch gegenüber.[35] Bei nicht vital indizierten oder nur elektiv indizierten Eingriffen würde ich mir immer eine Zweitmeinung einholen, wenn ich die zugrunde liegenden Umstände kennen würde.[36]

Ich habe diese Verfügung nach sorgfältiger Überlegung erstellt. Sie ist Ausdruck meines Selbstbestimmungsrechts. Darum wünsche ich nicht, dass mir im Fall mangelhafter Aufklärung eine Änderung meines Willens unterstellt wird. Ich will mich nicht im Nachhinein entmündigen lassen."

Die Frage, ob eine solche „erweiterte" Patientenverfügung die in ihr genannten Rechtswirkungen nach sich zieht, ist bisher in Rechtsprechung und Literatur nicht behandelt worden. Die insoweit geführten Diskussionen betreffen allein die Patientenverfügungen i.S.d. § 1901a BGB, die dort wie folgt legal definiert sind:

„Hat ein einwilligungsfähiger Volljähriger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt, ob er in bestimmte zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt (Patientenverfügung), ..."

Diese gesetzlich definierte Patientenverfügung soll vermeiden, dass eine im einwilligungsfähigen Zustand getroffene Entscheidung *ex post* durch spekulative Mutmaßungen unterlaufen und unterstellt wird, dass der Patient in der konkreten Situation abweichend entschieden hätte.[37]

Die zuvor beschriebene „erweiterte" Patientenverfügung fällt ersichtlich nicht unter § 1901a BGB, weil bei der „erweiterten" Patientenverfügung im Gegensatz zur legal definierten während der Behandlung eine Einwilligungserklärung und Einwilligungsfähigkeit existieren.

Die in § 1901a BGB enthaltene Legaldefinition schließt aber nicht aus, dass „erweiterte" Patientenverfügungen auch für den Fall errichtet werden können, dass Einwilligungsfähigkeit vorliegt, die Einwilligung in die Behandlung jedoch unwirksam ist, weil nicht ordnungsgemäß aufgeklärt wurde.

Denn auch hier geht es darum, dem entscheidungsfähigen Patienten sein Selbstbestimmungsrecht nicht nur gegenwärtig, sondern auch durch eine in die Zukunft wirkende vorausschauende Verfügung zu sichern.[38]

Daher sind auch hier die Grundsätze der Vertrags-, Testier- und Verfügungsfreiheit entsprechend heranzuziehen. Nur so kann das in Art. 1 und 2 GG verankerte Selbstbestimmungsrecht[39] des Patienten gewahrt werden.

Mit der Zulassung einer Patientenverfügung wird im Bereich der medizinischen Versorgung das Recht des entscheidungsfähigen Patienten anerkannt, sein Selbstbestimmungsrecht vorausschauend durch eine verbindliche Verfügung auszuüben.[40] Davon ist insbesondere auch der Fall erfasst, die Einwilligung in eine medizinische Maßnahme zu verweigern.[41] Gemäß § 1901a Abs. 4 BGB herrscht in diesem Bereich Verfügungsfreiheit. Die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Patientenverfügung dürfen dabei nicht überspannt werden. Vorausgesetzt werden kann nur, dass der Betroffene umschreibend festlegt, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation will und was nicht.[42]

Für die gesetzlich definierte Patientenverfügung des § 1901a BGB gibt es eine gefestigte Rechtsprechung, an die sich die Behandlerseite halten muss, auch wenn der dort festgelegte Wille gegebenenfalls so unvernünftig ist, dass er zum Tod des Patienten führt.[43] Im obigen Fall der „erweiterten" Patientenverfügung eines Einwilligungsfähigen kann nichts anderes gelten. Hier wie dort darf man das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht missachten.[44] Für den Patienten besteht in beiden Situationen eine vergleichbare Interessenlage. Bei der in § 1901a BGB legal definierten Patientenverfügung geht es ebenso um die Frage der hypothetischen Einwilligung wie bei der hier aufgeworfenen Problematik, bei der der Patient zwar einen Willen bilden könnte, daran aber wegen der unterlassenen oder nicht ordnungsgemäßen Aufklärung tatsächlich gehindert ist. Hier wie dort fehlt ein – bezogen auf die konkrete Situation – geäußerter tatsächlicher Wille. In beiden Fällen muss es deshalb zur Ausübung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten möglich sein, sich durch eine vorsorglich getroffene Verfügung abzusichern. Dafür spricht auch die oben behandelte Unberechenbarkeit der richterlichen Entscheidungen in diesem Bereich. Es ist beispielsweise kein vernünftiger Grund dafür ersichtlich, dass bei der Telefonistin, die Angst um ihre Stimmbänder hat und eine Operation verweigert hätte, ein plausibler Entscheidungskonflikt angenommen wird,[45] während bei einem krebskranken, langfristig dem Tod geweihten Mann, dem im Fall einer Operation unmittelbar der Verlust seiner Potenz droht, ein plausibler Entscheidungskonflikt verneint wird.[46] In solchen Fällen muss es für den Patienten möglich sein, im Vorfeld durch die oben skizzierte erweiterte Patientenverfügung klarzustellen, wie er sich hypothetisch entschieden hätte und welche Wertvorstellungen vor der Operation für ihn maßgeb-

31 KG v. 13.3.2017 – 20 U 238/15, ZMGR 2017, 244.

32 So auch der BGH v. 19.7.2016 – VI ZR 75/15, VersR 2016, 1191 zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts bei Wahlleistungsvereinbarungen.

33 *Ziegler/Ziegler*, Risiken und Nebenwirkungen in Aufklärungsbögen, NJW 2019, 402; *Lühnen/Mühlberger/Steckelberg*, DÄBl 2018, 377.

34 Blech, „Auf die Knochen" in Der Spiegel Nr. 47 vom 17. 11. 2018 S. 115.

35 In einem solchen Fall nimmt das OLG Koblenz einen Entscheidungskonflikt an, OLG Koblenz v. 20.1.2016 – 5 U 1209/13, VersR 2016,1502 (1504).

36 OLG Hamm vom 8.7.2016 – 26 U 203/15, juris.

37 Gesetzesbegründung zum Patientenverfügungsgesetz vom 29.7.2009 BGBl. I 2286 f.

38 Gesetzesbegründung zum Patientenverfügungsgesetz vom 29.7.2009 BGBl. I 2286 f.; *Wessels*, Strafrecht AT 48. Aufl. S. 190 Rz. 585 f.

39 BVerfG v. 25.7.1979 – 2 BVR 878/74, VersR 1979, 907.

40 *Götz* in Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1901a Rz. 2; vergleicht die Situation mit der der Testamentserrichtung.

41 *Götz* in Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1901a Rz. 2.

42 BGH v. 8.2.2017 – XII ZB 604/15, NJW 2017, 1737 (1738) Rz. 18.

43 BGH v. 8.6.2005 – XII ZR 177/03, VersR 2005, 1249; BGH v. 17.3.2003 – XII ZR 2/03, VersR 2003, 861.

44 BVerfG v. 25.7.1979 – 2 BVR 878/74, VersR 1979, 907; BGH v. 28.8.2018 – VI ZR 509/17, VersR 2018, 1510; BGH v. 14.3.2006 – VI ZR 279/04, VersR 2006, 838; OLG Dresden v. 28.3.2018 – 4 U 23/18, juris; v. 27.3.2018 – 4 U 1457/17, juris; OLG Hamm v. 15.12.2017 – 26 U 3/14, VersR 2018, 1004; OLG Frankfurt/M. v. 15.8.2017 – 8 U 102/15, juris. Die Zeiten, in denen eine ordnungsgemäße Aufklärung mit der Begründung für entbehrlich gehalten wurde, der Patient dürfe nicht in Angst und Schrecken versetzt werden, sind glücklicherweise vorbei (vgl. RGZ 78, 432).

45 OLG Koblenz v. 28.11.2012 – 5 U 420/12, VersR 2013, 1446.

46 OLG Köln v. 19.4.1989 – 27 U 61/88, VersR 1990, 663.

lich sind.[47] Dafür spricht auch, dass es für die Feststellung des plausiblen Entscheidungskonflikts auf die Ex-ante-Sicht ankommt.[48]

Auch im Fall der „erweiterten" Patientenverfügung ist es deshalb dem Patienten möglich Verfügungen zu treffen, die für sich gesehen zwar nicht unbedingt „vernünftig" sind, aber den besonderen individuellen Überlegungen und Wertvorstellungen des Patienten entsprechen. Es ist ihm daher zu raten, seine allgemeine Patientenverfügung um den oben beschriebenen Passus zu ergänzen.

IV. Kenntnis des Behandlers

Die „erweiterte" Patientenverfügung des Einwilligungsfähigen kommt auch dann zum Tragen, wenn der Arzt sie vor der Behandlung nicht kennt.[49] Denn der gewissenhafte Patient, der sich Gedanken über ärztliche Behandlungen macht und eine Patientenverfügung errichtet, darf nicht schlechter stehen als derjenige, der sich keine Gedanken macht und einen Entscheidungskonflikt nach misslungener Maßnahme nur im Nachhinein behauptet. Der Patient ist nicht verpflichtet, den Arzt von seinem möglicherweise entgegenstehenden hypothetischen Willen zu unterrichten. Denn er darf auf ordnungsgemäße Aufklärung seines Arztes vertrauen. Würde er die oben skizzierte Patientenverfügung vor der Behandlung dem Arzt gegebenenfalls sogar zur Gegenzeichnung vorlegen und damit praktisch seine „AGB" in das Behandlungsgeschehen einbringen, würde er nicht behandelt werden. Er muss den Arzt darüber auch deshalb nicht vorab informieren, weil das Risiko unrichtiger Aufklärung allein dem Verantwortungsbereich des Arztes zuzuordnen ist. Der Behandlungsvertrag ist ein Dienstvertrag (§ 630b BGB). Der Patient zahlt mit dem Arzthonorar auch für die ordnungsgemäße Aufklärungsleistung des Arztes. Darüber hinaus muss der Arzt immer mit Patienten rechnen, die aus seiner (subjektiven) Sicht medizinisch „unvernünftige" Positionen einnehmen, wenn sie erfahren, nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden zu sein. Auf Vernunft kommt es beim Patienten aber nicht an.[50] Maßgeblich ist das Selbstbestimmungsrecht.[51] Wägt man die Interessen des Arztes gegen die des Patienten in diesem Bereich gegeneinander ab, müssen die Rechte des Patienten auch deshalb vorgehen, weil sich der Arzt durch ordnungsgemäße Aufklärung, zu der er verpflichtet ist, leicht seines Haftungsrisikos entledigen kann.

V. Fazit

Nicht nur der Skeptiker,[52] der Ärzten gegenüber Vorbehalte hat und dem das eigene Selbstbestimmungsrecht wichtiger ist als die ungewisse Aussicht auf eine Verbesserung des Gesundheitszustands, sollte durch eine umfassende Patientenverfügung ausschließen, dass ihm im Streitfall ein hypothetischer Wille unterstellt wird, den er tatsächlich nicht hat. Eine solche beweisbar vorher getroffene Verfügung schließt in der Mehrzahl der Fälle eine hypothetische Einwilligung i.S.d. § 630h Abs. 2 S 2 BGB aus und verhindert, dass eine zu Recht erhobene Schadensersatz- und Schmerzensgeldforderung wegen zu Unrecht unterstellter hypothetischer Einwilligung abgewiesen wird.

47 BGH v. 4.10.1999 – 5 StR 712/98, VersR 2000, 603.

48 *Frahm*, Arzthaftungsrecht, 6. Aufl. 2018, S. 290 unter Berufung auf die Rechtsprechung; BGH v. 27.3.2007 – VI ZR 55/05, VersR 2007, 995; BGH v. 14.6.1994 – VI ZR 178/93, VersR 1994, 1235 (1236); BGH v. 7.4.1992 – VI ZR 192/91, VersR 1992, 960 (962); BGH v. 11.12.1990 – VI ZR 151/90, VersR 1991, 315 (316); OLG Koblenz v. 13.7.2015 – 5 U 282/15, MDR 2015, 1420 = juris; OLG Brandenburg v. 1.9.1999 – 1 U 3/99, VersR 2000, 1283 (1285); OLG Hamm v. 1.12.1993 – 3 U 24/93, VersR 1995, 47 (48).

49 Das Problem der Mentalreservation (§ 117 ff. BGB) besteht nicht, weil auch der falsch aufgeklärte Patient den Eingriff tatsächlich will. Er behält sich nicht insgeheim vor, ihn nicht zu wollen. Er kennt zum Zeitpunkt des Eingriffs die mangelhafte Aufklärung nicht, sondern erfährt davon erst durch ihr Misslingen.

50 BGH v. 17.3.1998 – VI ZR 74/97, VersR 1998, 766; s. auch OLG Köln v. 4.10.2011 – 5 U 184/10, VersR 2012, 863; *Katzenmeier* in Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, V S. 137 Rz. 71; *Greiner* in Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Rz. 284; OLG Koblenz v. 4.7.2014 – 5 U 89/14, (alternativlos wegen religiöser Sicht).

51 *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rz. A1900a, b; s. auch jüngst BGH v. 29.1.2019 – VI ZR 495/16, VersR 2019, 484 zum Transplantationsgesetz [TPG]. Die hier vertretene Auffassung entspricht im Ergebnis auch der vom Gesetzgeber aktuell geplanten Widerspruchslösung bei der Organspende.

52 S. OLG Koblenz v. 20.1.2016 – 5 U 1209/13, VersR 2016, 1502 (1504).

Rechtsprechung

Versicherungsvertragsrecht

Krankenversicherung: Formelle und materielle Voraussetzungen einer Beitragsanpassung

VVG § 203

1. Die Mitteilung der Gründe der Prämienanpassungen entspricht jedenfalls dann den Anforderungen des § 203 Abs. 5 VVG, wenn sie die Rechnungsgrundlage, deren Veränderung die Prämienanpassung ausgelöst hat, und die wesentlichen Kriterien, die deren Höhe beeinflusst haben, benennt.

2. Die materielle Unwirksamkeit der Beitragsanpassungen ist nicht substantiiert bestritten, wenn trotz substantiierten Vortrags zum Vorliegen der Voraussetzungen der Prämienerhöhungen keine greifbaren Anhaltspunkte für eine Unrichtigkeit der Berechnung dargelegt werden. *(alle nicht amtl.)*

LG Arnsberg, Urt. v. 16.5.2019 – I-1 O 127/18, n.rk.

Mit der Klage begehrt der Kl. die Feststellung, dass die von der Bekl. in der Zeit zwischen November 2009 und November 2016 durchgeführten Prämienanpassungen unwirksam waren und verlangt die Rückerstattung der überbezahlten Prämien sowie diesbezüglichen Nutzungsersatz.